

AO ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DA PREFEITURA DE VERANÓPOLIS

EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº 44/2023

PEDRO REGINALDO DE ALBERNAZ FARIA E FAGUNDES LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 10.439.655/0001-14, com sede na Rua Alvaro Costa, nº 14, Centro, Rio Grande/RS, CEP 96.201-560, endereço eletrônico thiago.fag@phenixsolucoes.com.br, representada neste ato pelo sócio administrador **Pedro Reginaldo de Albernaz Faria**, brasileiro, separado judicialmente, empresário, RG 6811268114, CPF 427.408.000-53, residente e domiciliado na Rua da Praia, nº 31, Balneário Cassino, Rio Grande/RS, CEP 96.210-062, ao cordialmente cumprimentá-lo, vem apresentar **IMPUGNAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO**, pelas razões que seguem:

RELATÓRIO FÁTICO E FUNDAMENTOS DE DIREITO

Ilmo., trata-se de Pregão Eletrônico destinado a Contratação de empresa para prestação de serviços de limpeza urbana.

A Impugnante, por enquadrar-se no perfil descrito no Edital e no Termo de Referência, pretende ingressar no processo seletivo e para tanto, analisou detidamente o instrumento convocatório que, salvo melhor juízo, encontra-se eivado de vícios que merecem reparo, especialmente quanto aos itens que permitem a participação de cooperativas tais como: 2.4, 2.7.11, 10, 13.2.7 e 25.1.2.

1. Violação a jurisprudência do poder judiciário a Resolução de Demandas Repetitivas 19 do TJRS processo Nº 70084345743 (Nº CNJ: 0072933-63.2020.8.21.7000)

Ocorre que recentemente o Superior Tribunal de Justiça¹ firmou entendimento no sentido de que pessoas jurídicas instituídas sob o regime jurídico de “cooperativa” não podem participar de “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”:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE MÃO DE OBRA. CLÁUSULA EDITALÍCIA QUE VEDA A PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVA. NECESSIDADE DE SUBORDINAÇÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Trata-se de Agravo interno aviado contra decisão que julgara recurso interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/73.

II. Na origem, trata-se de Mandado de Segurança coletivo impetrado pelo Sindicato e Organização das Cooperativas Brasileiras no Estado do Acre - OCB/AC, contra ato praticado pela Procuradora-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Acre, a qual incluiu, em edital de licitação, cláusula que restringe a participação das sociedades cooperativas. O Tribunal a quo denegou a segurança, concluindo que, "é lícito restringir a participação de Cooperativas em licitações da Administração Pública quando a necessidade da contratação demandar de mão-de-obra em caráter de subordinação jurídica", consignando, ainda, que, no caso, "como se trata de contratação de mão-de-obra que, pela natureza do seu labor pressupõe a incidência de subordinação, não poderia combinar, de forma legal, com o tipo de serviço que as Cooperativas podem oferecer, tudo isto por motivo de vedação legal contida na recente Lei nº 12.690/2012".

III. De fato, "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

¹AgInt no RMS n. 42.046/AC, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, **julgado em 2/5/2022, DJe de 9/5/2022.**

vencedor no certame e não cumpra suas obrigações" (STJ, REsp 1.204.186/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 29/10/2012). No mesmo sentido: STJ, RMS 25.097/GO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 12/12/2011; REsp 1.185.638/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 10/09/2010; AgRg no REsp 960.503/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 08/09/2009; AgRg no REsp 947.300/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 16/12/2008.

IV. Agravo interno improvido.

Segundo consta na decisão supracitada, existe expressa vedação legal para que Cooperativas atuem na intermediação de mão-de-obra, consoante se subtrai da interpretação do art. 5º da Lei 12.690/2012, que possui a seguinte redação:

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

No mesmo sentido o **Tribunal de Justiça do Rio Grande no julgamento do Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas 19 com transitio em julgado em 10/02/2023** firmou a tese da licitude de vedação participação de cooperativas em processo licitatório para contratação de mão-de-obra, pela Administração Pública, 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:

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. IRDR. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. CAUSA-PILOTO: AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70082391350. CONTROVÉRSIA ALUSIVA À (IM)POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DAS COOPERATIVAS DE TRABALHO EM CERTAMES DESTINADOS À CONTRATAÇÃO DE MÃO DE OBRA, PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, QUANDO O LABOR, POR SUA NATUREZA, DEMANDAR NECESSIDADE DE ESTADO DE SUBORDINAÇÃO. FIXAÇÃO DE TESE JURÍDICA.

Cuida-se de incidente de resolução de demandas repetitivas suscitado pela colenda 2ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça nos autos do AI nº 70082391350, interposto à vista de interlocutória proferida no mandado de segurança nº 9054442-31.2019.8.21.0001, com objetivo de fixação da tese

jurídica aplicável, bem como do julgamento da causa-piloto, nos termos do art. 987 do CPC/2015.

Sobre o tema, a Corte Especial do eg. STJ possui entendimento consolidado acerca da legalidade de previsão editalícia que proíbe a participação de cooperativa em licitações de serviços de mão-de-obra que demandam estado de subordinação, tendo em vista que nesses casos é possível que venha a ser reconhecida relação de emprego entre o poder público e o cooperativado, diante da impositividade da legislação trabalhista.

Em recente julgado, manteve-se o entendimento na linha de que *“é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido da legalidade da cláusula de edital que veda a participação de cooperativas em procedimento licitatório”* (excerto da fundamentação do REsp 1.810.477/RS, julgado em decisão monocrática pela il. Ministra Assusete Magalhães, em 28/06/2019).

Assim, o art. 10, § 2º, da Lei 12.690/12 ao dispor que *“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”* não encontra aplicação quando presentes as características que conceituam a relação de emprego – pessoalidade, subordinação, onerosidade e não eventualidade.

Fixação da tese jurídica: *“é lícito vedar a participação de cooperativas em processo licitatório para contratação de mão-de-obra, pela Administração Pública, 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”*.

Causa-piloto: AI nº 70082391350 julgado prejudicado, ante a superveniência de sentença concessiva do “mandamus”, impondo-se reconhecer a perda do objeto da irresignação recursal.

**INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS
ACOLHIDO PARA FINS DE FIXAR A TESE JURÍDICA E JULGAR
PREJUDICADO O AGRAVO DE INSTRUMENTO (CAUSA-PILOTO).**

No caso concreto, o Edital do Pregão em questão tem como objeto justamente a intermediação de mão-de-obra de servente de limpeza para prestação de serviços nas repartições públicas do **CREA** - Conselho Regional de Engenharia e Agronomia do Rio Grande do Sul.

Dito isso, ressaltando-se evidente a incompatibilidade do campo de atuação das cooperativas com o objeto do pregão, motivo pelo qual merecem ser excluídos do conteúdo do edital e documentos correlatos todos os dispositivos que autorizam a participação de cooperativas no certame.

A questão que sustenta o fundamento do dispositivo legal supracitado e da decisão proferida pelo STJ envolve a impossibilidade do regime jurídico das cooperativas estar atrelado a subordinação, seja por natureza ou por

expressa disposição legal. É que, por expressa previsão da Lei 12.690/2012, que regulamenta as cooperativas, a ausência de subordinação é elemento essencial de uma cooperativa:

Art. 2º Considera-se Cooperativa de Trabalho a sociedade constituída por trabalhadores para o exercício de suas atividades laborativas ou profissionais com proveito comum, **autonomia** e **autogestão** para obterem melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho.

Art. 4º A Cooperativa de Trabalho pode ser:

(...)

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

Ora, o legislador preocupou-se em salientar a ausência de subordinação e relacionar isso com a impossibilidade de as cooperativas participarem de licitações em nome no Melhor Interesse Público, haja vista que a ausência de vínculo de emprego entre cooperativa e cooperados inviabiliza que eventual descumprimento da legislação trabalhista seja exigido da cooperativa, hipótese na qual restaria ao Poder Público arcar com esse custo.

Em outros termos, na hipótese da cooperativa não pagar, total ou parcialmente, as obrigações trabalhistas relativas aos trabalhadores alocados nos postos de trabalho objeto da licitação, o “trabalhador/cooperado” não poderia exigir da cooperativa essas quantias, por ausência de vínculo de emprego. Ocorrendo, portanto, essa hipótese, o Poder Público, que já pagou a cooperativa na forma contratada, teria agora também que pagar o trabalhador/cooperado, literalmente “pagando duas vezes”.

Ilustríssimos, a questão, portanto, é de planejamento, que é um Princípio norteador das contratações administrativas, na forma do art. 5º da Lei 14.133/2021:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do **planejamento**, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Nas palavras de Marçal Justen Filho², o Princípio do Planejamento significa:

(...) o dever de previsão das ações futuras, abrangendo inclusive eventos não relacionados diretamente à atuação administrativa, de modo a adotar as providências mais adequadas e satisfatórias para a realização das finalidades pretendidas.

E continua:

A previsão quanto ao futuro deve conduzir à formulação de uma escolha quanto a um resultado pretendido. O agente estatal tem o dever de escolher um (ou alguns) dos resultados previsíveis entre aqueles que se afiguram como possíveis.

Ora, a perspectiva que fundamenta a escolha não pode ser o alto risco de ter que suportar os encargos trabalhistas, pelo contrário. A decisão deve levar em consideração as opções mais “seguras”, o que não se evidencia no caso de contratação de cooperativa para prestação de serviços sujeitos à subordinação, justamente pela ausência deste elemento e o alto risco da condenação na seara trabalhista recair exclusivamente sobre o Poder Público.

² JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 127/128.

Além disso, o já citado Princípio do Interesse Público, também previsto expressamente no art. 5º da Lei 14.133/2021, justifica a exclusão das cooperativas do certame, na esteira do precedente firmado pelo STJ.

Ocorre que o risco em caso de condenação trabalhista não se coaduna minimamente com o interesse do estado, *lato sensu*, haja vista que o interesse público está contido, em regra, na contratação daquele que vá executar o contrato com o melhor desempenho possível e com o melhor custo possível para os cofres públicos, o que não se verifica na hipótese de contratar uma cooperativa e submeter-se ao risco de suportar sozinho o custo de eventual inadimplência da contratada.

2. Violação a jurisprudência do Tribunal de Contas da União

Ocorre que o egrégio do tribunal de contas da união já detém jurisprudência firmada sobre a impossibilidade da participação de cooperativas conforme SÚMULA TCU 281:

SÚMULA TCU 281: 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. Acórdão 1789/2012-Plenário | RELATOR JOSÉ MUCIO MONTEIRO

Em recente decisão ainda o plenário reafirmou a jurisprudência conforme ACÓRDÃO 1264/2023 – PLENÁRIO:

Pois bem. A jurisprudência deste Tribunal, de longa data, já era contrária à contratação de cooperativas para a prestação

de serviços que, por sua natureza, exijam subordinação do obreiro em relação ao contratado, tendo em vista que nessas situações ocorrem burla ao regime trabalhista, conforme entendimento contido no Acórdão 1815/2003-TCU-Plenário, Rel. Ministro-Relator Benjamin Zymler. Além desse decisum, foram proferidas diversas outras decisões (vide Acórdão 307/2004-TCU-Plenário, 975/2005-TCU-2ª Câmara, 2.172/2005-TCU-Plenário e 724/2006-TCU-Plenário), pretéritas ao certame que culminou com a contratação da Cootramerj, e que serviram de precedentes para a aprovação do **Enunciado n.º 281 da Súmula de Jurisprudência predominante nesta Corte de Contas, em 11/7/2012, qual seja: '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'**. Destaco que o fato da referida Súmula ser posterior ao certame não diminui a culpabilidade, tendo em vista que existiam diversas decisões deste TCU e da justiça trabalhista que vedavam a contratação em situações com a examinada nos presentes autos. **ACÓRDÃO 1264/2023 – PLENÁRIO TCU.**

REQUERIMENTOS

Ante o exposto, requer a Impugnante que seja acolhida a presente impugnação e corrigido o Edital, para excluir do Instrumento Convocatório e demais documentos relacionados itens que permitem a participação de cooperativa tais como: 2.4, 2.7.11, 10, 13.2.7 e 25.1.2. e incluir a sua vedação.

Requer, ainda, seja o representante da empresa notificado pessoalmente acerca de vossa decisão, no endereço informado supra, para ciência e providências.

Rio Grande/RS, 26 de janeiro de 2024.

Pedro Reginaldo de Albernaz Faria e Fagundes Ltda.