

**Naide Liliane
de Magalhães**
Assessoria Jurídica

Rua Leandro Dupre, 483
Vila Clementino
São Paulo - SP

+55 (11) 5084-7375
naidemagalhaes@naidemagalhaes.com.br

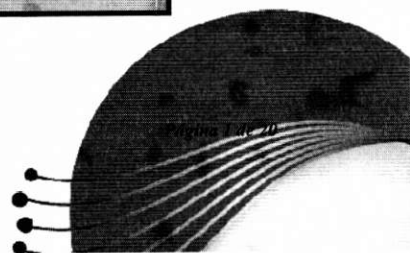
**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE ITAPETININGA
ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO
SETOR DE LICITAÇÕES**

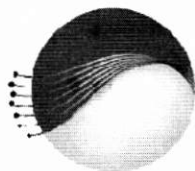
**REF.: EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL n° 24/2016
PROCESSO ADMINISTRATIVO n° 041/2016**

Objeto: Contratação de empresa para a prestação de serviços de limpeza de prédios, mobiliários e equipamentos escolares, visando a obtenção de adequadas condições de salubridade e higiene, com disponibilização de mão de obra, materiais e equipamentos nas unidades de educação, conforme descritivo ANEXO I.

PRM. SERVIÇOS E MÃO DE OBRA ESPECIALIZADA EIRELE., empresa brasileira, com sede na Rua Alexandre Marcondes Machado, 89 – Butantã – São Paulo/SP., regularmente inscrita no CNPJ/MF sob n° 03.706.826/0001-69, **(doc. 01)** por sua representante legal infra-assinada **(doc. 02)**, doravante denominada simplesmente **IMPUGNANTE/PETICIONÁRIA/PETICIONÁRIA**, na forma e em conformidade com a lei vem, respeitosamente na presença de V.Sa., com fulcro no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, da Constituição da República, bem como, no artigo 413 do Novo Código de Processo Civil e o artigo 2º, da Lei Federal n° 9.800/99, **exercer seu direito constitucional de Petição**, contra ato ilegal praticado pela Administração Pública, bem como interpor a presente

**IMPUGNAÇÃO/
PETIÇÃO CONSTITUCIONAL**





Face o Edital de Licitação em referência, na modalidade de pregão presencial, cujo teor contém ato ilegal, e o faz mediante as razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

I) PRELIMINARMENTE:

a) DO EFEITO SUSPENSIVO:

Requer a **IMPUGNANTE/PETICIONÁRIA**, com base no poder geral de cautela e, já prevendo o próprio Edital, no item 8.5, esta possibilidade, que se dê o recebimento da presente **IMPUGNAÇÃO/PETIÇÃO/PETIÇÃO** concedendo-lhe o efeito suspensivo, a fim de evitar risco atual e efetivo de dano jurídico à **IMPUGNANTE/PETICIONÁRIA**, em atendimento ao princípio da efetividade.

Uma vez que se dê a seqüência ao certame, produzirá estes efeitos irreversíveis, ferindo direito líquido e certo da **IMPUGNANTE/PETICIONÁRIA**, violando expressamente a competitividade do certame e, ocorrendo a possibilidade de haver lesão de difícil ou impossível reparação, sob pena de o provimento do presente **IMPUGNAÇÃO/PETIÇÃO** tornar-se inócuo.

Já designada a data de abertura do certame para data próxima, com os vícios no Ato Convocatório que serão aqui relatados, requer a atribuição de efeito suspensivo a **IMPUGNAÇÃO/PETIÇÃO** ora interposta, conforme dispõe o artigo 109, alínea "a", § 2º, da Lei Federal nº 8.666/93:

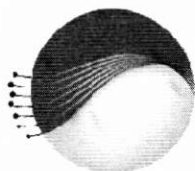
Artigo 109 - Dos atos da administração decorrentes da aplicação desta lei cabem:

I - recurso, no prazo de 05 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

a) Anulação ou revogação da licitação;

§ 2º - O recurso previsto nas alíneas a e b do inciso I deste artigo terá efeito suspensivo, podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir ao recurso interposto eficácia suspensiva aos demais recursos.





**Naide Liliane
de Magalhães**
Assessoria Jurídica

Rua Leandro Dupre, 463
Vila Clementino
São Paulo - SP

+55 (11) 5384-7375
naidemagalhaes@naidemagalhaes.com.br

Consoante nos ensina Marçal Justen Filho, a medida se impõe, evitando-se a confusão procedimental entre as fases do certame, dando-lhe a lúdima transparência¹:

“O recurso administrativo pode produzir efeito suspensivo, consistente na suspensão dos efeitos do ato recorrido até que o recurso seja decidido.”

Assim se impõe para evitar confusão procedimental entre a fase de habilitação e a fase de julgamento das propostas. Evita-se, desse modo, que o candidato inidôneo formule proposta inexecutável para tentar induzir os julgadores a ignorar os defeitos documentais. Somente serão abertos os envelopes de propostas após exaurida a fase de julgamento da documentação.

Neste teor, dispõe a jurisprudência:

Súmula 429 – Supremo Tribunal Federal:

A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade.

É no mesmo sentido, a jurisprudência dos E.Tribunais de Contas:

DA UNIÃO:

TC02116820055

GRUP-IC-/ASS-EI Plenário

Natureza: Agravo

Entidade: Petrobras Distribuidora S/A

Agravante: Petrobras Distribuidora S/A

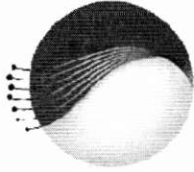
Interessada: Gilbarco do Brasil S/A Equipamentos (CNPJ nº 61.629.218/0001-02)

Sumário: Representação sobre indícios de irregularidades em edital de licitação. Contratação de prestação de serviços de manutenção de equipamentos de distribuição de combustíveis. Agravo contra Despacho do Relator que adotou medida cautelar e determinou à Petrobras Distribuidora a suspensão da abertura do procedimento licitatório. Apresentação de argumentos capazes de elidir em parte as inconsistências contidas no edital. Conhecimento. Provimento parcial. Determinações. Ciência da deliberação à interessada e à empresa. Autorização para arquivamento.

AGRAVO. DECISÃO MONOCRÁTICA. MEDIDA CAUTELAR. SUSPENSÃO DE LICITAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TCU. APRESENTAÇÃO DAS PROPOSTAS. CRITÉRIOS FIXADOS EM EDITAL. PROVIMENTO PARCIAL.

¹JUSTEN FILHO, Marçal, Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, Filho – 8ª edição, Dialética, pgs. 646.





**Naide Lilliane
de Magalhães**
Assessoria Jurídica

Rua Leandro Dupre, 483
Vila Clementino
São Paulo - SP

+55 (11) 5384-7375
naidemagalhaes@naidemagalhaes.com.br

1 - É competente o Tribunal de Contas da União para determinar medidas cautelares, a fim de prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões.

2 - Faz-se imprescindível que, em nome da objetividade do julgamento, conste do edital de abertura do certame a faculdade de não-apresentação de propostas econômicas, pelas licitantes, para todas as áreas licitadas, mediante a entrega de envelope vazio ou de documento em branco.

3 - Agravo parcialmente provido para revogar parcialmente os efeitos da medida cautelar concedida, determinando-se a inserção de cláusula no edital e a reabertura do prazo para apresentação das propostas.

DO ESTADO DE SÃO PAULO:

E. Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga

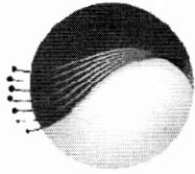
TC-012015/026/10

Sessão: 5/5/2010 – Tribunal Pleno

“[...] Mantenho a provisão agravada. O Tribunal de Contas está constitucionalmente incumbido de exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial de atos de órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas (cf. Constituição Federal, artigo 70, caput). Em princípio, exerce fiscalização a posteriori sobre os atos da Administração, mesmo quando trata de licitações, tendo em perspectivas as despesas delas decorrentes (cf. Lei n. 8.666/93, artigo 113, caput). Em verdade, só excepcionalmente preocupa-se o Tribunal, por antecipação, com a higidez dos procedimentos licitatórios, para examinar “edital de licitação já publicado” e eventualmente instar “os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas”, como resulta do artigo 113, § 2º, da Lei n. 8.666/93. Regra excepcional que é, a diretriz que enseja à Corte o exame prévio de edital de licitação tem de ser interpretada restritivamente. Por outras palavras, eventual paralisação do trâmite do procedimento licitatório só pode ter lugar diante da constatação de flagrante ilegalidade ou indícios concretos de restritividade à ampla participação de interessados, evitando-se, assim, o uso indevido do instituto do exame prévio do edital.[...]”

Assim, a suspensão do presente certame é medida que se impõe, de forma que a Administração Pública não se comprometa a liberar recursos e firmar contratos com licitantes em situação desigual, anti-isonômica, até que se delibere definitivamente sobre o tema, corrigindo as possíveis ilegalidades que seguem apresentadas.





**Naide Liliane
de Magalhães**
Assessoria Jurídica

Rua Leandro Dupre, 463
Vila Clementino
São Paulo - SP

+55 (11) 5084-7375
naidemagalhaes@naicemagalhaes.com.br

b) DOO PROTOCOLO, ADMISSIBILIDADE E DEVER DE ANALISAR:

Realiza a **IMPUGNANTE/PETICIONÁRIA**, o protocolo da presente **IMPUGNAÇÃO/PETIÇÃO** via e-mail, no endereço determinado no teor do Edital em pauta, a saber licitacao@itapetininga.sp.gov.br, requerendo, desde já, com a devida vênia e previsão legal, o seu recebimento, análise e parecer, a teor do previsto no item editalício; artigo 413 do Novo Código de Processo Civil e o artigo 2º, da Lei Federal nº 9.800/99, bem como, invocando o seu direito previsto no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea "a", da Constituição da República, conclamando seu direito a auto-tutela, "in verbis":

Artigo 413 – O telegrama, radiograma ou qualquer outro meio de transmissão tem a mesma força probatória do documento particular, se o original constante da estação expedidora foi assinado pelo remetente.

Artigo 5º -.....

XXXIV – São a todos assegurados:

a) O direito de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

Permite às partes a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais.

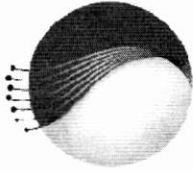
ARTIGO 2º - A utilização de sistema de transmissão de dados e imagens não prejudica o cumprimento dos prazos, devendo os originais ser entregues em juízo, necessariamente, até cinco dias da data de seu término.

Ademais, quanto ao seu direito ao protocolo eletrônico, ensina a jurisprudência pátria, no seguinte teor:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO VIA E-MAIL. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DOS ORIGINAIS. RESPONSABILIDADE DA PARTE. OBEDIÊNCIA AO ARTIGO 2º DA LEI 9.800/99. EMBARGOS NÃO CONHECIDOS.

I - A Lei 9.800, de 27 de maio de 1.999, permite às partes a utilização de sistema de transmissão de dados e imagens tipo "fac-símile" ou outro similar, para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita, dispondo que os originais devem ser entregues até cinco dias da data do término do prazo (artigo 2º da mencionada-Lei).





**Naide Lilliane
de Magalhães**
Assessoria Jurídica

Rua Leandro Dupre, 483
Vila Clementino
São Paulo - SP

+55 (11) 5384-7375
naidemagalhaes@naidemaagalhaes.com.br

II - A interposição de recurso, nos termos facultados pela Lei 9.800/99, em seu artigo 2º, atribui à parte a total responsabilidade pela entrega dos originais ao órgão judiciário. Ressalte-se que, in casu, o embargante não observou a responsabilidade que lhe competia.

III - Desta feita, conforme certificado nos autos, transcorreu in albis o prazo para a juntada da via original dos embargos de declaração opostos via e-mail.

IV - Embargos de declaração não conhecidos.

(EDcl no AgRg no REsp 658.193/SC, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2005, DJ 04/04/2005, p. 342).

No mesmo teor, também dispõe o E.TJSP:

AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 2124167-70.2014.8.26.0000 - VOTO nº 22.209. Agravo de Instrumento Mandado de Segurança Intempestividade de recurso administrativo Multa PROCON - Indeferimento de liminar - Recurso da impetrante. 1. A r. decisão embora sucinta encerra motivação suficiente e proferida em conformidade com as normas jurídico-processuais. PROCON. 2. Recurso administrativo apresentado por meio eletrônico com posterior apresentação do original no prazo previsto pela Lei Federal nº 9.800/99. R. Decisão reformada - Recurso provido.

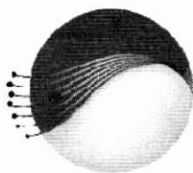
As petições realizadas perante a Administração Pública, quando dispõem sobre vícios de legalidade, tal como é o caso, não podem ser ignoradas, haja vista que uma licitação não se desenvolve, tão somente, para a satisfação de interesses privados, que são disponíveis. Vícios de legalidade, versando sobre direitos indisponíveis não podem ser ignorados, devendo ser analisados inclusive, de ofício, pois não se dá a eliminação de eventuais nulidades previstas em Ato Convocatório, caso assim não ocorra. Nesse sentido, há o entendimento da Suprema Corte, verbis:

“Súmula 346. (...) a administração pode declarar nulidade de seus próprios atos”.

“Súmula 473. (...) a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

Mister se faz aqui mencionar, "ipsis litteris", a Ementa R. Acórdão proferido pela Colenda Câmara do Superior Tribunal de Justiça:





**Naide Liliane
de Magalhães**
Assessoria Jurídica

Rua Leandro Dupre, 463
Vila Clementino
São Paulo - SP

+55 (11) 5384-7375
naidemagalhaes@naicemagalhaes.com.br

“Direito constitucionalmente assegurado, o de petição deve merecer da autoridade administrativa a quem se digne, o requerimento não só a devida apreciação como, de antemão, a tomada de providências necessárias a tanto. (STJ – MS 5.864/DF, Rel. Min. Edson Vidigal)”.

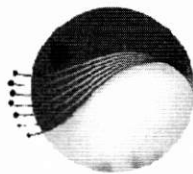
Partindo-se do direito de petição, a qual se deve emprestar interpretação larga e generosa, inclusive legítima manifestação a órgão público, como expressa aspiração à defesa de direito, ou contra ilegalidade ou abuso de poder, deve ser esta **PETIÇÃO** recebida, acolhida e provida, sob pena de socorrer a **IMPUGNANTE/PETICIONÁRIA** das vias ordinárias.

Isto porque, quando da existência de ilegalidades num Edital, como é o caso, conhecendo-se, quaisquer destas partes tal fato, pode e deve ser informado este fato aos órgãos públicos vinculados aos Poderes, ante o disposto constitucional aqui invocado. **Observe, outrossim, que dispõe tal fundamento constitucional a determinação de não poder, a D.Autoridade, se negar a apreciar as questões que incidem em expressas ilegalidades, existentes no âmbito de um certame, especial quanto ao Edital que o regerá.**

Ademais, entende por licitante àquele que licita ou demonstrou o interesse em licitar. Haverido a **IMPUGNANTE/PETICIONÁRIA** retirado o Edital de Licitação anteriormente a data designada para entrega dos envelopes, claramente restou demonstrado seu interesse na participação do certame em tela. É consectário sua condição de licitante, assistindo-lhe o direito à contestação do Ato Convocatório quando constatar vícios à ampla legalidade, cujo teor violará direitos indisponíveis, situação esta cujo teor não poderá prevalecer, em razão do supremo respeito à nossa Carta Magna. Dispõe neste sentido o E.Supremo Tribunal Federal:

Não há que se falar, por fim, em decadência do direito de representação no Tribunal de Contas da União. É que o prazo do § 2º, do artigo 41, da Lei nº 8.666/93, se refere ao “direito de impugnar o termos do edital perante à Administração”. O TCU, no exercício do controle externo a ele adstrito pela Constituição da República, não está, portanto, adstrito a este prazo. Prova disto é que o § 1º, do art. 113, da Lei de Licitações não faz qualquer referência a prazo. Ademais, a própria Administração Pública, poderia, de ofício, anular ou revogar o ato (Súmula 473 do STF); (MS 27.008/AM, Pleno, relator Min. Ayres Britto); em 17.02.2010, DJ 11.03.2010).





Doutra banda, impõe-se aqui afirmar o teor de nossa Carta Magna, conforme dispõe o artigo 37, inciso XXI², que trata da obrigação de a Administração Pública ater-se aos princípios da legalidade na prática dos seus atos administrativos, proporcionando aos licitantes a segurança jurídica devida, prevista neste comando legal. Dessa forma, deve ser esta petição devidamente recebida e analisada, nos termos da legislação vigente.

Assim, corrobora-se que, há ilegalidades infundadas no teor do Edital de Licitação então divulgado para reger o certame em questão, em razão da omissão quanto a precedentes importantes. Analisada a questão sob o prisma da legalidade, verifica-se estar, referido documento, ignorando as regras legais vigentes, que vigoram até então, agindo esta de forma ilícita, situação esta que não pode subsistir.

Aguardando a devida guarida desta D. Administração, comparece a **IMPUGNANTE/PETICIONÁRIA** na presença de V.Sa., com as razões de fatos e de direito a seguir aduzidas, solicitando a revisão, de plano, do Ato Convocatório supramencionado, a fim de que, causas de nulidade não prejudiquem nenhum Administrado, ferindo direito líquido e certo da **IMPUGNANTE/PETICIONÁRIA** e prejudicando o interesse público a que se deve proteger.

II) DOS FATOS:

O Edital em pauta, encontra-se omissos em relação a regras soberanas, que deve constar do seu teor, haja vista que, tal como está, permitirá a realização de um certame o qual ferirá os princípios constitucionais inerentes à Administração Pública, em especial à competitividade, legalidade e segurança jurídica.

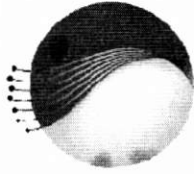
Isto porque, não traz em seu teor, nenhuma vedação quanto a possibilidade de participação de cooperativas, numa ampla violação aos princípios constitucionais vigentes. Em que pese haver recentes julgados do E.Tribunal de Contas do Estado

²**ARTIGO 37** – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI – Ressalvados os casos específicos na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusula que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis ao cumprimento das obrigações.





**Naide Lilliane
de Magalhães**
Assessoria Jurídica

Rua Leandro Dupre, 483
Vila Clementino
São Paulo - SP

+55 (11) 5084-7375
naidemagalhaes@naidemagalhaes.com.br

de São Paulo, no sentido de que, a possibilidade de participação de cooperativas nos certames é situação que deve ser observada, em razão da nova redação dada ao artigo 3º³, da Lei Federal nº 8.666/93, tal situação não pode prevalecer.

Isto porque, é certo que, não prevê dito dispositivo legal, ou seja, referido artigo 3º, da Lei Federal nº 8.666/93, de forma clara, qual é a “vontade normativa” a qual buscou o mesmo, como se explicitará adiante, bem como, conforme ensina, o ilustre Marçal Justen Filho, em sua nobre doutrina, “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, haja vista que, recentes julgados do STJ tem ratificado constante, as proibições realizadas pela Administração Pública em licitações por esta realizadas.

Isto porque, não estabelece em seu teor, o ordenamento legal licitatório vigente, quaisquer regras que possam colocar a Administração Pública à salvaguarda de possíveis riscos e lesões à ordem pública administrativa, haja vista que, no caso dos serviços objeto deste certame, há expressa requisição quanto ao respeito aos requisitos de subordinação e pessoalidade, atributos que os autônomos, cooperados não detêm.

Assim, vem a ora **IMPUGNANTE/PETICIONÁRIA**, buscar guarda desta D.Administração, com as razões de fatos e de direito a seguir aduzidas, solicitando a revisão, de plano, do Ato Convocatório supramencionado, a fim de que, causas de nulidade não prejudiquem nenhum Administrado, ferindo direito líquido e certo da **IMPUGNANTE/PETICIONÁRIA/PETICIONÁRIA** e prejudicando o interesse público a que se deve proteger.

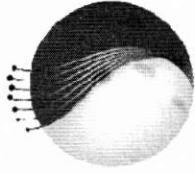
³**ARTIGO 3º** - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º - É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991.





**Naide Lillane
de Magalhães**
Assessoria Jurídica

Rua Leandro Dupre, 483
Vila Clementino
São Paulo - SP

+55 (11) 5084-7375
naidemagalhaes@naidemagalhaes.com.br

III) DO MÉRITO:

(i) DA VEDAÇÃO A PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS:

O Edital em tela deve prever, de plano, o expreso respeito aos princípios constitucionais do Direito Administrativo, em especial, a competitividade e a segurança jurídica, uma vez que, tal como está, permitindo a ampla participação de cooperativas, além de expor a Administração Pública à riscos de lesão ao Erário, pois exporá esta a riscos desnecessários, permitirá também, a participação de entidades que realizarão atividades diversas do seu objeto social, caracterizando o exercício de atividades especulativas, pois explorarão serviços de assalariados, no entanto, em condições diversas às da Empresas, que estarão participando do certame. Já por isto, a possibilidade da participação das mesmas deverá ser expressamente vedada. Assim ensina o ilustre Marçal Justen Filho⁴:

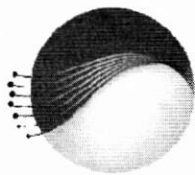
Essas considerações permitem afirmar que é possível e viável a participação de cooperativas quando o objeto licitado se enquadra na atividade direta e específica para a qual a cooperativa foi constituída. Se, porém, a execução do objeto contratual escapar à dimensão do “objeto social” da cooperativa ou caracterizar atividade especulativa, haverá atuação irregular da cooperativa. Será hipótese de inabilitação.

Seguindo essa orientação, a IN 2/2008 da STLI determina, no art. 5º, que “Não será admitida a contratação de cooperativas ou instituições sem fins lucrativos cujo estatuto e objetivos sociais não prevejam ou não estejam de acordo com o objeto contratado”.

Eventualmente, será impossível apurar a existência da irregularidade apenas em virtude do exame dos atos constitutivos da cooperativa. É imperioso que essas questões sejam objeto de investigação também no âmbito da qualificação técnica, proposta de metodologia de execução e proposta de preços. O ato constitutivo deve exigir que os licitantes explicitem executar as respectivas propostas. Quando se tratar de cooperativas, deverá examinar-se a configuração de atividade peculiar. Se cooperativa pretende atuar através de empregados, é claro que o tratamento jurídico a ser dado à questão não merecerá qualquer distinção: cooperativa que explora

⁴ FILHO, Marçal Junte, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 2014, Editora REVISTA DOS TRIBUNAIS, pgs., 554/555.





**Naide Liliane
de Magalhães**
Assessoria Jurídica

Rua Leandro Dupre, 483
Vila Clementino
São Paulo - SP

+55 (11) 5084-7375
naidemagalhaes@naidemagalhaes.com.br

serviço de assalariados para executar certo objeto tem de merecer na licitação tratamento idêntico ao de qualquer empresário.

Em tais hipóteses, é imperioso verificar se a proposta apresenta exequibilidade no aspecto tributário. A cooperativa deverá sujeitar-se ao mesmo regime tributário que qualquer outro agente econômico.

Tais considerações não retratam qualquer preconceito contra cooperativas. Aliás, muito pelo contrário, trata-se de evitar a desnaturação do instituto de frustração do cunho competitivo da atividade econômica. Quem atuar no mercado como empresário não deve buscar tratamento jurídico privilegiado que altere as condições da competição.

Aliás, esse mesmo problema conduziu a uma inovação fática, relacionada com os riscos de fraude à legislação trabalhista, por meio de contratação de cooperativas de mão de obra, especialmente com a perspectiva de responsabilização da Administração Pública pelos encargos não saldados adequadamente por “empregadores ocultos”. Ou seja, havia cooperativas que atuavam como fornecedoras de trabalho empregado, pretendendo obter vantagens próprias dos atos cooperativos. A decorrência foi um acordo firmado, na órbita federal, entre o Ministério Público do Trabalho e a Advocacia Geral da União.

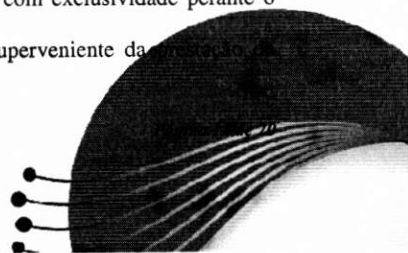
São por tais razões que, a participação de cooperativas em processos licitatórios para contratações onde haverá a necessidade de mão de obra e, onde o labor, por sua natureza, demandará necessidade de subordinação, é inclusive, expressamente vedada pelo Decreto Estadual nº 57.159⁵, de 21 de julho de 2011, cuja versão anterior, inclusive, relacionava rol expresso de atividades vedadas.

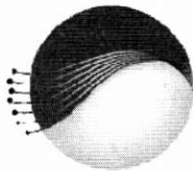
⁵**ARTIGO 1º** - Admitir-se-á a participação de sociedades cooperativas nas licitações promovidas pela Administração Direta e Indireta do Estado de São Paulo, observadas as disposições deste decreto.

§ 1º - **O disposto no “caput” não se aplica aos casos em que a execução do objeto envolva a prestação de trabalho não eventual por pessoas físicas, com relação de subordinação ou dependência, em face da contratante.**

§ 2º - Caberá ao órgão jurídico das Secretarias de Estado e Autarquias fazer observar, por ocasião do exame de editais de licitação, o disposto neste decreto, cumprindo-lhe ainda determinar a inclusão das seguintes exigências:

1. registro da sociedade cooperativa perante a entidade estadual da Organização das Cooperativas Brasileiras, nos termos do artigo 107 da Lei federal nº 5.764, de 14 de julho de 1971;
2. indicação, pela sociedade cooperativa, de gestor encarregado de representá-la com exclusividade perante o contratante;
3. rescisão imediata do contrato administrativo na hipótese de caracterização superveniente da prestação de trabalho nas condições a que alude o § 1º deste artigo.





**Naide Liliane
de Magalhães**
Assessoria Jurídica

Rua Leandro Dupre, 463
Vila Clementino
Sao Paulo - SP

+55 (11) 5084-7375
naidemagalhaes@naidemagalhaes.com.br

Inclusive, como é de conhecimento notório, tanto a legislação previdenciária quanto a trabalhista são implacáveis com os tomadores de serviços, atribuindo-lhes o caráter de responsáveis pelo pagamento de salários e de tributos não recolhidos pela empresa prestadora dos serviços. É de amplo conhecimento, inclusive, a existência de cooperativas que atuam como verdadeiras agências de locação de mão-de-obra, burlando a legislação trabalhista e previdenciária, a qual, no teor do Edital então publicado, poderão competir com as demais Empresas licitantes livremente, sem qualquer vedação editalícia.

Nesse contexto, sobressai nítido que é razoável impor tal exigência editalícia no teor do Ato Convocatório então publicado, pois o que ocorrerá é a preservação do interesse público, tanto sob o aspecto primário como sob o secundário.

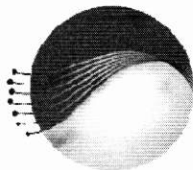
O E.Superior Tribunal de Justiça, por sua Corte Especial, já se pronunciou largamente a respeito e pacificou entendimento, segundo o qual é inadmissível a participação de cooperativas em processos licitatórios os quais, em seu teor prevejam a contratação de mão de obra, ou que prevejam atividades do qual o emprego de mão de obra será predominante, quando o labor, por sua natureza, demandar necessidade de subordinação, **ante os prejuízos que podem advir para a Administração Pública caso o ente cooperativo se consagre vencedor no certame e não cumpra suas obrigações.** Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL - SUSPENSÃO LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA - DEFERIMENTO - COOPERATIVA DE MÃO-DE-OBRA - LICITAÇÃO - TERMO DE ACORDO FIRMADO ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO E ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO - GRAVE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS CONFIGURADAS.

1. Na contratação de empresa comercial fornecedora de mão-de-obra pode a administração precaver-se do risco de pagar duas vezes por um mesmo serviço, exigindo, a cada liberação do pagamento pelos serviços contratados, a apresentação do comprovante de quitação da empresa para com as obrigações trabalhistas e previdenciárias de seus empregados, precaução impossível de ser tomada em se tratando de cooperativa, pois, nesse caso, não há reconhecimento prévio de vínculo empregatício entre o cooperado e a cooperativa que a obrigue ao pagamento de tais verbas. Ameaça de lesão à economia pública decorrente da possibilidade de, em contratando mão-de-obra cooperativada, vir a administração a ser condenada, em ação trabalhista, a pagar duas vezes por um mesmo serviço prestado, por não haver meios de acautelá-la preventivamente.

2. Não é a via excepcional da suspensão de liminar em mandado de segurança o meio processual adequado ao exame da constituição





**Naide Liliane
de Magalhães**
Assessoria Jurídica

Rua Leandro Dupre, 463
Vila Clementino
São Paulo - SP

+55 (11) 5384-7375
naidemagalhaes@naidemaagalhaes.com.br

de termo de compromisso firmado pela União, nem tampouco da legalidade de vedação contida em edital de licitação, o que poderá ser aferido nas vias ordinárias próprias.

3. Permanecendo válido termo de acordo firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a Advocacia Geral da União, pelo qual a União se obrigou a não contratar trabalhadores por meio de cooperativas de mão-de-obra para prestação de serviços ligados às suas atividades fim ou meio, quando o labor, por sua natureza, demandar execução em estado de subordinação, quer em relação ao tomador, quer em relação ao fornecedor de serviços, a inobservância dessa diretriz por quaisquer dos órgãos da administração pública federal, configura ameaça de lesão à ordem pública, aqui compreendida a ordem administrativa;

4. Agravo Regimental não provido."

(AgRg na SS 1352/RS, Rel. Min. Edson Vidigal, Corte Especial, julgado em 17/11/2004, DJ 9/2/2005, p. 165.)

Ainda sobre o tema:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AFRONTA AOS ARTS. 515 E 540 DO CPC. INEXISTÊNCIA. LICITAÇÃO. COOPERATIVA. CONTRATAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. NECESSIDADE DE ESTADO DE SUBORDINAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

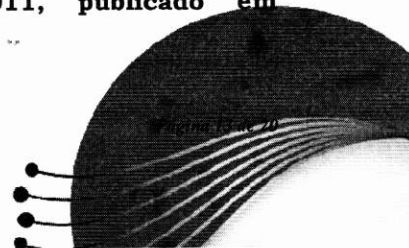
1. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Lei Maior. Isso não caracteriza ofensa aos arts. 515 e 540 do CPC. Neste sentido, existem diversos precedentes desta Corte. Precedente.

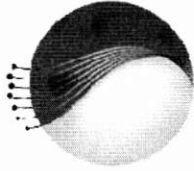
2. Depreende-se dos autos que o objetivo do Pregão SEFAZ/GO n. 15/2005, de acordo com o edital de fls. 91/119, é a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de mão-de-obra terceirizada na função de auxiliar técnico administrativo.

3. Esta Corte Superior pacificou entendimento segundo o qual é impossível a participação das cooperativas em processo licitatório para contratação de mão-de-obra, quando o labor, por sua natureza, demandar necessidade de estado de subordinação ante os prejuízos que podem advir para o patrimônio público, caso o ente cooperativo se consagre vencedor no certame. Precedentes.

4. Na espécie, ganha relevância, ainda, o fato de que existe acordo entre a União e o Ministério Público do Trabalho, o qual, muito embora não vincule a recorrente no sentido de vetar a contratação de cooperativas, traz as mesmas razões jurídicas para inadmitir a contratação de cooperativa para fornecimento de mão de obra.

5. Recurso ordinário em mandado de segurança parcialmente provido. (RMS 25097/GO, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgamento em 01/12/2011, publicado em 12/12/2011).





**Naide Liliâne
de Magalhães**
Assessoria Jurídica

Rua Leandro Dupre, 463
Vila Clementino
São Paulo - SP

+55 (11) 5084-7375
naidemagalhaes@naidemagalhaes.com.br

Ou seja, em suma, dito E.Superior Tribunal Federal determina, em sua predominante jurisprudência, que não há qualquer ilegalidade de impor a vedação de cooperativas participarem de licitação, cujo objeto é a prestação de serviços de fornecimento de mão de obra, ou serviços cujo tal requisito é situação predominante, eis que evidente a razoabilidade da medida, como forma de garantir à Administração selecionar a melhor proposta, sob todos os aspectos, notadamente aos da competitividade e o da prevenção à futura responsabilização desta, pelo pagamento de débitos trabalhistas e fiscais.

Ou seja, não se está buscando, única e exclusivamente, dar azo a redação literal do artigo 3º, da Lei Federal nº 8.666/93 e sim, dando-lhe sentido em consonância aos princípios constitucionais vigentes, inclusive, no que tange a preservar o interesse público maior, não expondo a Administração Pública em riscos desnecessários.

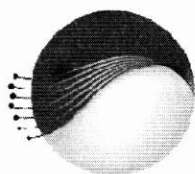
Com efeito, as cooperativas, disciplinadas na Lei n. 5.764/1971 ("define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências"), são definidas como "**sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados [...]**" (art. 4º), e, quanto aos associados, dispõe a referida lei que, "**qualquer que seja o tipo de cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados**" (art. 90).

Essas são as regras gerais, mas podem as cooperativas, também, prestar serviços simultâneos para terceiros, assumindo obrigações e admitindo-se, ainda, que o cooperado, quando desejar, estabeleça relação empregatícia com a própria sociedade. A respeito do amplo objeto das cooperativas e da relação com terceiros, vejam-se as seguintes normas da Lei n. 5.764/1971:

"Art. 5º As sociedades cooperativas poderão adotar por objeto qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, assegurando-se-lhes o direito exclusivo e exigindo-se-lhes a obrigação do uso da expressão 'cooperativa' em sua denominação. [...]"

Art. 10. As cooperativas se classificam também de acordo com o objeto ou pela natureza das atividades desenvolvidas por elas ou por seus associados.





§ 1º Além das modalidades de cooperativas já consagradas, caberá ao respectivo órgão controlados apreciar e caracterizar outras que se apresentem.

§ 2º Serão consideradas mistas as cooperativas que apresentarem mais de um objeto de atividades.

[...]

Art. 11. As sociedades cooperativas serão de responsabilidade limitada, quando a responsabilidade do associado pelos compromissos da sociedade se limitar ao valor do capital por ele subscrito.

Art. 12. As sociedades serão de responsabilidade ilimitada, quando a responsabilidade do associado pelos compromissos da sociedade for pessoal, solidária e não tiver limite.

Art. 13. A responsabilidade do associado para com terceiros, como membro da sociedade, somente poderá ser invocada depois de judicialmente exigida da cooperativa.

[...]

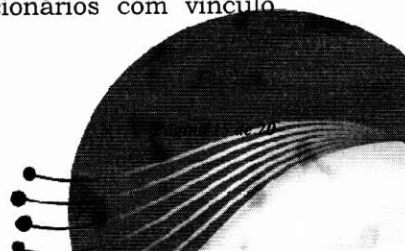
Art. 36. A responsabilidade do associado perante terceiros, por compromissos da sociedade, perdura para os demitidos, eliminados ou excluídos até quando aprovadas as contas do exercício em que se deu o desligamento."

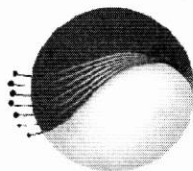
No tocante à permissão de se estabelecer vínculo empregatício entre a cooperativa e o próprio cooperado, assim dispõe a Lei n. 5.764/1971:

"Art. 31. O associado que aceitar e estabelecer relação empregatícia com a cooperativa, perde o direito de votar e ser votado, até que sejam aprovadas as contas do exercício em que ele deixou o emprego.

Art. 32. A demissão do associado será unicamente a seu pedido."

Tal óbice legal foi criado para impedir a contratação de cooperativas que, em essência, não são pessoas jurídicas adequadas ao objeto em questão, pois este envolve subordinação, o que favorece a possibilidade de aliciamento irregular de mão de obra, sem qualquer estrutura e respeito aos direitos dos "cooperados", figuras que, na verdade, trabalharão em caráter subordinativo. Por tais razões, os juristas do Direito do Trabalho passaram a nomear como o neologismo, tais pessoas jurídicas de "**fraudoperativas**". Dessa forma, as cooperativas não têm condições de atender a contratação em pauta, pois não possuem funcionários com vínculo empregatício, tal como então se exigirá.





**Naide Liliane
de Magalhães**
Assessoria Jurídica

Rua Leandro Dupre, 463
Vila Clementino
São Paulo - SP

+55 (11) 5084-7375
naidemagalhaes@naidemagalhaes.com.br

Ademais, está expressamente previsto no edital que, durante o decurso da contratação será exigido à empresa contratada, os documentos que comprovem o cumprimento regular das obrigações trabalhistas, fiscais, bem como os encargos sociais, tais como o Certificado de Regularidade de Situação com o FGTS, folha de pagamento de empregados, Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, dentre outros, com o fim de controle e fiscalização dos deveres trabalhistas.

Ora, não é possível tal exercício de fiscalização em cooperativas de trabalho, em virtude da ausência de vínculo empregatício formal, além do que, caso a prestadora contratada descumpra qualquer direito trabalhista, o tomador de serviços será responsável pela quitação de salários e tributos não recolhidos.

Neste sentido, dispõe a transcrição do Enunciado nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho, sobre o Contrato de Prestação de Serviços:

Súmula nº 331 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

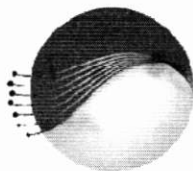
III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período de prestação laboral.





Ainda, dispõem os precedentes do Superior Tribunal de Justiça – STJ:

“Apelação Cível - Mandado de Segurança com Pedido LIMINAR - Edital de Licitação Modalidade Pregão Presencial, tendo como objeto a contratação de empresa especializada em prestação de serviço de transporte com veículos, incluindo motorista e combustível - Contra impedimento de participação - Alegação do Decreto 52.091/2011 - Decisão favorável com a confirmação da liminar deferida - Sentença que deve ser reformada - Interferência na eficiência e continuidade do serviço devido aos vínculos trabalhistas dos cooperados - Impossibilidade de controle da Administração do adimplemento da cooperativa - Precedentes - Recursos providos (...)

Assim, verifica-se a finalidade do ente público em proteger o Erário, evitando 'a priori', o inadimplemento de obrigações trabalhistas e previdenciárias pelos empregadores contratados, seja pelo risco de pagar duas vezes pelo mesmo serviço ou pela proteção aos próprios trabalhadores, dada a natureza peculiar da cooperativa com seus cooperados.” (Apelação nº 0022275-27.2013.8.26.0053, Rel. Des. Eduardo Gouvêa, julgada em 11.08.2014 o grifo não consta dos autos).

ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COM LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA - VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS. RAZOABILIDADE DA EXIGÊNCIA EDITALÍCIA - INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE.

1. É fato público e notório que a legislação trabalhista e previdenciária é implacável com os tomadores de serviço, atribuindo-lhes, inclusive, a condição de responsáveis pelo pagamento de salários e tributos não recolhidos.

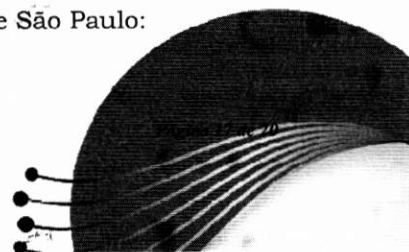
2. A Corte Especial pacificou entendimento segundo o qual é inadmissível a participação de cooperativas em processos licitatórios para contratação de mão de obra quando o labor, por sua natureza, demandar necessidade de subordinação, ante os prejuízos que podem advir para a Administração Pública caso o ente cooperativo se consagre vencedor no certame e não cumpra suas obrigações. Precedentes.

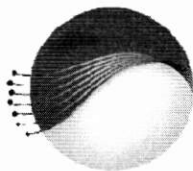
3. Recurso especial provido.

(...)

Este Tribunal Superior, por sua Corte Especial, já se pronunciou a respeito e pacificou entendimento segundo o qual é inadmissível a participação de cooperativas em processos licitatórios para contratação de mão de obra quando o labor, por sua natureza, demandar necessidade de subordinação, ante os prejuízos que podem advir para a Administração Pública caso o ente cooperativo se consagre vencedor no certame e não cumpra suas obrigações.” (REsp nº 1204186/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 18.10.2012 o grifo não consta do original).

Também no mesmo teor, o E.Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:





**Naide Lilliane
de Magalhães**
Assessoria Jurídica

Rua Leandro Dupre, 463
Vila Clementino
São Paulo - SP

+55 (11) 5084-7375
naidemagalhaes@naidemagalhaes.com.br

MANDADO DE SEGURANÇA. Cooperativa Pretensão à participação da licitação, modalidade pregão presencial, cujo objeto dispõe sobre a contratação de empresa de serviços de locação de veículos, incluindo motorista ou operador e combustível Sentença concessiva da ordem Inadmissibilidade Legalidade da vedação editalícia Decreto nº 52.091/2011 Objeto da contratação que implica relação de subordinação dos funcionários com a empresa contratada Impossibilidade de controle pela Administração do cumprimento de obrigações trabalhistas pela cooperativa, em virtude da ausência de vínculo empregatício formal Interesse público preservado Enunciado nº 331, do TST e precedentes do TJSP e do STJ Recursos oficial, tido por interposto, e do Município providos. Relator(a): Reinaldo Miluzzi; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 13/10/2014; Data de registro: 14/10/2014).

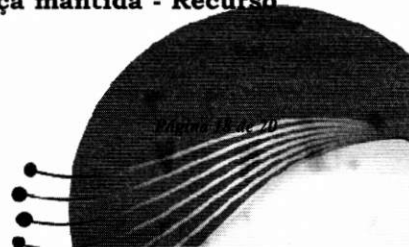
MANDADO DE SEGURANÇA - Impetração para o fim de possibilitar a participação de cooperativa em certame sob a modalidade de pregão Vedação pautada pelo Decreto Estadual nº 55.938/2010 Possibilidade Restrição centrada unicamente às hipóteses de prestação de serviço de natureza não eventual Providência legítima, que visa evitar prejuízos ao erário, decorrentes de eventual responsabilização da Administração pelo inadimplemento dos direitos trabalhistas dos "cooperados" Inexistência de direito líquido e certo Precedentes do Eg. Superior Tribunal de Justiça Apelação não provida.

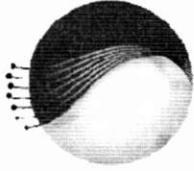
(Relator(a): Fermino Magnani Filho; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 28/05/2012; Data de registro: 01/06/2012).

LICITAÇÃO. serviços de vigilância e segurança patrimonial para unidades do Banco Nossa Caixa S/A irregularidade no edital determinação para inclusão de algumas disposições específicas no edital proibição de participação de cooperativas legalidade segurança concedida em parte recurso improvido.

(Relator(a): Franklin Nogueira; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 11/09/2012; Data de registro: 13/09/2012; Outros números: 9098385000).

APELAÇÃO, AÇÃO ANULATÓRIA LICITAÇÃO NA MODALIDADE PREGÃO ELETRÔNICO Pretensão inicial voltada à anulação do Pregão Eletrônico DRM II nº 026/13, em razão de suposta vedação às cooperativas de participarem de procedimentos licitatórios Inteligência dos Decretos Estaduais nº 55.938/2010 e nº 57.159/2011 e da Lei Federal nº 12.690/2012 Sentença terminativa que indeferiu a petição inicial ao reconhecer a carência do interesse de agir do autor (art. 295, I cc. art. 267, VI, do CPC) - Ação que visa proteger o interesse de alguns filiados, não devendo se confundir com direito individual homogêneo Ilegitimidade ativa ad causam reconhecida Sentença mantida - Recurso improvido.





**Naide Lillane
de Magalhães**
Assessoria Jurídica

Rua Leandro Dupre, 463
Vila Clementino
Sao Paulo - SP

+55 (11) 5084-7375
naidemagalhaes@naicemagalhaes.com.br

(Relator(a): Paulo Barcellos Gatti; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 05/05/2014; Data de registro: 07/05/2014).

Assim, tal situação não poderá prevalecer, devendo ser extirpada do Ato Convocatório.

A ofensa ao princípio da legalidade ocorre porque, em regra, a ausência de tal previsão editalícia, vedando expressamente a participação de **“fraudoperativas”**, não pode prevalecer pois, além de expor a Administração Pública à riscos desnecessários, prejudicando o Erário, também permitirá uma competição desigual, não isonômica, prejudicando todas as demais licitantes.

No livro “Discrecionariade Administrativa na Constituição de 1988” (São Paulo, Atlas, 1991, p.151) está demonstrado que, diante do texto de uma lei, a Administração pode ter, abstratamente várias opções para decidir, conforme critérios de oportunidade e conveniência; no entanto, ao aplicar essa mesma lei a um caso concreto, essas opções reduzem consideravelmente, mediante aos princípios que norteiam a Administração Pública.

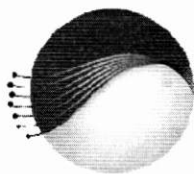
É verdade que a Administração Pública tem interesse em receber o maior número possível de propostas. Mas não se pode esquecer que o artigo 3º da Lei 8.666/93 colocou no mesmo pé de igualdade dois objetivos da licitação: o de garantir a observância constitucional da isonomia e o de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração. Não é possível que, para prestigiar um, se descumpra o outro. Até porque é a Constituição que, no artigo 37, inc. XXI exige que o processo de licitação pública assegure igualdade de condições a todos concorrentes.

Assim, não pode prevalecer o teor do Edital, não delimitando claramente a vedação aqui conclamada, sob pena de impor ao certame, a vedação ao interesse público maior, bem como, realizando uma contratação que buscará prejudicar o interesse público maior, mediante prejuízos que serão causados ao Erário.

IV) DO PEDIDO:

Diante todo exposto, requer a **IMPUGNANTE/PETICIONÁRIA** que se digne a D.Comissão reconhecer os vícios contidos no Edital supramencionado que, ferindo os princípios do Direito Administrativo Brasileiro, em especial, a legalidade





**Naide Liliane
de Magalhães**
Assessoria Jurídica

Rua Leandro Dupre, 483
Vila Clementino
São Paulo - SP

+55 (11) 5084-7375
naidemagalhaes@naidemagalhaes.com.br

como os direitos e garantias assegurados pela Constituição Federal, prejudica o interesse público, além de caracterizar ilegalidade estrita, adotando-se:

- a) Que seja a presente **PETIÇÃO** recebida mediante atribuição do efeito suspensivo previsto no artigo 109, alínea "a", § 2º, da Lei Federal nº 8.666/93, bem como o teor do item Editalício supramencionado;
- b) Que seja determinada a reabertura de novo prazo para apresentação das propostas, em função dos vícios aqui mencionados que colidem com os ditames legais;
- c) Que sejam acolhidas as razões aduzidas na presente **PETIÇÃO**, determinando a revisão do Edital de Licitação Pública na modalidade de Pregão para contratação de serviços contínuos em comento, corrigindo as previsões e exigências editalícias supramencionadas, manifestamente ilegais, fazendo dele constar as correções devidas, designando-se nova data para sua realização;
- d) Que o pleito aqui exarado seja urgentemente deferido, sob pena de adoção de todas as medidas previstas em lei, **inclusive no âmbito do Tribunal de Contas do Estado, bem como no aspecto judicial**, haja vista que, de acordo ao disposto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, é assegurado a todos o direito de ver apreciado pelo Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, para verificação da correspondência ou não da conduta administrativa com a legislação de regência.

Nestes termos,

Pede e espera deferimento.

São Paulo, 24 de março de 2016.

**PRM. SERVIÇOS E MÃO DE OBRA ESPECIALIZADA EIRELE.
NAIDE LILIANE DE MAGALHÃES
ADV.OAB/SP nº 209.962**





PROCURADORIA JURÍDICA

PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE ITAPETININGA

SECRETARIA DE NEGÓCIOS JURÍDICOS

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

**DA: DIRETORIA DA SECRETARIA MUNICIPAL DE NEGÓCIOS JURÍDICOS
PARA: DEPARTAMENTO DE GESTÃO DE SUPRIMENTOS E CONTRATOS**

Referência: Memorando Interno nº 63/2016 - Impugnação ao Edital do Pregão Presencial nº 24/2016 – Processo nº 41/2016 – Objeto: Contratação de Empresa para a prestação de serviços de limpeza de prédios, mobiliários e equipamentos escolares, visando à obtenção de adequadas condições de salubridade e higiene, com a disponibilização de mão de obra, materiais e equipamentos nas unidades escolares de Ensino Fundamental e CECS, Infantil e CEPROM – Secretaria Municipal de Educação.

**Expediente Administrativo nº 8366/1/2016
Parecer nº 736/2016**

Trata-se de análise da Impugnação ao Edital do Pregão Presencial nº 24/2016, oferecida pela empresa **PRM SERVIÇOS E MÃO DE OBRA ESPECIALIZADA EIRELI**, objeto do expediente administrativo em epígrafe.

De início, destaco que a presente impugnação foi encaminhada ao Departamento de Gestão de Suprimentos e Contratos, através de correio eletrônico, em **27/03/2016**, conforme documentos anexos, sendo, portanto, **INTEMPESTIVA**, na medida em que o instrumento convocatório dispõe, na Cláusula XVI - Das Impugnações ao Edital:

XVI - DAS IMPUGNAÇÕES AO EDITAL.

16.1 - Até **02 (dois) dias úteis anteriores à data fixada para recebimento das propostas**, qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos, providências ou **impugnar o ato convocatório** do Pregão.

16.1.1 - As **petições deverão ser protocoladas junto ao Setor de Licitações**, na Praça dos Três Poderes, n.º 1.000, 1º andar, Itapetininga (SP), dirigida à autoridade subscritora do Edital, que decidirá no prazo legal.

(...)



PROCURADORIA JURÍDICA

PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE ITAPETININGA

SECRETARIA DE NEGÓCIOS JURÍDICOS

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

16.2 - Nos eventuais atos de impugnações, o interessado **deverá obedecer ao procedimento abaixo:**

16.2.1 - somente serão válidos os documentos originais;

16.2.2 - **quando encaminhados via FAC-SÍMILE, esses documentos serão válidos por até 48 (quarenta e oito) horas, tempo que o interessado deverá protocolar os documentos originais junto à Prefeitura Municipal de Itapetininga;**

16.2.3 - os documentos deverão ser protocolados no Setor de Protocolo, na Praça dos Três Poderes, n.º 1.000, Térreo, Itapetininga (SP); 16.2.4 - não protocolando na forma definida, o Pregoeiro não apreciará o teor dos citados documentos.

Desta forma, considerando a data designada para a sessão, 29/03/2016, e a data do encaminhamento da impugnação, 27/03/2016, domingo, não foi observado o prazo estipulado de **02 dias úteis** anteriores à data de recebimento das propostas. Demais disso, a impugnação deixou de observar, ainda, o procedimento estabelecido pelo edital para o ato em comento.

Resta, pois, clarividente a intempestividade da impugnação, situação que por si só, obstaculizam a apreciação das razões nela contidas. Contudo, a par de intempestiva e de não observar os procedimentos adequados, passo a análise da questão aventada, apenas com o fito de dirimir qualquer dúvida e para que reste demonstrada a legalidade do procedimento licitatório em pauta.

Sustenta a empresa acima referida, em suma, que o presente edital de licitação é omissivo, considerando que a redação do mesmo não contempla qualquer vedação à participação de cooperativas, em violação aos princípios constitucionais vigentes. Desta forma, requer o processamento da impugnação apresentada, com atribuição de



PROCURADORIA JURÍDICA

PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE ITAPETININGA
SECRETARIA DE NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

efeito suspensivo, bem como o acolhimento das razões para que sejam determinadas as correções pertinentes, com a consequente reabertura do prazo para apresentação de propostas.

É o que importa relatar. Passo à análise da questão aventada.

A impugnação apresentada pela empresa em epígrafe não comporta acolhida, senão vejamos.

A presente licitação tem por objeto a *Contratação de Empresa para a prestação de serviços de limpeza de prédios, mobiliários e equipamentos escolares, visando à obtenção de adequadas condições de salubridade e higiene, com a disponibilização de mão de obra, materiais e equipamentos nas unidades escolares de Ensino Fundamental e CECS, Infantil e CEPROM, para a Secretaria Municipal de Educação. Desta forma, tem por escopo o atendimento de atividades primordiais da referida Secretaria, com o intuito de garantir adequadas condições aos alunos.*

Consoante se verifica do instrumento convocatório devidamente publicado, as condições de participação no certame foram disciplinadas pelo item II, a saber:

II - DA PARTICIPAÇÃO

2.1 - Poderão participar do certame todos os interessados do ramo de atividade pertinente ao objeto da contratação que preencherem todas as condições exigidas neste Edital.

2.2 - Além das vedações estabelecidas pelo artigo 9º da Lei Federal nº 8.666/93, não poderão participar desta licitação:

2.2.1 - Pessoas Jurídicas que estejam suspensas de licitar e contratar com a Prefeitura Municipal de Itapetininga e/ou foram declaradas inidôneas por qualquer órgão da Administração Pública.



PROCURADORIA JURÍDICA

PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE ITAPETININGA
SECRETARIA DE NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

2.2.2 - Pessoas Jurídicas que se encontrem sob o regime falimentar.

2.2.3 - Empresas estrangeiras que não funcionem no País.

2.2.4 - Consórcios ou grupo de empresas.

2.2.5 - Empresas das quais participe, seja a que título for, funcionário público municipal de Itapetininga, em razão do disposto no art. 212 do Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Itapetininga (Lei Complementar nº 26/2008).

Portanto, o instrumento convocatório não estabeleceu qualquer vedação à participação de cooperativas no certame.

Com efeito, o Art. 3º, inciso I, da Lei Federal nº 8.666/1993, estabelece:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, **inclusive nos casos de sociedades cooperativas**, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato,



PROCURADORIA JURÍDICA

PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE ITAPETININGA

SECRETARIA DE NEGÓCIOS JURÍDICOS

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

Como se infere do dispositivo legal supra, não pode a Administração Pública estabelecer condições que de qualquer forma comprometam o caráter competitivo das licitações, inclusive no tocante às cooperativas. Desta forma, a regra é a ampla participação de todos os interessados.

Portanto, não existe vedação legal absoluta à participação das cooperativas em licitações. O que ocorre é que, por conta das inúmeras condenações da Administração Pública impostas pela Justiça do Trabalho, passou-se a se questionar a participação desses entes nas licitações para contratação dos serviços com dedicação exclusiva de mão de obra, que resultou na conciliação judicial firmada entre o Ministério Público do Trabalho e a União na Ação civil Pública nº 0108200-72.2002.5.10.0020, perante a 20ª Vara do Trabalho do TRT da 10ª Região, nos seguintes termos:

“O autor e a terceira ré celebraram termo de conciliação, comprometendo a União a abster-se de contratar trabalhadores, por meio de cooperativas de mão-de-obra, para prestação de serviços ligados as suas atividades fim e meio, quando o labor demandar subordinação, elencando as atividades vedadas (fl. 616). Compromete-se, ainda, a União a estabelecer regras claras no editais de licitação acerca da participação de cooperativas, bem como a recomendar o mesmo procedimento em relação à administração indireta, tudo sob pena de multa.”

Contudo, após o advento da Lei nº 12.349/2010, restou superado o referido acordo. Consigne-se, ainda, que a Lei nº 12.690/2012, que dispõe sobre a



PROCURADORIA JURÍDICA

PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE ITAPETININGA
SECRETARIA DE NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

organização e o funcionamento das cooperativas de trabalho, assim estabelece no seu art. 10:

“Art. 10. A Cooperativa de Trabalho poderá adotar por objeto social qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, desde que previsto no seu Estatuto Social.

(...)

§ 2º A Cooperativa de Trabalho não poderá ser impedida de participar de procedimentos de licitação pública que tenham por escopo os mesmos serviços, operações e atividades previstas em seu objeto social”.

Diante dessas inovações, não caberiam mais as restrições impostas pelo acordo judicial firmado na Justiça do Trabalho. Contudo, não se pode perder de vista que a própria Lei nº 12.690/2012, em seu art. 5º, estabelece que “a Cooperativa de Trabalho não pode ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada”, ou seja, manteve-se a preocupação de impedir a intermediação ilegal de mão de obra, burlando o direito dos trabalhadores.

No mesmo sentido foi a decisão do E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, no julgamento do TC-000606/989/12, cujo trecho ora se traz a colação:

(...)

2.2. Segundo alegado na Inicial, o Instrumento Convocatório não impediria a participação de cooperativas, não obrigaria a realização de visita técnica, seria omissivo quanto às implicações em caso de atraso de pagamento e traria restrições aos eventuais interessados, por prever o início imediato dos serviços, após a emissão da Ordem de Serviços. 2.3. Quanto ao primeiro item, observo que o próprio inciso I do § 1º do art. 3º da Lei Federal nº 8.666/93 veda, expressamente, aos agentes públicos “admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas”. Inclusive, visando incentivar a participação dessas entidades, o art. 34 da Lei nº 11.488/2007 estendeu às sociedades



PROCURADORIA JURÍDICA

PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE ITAPETININGA
SECRETARIA DE NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

*cooperativas – cuja receita bruta não supere o limite previsto para as empresas de pequeno porte – os mesmos benefícios e privilégios atribuídos às microempresas e empresas de pequeno porte. Ressalte-se, ainda, que o Decreto Estadual nº 55.938/10, alterado pelo Decreto Estadual nº 57.159/11, somente é aplicável aos certames “promovidos pela Administração direta e indireta do Estado de São Paulo”, conforme dispõe seu art. 1º, e não àqueles instaurados por Órgãos Municipais. **Dessa forma, a proibição da participação de cooperativas em licitações públicas municipais cinge-se às situações em que “restar configurada a existência de trabalho subordinado, porque estranho à própria natureza da associação cooperativa a ensejar, por parte do administrador, prudência e cautela como condição para a efetivação do princípio da razoabilidade, evitando, assim, contratações que, nestes termos, possam resultar em futuras condenações trabalhistas” (Decisão do Pleno, em sessão de 12/05/2010, proferida nos autos dos TCs. 10651/026/10, 10820/026/10 e 11447/026/10 – grifei).***

Desta forma, resta clarividente que o edital em apreço não merece correções ou reformas, posto que em consonância com a legislação de regência e com o entendimento esposado pela E. Corte de Contas do Estado de São Paulo.

Pelo exposto, opina-se pelo não acolhimento da impugnação apresentada pela empresa em epígrafe, bem como pela manutenção do edital tal como publicado.

É o parecer, s.m.j.

Itapetininga/SP, 28 de março de 2016.

ALINE APARECIDA CASTRO
OAB/SP: 208.057

Ratifico o parecer nº 736/2016

Antonio Carlos Leonel Ferreira Júnior
Secretário de Negócios Jurídicos