



CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO DE SÃO PAULO

RESPOSTA AO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO

PREGÃO ELETRÔNICO (SRP) 13/2017 Processo Administrativo PCS/0126/2017/PESRP

OBJETO: Contratação de empresa especializada na prestação de serviços de Assistência Odontológica

1. DAS PRELIMINARES

- 1.1. Pedido de impugnação interposto tempestivamente pela empresa DENTAL UNI – COOPERATIVA ODONTOLÓGICA, CNPJ Nº 78.738.101/0001-51, no exercício que lhe é oferecido por meio do art. 41, § 2º, da Lei nº 8.666/93, apresentou de forma tempestiva, apontando em tese, que o processo licitatório em epígrafe, por meio do edital “*prevê exigências que irão comprometer a competitividade do certame ou até mesmo inviabilizá-lo, uma vez que boa parte das potenciais participantes não terá condições de atender às exigências previstas no presente Instrumento Convocatório*”, sendo assim, manifesto-me ao final com fulcro nos termos técnicos e jurídicos transcritos neste ato, nos seguintes termos.

2. DAS RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO

- 2.1. Das razões da impugnante:

Sobre os itens do Edital: 4.4, 8.4.1, 8.4.2, 8.4.3., 8.4.4, 8.4.5, 8.4.6, 8.4.7, 8.4.8

Ocorre que, essas exigências restringem sobre maneira a participação de interessados que, como esta operadora, se enquadra como uma cooperativa voltada exclusivamente à prestação de serviços odontológicos;

Observa-se que o intuito do edital é de obstar a participação de cooperativas que se voltam ao fornecimento de mão-de-obra, que tem trazido frequentes complicações para o tomador dos serviços, sobretudo no tocante às obrigações trabalhistas e previdenciárias;

Este, entretanto, não é o caso desta operadora, que tem por objeto a contratação da prestação de serviços odontológicos, na qual os cooperados participam da administração, mas a prestação de serviços não é realizada por cooperados, mas pela rede credenciada;

Desse modo, a exigência do item supracitado não se aplica ao caso de cooperativas odontológicas ou médicas que realizam a prestação de serviços por meio de rede



CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO DE SÃO PAULO

credenciada/contratada, e por essa razão não tem qualquer potencial para trazer complicações trabalhistas ou previdenciárias para o órgão contratante;

Desse modo, entendemos que esta documentação deve ser revista, vez que determina a exclusão indevida de participação de entidades cooperativas que como esta são especializadas na prestação de serviços odontológicos, sem que haja qualquer justificativa legítima para esta limitação ao universo de licitantes, sobretudo diante de manifestações dos órgãos de controle externo que, claramente, reconhecem que as exigências a serem firmadas para a participação de cooperativas devem ater-se ao que se mostra necessário para a adequada prestação dos serviços, sem qualquer tipo de restrição alusiva à forma de constituição da entidade;

Nesse diapasão verifica-se que o Edital em referência prevê exigências que irão comprometer a competitividade do certame ou até mesmo inviabilizá-lo, uma vez que boa parte das potenciais participantes não terá condições de atender às exigências previstas no presente Instrumento Convocatório;

Desse modo, mais uma vez se verifica a necessidade de se suprimir as disposições do Edital, ora questionadas, sob pena dos atos certame restarem nulos, por atentar contra a competitividade e, por conseguinte, infringir a legalidade que deve estar adstrita a qualquer processo licitatório.

Ante o exposto, depreende-se que caso não sejam modificadas as disposições, ora questionadas, restará violado o disposto no art. 37, XXI da Constituição e no art. 3º da Lei nº 8.666/93, que encerra o feixe de princípios a que se submetem todos os procedimentos licitatórios, in verbis:

Artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal:

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 especificados 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 cláusulas 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 à garantia do cumprimento das obrigações.

Artigo 3º da Lei 8.666/93:

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da



CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO DE SÃO PAULO

proibidade 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 e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância 5 impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato; (...) Grifos nossos

Nesse mesmo sentido, destacamos a opinião dos ilustres doutrinadores Teresa Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier, na obra 'LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS – Temas atuais e controvertidos, que lembram: “A própria Lei 8.666/93, no seu art. 3º, § 1º, veda que sejam estabelecidas, nos editais, cláusulas que comprometam o caráter competitivo da licitação”. Esclarecendo que “o interesse da Administração deve ser, sempre, o de que o maior número de concorrentes aptos ou potencialmente acudam ao certame”.

3. DO PEDIDO DA IMPUGNANTE

3.1. *Ante o exposto, verifica-se que as imprecisões descritas na presente impugnação têm o condão de afetar a legalidade do procedimento licitatório, a reclamar o acolhimento dos fundamentos apresentados, com o propósito de adequar as disposições do edital ao que preceituam os princípios da legalidade, moralidade e interesse público, razão pela qual se requer o acolhimento da presente impugnação que, ao final, possibilitará a ampliação do universo de licitantes e a formulação de propostas que efetivamente serão mais competitivas para os serviços em contratação.*

4. DA ANÁLISE DAS ALEGAÇÕES

4.1. O objeto da análise deste pedido de impugnação já foi alvo de análise da Área Jurídica do Setor de Licitações do Conselho Regional de Administração de São Paulo, conforme segue abaixo:

Adentrando no tema da presente impugnação, tem-se que, a princípio, inexistente dispositivo legal que vede a participação de sociedades cooperativas em procedimentos destinados à contratação de bens e serviços pela Administração Pública, seja na Lei nº 8.666/93, seja na legislação esparsa.

Em verdade, ao se ter em mente os princípios norteadores da licitação, notadamente o da isonomia (artigos 37, XXI da Constituição Federal e 3º da Lei 8.666/93), não haveria que se cogitar a possibilidade de afastar as cooperativas das contratações públicas, salvo quando constatada a incompatibilidade entre o objeto da licitação e os objetivos sociais daquelas sociedades. Nesse rumo, confira-se o entendimento firmado pela Corte de Contas Federal nos autos do Acórdão n. 22/2003, exarado pelo seu Plenário:



CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO DE SÃO PAULO

No caso concreto, duas restrições impostas pelo Banco Central à participação de interessados no pregão nº 15/2002 foram objeto de questionamento por parte da representante e dizem respeito à vedação para participar do certame de empresas em consórcio e de cooperativas. O item 3 do respectivo edital estabelece os requisitos para a participação na licitação, sendo que o subitem 3.1.2, dispõe que somente podem participar da licitação empresas que não se apresentem sob a forma de consórcio ou de cooperativas, qualquer que seja a modalidade de constituição.

*De forma diversa, diz respeito à possibilidade de cooperativas participarem do pregão. Como temos, as cooperativas são por definição legal (art. 4º da Lei nº 5.764/71), **sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados, ou a terceiros não associados, desde que, nesta última hipótese, não afrontem seus objetivos sociais.***

Portanto, como qualquer outra pessoa jurídica, podem celebrar contratos com terceiros. A única ressalva a esta liberdade diz respeito à vedação contida no art. 86 da mencionada Lei, no sentido de que o fornecimento de bens e serviços a terceiros, não cooperados, deve atender aos objetivos sociais da cooperativa.

O tratamento da matéria tomou rumo diverso, que culminou na ampliação, pela via jurisprudencial, das hipóteses que permitem a exclusão das sociedades cooperativas dos procedimentos licitatórios, ou seja, a participação de cooperativas “de mão-de-obra” em licitações sedimentou uma problemática anteriormente não vislumbrada.

*Sendo assim, ao permitir a participação plena de cooperativas nos procedimentos destinados à contratação de serviços, a Administração viu-se, vez por outra, **compelida a saldar débitos de natureza trabalhista.***

O Tribunal Superior do Trabalho consolidou, com a edição do Enunciado n. 3318, o seguinte entendimento:

Enunciado n. 331/TST:

[...] IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993). (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000)

Art.16. As cooperativas poderão fornecer bens e serviços a não associados, desde que tal faculdade atenda aos objetivos sociais e estejam de conformidade com a presente lei.



CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO DE SÃO PAULO

*Conforme Cláusula Segunda do Termo de Conciliação Judicial firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a Advocacia Geral da União nos autos do processo nº. 01082-2002-20-10-00-0, **considera-se cooperativa de mão-de-obra aquela associação cuja atividade precípua seja mera intermediação individual de trabalhadores de uma ou várias profissões (inexistindo assim vínculo de solidariedade entre seus associados), que não detenham qualquer meio de produção, e cujos serviços sejam prestados a terceiros, de forma individual (e não coletiva), pelos seus associados.***

*Por força disso, quando configurada a existência de vínculo empregatício entre os cooperados e a cooperativa a que vinculados e desnaturada, por via de consequência, a autonomia característica dessas sociedades, **é de praxe a atribuição de responsabilidade subsidiária aos entes públicos tomadores do serviço prestado, relativamente ao pagamento das verbas.***

*Diante do conteúdo apresentado, a ausência de previsão legal sobre a vedação em exame, e a Administração Pública passou a adotar postura **no sentido de limitar a participação de sociedades cooperativas em licitações voltadas a contratação de serviços em que ficasse, desde logo, evidenciada a existência de subordinação, pessoalidade e habitualidade entre os cooperados e a cooperativa ou entre aqueles e a própria Administração contratante.***

Desta forma, a IN nº 02/2008, temos:

Art. 4º A contratação de sociedades cooperativas somente poderá ocorrer quando, pela sua natureza, o serviço a ser contratado evidenciar:

I - a possibilidade de ser executado com autonomia pelos cooperados, de modo a não demandar relação de subordinação entre a cooperativa e os cooperados, nem entre a Administração e os cooperados;

e

II - a possibilidade de gestão operacional do serviço for compartilhada ou em rodízio, onde as atividades de coordenação e supervisão da execução dos serviços, e a de preposto, conforme determina o art. 68 da Lei nº 8.666, de 1993, sejam realizadas pelos cooperados de forma alternada, em que todos venham a assumir tal atribuição.

Parágrafo único. Quando admitida a participação de cooperativas, estas deverão apresentar um modelo de gestão operacional adequado ao estabelecido neste artigo, sob pena de desclassificação.

Art. 5º Não será admitida a contratação de cooperativas ou instituições sem fins



CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO DE SÃO PAULO

lucrativos cujo estatuto e objetivos sociais não prevejam ou não estejam de acordo com o objeto contratado.

Parágrafo único. Quando da contratação de cooperativas ou instituições sem fins lucrativos, o serviço contratado deverá ser executado obrigatoriamente pelos cooperados, no caso de cooperativa, ou pelos profissionais pertencentes aos quadros funcionais da instituição sem fins lucrativos, vedando-se qualquer intermediação ou subcontratação.

Concluindo, o edital do CRA-SP exige a apresentação do modelo de gestão operacional pela cooperativa, e assim sendo, o único e exclusivo intuito do edital, é afastar as falsas cooperativas, não ferindo em momento algum os princípios constitucionais.

Afasta-se também o alegado na impugnação, quanto às exigências no edital, uma vez que não comprometem a competitividade, não infringindo a legalidade adstrita ao processo.

Apenas para elucidar a conclusão, vê-se que a minuta do edital adotada segue o modelo da Advocacia Geral da União, e os ditames da IN nº 02/2008, não sendo assim, apresentado no certame ato de ilegalidade, o qual restaria nulo.

5. DECISÃO

- 5.1. Baseado nas alegações da empresa DENTAL UNI – COOPERATIVA ODONTOLÓGICA e da análise da Área Jurídica do Setor de Licitações do Conselho Regional de Administração de São Paulo sobre a matéria, este pregoeiro **DECIDE** não acatar o pedido de impugnação em questão.

São Paulo, SP, 23 de outubro de 2017.

GUSTAVO GUILHERME GONZAGA

Pregoeiro do Conselho Regional de Administração de São Paulo