

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES DO
MUNICÍPIO DE CUNHA – ESTADO DE SÃO PAULO**

PREGÃO ELETRÔNICO N° 072/2022

PROCESSO ADMINISTRATIVO N° 129/2022

MARIA IDALINA T. BETONI, brasileira, casada, advogada, inscrita no CPF nº 292.215.738-50, vem respeitosamente, apresentar tempestivamente esta **IMPUGNAÇÃO**, visando **exame prévio** do edital do **PREGÃO ELETRÔNICO N° 072/2022** promovido pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE CUNHA - SP**, pelas razões de fato e direito abaixo aduzidas:

I. DOS FATOS

A Prefeitura Municipal de Cunha, publicou o Edital do Pregão Eletrônico nº 072/2022, certame previsto para o dia 09/09/2022, às 09:30 horas, cujo objeto é referente a **“REGISTRO DE PREÇO PARA FUTURA E EVENTUAL CONTRATAÇÃO EMPRESA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE PSICOLOGIA PELO PERÍODO 06 (SEIS) MESES, DESTINADO A SECRETARIA DE EDUCAÇÃO”**, conforme termo de referência.

O instrumento convocatório regedor do certame em questão, entretanto, contém irregularidades, posto que não contempla, expressamente, a proibição de cooperativas e associações no referido certame.

3.11 - Não será permitida a participação de empresas:

3.11.1 - Estrangeiras que não funcionem no País;

3.11.2 - Reunidas em consórcio, qualquer que seja sua forma de constituição;

3.11.3- Que estejam cumprindo penalidade de suspensão temporária para licitar e impedimento de contratar com a Administração nos termos do inciso III do artigo 87 da lei 8.666/93 e suas alterações posteriores e Impedidas de licitar e contratar nos termos do art. 7º da Lei 10.520/02 e Sumula 51 do TCESP.

3.11.4 - Declaradas inidôneas pelo Poder Público e não reabilitadas.

3.11.5 – Que não possuïrem ramo de atividade pertinente ao objeto desta licitação.

Ocorre que tal ausência de proibição quanto a participação de cooperativas e associações, merece atenção, devendo o edital ser reformado para que se exclua a participação

de cooperativas e associações, por estarem em desacordo com a legislação e entendimento majoritário dos Tribunais de Contas.

II. DO IMPEDIMENTO DE PARTICIPAÇÃO DE ASSOCIAÇÕES E COOPERATIVAS – PRECEDENTES DO TCE/SP

É cediço que, em total descompasso com o entendimento do Egrégio Tribunal de Contas, os Municípios estão desrespeitando tais decisões e permitindo a participação de associações e cooperativas em tais certames. Tal fato inclusive ocorreu recentemente em certame promovido pela Prefeitura Municipal de Lagoinha, a qual permitiu e declarou vencedora, associação sem fins lucrativos.

Ainda, em que pese o entendimento consolidado pela E. Corte em relação à impossibilidade de participação de tais entidades em procedimentos licitatórios, tal fato vem ocorrendo. Porém, é cediço o entendimento que cooperativas não podem prestar serviços no qual haja a subordinação. Vejamos:

A Lei n.º 12.690, de 19 de julho de 2012, assim dispõe:

Art. 4º - A Cooperativa de Trabalho pode ser:

I - [...]

II - de serviço, quando constituída por sócios para a prestação de serviços especializados a terceiros, sem a presença dos pressupostos da relação de emprego.

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

Também nesse sentido, a 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, houve a necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o contratado, bem como de personalidade e habitualidade.”

Ainda, o Tribunal de Contas da União reitera a incompatibilidade da participação de cooperativas para atividades de terceirização de serviços contendo atributos de relação empregatícia, vejamos:

“A permissão à participação de cooperativas em licitações que envolvam terceirização de serviços com subordinação, pessoalidade e habitualidade afronta os arts. 4º, inciso II, e 5º da Lei 12.690/2012, a Súmula TCU 281, o Termo de Conciliação Judicial entre a União e o Ministério Público do Trabalho, de 5/6/2003, e o art. 4º da IN-SLTI/MPOG 2/2008. A aparente economicidade dos valores ofertados pelo licitante nesses casos não compensa o risco de relevante prejuízo financeiro para a Administração Pública advindo de eventuais ações trabalhistas.” (Acórdão 2260/2017, Primeira Turma, Relator Ministro WALTON ALENCAR RODRIGUES, data da Sessão: 18/04/2017)

No mais, em julgado recente do TCE/SP, a Prefeitura Municipal de Torre de Pedra teve a representação ao edital julgada procedente, para constar cláusula proibitiva da participação no certame de sociedades cooperativas e associações sem fins lucrativos:

Conforme assinalado em juízo preliminar, a jurisprudência desta E. Corte tem decidido no sentido da impossibilidade da participação de sociedades cooperativas e associações civis, tendo em vista a incompatibilidade do regime jurídico dessas entidades com o exercício da atividade empresarial da prestação dos serviços médicos. Afinal, não só tratamento fiscal mais favorável às cooperativas e associações civis tem força para comprometer a igualdade de oportunidades entre eventuais interessados no procedimento licitatório, mas também o modo de execução da obrigação, sobretudo na ausência do vínculo profissional ou de relação de emprego, não se compatibiliza com a forma ordinária de contratação de prestadores de serviço por parte do Poder Público, na forma da legislação aplicável (Lei nº 10.520/02 e Lei nº 8.666/93). **Ante o exposto, acolho o parecer do d. MPC e VOTO pela procedência da representação, determinando que a Prefeitura Municipal de Torre de Pedra faça constar cláusula proibitiva da participação no certame de sociedades cooperativas e associações sem fins lucrativos.**

Ainda, a Prefeitura Municipal de Iacri decidiu, em recente impugnação, pela retificação do edital que constava a participação de cooperativas, associações e organizações:

A impugnação deve ser acolhida, pois, conforme entendimento do TCESP, deve ser constado no edital a inadmissão da participação de cooperativas e associações sem

fins lucrativos em licitações para contratação de empresa para a prestação de serviços médicos (plantonistas), conforme julgamento dos TCs 021306.989.21-11 (Fernandópolis), 008447.989.20-3 (Iepê), 002521.989.20-2 (Hospital Municipal de Barueri), 017827.989.203 (Emilianópolis), 0001145.989.205 (CISARF) e 024796.989.20-0 (Prefeitura Municipal de Bom Jesus dos Perdões), sendo que neste último consta que, em eventual relançamento do certame, reformule o edital, de forma a vedar a participação de Cooperativas, Associações Cívicas e Organizações sem fins lucrativos.

[...]

Conclusão:

Em vista do exposto, a Prefeitura procederá a retificação do objeto do edital do Pregão Presencial nº 007/2022, para fazer constar “Contratação de empresa do ramo, devidamente inscrita no CNPJ, para a realização de plantões médicos no Pronto Atendimento Municipal.

(Aldeni Ribeiro do Nascimento – Pregoeiro – PP 07/2022 – Processo Administrativo nº 016/2022 – Prefeitura Municipal de Jacri/SP)

Importante destacar uma vez mais que a finalidade da presente licitação é a prestação de serviços essenciais à saúde, com profissionais devidamente capacitados, com registro junto ao órgão de classe, no caso, Conselho Regional de Medicina- CRM/COREN, ou qualquer outro órgão da área da saúde, e comprovação de vínculo com a “**empresa**” contratada.

Note-se, que, a exigência de vínculo trabalhista decorre da natureza da própria atividade contratada, que envolverá a alocação dos profissionais nas unidades de saúde a serem indicadas pela Unidade de Saúde.

Uma vez exposta a situação fática, relevante lembrar que a CLT normatiza o assunto, através do parágrafo único do art. 442, que informa:

“Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela”.

E, reiterando, a Lei nº 12.960/12, em seu art. 5º, prevê:

“A Cooperativa de Trabalho não pode ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada”.

Com relação à questão, foram tomadas reiteradas decisões no âmbito do Tribunal de Contas da União (**Acórdão nº 2015/2003-Plenário e Acórdão nº 307/2004-Plenário**), que culminaram com a publicação da Súmula nº 281, do TCU:

“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.”

Também neste trilhar, o STJ, em sede de dissídio jurisprudencial, decidiu:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL - SERVIÇOS GERAIS. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS. RAZOABILIDADE DA EXIGÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. A legislação trabalhista e previdenciária atribui aos tomadores de serviço, a condição de responsáveis solidários pelo pagamento de salários atrasados e tributos não recolhidos. 2. Há acordos celebrados perante a Justiça do Trabalho, entre a Caixa Econômica Federal e a União, comprometendo-se a não contratar cooperativas para prestação de serviços, se presentes elementos da relação de emprego. 3. Legalidade da previsão editalícia proibindo a participação das cooperativas em licitações para prestação de serviços à administração pública. 4. Acórdão do TCU, com caráter normativo, chancelando a vedação em questão. Precedentes da Corte Especial do STJ em Suspensão de Segurança. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e nesta parte provido. (REsp. nº 1.141.763 - Relatora: Ministra Eliana Calmon - 2009/0098786-6-RS).

Note-se, que, o STJ, não só manteve seu posicionamento, como o pacificou, inclusive, em data posterior à vigência da citada Lei nº 12.690/12:

ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COM LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA - VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS – RAZOABILIDADE DA EXIGÊNCIA EDITALÍCIA - INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. 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. 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. Recurso especial provido. (REsp. nº 2010/0140662-4 - Relatora: Ministra Eliana Calmon - Publicação em 29/10/2012).

Nas mesmas condições de impedimento de participação, encontram-se, ainda, as ASSOCIAÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS, pelas mesmas razões consideradas acerca das cooperativas, em razão da sua natureza jurídica.

Ao inserir a palavra “empresa” em seu instrumento convocatório, a Administração implicitamente veda a participação de associações e cooperativas, as quais possuem natureza jurídica diversa das sociedades empresárias, consoante legislação civil em vigor (artigo 966 do Código Civil).

Este Município, ao publicar edital para realização de Pregão destinado à contratação de empresa especializada na prestação de serviços na área da saúde, **deixa claro que sua opção foi pela aquisição de serviços mediante contrato de direito público, conforme sua conveniência e oportunidade, ao invés de optar pelos termos de parceria legalmente previstos para as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, as quais, por sua vez, excluem a participação das sociedades empresariais, estas com fins lucrativos.**

Admitir a participação, em um mesmo certame, de sociedades empresariais e associações, **estaria a ferir o princípio da isonomia na competição**, notadamente em face dos benefícios de natureza tributária que associações e cooperativas recebem e que, assim, lhes asseguraria vantagem extraordinária na disputa licitatória.

Desta forma, **sendo necessária, portanto, a manifestação expressa e taxativa desta Prefeitura quanto à impossibilidade de ocorrência de tal fato, bem como seja determinada a INCLUSÃO no edital a proibição de participação de cooperativas e associações sem fins lucrativos.**

III - DOS REQUERIMENTOS

Em razão de todo exposto, requer:

- 1 ***LIMINARMENTE***, a **proibição da participação de associações** e demais entes sem fins lucrativos, para a sessão designada no dia 09/09/2022, visando que o princípio da isonomia e da competitividade não sejam feridos; E o edital RETIFICADO.
- 2 **Seja a presente Impugnação julgada totalmente procedente, com a consequente decretação da proibição da participação de associações no Pregão Eletrônico nº 072/2022.**

Termos em que,

Pede deferimento.

Bauru, 06 de setembro de 2022.

MARIA IDALINA TAMASSIA BETONI

OAB/SP 264.559