



PREFEITURA MUNICIPAL DE ORLÂNDIA

Estado de São Paulo

PÇA. CEL. ORLANDO, 600 - CX. POSTAL, 77 - CEP 14620-000 - FONE PABX (16) 3820-8000

DEPARTAMENTO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Orlândia/SP, 09 de Fevereiro de 2023.

CHAMADA PÚBLICA n.º 01/23

INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO – art. 25, “caput” da Lei Federal n.º 8.666/93

OBJETO: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA A REALIZAÇÃO EXAMES DE ANÁLISES CLÍNICAS (EXAMES LABORATORIAIS) CONFORME TABELA SUS, PARA ATENDER A DEMANDA DO MUNICÍPIO DE ORLÂNDIA.

ANÁLISE DE QUESTIONAMENTO

1. Trata-se de questionamento formulado ao Edital de Chamada Pública, formulada em 08.02.2023, em que se solicitam esclarecimentos quanto à vedação da participação de Cooperativa, conforme constante no item n.º 1.1., letra “c”¹.
2. E continua: Conforme Súmula-TST e recentemente pelo artigo 1221, §2.º da Lei n.º 14.133/2021, a vedação para participação de cooperativas em processos licitatórios ficou condicionada a: “Aqueles cujo modelo de execução contratual exige, entre outros requisitos, que: **(a)** os empregados do contratado fiquem à disposição nas dependências do contratante para a prestação dos serviços; **(b)** o contratado não compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos; **(c)** o contratado possibilite a fiscalização pelo contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos;
3. Segundo a Consultoria Zênite – Cooperativa – participação de licitações - condições²:

PERGUNTAS E RESPOSTAS – 1081/261/NOV/2015

PERGUNTA 9 – COOPERATIVAS

Em quais situações é possível admitir a participação de cooperativas em licitações e quando isso não é possível? Qual o entendimento da doutrina, da jurisprudência e do TCU sobre o assunto?

(...) Assim, é possível concluir que, em regra, é permitida a participação de cooperativas em licitações. A exceção se impõe nas contratações cujo objeto envolva o exercício de atividade que demande a existência de vínculos de emprego/subordinação desses profissionais com a pessoa jurídica contratada (cooperativa).

¹ **1.1. PARTICIPAÇÃO: (...) (c)** Além de cooperativa, não será permitida a participação de empresa:

² <https://www.zenitefacil.com.br/pesquisa>. Acesso em 09.02.2023.



PREFEITURA MUNICIPAL DE ORLÂNDIA

Estado de São Paulo

PÇA. CEL. ORLANDO, 600 - CX. POSTAL, 77 - CEP 14620-000 - FONE PABX (16) 3820-8000

CONTINUAÇÃO

O afastamento das cooperativas em tais licitações tem como objetivo impedir que o Poder Público seja responsabilizado subsidiariamente em função de verbas trabalhistas requeridas pelos agentes alocados para a execução daquelas atividades, na forma da Súmula nº 331 do TST. Nessa seara, a restrição deixa de ser injustificada, e passa a ser essencial para resguardar o erário e o interesse público.

Assim, se a execução das atividades pretendidas pela Administração exige os elementos que configuram uma relação de emprego entre os profissionais a serem alocados e a pessoa jurídica contratada (subordinação jurídica entre o trabalhador e o contratado, pessoalidade e habitualidade), então, incidirá a vedação quanto à participação de cooperativas.

Por outro lado, não sendo impreterível a subordinação na forma explicitada, de modo a ser permitida a execução do objeto a ser pactuado pelos cooperados, então não haverá justificativa para o afastamento das cooperativas dessa licitação.

4. E CONSIDERANDO:

(a) A licitude da permissão da participação de cooperativas nos certames posteriores à edição da Lei Federal n.º 12.349/10³, como a decisão exarada pela Segunda Câmara, nos autos do TCE-SP – TC 39.249/026/11.

(b) Decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP):

EDITAL DE LICITAÇÃO – Vedação à participação de cooperativas de trabalho – Orientação do STJ de que tal vedação é justificável se o objeto licitatório demandar estado de subordinação – Orientação anterior à Lei nº 12.690/12 que, em seu art. 10º, § 2º, autorizou a participação de cooperativas de trabalho em licitações que tivessem o mesmo objeto que seu objeto social – Vedação genérica no edital à participação de cooperativas de trabalho indevida – Recurso parcialmente provido. (TJSP; Apelação Cível 1012100-11.2018.8.26.0625; Relator (a): Luís Francisco Aguiar Cortez; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro de Taubaté - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 07/02/2019; Data de Registro: 07/02/2019).

³ Art. 1º A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar com as seguintes alterações:

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

§ 1º

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



PREFEITURA MUNICIPAL DE ORLÂNDIA

Estado de São Paulo

PÇA. CEL. ORLANDO, 600 - CX. POSTAL, 77 - CEP 14620-000 - FONE PABX (16) 3820-8000

CONTINUAÇÃO

Transcrição do ACÓRDÃO:

Trata-se de mandado de segurança impetrado pela UNIPSICO DE TAUBATÉ contra ato do PREFEITO MUNICIPAL DE TAUBATÉ, que rejeitou (fl. 97) sua impugnação (fls. 72-92) ao item 5.4.c do Edital de Pregão Presencial nº 114/18 (fl. 71).

O dispositivo editalício cuja legalidade aqui se questiona é o seguinte:

“5.4 - Estão impedidos de participar de qualquer fase do presente processo os interessados que se enquadrarem em uma ou mais das seguintes condições:
c) Empresas que se apresentarem sob a forma de cooperativa para intermediação de mão de obra”.

O STJ já teve a oportunidade de decidir em quais hipóteses justificasse a exclusão de cooperativas em licitações:

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

1 A orientação considera, então, que a proteção ao interesse público justifica a vedação de participação das cooperativas no certame sem que se cogite de violação ao princípio da isonomia nem aos arts. 5º caput, XVIII e 174, § 2º da CF/88, asseguram incentivo às cooperativas. É, ademais, restrição justificada à competitividade do certame, nos termos do art. 3º, § 1º, I da Lei nº 8.666/93 e que não fere o princípio da isonomia porque há justificativa para o tratamento diferenciado.

Ocorre, no entanto, que tal posicionamento do STJ, adotado pela última vez em julgado ocorrido em 18.10.2012,2 ainda não levou em conta a Lei nº 12.690/12 que, em seu art. 10º, § 2º, assim passou a dispor:

“A Cooperativa de Trabalho não poderá ser impedida de participar de procedimentos de licitação pública que tenham por escopo os mesmos serviços, operações e atividades previstas em seu objeto social”. (grifos nossos).

Tal dispositivo, embora não afaste completamente o entendimento do STJ, de um lado, vedou proibições genéricas à participação de cooperativas de trabalho em licitações, de outro. No presente caso, a cláusula editalícia discutida veda de maneira genérica e absoluta a participação de cooperativas de trabalho na licitação e, por isso, contraria o art. 10º, § 2º da Lei nº 12.960/12.



PREFEITURA MUNICIPAL DE ORLÂNDIA

Estado de São Paulo

PÇA. CEL. ORLANDO, 600 - CX. POSTAL, 77 - CEP 14620-000 - FONE PABX (16) 3820-8000

CONTINUAÇÃO

Esse dispositivo, ademais, condiciona a participação de cooperativas de trabalho em licitações somente à coincidência de objetos. No presente caso, a licitação nº 114/18 tem por objeto a “(c)ontratação de Empresa Especializada na Prestação de serviços de psicologia para população de todas as faixas etárias do município de Taubaté”, o que coincide com o objeto social da impetrante:

“Art. 2º A cooperativa, com base na colaboração recíproca a que se obrigam os cooperados, tem como objetivos e propósitos sociais: III - a viabilização de: a) trabalho psicológico, psicopedagógico, fisioterapeuta (sic), terapia ocupacional (sic) e de nutrição para os cooperados, respectivamente; b) condições para: 1- o exercício pleno das atividades profissionais dos cooperados” (fl. 26).

Por isso, ilegal a exclusão genérica prevista no edital; possível, no entanto, a limitação à participação de cooperativas de trabalho por outros fundamentos, na linha da orientação do STJ. Sem honorários advocatícios por se tratar de mandado de segurança. (grifos nossos).

Ante o exposto, meu voto é pelo provimento parcial do recurso para conceder a segurança e anular o ato que rejeitou a impugnação da impetrante ao item 5.4.c do Edital de Pregão Presencial nº 114/18. Luís Francisco Aguilar Cortez
Relator

5. ENTENDEMOS que deve der **retificado** o item 1.1, letra (c) do Edital da Chamada Pública n.º 01/23, e ato contínuo a republicação do Edital, a fim de que seja permitida a participação de Cooperativas no certame em questão.

A exceção se impõe nas contratações cujo objeto envolva o exercício de atividade que demande a existência de vínculos de emprego/subordinação desses profissionais com a pessoa jurídica contratada (cooperativa). Ou seja, casos em que a execução do objeto envolva a prestação de trabalho não eventual por pessoas físicas, com relação de subordinação ou dependência, em face da contratante. Nesse sentido, poderá ser utilizado como parâmetro o Decreto Estadual n.º 55.938, de 21.06.2010, atualizado pelo Decreto Estadual n.º 57.159, de 21.07.2011.