

AO SENHOR PREGOEIRO

PREGÃO ELETÔNICO Nº 56/2022

Objeto: Contratação de empresa prestadora de serviços de limpeza e desinfecção de áreas internas e externas, e superfícies em ambiente ambulatorial e hospitalar, com garantias de oferecer, durante o período contratado, adequada condição de salubridade, limpeza e conforto; realizando mão de obra qualificada, com uso de produtos saneantes, materiais, maquinas e equipamentos certificados pela ANVISA e demais órgãos responsáveis para atender as unidades: Complexo CIAPS Adauto Botelho - Centro Integrado de Assistência Psicossocial, CERMAC – Centro Estadual de Referência em Média e Alta complexidade, MT – HEMOCENTRO, CRIDAC – Centro de Reabilitação Integral Dom Aquino Correa, CEOPE Centro Odontológico para Pacientes Especiais, SAF- Superintendência de Assistência Farmacêutica, SAMU – Serviço de atendimento Móvel de Urgência – (área crítica), LACEN – Laboratório Central de Saúde Pública de Mato Grosso e Central Estadual da Rede de Frio todos ligados a Secretaria de Estado de Saúde de Mato Grosso.

COSTA OESTE SERVIÇOS LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 07.192.414/0001-09, com sede na Rua Nossa Senhora do Rocio, 1901, centro, cidade e comarca de Toledo/PR, CEP: 85.900-180, neste ato representada por seu Procurador signatário, vem, respeitosamente, a presença de Vossa Senhoria, apresentar **IMPUGNAÇÃO** ao instrumento convocatório, com fulcro no art. 41, § 1º e 2º da Lei 8.666/1993 e item 22 do Edital, pelas razões de fato e de direito a seguir descritas.

1. DOS FATOS

O Governo do Mato Grosso, por meio da Secretaria de Estado de Saúde (SES), tornou público edital de licitação na modalidade Pregão, na forma Eletrônico, do tipo Menor Preço por Grupo para contratação de empresa prestadora de serviços de limpeza e desinfecção de áreas internas e externas, e superfícies em ambiente ambulatorial e hospitalar, com garantias de oferecer, durante o período contratado, adequada condição de salubridade, limpeza e conforto; realizando mão de obra qualificada, com uso de produtos saneantes, materiais, maquinas e equipamentos certificados pela ANVISA e demais órgãos responsáveis.

Dessarte, é de vital importância a análise detalhada dos requisitos estabelecidos no edital de licitação, objetivando não só a contratação da menor proposta, como também a garantia da segurança jurídica, qualidade e eficiência que o prestador de serviços pode oferecer. Dessa forma, para que não haja intercorrências durante o procedimento licitatório, é imprescindível que todas as condições de

Este documento foi assinado digitalmente por Viviane Patricia Kothe.
Para verificar as assinaturas vá ao site <https://www.portaldeassinaturas.com.br:443> e utilize o código D7C7-3C6E-B5E0-4471.

participação estejam de acordo com a lei, afastando obscuridade, contradição, omissão ou erro.

A ora impugnante é a prestadora dos serviços que se pretendem contratar. Além de ser empresa especializada no ramo, possui larga experiência na atividade licitada. Ocorre que, ao formular sua proposta de preços e analisar detidamente o edital de licitação, notou irregularidades que carecem de reforma.

Esta impugnação permite a discussão e alinhamento das questões controvertidas e permite à Administração evitar graves problemas futuros quando da execução do objeto pela futura contratada. Por estes motivos, requeremos que esta impugnação seja recebida e processada na forma da lei, sendo ao final julgada totalmente procedente, com a conseqüente republicação do edital, na forma do art. 21, §4º da Lei 8.666/93.

É a síntese do essencial.

2. DO MÉRITO

2.1. DA IMPOSSIBILIDADE DE SOCIEDADE COOPERATIVA TERCEIRIZAR SERVIÇOS DE MÃO-DE-OBRA PARA O PODER PÚBLICO.

O edital de licitação ora impugnado permite a participação de **sociedades cooperativas**. Todavia, elas **não podem prestar serviços terceirizados para a Administração Pública**, devendo, portanto, ser corrigido o edital neste ponto, trazendo a **vedação expressa de participação de cooperativas**.

Isso, em razão de que **o objeto licitado não admite a possibilidade da existência de profissionais autônomos prestando os serviços**, haja vista a necessidade de que as atividades sejam desenvolvidas dentro de critérios, exigências e qualidades definidas pelo contratante.

Além disso, haverá **subordinação** entre a futura contratada e os profissionais que prestarão os serviços, além do que também existirá o **vínculo empregatício**, condição que por si só afasta a possibilidade da participação de cooperativas neste certame.

Inclusive, após **muitas e muitas** ações trabalhistas de reconhecimento de vínculo de emprego com condenações da Administração, a **União e o Ministério Público do Trabalho (MPT)** firmaram acordo para **vedar** a contratação de cooperativas de mão de obra, as quais foram praticamente extintas.

Por conceito, **não há subordinação entre a cooperativa e os cooperados**. A **ausência de subordinação** é manifestamente incompatível com os fins buscados pela terceirização de serviços, **que justamente pressupõe subordinação**,

dada a rigidez dos contratos administrativos, que inclusive admitem sanções no caso de inexecução dos serviços.

É impossível prestar serviços contínuos com largo emprego de mão de obra na forma do art. 57, §2º da Lei nº 8.666/93, **sem que exista subordinação para com o empregado que executará tais serviços.** Ora, o contrato administrativo é marcado por **cláusulas** que permitem à Administração Pública a **alteração unilateral da avença** (art. 65, I, “a” da Lei nº 8.666/93), a **redução ou ampliação unilateral do objeto** (art. 65, I, “b” da Lei nº 8.666/93), ou **até mesmo a rescisão do contrato com a dispensa de todos os trabalhadores**, demandando constantes alterações no plano de trabalho, demissões, contratações, alteração de função, etc.

Trata-se de dinamismo **incompatível** com a relação entre cooperado e cooperativa, na qual inexistente **subordinação** e **pessoalidade**.

Há, todavia, outras formas de desenvolvimento de atividade, nas quais não há registro de empregos. Por exemplo, o **cooperativismo** em que sujeitos em **igualdade de condições jurídicas** associam-se para melhoria mútua. Por exemplo os cooperados da Sicredi ou da Unimed, em que não há subordinação, todos cooperam para a melhoria mútua. **A mesma coisa ocorre com cooperativas de mão de obra**, que inclusive é assim conceituada pela **Lei Federal nº 12.690/12**:

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.**

Ocorre que algumas instituições, visando ofertar preços mais competitivos e fazer **concorrência desleal**, **utilizam-se da roupagem do cooperativismo** para contratar empregados sob sua subordinação jurídica e prestar o serviço. Todavia, ao invés de registrar a carteira de trabalho, pagar o INSS, FGTS e todos os encargos legais e exigências da CCT, o entregam no dia contratação uma “*ficha de associação*” e a partir daí o trabalhador será um “COOPERADO”.

O Poder Público **não pode compactuar com a precarização das relações de trabalho**, até porque, como se sabe, é evidente que responderá subsidiariamente (na forma da súmula 331/TST) pelo passivo trabalhista, quando os trabalhadores obtiverem, na via judicial, o reconhecimento do vínculo de emprego.

A questão é tão séria que **o Ministério Público do Trabalho, para evitar a contratação de cooperativas, moveu Ação Civil Pública contra a União** (em anexo), o processo registrado sob o nº 01082-2002-020-10-00-0, que foi distribuído à 20ª Vara do Trabalho de Brasília, e a União reconheceu o pedido e firmou acordo **comprometendo-se a não contratar cooperativas de mão-de-obra:**

RESOLVEM

Celebrar **CONCILIAÇÃO** nos autos do Processo 01082-2002-020-10-00-0, em tramitação perante a MM. Vigésima Vara do Trabalho de Brasília-DF, mediante os seguintes termos:

Cláusula Primeira - A UNIÃO abster-se-á de contratar trabalhadores, por meio de cooperativas de mão-de-obra, para a prestação de serviços ligados às suas atividades-fim ou meio, quando o labor, por sua própria natureza, demandar execução em estado de subordinação, quer em relação ao tomador, ou em relação ao fornecedor dos serviços, constituindo elemento essencial ao desenvolvimento e à prestação dos serviços terceirizados, sendo eles:

- a) – Serviços de limpeza;
- b) – Serviços de conservação;
- c) – Serviços de segurança, de vigilância e de portaria;
- d) – Serviços de recepção;
- e) – Serviços de copeiragem;
- f) – Serviços de reprografia;
- g) – Serviços de telefonia;
- h) – Serviços de manutenção de prédios, de equipamentos, de veículos e de instalações;
- i) – Serviços de secretariado e secretariado executivo;
- j) – Serviços de auxiliar de escritório;
- k) – Serviços de auxiliar administrativo;
- l) – Serviços de office boy (contínuo);
- m) – Serviços de digitação;
- n) – Serviços de assessoria de imprensa e de relações públicas;
- o) – Serviços de motorista, no caso de os veículos serem fornecidos pelo próprio órgão licitante;
- p) – Serviços de ascensorista;
- q) – Serviços de enfermagem; e
- r) – Serviços de agentes comunitários de saúde.

Tanto é que a nova Lei das Cooperativas passou a dispor que:

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

No âmbito do **Tribunal de Contas da União (TCU)** há entendimento **sumulado** pela **impossibilidade de participação de cooperativas**, veja-se:

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 personalidade e habitualidade.

Não diferente, este é o entendimento da **Justiça do Trabalho**, a qual confere um grande número de condenações à Administração Pública por força de **terceirização ilícita por cooperativas**, vejamos:

COOPERATIVA. VÍNCULO. FRAUDE. **A reclamada é uma cooperativa de trabalho** multidisciplinar que congrega pessoas dos mais variados ofícios e profissões, descaracterizando assim o conceito básico de cooperativa, que congrega pessoas de determinado ofício ou profissão que juntas concretizam

um objetivo comum, visando a melhoria das condições de trabalho e salário de seus associados. **Todo o acervo probatório é suficiente para demonstrar que a cooperativa, na realidade, porta-se como verdadeira intermediadora de mão-de-obra.** A constituição da cooperativa-reclamada está viciada, pois não se trata de uma união de pessoas para atingir um fim próprio e sim uma verdadeira empresa de fornecimento de mão de obra. (TRT-1. RO nº 00102004320035010023. Publicação: 18/01/2012. Relator: José Nascimento Araújo Netto). (grifamos)

É também o entendimento consolidado do **TRF-4**:

ADMINISTRATIVO. PREGÃO. **VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS. LEGALIDADE. ANULAÇÃO DE ITEM DO EDITAL. IMPOSSIBILIDADE. PESSOA JURÍDICA. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE PROVAS. INDEFERIMENTO.** 1. É possível a concessão da justiça gratuita para a pessoa jurídica, desde que exista nos autos comprovação plena da insuficiência de recursos. O que não existe em favor da pessoa jurídica é a presunção posta na Lei n 1.060/50 para as pessoas físicas, sendo condição indispensável a comprovação de que aquela não possui condições de arcar com os encargos processuais. **2. As cooperativas de trabalho estão impedidas de contratar com a Administração Pública. A restrição à participação de cooperativas de trabalho em licitações está amparada por acordo celebrado entre o Ministério Público do Trabalho e a União.** 3. Custas integralmente pela parte autora, observando que, no caso específico, não foram pagas as custas da apelação porque o pedido de gratuidade de justiça foi formulado no bojo do recurso de apelação e indeferido no presente julgamento. (TRF-4 - AC: 41290 RS 2004.71.00.041290-7, Relator: MARGA INGE BARTH TESSLER, Data de Julgamento: 21/10/2009, QUARTA TURMA, Data de Publicação: D.E. 09/11/2009)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. **PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS DE SERVIÇOS. VEDAÇÃO. PRECEDENTE DO STJ. RESPEITO AOS PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E À LEI 8.666/93. ACORDO FIRMADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO E A UNIÃO.** ART. 174, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INTERPRETAÇÃO. Agravo desprovido. (TRF-4 - AC: 20991 RS 2004.71.00.020991-9, Relator: CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, Data de Julgamento: 29/01/2008, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: D.E. 13/02/2008)

Há, ainda, diversos precedentes do **C. Superior Tribunal do Trabalho (TST), reconhecendo o vínculo de trabalho entre cooperado e cooperativa** e, como esta não possui patrimônio para saldar suas dívidas, reconhecendo também a responsabilidade da Administração Pública, in verbis:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. **TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA. TERCEIRIZAÇÃO IRREGULAR E FRAUDE PERPETRADA PELAS DUAS RECLAMADAS, O QUE É SUFICIENTE PARA COMPROVAR A EXISTÊNCIA DE CULPA NA CONDUTA DO ENTE PÚBLICO CONTRATANTE COM SUA**

Este documento foi assinado digitalmente por Viviane Patricia Kothe. Para verificar as assinaturas vá ao site <https://www.portaldeassinaturas.com.br:443> e utilize o código D7C7-3C6E-B5E0-4471.

CONSEQUENTE RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DO EMPREGADOR CONTRATADO. INCIDÊNCIA DOS ARTIGOS 186, 927, CAPUT, E 942 DO CÓDIGO CIVIL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL E PLENA OBSERVÂNCIA DA SÚMULA VINCULANTE Nº 10 E DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADC Nº 16-DF. Conforme ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia contra todos e efeito vinculante (art. 102, § 2º, da Constituição Federal), ao julgar a Ação Direta de Constitucionalidade nº 16-DF, é constitucional o art. 71, § 1º, da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), na redação que lhe deu o art. 4º da Lei nº 9.032/95, com a consequência de que o mero inadimplemento de obrigações trabalhistas causado pelo empregador de trabalhadores terceirizados, contratados pela Administração Pública, após regular licitação, para lhe prestar serviços de natureza contínua, não acarreta a esta última, de forma automática e em qualquer hipótese, sua responsabilidade principal e contratual pela satisfação daqueles direitos. **No entanto, no caso em que restar demonstrada a irregularidade da contratação de prestação de serviços pelo ente público, é esse claramente responsável pelos créditos do reclamante, por sua conduta flagrantemente culposa e fraudulenta ao praticar uma terceirização ilícita. No caso, o Tribunal a quo expressamente registrou que o reclamante não era cooperado, mas sim um verdadeiro empregado da Cooperativa que fornecia irregularmente mão de obra ao ente público, tendo concluído que restou patente a fraude perpetrada pelas duas reclamadas, o quem, por si só, é suficiente para atribuir ao ente público a responsabilidade pelos créditos do reclamante, não apenas com fundamento nos artigos 186 e 927 do Código Civil, mas também com amparo no artigo 942 do citado código, que estabelece a responsabilidade patrimonial de todos os que participaram da prática ilícita, ou seja, os autores do dano. A responsabilidade extracontratual ou aquiliana da Administração Pública, nos casos de terceirização ilícita, decorre da sua conduta ilícita - prática de fraude - acerca da terceirização celebrada com cooperativa fraudulenta, e não, simplesmente, do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços. Portanto, se as duas reclamadas praticaram fraude em relação à terceirização de serviços, não se aplica o disposto no artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 para afastar a responsabilidade subsidiária do ente público, de cuja incidência somente se pode razoavelmente cogitar quando há regularidade do contrato de prestação de serviços, o que comprovadamente, não se verificou, no caso dos autos, conforme expressamente registrado no acórdão regional.** Nesses casos, sem nenhum desrespeito aos efeitos vinculantes da decisão proferida na ADC nº 16-DF e da própria Súmula Vinculante nº 10 do STF, continua perfeitamente possível, à luz das circunstâncias fáticas da causa e do conjunto das normas infraconstitucionais que regem a matéria, que se reconheça a responsabilidade extracontratual, patrimonial ou aquiliana do ente público contratante autorizadora de sua condenação, ainda que de forma subsidiária, a responder pelo adimplemento dos direitos trabalhistas de natureza alimentar dos trabalhadores terceirizados que colocaram sua força de trabalho em seu benefício. Tudo isso acabou de ser consagrado pelo Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, ao revisar sua Súmula nº 331, em sua sessão extraordinária realizada em 24/5/2011 (decisão publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 27/5/2011, fls. 14 e 15), atribuindo nova redação ao seu item IV e inserindo-lhe o novo item V, nos seguintes e expressivos termos: "SÚMULA Nº 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE

Este documento foi assinado digitalmente por Viviane Patricia Kothe.
Para verificar as assinaturas vá ao site <https://www.portaldeassinaturas.com.br:443> e utilize o código D7C7-3C6E-B5E0-4471.

SERVIÇOS. LEGALIDADE. (...)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 nº 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" (grifou-se). Tendo em vista a prática de ato ilícito caracterizado pela fraude perpetrada pelas reclamadas, está evidenciada a culpa do ente público capaz de autorizar sua responsabilização subsidiária. Agravo de instrumento desprovido.

(AIRR - 10132-73.2014.5.01.0002 , Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 24/05/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/06/2017)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO SEGUNDO RECLAMADO - ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. VÍNCULO DE EMPREGO. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. COOPERATIVA FRAUDULENTA. MATÉRIA FÁTICA. Verifica-se da decisão regional que a prestação de serviços do reclamante como cooperado se mostrou fictícia e que a contratação se destinou apenas à intermediação de trabalho subordinado, com o único propósito de se assegurar vantagens a terceiros, com desvirtuamento do sistema cooperado e afronta aos princípios trabalhistas, tendo a cooperativa atuado como mera empresa prestadora de serviços, estando caracterizada a fraude trabalhista.

(...) Conforme ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia contra todos e efeito vinculante (art. 102, § 2º, da Constituição Federal), ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF, é constitucional o art. 71, § 1º, da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), na redação que lhe deu o art. 4º da Lei nº 9.032/95, com a consequência de que o mero inadimplemento de obrigações trabalhistas causado pelo empregador de trabalhadores terceirizados, contratados pela Administração Pública, após regular licitação, para lhe prestar serviços de natureza contínua, não acarreta a essa última, de forma automática e em qualquer hipótese, sua responsabilidade principal e contratual pela satisfação daqueles direitos. **No entanto, segundo também expressamente decidido naquela mesma sessão de julgamento pelo STF, isso não significa que, em determinado caso concreto, com base nos elementos fático-probatórios delineados nos autos e em decorrência da interpretação sistemática daquele preceito legal em combinação com outras normas infraconstitucionais igualmente aplicáveis à controvérsia** (especialmente os arts. 54, § 1º, 55, inciso XIII, 58, inciso III, 66, 67, caput e seu § 1º, 77 e 78 da mesma Lei nº 8.666/93 e os arts. 186 e 927 do Código Civil, todos subsidiariamente aplicáveis no âmbito trabalhista por força do parágrafo único do art. 8º da CLT), **não se possa identificar a presença de culpa in vigilando na conduta omissiva do ente público contratante, ao não se desincumbir satisfatoriamente de seu ônus de comprovar ter fiscalizado o cabal cumprimento, pelo empregador, daquelas obrigações trabalhistas, como estabelecem aquelas normas da Lei de Licitações e também, no**

âmbito da Administração Pública federal, a Instrução Normativa nº 2/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), alterada por sua Instrução Normativa nº 3/2009. (...) (ARR - 273400-95.2008.5.04.0018, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 01/06/2016, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/06/2016) (grifamos)

O entendimento do **Tribunal de Contas do Estado do Paraná (TCE/PR)** segue a mesma linha. No **Acórdão nº 2157/21** (anexo), foi determinado ao gestor público **abster-se de inserir regras que permitam a participação ou contratação de cooperativas** quando houver a necessidade de subordinação. Vejamos parte da determinação:

III – determinar ao atual gestor que **ABSTENHA-SE de inserir regras editalícias que autorizem:** (i) a utilização indiscriminada e irrestrita do instituto da subcontratação; (ii) a execução do contrato, parcialmente ou exclusivamente, por intermédio de sócios da licitante vencedora do certame em contratações que envolvam a intermediação de mão de obra; e **(iii) a participação ou contratação de cooperativas 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;**

Nos autos do **processo nº 269070/22** (anexo) o Conselheiro do **TCE/PR**, Fernando Augusto Mello Guimarães, decidiu pelo **indeferimento da cautelar que pediu a suspensão da Concorrência nº 001/2022 do Município de Itaipulândia em virtude de vedação a participação de cooperativas.** Eis o objeto daquele edital de licitação:

“Contratação de empresa especializada na prestação de serviços continuados de limpeza, conservação e asseio com o fornecimento de materiais de consumo, insumos e equipamentos, serviços de copeiragem, vigilância, recepção, ajudante de manutenção, eletricista, motorista, operador de britador, oficial profissional, assistente administrativo e demais funções, em regime de empreitada por preço global, atendendo as necessidades da Administração Municipal (...)”

Na fundamentação, foi aduzido que os serviços licitados estão entre aqueles que a União se comprometeu, através do **termo de conciliação** entre o MPT e a AGU, **a não contratar por meio de cooperativas**, em razão dos inúmeros problemas de ordem trabalhista:

Além disso, cumpre destacar que, em virtude de problemas de ordem trabalhista que reconhecidamente se relacionavam com direitos fundamentais de agentes que prestavam serviços diretamente a órgãos federais, foi celebrado notório **termo de conciliação entre o Ministério Público do Trabalho e a Advocacia Geral da União**, por meio do qual a União se comprometeu a **não contratar determinados serviços por meio de cooperativas**, havendo expressa previsão de que serviços de limpeza, segurança e copeiragem estão entre esses serviços: (...)

Ainda, que as obrigações contratuais estabelecidas no edital configuram necessária subordinação de mão de obra:

Em análise do Edital, observa-se que foram incluídos muitos itens visando à descrição dos serviços e às obrigações da empresa contratada dos quais se deduz que deve haver subordinação por parte dos obreiros: (...)

O sindicato que representa alguns dos nossos trabalhadores no Paraná, o **SIEMACO** (sindicato dos empregados em empresas de asseio e conservação, serviços terceirizados e temporários em geral), expediu ofício (anexo) relativo ao Pregão Eletrônico nº 220/2021 do Município de Guaíra em que expôs a inadmissibilidade de que colaboradores trabalhem sem registro em carteira:

III. A circunstância desses trabalhadores, que há anos vem prestando serviços em prol do Município de Guaíra para diferentes empresas, agora terem sido arrematados por cooperativa de mão-de-obra, não implica em perda de direitos ou na possibilidade de precarização de sua situação econômica (art. 3º, IX da Lei nº 12.690/12). Portanto, não é admissível que trabalhem sem registro em carteira de trabalho e sem o pagamento correto das verbas que lhe são devidas.

No caso de não observação as regras da CLT, o sindicato deixou explícito que tomará as medidas judiciais cabíveis, sendo que a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços é reconhecida nesse tipo de caso:

V. Dessa forma, na hipótese de não observação dos pisos salariais, encargos sociais demais benefícios previstos na Convenção Coletiva de Trabalho de nº PR000326/2021 ou na lei de regência, este Sindicato tomará as medidas judiciais

cabíveis, visando assegurar aos trabalhadores o recebimento integral de seus direitos, inclusive, pleiteando a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços (Município de Guaíra), que é reconhecida em hipóteses como esta:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. FRAUDE NA INTERMEDIÇÃO DE MÃO-DE-OBRA MEDIANTE COOPERATIVA. INAPLICABILIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI 8.666/93 E DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STF AO JULGAMENTO DO TEMA 246 DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. O Tribunal Regional concluiu que a hipótese dos autos é de intermediação fraudulenta de mão-de-obra mediante cooperativa. 2. Em se tratando de fraude na terceirização dos serviços, não é aplicável o art. 71, § 1º, da Lei 8666/93, tampouco o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal ao julgamento do Tema 246 de repercussão geral, que pressupõem a licitude da terceirização. 3. A responsabilidade subsidiária do Ente Público, no caso, é consectária da intermediação fraudulenta de mão de obra, restando ílesos os dispositivos e o verbete sumular apontados. Agravo de instrumento conhecido e não provido" (TST. Ag-AIRR-126540-63.2006.5.01.0056, 1ª Turma, Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann, DEJT 22/10/2021).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO NÃO EXERCIDO. RECURSO DE REVISTA ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO. AUSÊNCIA DE TESE NA DECISÃO DA C. TURMA QUANTO À CONDENAÇÃO POR MERO INADIMPLENTO DO PRESTADOR DE SERVIÇO. Não há como exercer o juízo de retratação quando a conclusão do julgado mantém a responsabilidade subsidiária do ente público, com fundamento na fraude na contratação de cooperativa, não se tratando da hipótese do TEMA 246 do STF, na medida em que não há determinação de condenação do ente público por mero inadimplemento do prestador de serviços. Juízo de retratação não exercido" (TST. AIRR-7940-02.2005.5.01.0062, 6ª Turma, Relator Ministro Aloysio Correa da Veiga, DEJT 13/12/2019).

O Município de Itaipulândia decidiu em fase recursal do procedimento licitatório nº 42/2020 do edital de **Pregão Eletrônico nº 30/2020** (anexo) que **cooperativas não podem terceirizar serviços em certames que tenham por objeto a subordinação e a pessoalidade:**

3 - Da Declaração de Atendimento e da Entrega dos Envelopes

Em seguida o Pregoeiro solicitou que os interessados credenciados apresentassem a **declaração de pleno atendimento aos requisitos para habilitação**, bem como que entregassem à Equipe de Apoio, os **envelopes nº 1 contendo a Proposta e o nº 02 contendo a habilitação**. Da conferência do credenciamento, o representante da proponente COSTA OESTE argumentou de que as proponentes **ASSOCIAÇÃO VILAS BOAS e COOPER VALE - COOPERATIVA DE TRABALHO VALE DO TELES PIRES** são dispostas como associação e cooperativa, solicitando do pregoeiro análise sobre a possibilidade de participação das respectivas proponentes nos certames de locação de mão de obra em que há subordinação entre as partes contratantes. O pregoeiro, através de análise em jurisprudências e leis verificou que cooperativas estão vedadas de participar em certames referentes a contratação de mão de obra, de acordo com o art. 3º, § 1º, Inc. I da lei de licitações, Lei nº 11.488/2007 e Súmula 281 do TCU. No que concerne à participação de Associações em certames licitatórios, não há vedações em participações das respectivas associações nesse tipo de certame, desde que seus estatutos e objetivos sociais tenham nexos com os serviços a serem prestados. Desta feita, resta a **COOPER VALE - COOPERATIVA DE TRABALHO VALE DO TELES PIRES** desclassificada no certame.

O Município de Cambé retificou o edital de **Pregão Eletrônico nº 57/2021** (anexo) para o fim de **VEDAR a participação de cooperativas:**

Este documento foi assinado digitalmente por Viviane Patricia Kothe. Para verificar as assinaturas vá ao site <https://www.portaldeassinaturas.com.br:443> e utilize o código D7C7-3C6E-B5E0-4471.



Cambé, 9 de agosto de 2021.

RETIFICAÇÃO

Referente: Edital de Pregão Eletrônico nº57/2.021-PMC
Objeto: Contratação de pessoa jurídica para prestação de serviços continuados de apoio administrativo, motoristas e operadores de máquinas pesadas, compreendendo, além da mão de obra, o fornecimento de uniformes, em regime de empreitada por preço global, podendo ser executados em toda a estrutura da rede pública do Município de Cambé, com regime de dedicação exclusiva de mão de obra durante todo o período de vigência contratual.

ONDE SE LÊ:

(...)

DATA E HORA DA ABERTURA DA SESSÃO PÚBLICA:

11 DE AGOSTO DE 2021 às 9h00

Horário de Brasília-DF

UASG: 987.471 – PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMBÉ/PR

Local da Sessão Pública: www.comprasgovernamentais.gov.br

5 DAS CONDIÇÕES PARA PARTICIPAÇÃO

(...)

5.1.3. Será concedido tratamento favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte, **para as sociedades cooperativas mencionadas no artigo 34 da Lei nº 11.488, de 2007**, para o agricultor familiar, o produtor rural pessoa física e para o microempreendedor individual - MEI, nos limites previstos da Lei Complementar nº 123, de 2006, alterada pela Lei Complementar nº 147/2014, de 07 de agosto de 2014.

5.2 Será vedada a participação de empresas:

(...)

LEIA-SE:

(...)

Este documento foi assinado digitalmente por Viviane Patricia Kothe.
Para verificar as assinaturas vá ao site <https://www.portaldeassinaturas.com.br:443> e utilize o código D7C7-3C6E-B5E0-4471.

DATA E HORA DA ABERTURA DA SESSÃO PÚBLICA:

24 DE AGOSTO DE 2021 às 9h00

Horário de Brasília-DF

UASG: 987.471 – PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMBÉ/PR

Local da Sessão Pública: www.comprasgovernamentais.gov.br

(...)

5 DAS CONDIÇÕES PARA PARTICIPAÇÃO

(...)

5.1.3 Será concedido tratamento favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte, para o agricultor familiar, o produtor rural pessoa física e para o microempreendedor individual - MEI, nos limites previstos da Lei Complementar nº 123, de 2006, alterada pela Lei Complementar nº 147/2014, de 07 de agosto de 2014.

5.2 Será vedada a participação de empresas:

(...)

h) será vedada a participação de Cooperativas de Trabalho tendo em vista que as atividades a serem desenvolvidas ocorrem na presença de subordinação entre o trabalhador e o fornecedor de serviços, conforme entendimentos exarados nos Acórdãos nº 975/2005 – Segunda Câmara e nº 1815/2003 – Plenário, do Tribunal de Contas da União, bem como na vedação prevista na Lei nº 12.690/2012, que rege no Art. 5º que a Cooperativa de Trabalho não pode ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada.

O TCE/PR, ao publicar o edital de licitação do Pregão Eletrônico nº 10/2020, também **vedou** expressamente a participação de cooperativas sob o fundamento da **Súmula TCU 281**:

6 RESTRIÇÕES A PARTICIPAÇÃO

3.1.2 Cooperativa de mão de obra;

3.1.2.1 JUSTIFICATIVA: 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 personalidade e habitualidade.

O Município de **Primavera do Leste**, quando do **Pregão Eletrônico nº 054/2022** (anexo), vedou a participação de cooperativas quando houver a subordinação de mão-de-obra:

3.7. **Não poderão participar deste Pregão:**

3.7.12. Cooperativas, exclusivamente nos casos em que o objeto do certame requer subordinação de mão de obra (Fundamentação: art. 5º da Lei 12.690/12 e Acórdãos TCU 1937/03, 307/04, 1148/05);

3.7.12.1. Cooperativas em que seu objeto social não tem escopo com o objeto do certame. (Fundamentação: art. 10, §2º da Lei 12.690/12)

Tanto que dispôs a possibilidade da imediata **rescisão contratual** caso **constatado o vínculo empregatício** entre a cooperativa e o trabalhador:

25.13. Identificado a relação de emprego do trabalhador com a cooperativa nos moldes do artigo Art. 5º da lei federal 12.690 de 19/07/2012, o contrato será rescindido e aplicado as demais sanções previstas na lei 8666/93

No âmbito do **Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso (TCE/MT)** há o **pacífico entendimento acerca da impossibilidade de contratação de cooperativas**, conforme se verifica do Processo nº 34.427-3/2019 e seu Acórdão nº 2/2020 - TP, proferido pelo **Plenário**, à unanimidade, acolhendo representação formulada por Representante em desfavor do Município de Lucas do Rio Verde que permitiu a participação de cooperativas em situação parecida.

Naquela oportunidade, tratou-se do Pregão Presencial nº 124/2019 para Registro de Preços nº 100/2019, para eventual contratação de pessoa jurídica especializada na prestação de serviços de mão-de-obra terceirizada para a Administração, a qual também permitiu a participação de cooperativas, sendo caso idêntico ao ora impugnado. Vejamos trechos do **Parecer nº 308/2020 do Ministério Público de Contas do Mato Grosso**, que corroborou o Acórdão supramencionado:

49. Nesse sentido, o edital lançado é claro ao dispor a necessidade de **controle de jornada, controle das funções e atividades** desempenhadas; de **supervisão** do serviço prestado; e, até mesmo, a vedação de que os componentes das equipes de trabalho, enquanto estiverem a serviço do município, executem serviços para terceiros, deixando clara a necessidade de **subordinação** no desempenho da atividade.

50. Vale notar, ainda, que o serviço será prestado por, ao menos, 12 (doze) meses, abrangendo diversos trabalhadores, que, ao fim e ao cabo, trabalharão de modo **ininterrupto** para a Cooperativa e a Administração, denotando, para além da **subordinação, a habitualidade e a pessoalidade**.

51. Nesse sentido, conquanto não seja vedada a participação de cooperativas em todo e qualquer certame, sob pena de se afigurar medida discriminatória, é certo que, naqueles certames em que a natureza do serviço pressuponha **trabalho subordinado, habitual e pessoal** entre o obreiro e a pessoa jurídica contratada, por certo, **a participação de Cooperativas deverá ser afastada** (de modo fundamentado).

Ainda que o município de Lucas do Rio Verde tenha argumentado a existência de decisão do Tribunal de Justiça julgando inconstitucional a vedação de participação de cooperativas em licitações deflagradas pelo Poder Público, isto não passou de meras falácias uma vez que a argumentação utilizada pelo TJMT é de que **“é ilegal a automática vedação à participação das Cooperativas, quando o objeto do certame seja compatível com o trabalho de natureza livre e autônoma prestada**

por seus cooperados”. Neste sentido, destacamos mais alguns trechos do Parecer nº 308/2020 do Ministério Público:

54. Caso diverso é quando as circunstâncias em que esse trabalho deva ser prestado à administração (com **subordinação** e **habitualidade**) justifiquem a exclusão de cooperativas, enquanto **incompatível com a natureza do trabalho** (autônomo) prestado por essas entidades.

55. Frise-se, no entanto, não ser o gênero do trabalho que vedará a participação dos cooperados, cuja conjugação em cooperativas de trabalho pode ser qualquer natureza, **mas a forma** como a prestação laboral deva ser desempenhada.

59. A dificuldade em se permitir a participação de Cooperativas para esses casos é que **a Administração passaria a compactuar com situações de precarização do trabalho**, com a frustração de direitos sociais e com compromissos Internacionais que o próprio Estado assumiu e passou a garantir a seus cidadãos.

60. Nessa toada, é importante notar: i) que toda relação jurídica de trabalho cuja prestação laboral **não eventual** seja ofertada **pessoalmente** pelo obreiro, **em estado de subordinação** e **mediante contraprestação pecuniária**, será regida obrigatoriamente pela Consolidação das Leis do Trabalho¹¹; ii) que a Consolidação das Leis do Trabalho em seu art. 9º, **comina de nulidade absoluta todos os atos praticados com o intuito de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação da lei trabalhista**; iii) que a Cooperativa de Trabalho, segundo a Lei 12.690/2012, é “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**”; iv) que, nos termos do artigo 5º da Lei 12.690/2012, a cooperativa “**não pode ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada**”; v) que a administração pública está inexoravelmente jungida ao princípio da legalidade, e que a prática do merchandage¹² é vedada pelo art. 3º, da CLT e repelida pela jurisprudência sumulada do TST (En. 331), fica evidente a impossibilidade de que, **em determinadas situações**, e não de forma geral e irrestrita, as Cooperativas de Trabalho participem de licitações

65. E isso se extrai a partir de duas premissas factuais. A primeira, estampada em julgado do Superior Tribunal de Justiça, **diz respeito à impossibilidade de que à Administração seja fornecido qualquer documento que comprove a regularidade da prestação laboral por parte dos trabalhadores cooperados, veja-se:**

AGRAVO REGIMENTAL - SUSPENSÃO LIMINAR EM MANDADO SEGURANÇA - DEFERIMENTO - COOPERATIVA DE MÃO-DE-OBRA - LICITAÇÃO - TERMO DE ACORDO FIRMADO ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO E A 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 acautelar-se preventivamente.** 2. Não é a via excepcional da suspensão de liminar em mandado de segurança o meio processual adequado ao exame da constitucionalidade de termo de compromisso

66. A segunda premissa refere-se à **ausência de patrimônio**, de quase a totalidade das Cooperativas constituídas, para arcar com eventuais débitos trabalhistas e previdenciários, haja vista a repartição dos lucros e benesses angariadas entre os respectivos cooperados.

67. Assim, considerando a **ausência de patrimônio** do pretense empregador, a **estatura dos direitos** frustrados (valor social do trabalho, dignidade da pessoa humana, bem como a natureza alimentar dos débitos envolvidos), aliada à **impossibilidade** de a Administração obter qualquer prova relevante do cumprimento das obrigações trabalhistas pela Cooperativa, é fácil perceber, razoavelmente, que a condenação seria dirigida à Administração Pública, beneficiária do serviço prestado.

Acordaram os Senhores Conselheiros do Tribunal de Contas:

ACÓRDÃO Nº 2/2020 – TP

Resumo: PREFEITURA MUNICIPAL DE LUCAS DO RIO VERDE. REPRESENTAÇÃO DE NATUREZA EXTERNA ACERCA DE SUPOSTAS IRREGULARIDADES NO PREGÃO PRESENCIAL Nº 124/2019. RECURSO DE AGRAVO. NÃO PROVIMENTO. HOMOLOGAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR ADOTADA SINGULARMENTE.

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo nº **34.427-3/2019**.

ACORDAM os Senhores Conselheiros do Tribunal de Contas, nos termos dos artigos 1º, XVI, 82, parágrafo único, e 83, III, da Lei Complementar nº 269/2007 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso), c/c os artigos 79, IV, e 302 da Resolução nº 14/2007 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso), por unanimidade, de acordo com o Parecer nº 308/2020 do Ministério Público de Contas e acompanhando o voto do Relator, em: **a) HOMOLOGAR** a Medida Cautelar adotada por meio de Julgamento Singular nº 1400/ILC/2019, divulgado no DOC do dia 18-12-2019, sendo considerada como data da publicação o dia 19-12-2019, edição nº 1802, nos autos da presente Representação de Natureza Externa acerca de irregularidades no Pregão Presencial nº 124/2019, formulada pela empresa Grabin Obras e Serviços Urbanos Eireli - EPP, por intermédio da Sra. Lucélia Patrícia de Moraes Grabin, neste ato representada pelos procuradores Israel Bogo – OAB/PR nº 40.917, Rafael Bogo – OAB/PR nº 40.910, Daniel Bogo – OAB/PR nº 74.229 (Bogo Advocacia e Consultoria – OAB/PR nº 2.969) e Andreia Felix da Silva – OAB/MT nº 13.039, em desfavor da

C:\Users\letspadilha\AppData\Local\Temp\9634064725DD9597FF4E2DC9F5B99DEA.odt WANIA 1 Prefeitura Municipal de Lucas do Rio Verde, gestão do Sr. Flori Luiz Binotti, sendo os Srs. Jéssica

Regina Wohleberg – pregoeira, André Pezzini – procurador-geral do Município e Alisson Cesar de Carvalho – OAB/MT nº 22.140/O – advogado público efetivo, e a empresa Morada Serviços Terceirizados Ltda - ME, representada pelo Sr. Ricardo Gabriel de Souza, cuja decisão

Este documento foi assinado digitalmente por Viviane Patricia Kothe.
Para verificar as assinaturas vá ao site <https://www.portaldeassinaturas.com.br:443> e utilize o código D7C7-3C6E-B5E0-4471.

DETERMINOU, cautelarmente, ao Prefeito e à Pregoeira Oficial do Município de Lucas do Rio Verde que “**suspendam** todos os atos referentes ao Pregão Presencial nº 124/2019, e **se abstenha de pactuar contrato com a Cooperativa de Trabalho Rio Verde, ou qualquer outra cooperativa, até que seja proferida decisão de mérito da presente Representação de Natureza Externa, sob pena de multa diária de 30 UPF's/MT** aos que derem causa ao descumprimento dessa determinação, nos termos do §1º, do artigo 297, do Regimento Interno do Tribunal de Contas de Mato Grosso”; e, **b) conhecer e, no mérito, NEGAR PROVIMENTO** ao Recurso de Agravo constante do documento nº 767-6/2020, interposto pela Prefeitura Municipal de Lucas do Rio Verde, sob a gestão do Sr. Flori Luiz Binotti, em face da decisão proferida por meio do Julgamento Singular nº 1400/ILC/2019, conforme fundamentos constantes no voto do Relator.

No âmbito do Poder Judiciário, o entendimento é igualmente uníssono. Nesse sentido, em outra ocasião, uma cooperativa do Estado do Rio Grande do Sul obteve liminar junto ao **Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4)** para participar de licitação para terceirização de serviços em desfavor do **Instituto de Colonização e Reforma Agrária (INCRA)** e **este provocou o C. STJ** mediante suspensão de liminar, justamente alegando a precarização das relações de trabalho e o grande volume de ações que já respondia por conta da contratação anterior de cooperativas.

Na oportunidade, a questão chegou à **Corte Especial do C. Superior Tribunal de Justiça (STJ)**, que **firmou o entendimento acerca da impossibilidade de a Administração Pública contratar cooperativas para terceirizar serviços**, confira-se a ementa do julgado:

AGRAVO REGIMENTAL - SUSPENSÃO LIMINAR EM MANDADO SEGURANÇA - DEFERIMENTO - COOPERATIVA DE MÃO-DE-OBRA - LICITAÇÃO - TERMO DE ACORDO FIRMADO ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO E A 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 acautelar-se preventivamente.**
- 2. (...).**
- 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 1.352/RS, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/11/2004, DJ 09/02/2005, p. 165) (grifamos)

O entendimento foi reafirmado em diversas oportunidades:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DAS COOPERATIVAS DE TRABALHO.

1. **A Corte Especial do STJ decidiu pela impossibilidade de 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.**

2. Agravo Regimental provido.

(AgRg no REsp 960.503/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2009, DJe 08/09/2009) (grifamos)

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.

(REsp 1204186/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2012, DJe 29/10/2012) (grifamos)

Inclusive, no Município de Vera/MT já houve o ajuizamento de ação civil pública pelo Ministério Público Estadual contra a Cooperativa Vale do Teles Pires por contratações irregulares, conforme noticiado pela imprensa¹.

Na notícia acima descrita, indica-se que a **Cooperativa Vale do Teles Pires** é quem presta serviços ao Município de Vera, e que foi também demanda pelo *parquet* estadual. Vale registrar que em relação ao Pregão Presencial nº 124/2019 do Município de Lucas do Rio Verde, que se destinava a contratar serviços semelhantes,

¹ Acesso em 20/08/2020: <https://www.sonoticias.com.br/geral/nortao-ex-prefeito-e-cooperativa-pagarao-r-50-mil-por-contratacoes-irregulares/>

que havia sido vencido por esta mesma cooperativa, houve representação autuada no Processo nº 34.427-3/2019 e nela, o **Ministério Público de Contas emitiu o Parecer nº 308/2020** no qual foram apresentadas certidões que indicam a existência de **diversas Reclamatórias Trabalhistas em que a Administração também é demandada**, além de ações civis públicas movidas pelo Ministério Público do Trabalho com multas diárias elevadas, demonstrando que há dados empíricos da lesão ao erário perpetrada pela irregular contratação de cooperativas.

Vejamos trecho do parecer supracitado:

70. A Cooperativa de Trabalho Vale do Teles Pires, para quem a Pregoeira Oficial do Município teria adjudicado os três itens licitados (página 152, do documento digital nº 3193/2020), antes da suspensão ordenada pelo Tribunal de Contas, **possui 57 (cinquenta e sete) reclamatórias trabalhistas distribuídas no Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região** e conta, atualmente, segundo atas existentes nos autos (página 132 e seguintes – documento digital nº 3192/2020), com pouco mais de 60 (sessenta) cooperados.

Neste sentido, é evidente o risco ao erário. Não há dúvida que **haverá habitualidade e subordinação** na prestação dos serviços objeto desta licitação, sendo de rigor a **exclusão das cooperativas do rol dos possíveis licitantes.**

Além do mais, **há concorrência desleal** com as demais empresas, isso porque o “desconto” ofertado pela cooperativa dá-se justamente porque ela se utiliza de sua natureza jurídica para isenções de previdenciárias e de tributos, o que é incompatível com o princípio da isonomia e da igualdade entre os licitantes (art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/93), mormente quando exclui do trabalhador aquilo que lhe é de direito e será regressivamente cobrado da Administração.

Não há como subsistir empresas de terceirização de serviços que recolhem tributos e encargos sociais e previdenciários com a competição das cooperativas. Na prática, as empresas de terceirização fecharão as portas e seus diretores constituirão cooperativas e passarão também a precarizar as relações de trabalho, com efeitos nefastos ao trabalhador e futuramente para a Administração Pública quando será condenada a indenizá-los. Ora, isso que é inadmissível no trato da coisa pública.

Por essas razões, imperiosa se faz a alteração do edital de licitação, a fim de **vedar expressamente a possibilidade de participação de Cooperativas no presente certame**, para se resguardar, evitando aventureiros que no futuro podem gerar em um enorme passivo trabalhista em desfavor da Administração Pública, com a possibilidade de responsabilização regressiva em face do Gestor Público.

Este documento foi assinado digitalmente por Viviane Patricia Kothe.
Para verificar as assinaturas vá ao site <https://www.portaldeassinaturas.com.br:443> e utilize o código D7C7-3C6E-B5E0-4471.

2.2. DA NECESSIDADE DE INCLUIR CRITÉRIO QUE RETRATE A EFETIVA VARIAÇÃO DO CUSTO DA MÃO DE OBRA, CONFORME ART. 40, XI DA LEI Nº 8.666/93.

Em um contrato de execução continuada, que na forma do art. 57, II da Lei nº 8.666/93 prevê a possibilidade de sucessivas renovações até o prazo de 60 (sessenta) meses, os **critérios de reajuste** para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato são essenciais.

Todavia, o edital ora impugnado é falho quanto a estes critérios de acordo com o que estabelece a lei. A Constituição Federal de 1988 dispõe:

Art. 37. (...)

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.

Como se vê, a Constituição Federal **garante** aos particulares que a efetividade da proposta contratada com o Poder Público será mantida **durante toda a execução contratual**. A doutrina reconhece que se trata de uma forma de compensar as “cláusulas exorbitantes” da Administração Pública, nesse sentido **Celso Antônio Bandeira de Mello**, além de confirmar a premissa, cita grandes administrativistas na mesma linha de entendimento:

A existência das prerrogativas especiais ou das cláusulas assaz de vezes nominadas de “exorbitantes”, quer assim se qualifiquem por serem apenas insuetas no Direito Privado, quer assim se designem por serem, sobre incomuns, também inadmissíveis nas relações entre particulares, em absoluto representa aniquilamento ou minimização dos interesses do contratante no objeto de sua pretensão contratual.

Pelo contrário: a outra face do problema, contraposta às prerrogativas da Administração, **assiste precisamente no campo das garantias do particular ligado pelo acordo. Cabe-lhe integral proteção quanto às aspirações econômicas que ditaram seu ingresso no vínculo e se substanciaram, de direito, por ocasião da avença, consoante os termos ali estipulados. Esta parte é absolutamente intangível e poder algum do contratante público, enquanto tal, pode reduzir-lhe a expressão, feri-la de algum modo, macular sua fisionomia ou enodoá-la com jaça, por pequena que seja.** (grifei).

Daí outra peculiaridade do assim chamado contrato administrativo, conforme notação dos especialistas. **A contrapartida dos poderes da Administração é uma proteção excepcionalmente grande em proveito do particular, de modo que a desigualdade dantes encarecida equilibra-se com o resguardo do objeto de lucro buscado pelo contratante privado** (grifei).²

² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 29ª Ed., 2012. p. 626.

Jean Rivero:

As disposições relativas à remuneração escapam ao poder de modificação unilateral da Administração. Mas, além disto, o elemento de associação já assinalado se manifesta neste ponto com uma força particular: **é o princípio do equilíbrio econômico financeiro do contrato, que é uma das características essenciais do contrato administrativo e a contrapartida das prerrogativas da Administração.**³

Para atingir tal finalidade, o legislador determinou a inclusão dos critérios de revisão para recompor o equilíbrio em decorrência de fatos imprevisíveis, ou se previsíveis de consequência incalculáveis, força maior, fato do príncipe, etc., dispostos art. 65, II, “d” da Lei nº 8.666/93 que independem de previsão em edital – ao regulamentar a previsão constitucional, **o legislador determinou que a Administração inclua, de forma prévia, critério de reajuste que retrate a efetiva variação do custo**, nos termos seguintes:

Lei nº 8.666/93

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

É que em se tratando de terceirização de serviços por postos de trabalho com dedicação exclusiva, há o **reajustamento por índice setorial** no caso dos **insumos** (*leia-se: uniformes, materiais, equipamentos, EPI's, etc.*), e há uma parcela de custo que ocorre na **variação da mão-de-obra** (*leia-se: salários, benefícios, encargos trabalhistas e previdenciários, etc.*). Em relação a este último custo, ele não varia de acordo com a inflação como ocorre no primeiro, mas sim, **de acordo com instrumentos normativos próprios**, como a Convenção Coletiva de Trabalho (CCT), Acordo Coletivo de Trabalho (ACT) ou, caso haja dissídio coletivo, a sentença normativa editada pela Justiça do Trabalho. E assim, **não basta a mera aplicação de um índice setorial (restrito aos insumos)**, sob pena de não restar efetiva a proposta inicialmente contratada no decurso do tempo.

³ Apud. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 29ª Ed., 2012, p. 655.

O reajuste específico para a mão-de-obra é a **repackuação** que se baseia na variação analítica do custo da mão-de-obra. Nesse sentido ensina o membro do Ministério Público de Contas junto ao TCU, Lucas Furtado Rocha⁴:

[...] a repactuação é modalidade especial de reajustamento de contrato, aplicável tão-somente aos contratos de serviços contínuos, que **se destina a recuperar os valores contratados da defasagem provocada pela inflação e se vincula não a um índice específico de correção, mas à variação dos custos do contrato.**

Já o reajuste por **índice setorial** é utilizado para corrigir a desvalorização da moeda em virtude da inflação, ou seja, é um reequilíbrio em virtude de perdas inflacionárias diante do curso normal da economia. Ele é devido a partir da apresentação da proposta ou do orçamento a que se referir, devendo estar previsto no edital e no contrato, normalmente por índices setoriais pré-estabelecidos.

Inclusive, a União, assim como diversos Estados e Municípios já alteraram seus editais prevendo tanto o reajuste quanto a repactuação. Como exemplo, cita-se trecho do recente edital do Pregão Eletrônico/Registro de Preços nº 01/2021 da Gerência Regional de Administração do Ministério da Economia - GRA/ME-MS⁵, que adotou o **reajuste de insumos** por índice oficial IPCA e a **repackuação** para retratar a variação do custo da mão-de-obra, vide alguns trechos:

19.1. Visando à adequação aos novos preços praticados no mercado, desde que solicitado pela CONTRATADA e observado o interregno mínimo de 1 (um) ano contado na forma apresentada no subitem que se seguirá, o valor consignado no Termo de Contrato será repactuado, competindo à CONTRATADA justificar e comprovar a variação dos custos, apresentando memória de cálculo e planilhas apropriadas para análise e posterior aprovação da CONTRATANTE, na forma estatuída no Decreto nº 9.507, de 2018, e nas disposições aplicáveis da Instrução Normativa SEGES/MP nº 5, de 2017.

19.2. A repactuação poderá ser dividida em tantas parcelas quantas forem necessárias, em respeito ao princípio da anualidade do reajustamento dos preços da contratação, podendo ser realizada em momentos distintos para discutir a variação de custos que tenham sua anualidade resultante em datas diferenciadas, tais como os custos decorrentes da mão de obra e os custos decorrentes dos insumos necessários à execução do serviço.

19.3. O interregno mínimo de 1 (um) ano para a primeira repactuação será contado:

19.3.1. Para os custos relativos à mão de obra, vinculados à data-base da categoria profissional: a partir dos efeitos financeiros do acordo, dissídio ou convenção coletiva de trabalho, vigente à época da apresentação da proposta, relativo a cada categoria profissional abrangida pelo contrato;

(...)

⁴ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Licitações e Contratos Administrativos, 3. ed. Brasília: Fórum, 2011, p. 80.

⁵ Pode ser consultado no portal do compras governamentais (www.comprasgovernamentais.gov.br), através da UASG 170106.

19.13. Quando a repactuação solicitada pela CONTRATADA se referir aos custos sujeitos à variação dos preços de mercado (insumos não decorrentes da mão de obra), o respectivo aumento será apurado mediante a aplicação do índice de reajustamento IPCA (Índice Nacional de Preços ao consumidor Amplo), com base na seguinte fórmula (art. 5º do Decreto n.1.054, de 1994):

É que a variação do reajuste salarial da categoria profissional é muito diferente da variação prevista pelo índice setorial adotado para a totalidade do valor contratado, **e esta afirmação pode ser comprovada empiricamente.**

Ademais, conforme esclarece **Marçal Justen Filho**, além de garantia ao particular com fundamento em norma constitucional de ordem pública, o reajuste a partir de critérios adequados confere vantagem à administração, isso porque permite ao particular reduzir seu preço na disputa ao máximo, não precisando se preocupar em incluir custos meramente possíveis, *in verbis*:

A tutela ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos destina-se a beneficiar a própria Administração. **Se os particulares tivessem de arcar com as consequências de todos os eventos danosos possíveis, teriam de formular propostas mais onerosas. A Administração arcaria com os custos correspondentes a eventos meramente possíveis – mesmo quando incorressem, o particular seria remunerado por seus efeitos meramente potenciais. É muito mais vantajoso convidar os interessados a formular a menor proposta possível: aquela que poderá ser executada se não se verificar qualquer evento prejudicial ou oneroso posterior.** Concomitantemente, assegura-se ao particular que, se vier a ocorrer o infortúnio, o acréscimo de encargos será arcado pela Administração apenas responderá por eles se e quando efetivamente ocorrerem. Trata-se, então, de reduzir os custos de transação atinentes à contratação com a Administração Pública.⁶

Como se não bastasse, a ausência do critério adequado de reajuste traz insegurança jurídica para os contratos de empregos a serem firmados pelo contratado, de modo que a defasagem da proposta de preços pelo decurso do tempo certamente gerará passivos trabalhistas, porque o custo da remuneração da mão-de-obra não acompanhará o reajuste do preço dos serviços, malgrado a lei preveja expressamente que é dever da Administração Pública prever o critério que retrate a efetiva variação do custo. Podendo até mesmo gerar responsabilização subsidiária na forma da súmula 331/TST.

Portanto, é necessário que o edital preveja de forma distinta os critérios de reajuste de preços com bases em índices de preços e de acordos coletivos. Trata-se do instrumento que melhor atende ao comando constitucional de se manter a efetividade da proposta apresentada. Nesse sentido decidiu o Ministro Benjamin Zymbler **do Tribunal de Contas da União (TCU)** em seu voto no Acórdão nº 1827/2008 - TCU – Plenário:

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 889.

32. Consoante destacado no Voto condutor do Acórdão nº 1.309-TCU-1ª Câmara, “**a diferença fundamental entre os dois institutos é que, enquanto no reajuste há correção automática do desequilíbrio, com base em índices de preços previamente estipulados no edital**, na repactuação a variação dos componentes dos custos do contrato deve ser demonstrada analiticamente, de acordo com a Planilha de Custos e Formação de Preços, e o contrato é corrigido na exata proporção do desequilíbrio que a parte interessada lograr comprovar. **Outra distinção importante é que, diferentemente do que ocorre com o reajuste, a repactuação é aplicável exclusivamente naqueles contratos cujo objeto é a prestação de serviços executados de forma contínua**”.

33. Diante do exposto, o instituto da repactuação contratual, entendido como espécie de reajuste, encontra seu fundamento legal nos artigos 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei nº 8.666/93.

O marco inicial do interregno de 12 (doze) meses deve ser contado data de apresentação da proposta no caso do **reajuste por índice setorial** (combustível, EPI's, uniformes, máquinas, caminhões, ferramentas, desgaste de veículo, etc.), e no caso da **repactuação** (ou reajuste *strictu sensu* sobre a mão-de-bra), o interregno mínimo deve ser contado a partir de 12 (doze) meses da alteração do orçamento-base a que a proposta de preços se referiu, isto é, da Convenção Coletiva de Trabalho da categoria profissional ou instrumento equivalente, cujos valores foram tomados como parâmetro dos salários e encargos sociais.

Nesse sentido a Lei nº 10.192/2001 prevê:

Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da [Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#).

§ 1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.

A razão de ser da previsão legal é muito óbvia.

Quando se tratar da aplicação de um **ÍNDICE SETORIAL** este deve ser aplicado a cada 12 (doze) meses contados da data da apresentação da proposta inicial, já que para elaboração da proposta foram levados em conta os preços de mercado à época de sua apresentação. Assim deve ser aplicado um índice setorial a partir de 12 (doze) meses para manter a efetividade da proposta inicialmente apresentada na forma do art. 37, XXI da CRFB/88 e que vai se perdendo pelo desgaste inflacionário no curso do contrato. Ou seja, o fato gerador do desequilíbrio deve ser contado da data da proposta.

Quando se tratar de **REPACTUAÇÃO** (ou reajuste *strictu sensu*), em que a proposta teve por referência não os preços de mercado de forma geral, mas,

sim, um fato gerador específico, como é o caso da **CCT**, o **interregno mínimo de 12 (doze) meses deve ser contado da alteração desse orçamento a que a proposta se referiu**. Isso porque o desequilíbrio e a perda da efetividade da proposta tornam-se insuportáveis a partir de 12(doze) meses da alteração deste orçamento-base.

Nesse prisma, no caso da repactuação, a data da apresentação da proposta à administração é irrelevante, **já que é a partir da incidência dos novos salários e benefícios aos trabalhadores que ocorrerá o desequilíbrio da equação financeira do contrato**. Por isso, o legislador fez constar no art. 40, XI da Lei nº 8.666/93 e art. 3º, I da Lei nº 10.192/2011 a previsão “**ou do orçamento a que a proposta se referir**”. No mesmo sentido é o entendimento já consolidado do plenário do Tribunal de Contas da União (TCU):

9.1.3. no caso da primeira repactuação dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua, o prazo mínimo de um ano a que se refere o item 8.1 da Decisão 457/1995 - **Plenário conta-se a partir da apresentação da proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir, sendo que, nessa última hipótese, considera-se como data do orçamento a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta**, vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de antecipações e de benefícios não previstos originariamente, nos termos do disposto no art. 5º do Decreto 2.271/97 e do item 7.2 da IN/Mare 18/97. (Acórdão nº 1563/2004-Plenário. Relator: Augusto Sherman. Processo: 001.912/2004-8. Data da sessão: 06/10/2004).

Portanto, a fim de manter a efetividade da proposta ao longo da execução contratual, é de rigor que o instrumento convocatório preveja tanto a **REPACTUAÇÃO** quanto o **REAJUSTE** de forma distinta.

2.3. DA AUSÊNCIA DE REQUISITOS MÍNIMOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA PARA FINS DE HABILITAÇÃO NO CERTAME.

Conforme entendimento firmado pelo **Tribunal de Contas da União (TCU)** e divulgado em seu **Informativo nº 192⁷**, **a realização de licitação para serviço de limpeza EM AMBIENTE HOSPITALAR e/ou em AREAS DE SAUDE, com exigência de capacidade técnica de LIMPEZA PREDIAL COMUM**, configura violação direta e literal ao art. 30, I da Lei nº 8.666/93.

5. Limpeza hospitalar não é atividade compatível em características com limpeza predial comum.

Ainda na representação relativa a pregão eletrônico promovido pelo Hospital das Forças Armadas (HFA) para a contratação de serviços de limpeza especializada nas instalações daquela instituição hospitalar, a representante apontara “a falta de qualificação técnica” por parte da empresa vencedora para

⁷ Disponível no site oficial do Tribunal de Contas da União (TCU) pelo seguinte *link*:
<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24D309895014D33969A9F2DFE&inline=1>

executar o objeto da licitação, tendo em vista que os atestados apresentados não comprovaram experiência em serviços de natureza hospitalar. A relatora observou que, de fato, a empresa vencedora não comprovou a habilitação técnica exigida. Ressaltou que “o próprio instrumento convocatório deixou clara a diferença existente entre a limpeza em áreas administrativas e hospitalares ao exigir que os profissionais de limpeza fossem habilitados para atuar em unidades de saúde classificadas em áreas críticas, semicríticas e não críticas”. **Ademais, “a conceituação de limpeza hospitalar extraída do termo de referência do certame sinaliza a especialização necessária para esse tipo de serviço”, sendo “inadmissível considerá-la compatível com a simples limpeza de áreas administrativas”. Houve ofensa, portanto, ao inciso II do art. 30 da Lei 8.666/1993”. Ponderou, contudo, que “o instrumento convocatório poderia ter sido explícito quanto à necessidade de se comprovar experiência em limpeza hospitalar”. A despeito disso, concluiu que “limpeza predial comum não é atividade ‘compatível em características’ com limpeza hospitalar”, motivo pelo qual a empresa declarada vencedora “deveria ter sido inabilitada”. O Tribunal, ao acolher a proposta da relatora, decidiu fixar prazo para que o HFA procedesse à desclassificação da empresa e, “caso tal alternativa seja considerada conveniente” pelo HFA, “autorizar o prosseguimento do certame após a implementação da providência mencionada”. (TCU. Acórdão 938/2014-Plenário, TC 012.718/2013-0, relatora Ministra Ana Arraes, 9.4.2014).**

O Poder Judiciário instado a manifestar-se sobre caso semelhante, asseverou que **não é compatível a limpeza comum com a hospitalar**, *in verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO EM "LOCAIS COMUNS" E EM "LOCAIS DE CUIDADO COM A SAÚDE HUMANA (POSTOS DE SAÚDE)". INABILITAÇÃO NO CERTAME POR NÃO TER APRESENTADO CERTIFICADO DE CAPACIDADE TÉCNICA. ORDEM DENEGADA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO INEXISTENTE. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2012.088165-8, de Indaial, rel. Des. Cesar Abreu, Terceira Câmara de Direito Público, j. 25-06-2013).

Vale transcrever trecho do voto do Relator, **Des. César Abreu**, que assim proferiu seu voto:

(...) procedendo a uma análise mais consentânea com o objeto a ser licitado - e também com a realidade dos fatos -, os locais a serem limpados e asseados, **vê-se que não basta a experiência em limpezas em locais comuns, mas, sim, experiência com agentes nocivos, material infectante e produtos químicos.** É que, dentre as inúmeras atividades desenvolvidas em postos de saúde, como consultas médicas, odontológicas, nutricionais, serviço de imunização, não há como falar-se apenas em lixo comum. Obviamente são descartadas seringas, materiais biológicos contaminados, objetos perfurocortantes, peças anatômicas, substâncias tóxicas, e que, se não forem adotados procedimentos técnicos adequados ao seu manejo, **podem representar uma fonte de riscos à saúde humana de quem faz a coleta, de quem frequenta aquele local e ao meio ambiente.** (grifamos). Aliás, não é por outra razão que há previsão de adicional de insalubridade aos empregados que prestam serviços em postos que tenham contato

permanente com pacientes ou com material infectocontagante em hospitais, serviços de emergência, enfermarias, postos de vacinação e outros estabelecimentos.

(...)

Com o devido respeito, é perigoso e irresponsável selecionar uma empresa que jamais executou serviço de limpeza em área de saúde para que o faça, cujas peculiaridades demandam expertise específica. **A falha do prestador de serviço, que é responsável direto pela higiene e salubridade da unidade hospitalar, pode levar à interdição do local, infecções hospitalares e problemas de elevada gravidade.** O interesse público no caso concreto exige especial proteção, sob pena de *“ofensa, portanto, ao inciso II do art. 30 da Lei 8.666/1993”*, como bem pontuou o TCU.

O edital aqui em discussão **exige como requisito de qualificação técnica operacional APENAS que apresentem 01 atestado de serviço prestado no âmbito da atividade econômica principal ou secundária especificada no contrato social da licitante.** No entanto, este DEVE ser claro ao dispor que estes atestados devem ser compatíveis com serviços que se restringem a serviços em **áreas de saúde.**

Ou seja, esta **subjetividade** traz a possibilidade de que quem já prestou serviços de limpeza comum poderá participar desta licitação e prestar serviços em ambientes hospitalares e de assistência à saúde, **mesmo sendo de características totalmente diferentes.** Sobre a definição da qualificação técnica operacional, pede-se vênua para colacionar o ensinamento do professor **Marçal Justen Filho**, que traz valioso esclarecimento ao objeto em análise neste *writ*:

A **qualificação técnica operacional consiste em qualidade pertinente às empresas que participam da licitação.** Envolve a comprovação de que a empresa, como **unidade jurídica e econômica**, participou anteriormente de contrato cujo objeto era **similar** ao previsto para a contratação almejada pela Administração Pública.

Como se vê, o edital deve ser claro ao dispor que a exigência da comprovação de capacidade técnica **seja de serviços de limpeza em ambientes de saúde,** atividade muito mais complexa e que é similar com o objeto licitado. Isso porque, a **limpeza hospitalar ou de ambientes de saúde,** é atividade dotada de grande peculiaridade e técnica diferenciada em relação a limpeza comum.

Ora, Sr. Pregoeiro, o edital não pode deixar margem para subjetivismo. **Não se pode definir apenas no ato de julgamento, quando já conhecido o vencedor, o que a autoridade coatora entenderá como serviços similares, relativizando ou encrudescendo a exigência quando a partir de preferências pessoais e casuísmos.**

Este documento foi assinado digitalmente por Viviane Patricia Kothe. Para verificar as assinaturas vá ao site <https://www.portaldeassinaturas.com.br:443> e utilize o código D7C7-3C6E-B5E0-4471.

Desse modo, requer seja retificado o edital de licitação, mencionando as exigências de qualificação técnica, exigindo-se experiência anterior nos exatos termos do art. 30 da Lei nº 8.666/93, tais como aquelas sugeridas pelo TCU e pela IN nº 05/2017 SEGES/MPOG. Isto é: **que o objeto seja compatível com o ramo de serviços de limpeza hospitalar, que o período comprovado não seja inferior a 3 anos, que o quantitativo seja de no mínimo de 50% do ora licitado por meio de atestados que comprovem o mínimo de 1 (um) ano de execução, sendo os atestados instruídos de cópias dos contratos** que os motivaram.

Ora, é dever do administrador, justamente para selecionar a proposta mais vantajosa, **exigir critérios mínimos** para garantir que aquele que vier a ser contratado tenha efetiva capacidade de cumprir as obrigações estabelecidas em edital. Nesse sentido, por força de norma constitucional de ordem pública, para que se possa selecionar a proposta mais vantajosa, além do critério do preço, a Administração **deve estabelecer previamente requisitos mínimos para garantir que as proponentes cumpram as obrigações assumidas.** Assim dispõe o **art. 37, XXI, da Constituição da República:**

Art. 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 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.**

Quanto ao tema, o C. Superior Tribunal de Justiça (STJ), estabeleceu que é **dever** da Administração utilizar de **“dispositivos que busquem resguardar a administração de aventureiros ou de licitantes de competência estrutural, administrativa e organizacional duvidosa”**. Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ATESTADO TÉCNICO. COMPROVAÇÃO. AUTORIA. EMPRESA. LEGALIDADE. Quando em procedimento licitatório, exige-se comprovação, em nome da empresa, não está sendo violado o art. 30, § 1º, II, caput, da Lei 8.666/93. É de vital importância, no trato da coisa pública, a permanente perseguição ao binômio qualidade eficiência, objetivando, não só garantir a segurança jurídica do contrato, mas também a consideração de certos fatores que integram a finalidade das licitações, máxime em se tratando daquelas de grande complexidade e de vulto financeiro tamanho que imponha ao administrador a elaboração de dispositivos, sempre em atenção à pedra de toque do ato administrativo - a lei -, mas **com dispositivos que busquem resguardar a administração de aventureiros ou de licitantes de competência estrutural, administrativa e organizacional duvidosa.**

Recurso provido. (REsp 144.750/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/08/2000, DJ 25/09/2000, p. 68).

O que não se pode, nesta licitação, é alterar o entendimento e simplesmente exigir aptidão do licitante sem estabelecer com objetividade, de forma prévia e isonômica, que esta comprovação **deverá ser de no mínimo 50% do total licitado em área da saúde**, e que a licitante comprove **experiência mínima de 3 (três) anos na prestação dos serviços**, conforme legislação.

Data vênia, os requisitos mínimos para assegurar que o proponente que vier a ser vencedor possui real capacidade técnica para executar o objeto, consiste na comprovação de experiência anterior, que seja pertinente e compatível em **características, quantidades e prazos** com aquilo que se deseja contratar. **Para tal finalidade, especificamente para serviços contínuos em regime de dedicação exclusiva de mão-de-obra**, o Acórdão nº 1.214/13 do TCU sugere:

III.b – Qualificação técnico-operacional

103. Ante a percepção da fragilidade das exigências fixadas nas cláusulas do edital relativas à qualificação técnico-operacional das empresas de terceirização, visto que a Administração Pública vem se balizando em orientações voltadas à contratação de obras, que se refere a objeto absolutamente distinto dos serviços de natureza continuada, foram envidados esforços no sentido de formular critérios mais adequados a demonstrar a capacidade operacional dessas empresas, compatível com o que está sendo licitado.

III.b.1 – Local do escritório para contatos

104. A primeira proposta tem por fundamento legal o art. 30, inciso II, e § 6º, da Lei 8.666/93, e refere-se à comprovação de que a empresa possui ou se compromete a montar matriz, filial ou escritório em local previamente definido no edital, com pessoal qualificado e em quantidade suficiente para gerir o contrato.

105. Essa exigência se faz necessária tendo em vista que, com o advento do pregão eletrônico, empresas de diversos estados vencem a licitação, assinam contrato, e não têm montada, de forma espontânea, estrutura administrativa próxima ao local de gestão do contrato e de seus empregados. Com isso, a Administração e os empregados têm dificuldade em manter contatos com os administradores da empresa. Muitas vezes sequer conseguem localizar a sede da empresa contratada.

III.b.2 – Atestados de capacidade técnica

106. Outro ponto de vital importância refere-se à comprovação de que a empresa possui aptidão em realizar o objeto licitado, haja vista as particularidades atuais inerentes à prestação de serviços de natureza continuada.

107. De acordo com o art. 30, inciso II, e § 1º, da Lei nº 8.666/93, a comprovação de aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos, com o objeto da licitação, deve ser verificada por meio de atestados técnicos, registrados nas entidades profissionais competentes, fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado.

Este documento foi assinado digitalmente por Viviane Patricia Kothe.
Para verificar as assinaturas vá ao site <https://www.portaldeassinaturas.com.br:443> e utilize o código D7C7-3C6E-B5E0-4471.

108. Comumente tem sido exigido da licitante que comprove que prestou serviço equivalente a 50% do que se pretende contratar, como forma de verificar a compatibilidade de objetos no que se refere a quantidades.

109. No entanto, há que se perceber que cada contratação requer habilidades específicas, de forma que essa linha de entendimento não pode ser aplicada uniformemente.

110. A qualificação técnica exigida dos licitantes consiste, segundo as palavras de Marçal Justen Filho, no “domínio de conhecimentos e habilidades teóricas e práticas para a execução do objeto a ser contratado”. Logo, o conteúdo dos atestados de capacidade técnica deve ser suficiente para garantir à Administração que o contratado terá aptidão para executar o objeto pretendido. Tal aptidão pode se referir a vários aspectos.

111. Nesse ponto, parece residir a principal discussão a ser enfrentada – que espécie de aptidão deve ser requerida para a execução de contratos de serviços de natureza continuada, em que esteja caracterizada cessão de mão de obra.

112. As empresas que prestam serviços terceirizados, em regra, não são especialistas no serviço propriamente, mas na administração da mão de obra. É uma realidade de mercado à qual a Administração precisa se adaptar e adequar seus contratos. É cada vez mais raro firmar contratos com empresas especializadas somente em limpeza, ou em condução de veículos, ou em recepção. As contratadas prestam vários tipos de serviço, às vezes em um mesmo contrato, de forma que adquirem habilidade na gestão dos funcionários que prestam os serviços, e não na técnica de execução destes.

113. Conquanto seja muito provável que as próprias demandas da Administração tenham moldado esse comportamento das empresas, debater o tema ou a aderência do modelo à concepção ideal da terceirização de serviços não se mostra proveitoso.

114. O que importa é perceber que a habilidade das contratadas na gestão da mão de obra, nesses casos, é realmente muito mais relevante para a Administração do que a aptidão técnica para a execução dos serviços, inclusive porque estes apresentam normalmente pouca complexidade. Ou seja, nesses contratos, dada a natureza dos serviços, interessa à Administração certificar-se de que a contratada é capaz de recrutar e manter pessoal capacitado e honrar os compromissos trabalhistas, previdenciários e fiscais. É situação muito diversa de um contrato que envolva complexidade técnica, como uma obra, ou de um contrato de fornecimento de bens, em que a capacidade pode ser medida tomando-se como referência a dimensão do objeto – que serve muito bem o parâmetro de 50% usualmente adotado.

115. Destaque-se que a constatação de que a habilidade requerida para a prestação de serviços terceirizados mediante cessão de mão de obra é diferenciada, advém da experiência da Administração na condução desses contratos. Tem-se observado que a maior causa de fracasso na execução dos ajustes é a incapacidade das empresas de manter a prestação dos serviços ao longo do tempo sem falhar no cumprimento de suas obrigações trabalhistas e previdenciárias junto aos empregados. Logo, pode-se concluir que a habilidade de gestão de pessoal, nesses casos, relaciona-se mais à saúde financeira das empresas e à capacidade de gerenciar recursos financeiros e custos.

116. Por tudo isso, o conteúdo dos atestados de capacidade técnica exigidos nas licitações não tem atendido aos pressupostos da Lei 8.666/93 – aptidão para executar os serviços contratados e cumprir com os demais encargos exigidos pela legislação e pelo contrato.

117. Com o propósito de atender aos princípios do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório, entende-se que deve ser requerido, para demonstrar a capacidade técnica para gerir pessoal, um mínimo de 20 (vinte) postos, pouco importando as dimensões dos serviços. Essa exigência presta-se a assegurar que a contratada possui a aptidão mínima para gerenciar contratos de natureza continuada, com cessão de mão de obra, perante a administração pública, até o limite de quarenta postos. Após esse limite, passaria a ser exigido 50% do total de postos de trabalho objeto da licitação.

118. Note-se que fazer exigências com base na dimensão do objeto, que, aliás, podem permanecer em 50%, por si só não traria o proveito esperado à Administração, pois não se prestaria a demonstrar a necessária capacidade da empresa em gerenciar pessoal. Este raciocínio só é utilizado em contratos pequenos. Em contratos de grande vulto, é perfeitamente possível e razoável se exigir 50% da quantidade de postos e 50% do objeto.

119. A título de exemplo, cabe mencionar o caso concreto da contratação realizada pelo TCU para a prestação de serviços de jardinagem. De acordo com o edital, a licitante vencedora deveria apresentar atestado comprovando a execução de serviço compatível com o pretendido, no percentual de 50% da área de jardins do TCU, que totaliza 61.098 m². O mesmo Edital exigiu que a contratada deveria disponibilizar 13 (treze) empregados para prestar os serviços. Na linha de entendimento ora defendida, foi exigido da licitante que apresentasse atestado comprovando que executou serviços com pelos menos 20 postos de trabalho. Veja-se que não obstante se exigir que a empresa detivesse conhecimentos específicos na execução de serviços de jardinagem, se exigiu também que possuísse uma qualificação mínima na gestão de pessoas.

120. Ademais, é pertinente alertar que, ainda que entendido que o mínimo de 20 postos é o número adequado para comprovar que a empresa tem capacidade em gerenciar pessoas, portanto apta a prestar serviços de natureza continuada, não se trata de determinação, mas tão somente de uma recomendação a ser seguida, haja vista que, a depender das peculiaridades do local onde será realizada a licitação, essa exigência poderá até mesmo impossibilitar a contratação do serviço pretendido.

III.b.3 – Experiência mínima de 3 anos

121. Observe-se, ainda, que o mesmo art. 30, inciso II, da Lei 8.666/93, autoriza expressamente a administração a exigir da licitante a comprovação de que já executou objeto compatível, em prazo, com o que está sendo licitado. De acordo com o art. 57, inciso II, dessa Lei, os contratos para prestação de serviços de forma contínua poderão ser prorrogados por até sessenta meses. Nesse sentido, compreendemos pertinente que a exigência relativa a prazo possa ser feita até o limite das prorrogações sucessivas.

122. Não obstante a autorização legal, verifica-se que a Administração não fixa exigência relativa a prazo nas licitações e contrata empresas sem experiência, as quais, com o tempo, mostram-se incapazes de cumprir o objeto acordado.

123. Pesquisa apresentada pelo SEBRAE-SP demonstra que em torno de 58% das empresas de pequeno porte abertas em São Paulo não passam do terceiro ano de existência. Esse dado coaduna com a constatação da Administração Pública de que as empresas estão rescindindo, ou abandonando, os contratos, antes de completados os sessenta meses admitidos por lei.

124. Portanto, em relação ao prazo, a proposta do grupo é a comprovação de experiência mínima de três anos na execução de objeto semelhante ao da contratação.

III.b.4 – Estrutura física e de pessoal compatíveis com o objeto

125. O grupo de estudo entendeu que a exigência dos atestados acima discorridos, por si só, não asseguraria que a empresa tivesse condições de executar o contrato, pois em nosso entendimento, não têm o condão de comprovar, necessariamente, que a empresa está funcionando regularmente. Nesse contexto, pensou-se numa exigência apta a demonstrar que a licitante possui estrutura física e pessoal compatíveis com o objeto do contrato, nos termos do § 6º do art. 30 da Lei 8.666/93.

126. Importa esclarecer que a finalidade precípua dessa exigência não consiste em determinar que a licitante antecipadamente possua em seus quadros o pessoal necessário à realização dos serviços objeto da licitação, mas apenas que possui estrutura administrativa suficiente para gerenciar o novo contrato.

127. Portanto, com o objetivo de atender ao princípio do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório, entende-se fundamental que esses parâmetros sejam previamente definidos. Nesse sentido, propusemos a elaborá-los.

128. A proposta da maioria consistiu em exigir da licitante vencedora que possua em seus quadros, no momento da licitação, pelo menos 20 (vinte) empregados, entre administrativos e prestadores de serviços, para contratos com até 40 (quarenta) postos. Acima desse limite, a exigência passaria para 50% do total de empregados previstos no contrato.

129. O pressuposto dessa exigência seria a impossibilidade de uma empresa de serviços terceirizados funcionar de forma plena, com menos de 20 empregados em seu quadro, tendo em vista os custos fixos advindos desses contratos, que exigem uma estrutura mínima: seleção de pessoal, setor de pagamentos, almoxarifado, compras, contabilidade, dentre outros.

130. No entanto, o grupo de estudos compreendeu que a magnitude dessa exigência restringe a competitividade e optou, portanto, por excluí-la da proposta. Contudo, aconselha-se sempre a fixar, para cada contrato, que a empresa demonstre os meios pelos quais pretende administrá-lo: imóvel, mobiliário e quadro de pessoal administrativo.

III.b.5 – Idoneidade dos atestados

131. Por fim, é razoável que a Administração adote cautelas quando do exame de toda a documentação apresentada. Para ilustrar, podem-se citar dois exemplos rotineiros, o primeiro deles diz respeito à apresentação de atestados técnicos muito antigos provenientes de pessoas jurídicas de direito privado, inclusive já extintas, ou não localizadas nos endereços de origem; e o outro à apresentação de atestados expedidos antes de decorrido 1 (um) ano da contratação do serviço, algumas vezes, transcorrido prazo inferior a 1 mês, o que de forma alguma permite certificar que a empresa presta serviço de qualidade.

132. Dessa forma, é prudente consignar no instrumento convocatório algumas restrições à apresentação de atestados, tais como: obrigatoriedade de o licitante disponibilizar todas as informações necessárias à comprovação da litude dos documentos apresentados; exigência de terem sido expedidos após a conclusão do contrato ou decorrido no mínimo um ano do início de sua execução, exceto se houver sido firmado para ser executado em prazo inferior, somente aceito mediante a apresentação do contrato. É relevante, ademais, que, caso o responsável pela emissão do atestado não mais exista,

o contratado apresente outros documentos, como, por exemplo, o contrato que deu suporte ao atestado, capazes de dar suporte à nova contratação.

Sintetizando as justificativas de cada uma das recomendações, o grupo de estudos sugere:

133. Sendo assim, o Grupo de Estudos compreende que, relativamente à qualificação técnico-operacional, é prudente que a Administração realize as seguintes exigências às licitantes:

- a) que comprove que possui ou se compromete a montar matriz, filial ou escritório em local previamente definido no edital, com pessoal qualificado e em quantidade suficiente para gerir o contrato;
- b) que demonstre que possui aptidão em gerir pessoal, mediante a comprovação de que administra um mínimo de 20 (vinte) postos de trabalho, pouco importando as dimensões dos serviços, até o limite de quarenta postos. **Após esse limite, a exigência será de 50% do total de postos de trabalho necessários à contratação requerida;**
- c) **que apresente atestados de que já executou objeto compatível, em prazo, com o que está sendo licitado, mediante a comprovação de experiência mínima de três anos na execução de objeto semelhante ao da contratação;**
- d) que disponibilize todas as informações necessárias à comprovação da legitimidade dos atestados apresentados;
- e) **que somente apresente atestados expedidos após a conclusão do contrato ou decorrido no mínimo um ano do início de sua execução,** exceto se houver sido firmado para ser executado em prazo inferior, apenas aceito mediante a apresentação do contrato;

Do mesmo modo, a Instrução Normativa nº 05/2017 SEGES/MPOG⁸ sugere:

10.6. Na contratação de serviço continuado, para efeito de qualificação técnico-operacional, a Administração poderá exigir do licitante:

- a) declaração de que o licitante possui ou instalará escritório em local (cidade/município) previamente definido pela Administração, a ser comprovado no prazo máximo de 60 (sessenta) dias contado a partir da vigência do contrato;
- b) **comprovação que já executou objeto compatível, em prazo, com o que está sendo licitado,** mediante a comprovação de experiência mínima de três anos na execução de **objeto semelhante** ao da contratação, podendo ser aceito o somatório de atestados;
- c) no caso de contratação de serviços por postos de trabalho:
 - c.1. quando o número de postos de trabalho a ser contratado for superior a 40 (quarenta) postos, o licitante deverá comprovar que tenha executado contrato(s) **com um mínimo de 50% (cinquenta por cento) do número de postos de trabalho a serem contratados;**
 - c.2. quando o número de postos de trabalho a ser contratado for igual ou inferior a 40 (quarenta), o licitante deverá comprovar que tenha executado contrato(s) em número de postos equivalentes ao da contratação.

⁸ Disponível no sítio oficial de compras do Governo Federal:

10.6.1 É admitida a apresentação de atestados referentes a períodos sucessivos não contínuos, para fins da comprovação de que trata a alínea "b" do subitem 10.6 acima, não havendo obrigatoriedade de os três anos serem ininterruptos.

10.7. No caso de contratação de serviços por postos de trabalho (alínea "c" do subitem 10.6), **será aceito o somatório de atestados que comprovem que o licitante gerencia ou gerenciou serviços de terceirização compatíveis com o objeto licitado por período não inferior a 3 (três) anos.**

10.7.1. É admitida a apresentação de atestados referentes a períodos sucessivos não contínuos, para fins da comprovação de que trata o subitem 10.7 acima, não havendo obrigatoriedade de os três anos serem ininterruptos.

10.8. Somente serão aceitos atestados expedidos após a conclusão do contrato ou se decorrido, pelo menos, um ano do início de sua execução, exceto se firmado para ser executado em prazo inferior.

10.9. Poderá ser admitida, para fins de comprovação de quantitativo mínimo do serviço, a apresentação de diferentes atestados de serviços executados de forma concomitante, pois essa situação se equivale, para fins de comprovação de capacidade técnico operacional, a uma única contratação.

10.10. O licitante deve disponibilizar todas as informações necessárias à comprovação da legitimidade dos atestados solicitados, apresentando, dentre outros documentos, cópia do contrato que deu suporte à contratação, endereço atual da contratante e local em que foram prestados os serviços.

Ora, o critério de comprovação da qualificação técnica deverá encontrar correspondência com a *"comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação"* (art. 30, II da Lei nº 8.666/93), **incidindo, por via de consequência lógica, em ilegalidade.**

Desse modo, requer seja retificado o edital de licitação, mencionando as exigências de qualificação técnica, exigindo-se experiência anterior nos exatos termos do art. 30 da Lei nº 8.666/93, tais como aquelas sugeridas pelo TCU e pela IN nº 05/2017 SEGES/MPOG. Isto é: que o **período comprovado não seja inferior a 3 anos, que o quantitativo seja de no mínimo de 50% no gerenciamento de limpeza na área da saúde.**

2.4. DA AUSÊNCIA REQUISITOS MÍNIMOS DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA.

Como requisito de comprovação de **qualificação econômico-financeira** (item 11.11 do edital) das licitantes, o edital carece de alteração. Isso porque **há requisitos obrigatórios** a fim de evidenciar a boa saúde financeira das empresas que não estão sendo exigidos, conforme preceitua a **IN nº 5 de 2017 do MPDG e a jurisprudência pacífica do Tribunal de Contas da União.**

Vejamos, primeiramente, **o que reza a IN 05/2017** quanto aos **requisitos mínimos que devem ser exigidos** a título de Qualificação Econômico-financeira por parte da Administração Pública:

11. Das condições de habilitação econômico-financeira:

11.1. Nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, a **Administração deverá exigir:**

a) **Balço patrimonial e demonstrações contábeis referentes ao último exercício social, comprovando índices de Liquidez Geral (LG), Liquidez Corrente (LC), e Solvência Geral (SG) superiores a 1 (um);**

b) **Capital Circulante Líquido ou Capital de Giro (Ativo Circulante – Passivo Circulante) de, no mínimo, 16,66%** (dezesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) **do valor estimado da contratação**, tendo por base o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis do último exercício social;

c) **Comprovação de patrimônio líquido de 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, por meio da apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social**, apresentados na forma da lei, vedada a substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais, quando encerrados há mais de 3 (três) meses da data da apresentação da proposta;

d) **Declaração do licitante, acompanhada da relação de compromissos assumidos, conforme modelo constante do Anexo VII-E de que um doze avos dos contratos firmados com a Administração Pública e/ou com a iniciativa privada vigentes na data apresentação da proposta não é superior ao patrimônio líquido do licitante** que poderá ser atualizado na forma descrita na alínea “c” acima, observados os seguintes requisitos:

d.1. **a declaração deve ser acompanhada da Demonstração do Resultado do Exercício (DRE)**, relativa ao último exercício social; e

d.2. **caso a diferença entre a declaração e a receita bruta discriminada na Demonstração do Resultado do Exercício (DRE) apresentada seja superior a 10% (dez por cento), para mais ou para menos, o licitante deverá apresentar justificativas.**

e) **Certidão negativa de efeitos de falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial**, expedida pelo distribuidor da sede do licitante.

Todavia, o edital **não requer** a apresentação do **capital circulante líquido** ou **capital de giro** e a **comprovação do patrimônio líquido**.

Os **Acórdãos nº. 4318/17 e nº. 6864/14** trazem situações em que certames foram suspensos por estas ausências. Vejamos:

ACÓRDÃO Nº 4318/17 - Tribunal Pleno - Representação da Lei nº 8.666/93. Edital de Pregão para contratação de empresa especializada em serviços de diagnóstico por imagem. **Ausente a exigência de documentação relativa à qualificação econômico-financeira dos licitantes.** Prestação de serviço continuado e essencial à saúde, pelo prazo de 12 (doze) meses, em valor total máximo que supera os seis milhões de reais. **Aparente contrariedade ao art. 31 da Lei nº 8.666/93, aplicável subsidiariamente às licitações na modalidade Pregão, nos termos do art. 9º da Lei nº 10.520/2002. Ratificação de medida cautelar que determinou a imediata suspensão do certame.** (grifamos)

Acórdão nº 6864/14 – Tribunal Pleno - (...) **Veja-se que os índices contábeis devem estar previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação**, sendo vedada a exigência de índices

e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação. (Processo: 57268/11, Rel. Conselheiro Corregedor-Geral Ivan Lelis Bonilha, 06.11.2014) (grifamos)

Sobre o tema, o Plenário do TCU, Acórdão 2300/13, decidiu que “a *responsabilidade da autoridade delegante pelos atos delegados não é automática ou absoluta, sendo imprescindível para definir essa responsabilidade a análise das situações de fato que envolvem o caso concreto. A **falta de fiscalização** (culpa in vigilando), o conhecimento do ato irregular praticado ou a **má escolha do agente delegado** (culpa in eligendo) podem conduzir, se comprovados, à responsabilidade daquela autoridade.*”

Por força de norma constitucional de ordem pública, para que se possa selecionar a proposta mais vantajosa, além do critério do preço, a **Administração deve estabelecer previamente requisitos mínimos para se resguardar, garantindo que as proponentes cumpram as obrigações assumidas.**

A obrigatoriedade da exigência de se cercar de todas as garantias mínimas possíveis, além de fundamentado em norma constitucional expressa (art. 37, XXI da CRFB/88) – **que exige do administrador, a contrario sensu, requisitos de qualificação técnica e econômico-financeira indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações** – deriva também do **princípio da indisponibilidade do interesse público.**

Ora, há interesse público superior que exige da Administração a adoção de todas as cautelas legais para que os serviços públicos sejam prestados satisfatoriamente. Tanto que se contratada determinada empresa, **sem a devida capacidade e qualificação financeira**, poderá haver a paralisação dos serviços, com efeitos nefastos nos fins buscados pela Administração, com séria repercussão na esfera individual de cada um dos munícipes destinatários do serviço que se pretende contratar.

Neste diapasão, tratando-se da concretização de direitos fundamentais, tais como a dignidade dos trabalhadores, sua **proteção deficiente não pode ser admitida.** Mormente quando o legislador criou meios para proteção e garantia de que esses serviços serão efetiva e satisfatoriamente prestados.

Com efeito, no caso da terceirização de serviços, não se pode perder de vista também que a contratação objetiva, essencialmente, **ao emprego de seres humanos, de trabalhadores, o produto que está sendo oferecido é o trabalho humano.** Difere de uma aquisição de bens, ou de serviços cuja parcela mais relevante sejam materiais de construção. Ora, **o objeto da terceirização é o trabalho humano.**

Fácil concluir assim que o sucesso da prestação de serviços está diretamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da

CRFB/88), seja dos trabalhadores ou dos destinatários dos serviços que também são servidores públicos e os administrados.

Portanto, ferre o princípio da eficiência administrativa, fere o princípio da indisponibilidade do interesse público e fere o princípio da dignidade da pessoa humana, a Administração Pública não se cercar de todas as garantias possíveis para que a contratação tenha sucesso. E este é o caso do presente edital, o qual deixou esta lacuna aberta, possibilitando que empresas com capital insuficiente para assumir o contrato com a administração pública ganhem o pleito, podendo gerar grande déficit ao erário público.

Diante deste tema tão relevante, o **Tribunal de Contas da União (TCU)** reuniu um amplo grupo de estudos que debateu com profundidade as questões controvertidas da terceirização de serviços, e o estudo produzido deu origem ao **Acórdão nº 1.214/2013 – TCU** o qual faz **recomendações para fins de comprovação da qualificação econômico-financeira**, a fim de demonstrar a capacidade técnica das proponentes (grifos nossos):

9.1.10 sejam fixadas em edital as exigências abaixo relacionadas como condição de habilitação econômico-financeira para a contratação de serviços continuados:

9.1.10.1 índices de Liquidez Geral (LG), Liquidez Corrente (LC) e Solvência Geral (SG) superiores a 1 (um), bem como **Capital Circulante Líquido (CCL)** ou **Capital de Giro** (Ativo Circulante – Passivo Circulante) de, no mínimo, **16,66%** (dezesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do valor estimado para a contratação, índices calculados com base nas demonstrações contábeis do exercício social anterior ao da licitação;

9.1.10.2 **patrimônio líquido igual ou superior a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação;**

9.1.10.3 patrimônio líquido igual ou superior a 1/12 (um doze avos) do valor total dos **contratos firmados** pela licitante com a Administração Pública e com empresas privadas, vigentes na data de abertura da licitação. Tal informação deverá ser comprovada por meio de **declaração**, acompanhada da Demonstração do Resultado do Exercício (DRE) relativa ao último exercício social, e se houver divergência superior a 10% (para cima ou para baixo) em relação à receita bruta discriminada na DRE, a licitante deverá apresentar as devidas justificativas para tal diferença;

9.1.10.4 apresentação de certidão negativa de feitos sobre falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial, expedida pelo distribuidor da sede do licitante.

O que o **Tribunal de Contas da União (TCU)** previu são garantias mínimas para se resguardar de desastrosas contratações, serviços públicos mal prestados e enorme rombo nas contas públicas em razão da *culpa in eligendo* que será reconhecido.

Essa fórmula estabelecida por respeitados órgãos de fiscalização e controle é amplamente empregada na Administração Pública por todos os órgãos e entidades da União, pelo Poder Judiciário, pelos Ministérios Públicos e Tribunais de Contas.

Este documento foi assinado digitalmente por Viviane Patricia Kothe. Para verificar as assinaturas vá ao site <https://www.portaldeassinaturas.com.br:443> e utilize o código D7C7-3C6E-B5E0-4471.

Veja-se o recentíssimo **Acórdão 970/2022** do Plenário:

PARA FINS DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DE LICITANTE, AS EXIGÊNCIAS DE CAPITAL CIRCULANTE LÍQUIDO DE, NO MÍNIMO, 16,66% DO VALOR ESTIMADO DA CONTRATAÇÃO E DE DECLARAÇÃO DE PATRIMÔNIO LÍQUIDO SUPERIOR A 1/12 DOS CONTRATOS FIRMADOS SÃO ADOTADAS, COMO REGRA, NOS CERTAMES PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTINUADOS COM DEDICAÇÃO DE MÃO DE OBRA EXCLUSIVA, DEVENDO SER JUSTIFICADAS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DA LICITAÇÃO QUANDO SE TRATAR DE SERVIÇOS DE OUTRA NATUREZA, COM DEMONSTRAÇÃO DAS PECULIARIDADES DO OBJETO E, PRINCIPALMENTE, DO PERCENTUAL ADOTADO (ITENS 11.1 E 11.2 DO ANEXO VII -A DA IN-MP 5/2017).

Entenda-se que é de rigor a exigência das comprovações na forma do art. 31 da Lei nº 8.666/93 para fins de estabelecimento de garantias mínimas de que o serviço será satisfatoriamente executado. Desse modo, requer que o edital seja republicado, passando-se a exigir das proponentes as comprovações conforme reza a **IN 05/2017** e a **jurisprudência**, ou seja, **capital circulante líquido** ou **capital de giro** e a **comprovação do patrimônio líquido**.

2.4. DA AUSÊNCIA DE PARÂMETROS PARA AFERIÇÃO DE ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. NECESSIDADE DE LAUDO TÉCNICO.

Compulsando o edital, verificou-se que não há dentre as exigências para elaboração da proposta, a necessidade de constar percentuais a título de insalubridade/periculosidade para as funções a serem contratadas, sendo que os trabalhadores poderão receber adicional de até 40% do salário mínimo, acarretando falsa percepção dos valores que serão despendidos com a futura contratação.

Deve-se verificar que o Adicional de Insalubridade está regulamentado pela Portaria 3.311/89, mais especificamente a Norma Regulamentadora (NR) nº 15, que estabelece os princípios norteadores do programa de desenvolvimento do Sistema Federal de Inspeção do Trabalho e dá outras providências (a qual estabelece a maneira correta de avaliar a exposição a agentes geradores de riscos ocupacionais - Atividades e Operações Insalubres).

O tema, todavia, é muito complexo. Isso porque cada proponente pode adotar uma forma diferente de executar o objeto, adquirir equipamentos de proteção que podem expor e maior ou menor grau os empregados, de modo que nem o particular e nem a Administração podem aferir com segurança de forma antecipada, se o adicional será devido ou não, ou para quais empregados será devido.

Este documento foi assinado digitalmente por Viviane Patricia Kothe. Para verificar as assinaturas vá ao site <https://www.portaldeassinaturas.com.br:443> e utilize o código D7C7-3C6E-B5E0-4471.

Exatamente por isso, a **lei estabeleceu o dever de realizar perícia técnica e aferir individualmente em cada caso, a partir de suas peculiaridades, se há a incidência do adicional:**

DECRETO-LEI Nº 5.452/1943 (CLT)

Art. 189 - Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância

Art. 190 - O Ministério do Trabalho **aprovará o quadro das atividades e operações insalubres e adotará normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade**, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes.

(...)

Art. 195 - A caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, **far-se-ão através de perícia a cargo de Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrados no Ministério do Trabalho.**

Conforme os preceitos legais, a caracterização de Insalubridade para agentes biológicos é feita de forma qualitativa, mas não basta estar exposto a um agente biológico para ter direito ao adicional de insalubridade, é preciso que haja exposição ao agente biológico na forma da prevista na NR 15. Portanto, não é possível estabelecer *a priori* e abstratamente quem fará jus ao adicional, é necessário verificar cada caso, cada empregado, os EPI's utilizados, etc.

Neste aspecto, para o efetivo pagamento do Adicional e fixação do Grau de Insalubridade **é necessária sua apuração e comprovação, mediante elaboração de laudo técnico**, no qual será necessária a realização de prova pericial feita por Engenheiro de Segurança do Trabalho e/ou Médico do Trabalho, que atestem os percentuais devidos segundo os critérios legais da **Legislação de Segurança do Trabalho**. Além dos dispositivos da CLT acima citados, nesse sentido é a jurisprudência amplamente consolidada do **C. Tribunal Superior do Trabalho (TST)**, tal como se verifica da OJ nº 278:

278. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PERÍCIA. LOCAL DE TRABALHO DESATIVADO (DJ 11.08.2003)

A realização de perícia é obrigatória para a verificação de insalubridade. Quando não for possível sua realização, como em caso de fechamento da empresa, poderá o julgador utilizar-se de outros meios de prova.

Outrossim, **sabe-se que é vedado à Administração Pública fixar nos atos convocatórios como devem ser os preços dos licitantes**, inclusive é o que dispõe a **Instrução Normativa nº 05/2017 do SEGES/MPOG**:

2. Das vedações:

2.1. É vedado à Administração fixar nos atos convocatórios:

(...)

b) os benefícios, ou seus valores, a serem concedidos pela contratada aos seus empregados, devendo adotar os benefícios e valores previstos em Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo de Trabalho, como mínimo obrigatório, quando houver;

(...)

i) quantitativos ou valores mínimos para custos variáveis decorrentes de eventos futuros e imprevisíveis, tais como o quantitativo de vale-transporte a ser fornecido pela eventual contratada aos seus trabalhadores, ficando a contratada com a responsabilidade de prover o quantitativo que for necessário, conforme dispõe o art. 63 desta Instrução Normativa. (grifamos)

Em situações como esta, o **Tribunal de Contas da União (TCU)** entende que a Administração deve estabelecer em edital que em prazo razoável após a assinatura do contrato o licitante vencedor deverá elaborar laudo técnico que será analisado e aprovado pela Administração, e apenas nesta hipótese haverá o pagamento, assim não se incluem custos desnecessários e se confere isonomia entre os licitantes. Confira-se o precedente:

Acórdão

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representações formuladas pelas empresas EMIBM Engenharia e Comércio Ltda. e Walmetra Projetos e Construção Ltda. (TC-001.165/2009-9, apenso), com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93, apontando possíveis irregularidades no Edital da Concorrência nº 003/2008, promovido pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior - MDIC.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer das presentes representações, com fundamento no art. 237, inciso III, do Regimento Interno do TCU, c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/93, para, no mérito, considerá-las procedentes;

9.2. determinar ao Secretário-Executivo do Ministério do Desenvolvimento Indústria e Comércio Exterior – MDIC que:

(...)

9.2.2.8. Inclua no edital, como obrigação da contratada, a realização de perícia, a ser realizada por profissional competente e devidamente registrado no Ministério do Trabalho e Emprego, atestando o grau de insalubridade (máximo, médio ou mínimo), quando for o caso, bem como se a atividade apontada como insalubre consta na relação da NR-15 do Ministério do Trabalho, nos termos do art. 192 da CLT e NR-15, aprovada pela Portaria 3.214/1978 do Ministério do Trabalho e Emprego, ficando o pagamento do adicional de insalubridade condicionado à realização da referida perícia. Estabeleça, no edital, o prazo para o início da prestação dos serviços, de forma a permitir à empresa vencedora da licitação a adoção dos procedimentos necessários para iniciar a execução contratual.

(TCU. Acórdão 727/2009 Plenário. Relator: Raimundo Carreiro. Data da sessão: 15/04/2009).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reafirma a obrigatoriedade de Laudo Técnico para pagamento do Adicional de Insalubridade, vejamos assim a jurisprudência acerca do tema:

ADMINISTRATIVO. **SERVIDOR PÚBLICO**. AGENTES PENITENCIÁRIOS. CUMULAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO DE COMPENSAÇÃO ORGÂNICA **COM ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. IMPOSSIBILIDADE. LAUDO PERICIAL. EFEITOS CONSTITUTIVOS**. 4. Tanto o adicional de insalubridade como a gratificação de compensação orgânica guardam a mesma natureza jurídica, uma vez que têm como escopo compensar o trabalhador em risco no desempenho de suas atividades. São rubricas cujo intuito do legislador foi de aumentar a remuneração do trabalhador para compensar o maior desgaste da saúde física (teoria da monetização da saúde do trabalhador). **5. A jurisprudência do STJ é no sentido de que o pagamento do pretendido adicional de insalubridade está condicionado ao laudo que prova efetivamente as condições insalubres a que estão submetidos os servidores**, assim, não cabe seu pagamento pelo período que antecedeu a perícia e a formalização do laudo comprobatório, devendo ser afastada a possibilidade de presumir-se insalubridade em épocas passadas, emprestando-se efeitos retroativos a laudo pericial atual. Recurso especial improvido. (REsp 1400637/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 24/11/2015) (grifamos)

Inclusive, tais valores devem ser exigidos e levados em consideração, sob pena de violação **o art. 7º, §2º, II da Lei nº 8.666/93**, que exige a discriminação de todos os custos unitários envolvidos, *in verbis*:

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:
I - projeto básico;
II - projeto executivo;
III - execução das obras e serviços.
(...)

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;
II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

Portanto, **o adicional de insalubridade poderá ser devidamente evidenciado através de laudo pericial, o qual será realizado às custas da empresa contratada quando do início dos serviços.**

Ocorre que **há ilegalidade manifesta** vez que **não há clausulas no edital que determine o pagamento deste adicional** ou mesmo que **a contratada deverá elaborar o laudo técnico** para se comprovado, realizar os devidos pagamentos aos trabalhadores que fizerem jus, ao mesmo tempo em que terá o direito da **atualização das planilhas de custos** com a inclusão do benefício. **Assim, temos que o edital é omissivo e a Administração tem o dever de esclarecer de forma vinculante ou republicar o documento com clausulas referente a insalubridade.**

Inclusive, esta é a orientação do conhecido periódico jurídico da Consultoria Zênite, disponível em seu blog⁹, e que tem sido adotada com sucesso por diversos órgãos e entidades, conferindo isonomia na formulação das propostas e segurança jurídica na contratação.

Veja estimada comissão. A não previsão de pagamento a título de insalubridade pode tornar o futuro contrato inexecuível, vez que a verba será paga sobre o valor do salário mínimo ou da remuneração do colaborador, logo, a não previsão desta rubrica poderá ensejar em dificuldades da futura contratada em cumprir com suas obrigações devido a alteração do valor da proposta, o que conseqüentemente acarretará ações trabalhistas, podendo responder a Administração de forma subsidiária.

Portanto, requer deve ser incluída cláusula no edital de licitação prevendo que a aferição de eventuais adicionais de insalubridade ou periculosidade, ocorrerá após o início da execução do contrato, mediante realização de perícia pelo contratado, atestando o grau de insalubridade (máximo, médio ou mínimo), quando for o caso, ficando o pagamento do adicional de insalubridade condicionado à realização da referida perícia e aprovação da Administração, hipótese em que será realizado aditivo contratual.

3. DOS PEDIDOS

Ante os fundamentos expostos, requer-se:

- a) que a presente impugnação seja **recebida e processada** na forma da lei (art. 41, §1º da Lei nº 8.666/93);
- b) no mérito, seja julgada totalmente procedente, com a republicação do edital na forma da lei e dos tópicos apontados.

Nestes termos, pede deferimento.

Toledo/PR, 31 de outubro de 2022.

COSTA OESTE SERVIÇOS LTDA

⁹ Acessado em 30/setembro/2021: <https://www.zenite.blog.br/como-disciplinar-a-cotacao-de-adicional-de-insalubridade-nas-contratacoes-de-prestacao-de-servicos-com-dedicacao-exclusiva-de-mao-de-obra/>

PROTOCOLO DE ASSINATURA(S)

O documento acima foi proposto para assinatura digital na plataforma IziSign. Para verificar as assinaturas clique no link: <https://www.portaldeassinaturas.com.br/Verificar/D7C7-3C6E-B5E0-4471> ou vá até o site <https://www.portaldeassinaturas.com.br:443> e utilize o código abaixo para verificar se este documento é válido.

Código para verificação: D7C7-3C6E-B5E0-4471



Hash do Documento

3AA49C20AA8A2069B47FE86173BC35378A362415D9D618A9E55C54DE349DE171

O(s) nome(s) indicado(s) para assinatura, bem como seu(s) status em 31/10/2022 é(são) :

Viviane Patricia Kothe - 059.398.939-29 em 31/10/2022 16:53

UTC-03:00

Tipo: Certificado Digital

