

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

PREGÃO PRESENCIAL No 09 /2022

PROCESSO ADMINISTRATIVO No. 109 /2022

MARIA IDALINA T. BETONI, brasileira, casada, advogada, inscrita no CPF nº 292.215.738-50, vem respeitosa e tempestivamente apresentar esta **IMPUGNAÇÃO**, visando **exame prévio** do edital do **PREGÃO PRESENCIAL N° 09/2022** promovido pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO CORRENTE - SP**, pelas razões de fato e direito abaixo aduzidas:

I. DOS FATOS

A Prefeitura Municipal de Ribeirão Corrente - SP, publicou o Edital do Pregão Presencial nº 09/2022, certame previsto para o dia 14/10/2022, às 09:00 horas, cujo objeto é referente a **“CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MÉDICO PEDIATRA, PARA ATENDIMENTO NAS UNIDADES DE SAÚDE DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO CORRENTE.”**, conforme termo de referência.

Ocorre que o instrumento convocatório regedor do certame em questão, entretanto, contém irregularidades, posto que não contempla **expressamente** a vedação a participação no certame em epígrafe no tocante à cooperativas, associações e demais entidades sem fins lucrativos, incluindo as OSS/OCIPS. No entanto, tal omissão além de ferir os precedentes estabelecidos no Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, conforme abaixo, está abrindo precedentes para que essas entidades participem de atos licitatórios irregularmente, e ainda, em alguns casos ganhando a disputa.

O item 03 do instrumento convocatório não prevê expressamente a vedação a cooperativas, associações e entidades sem fins lucrativos:

3. DA PARTICIPAÇÃO

3.1. Poderão participar do certame as pessoas jurídicas do ramo de atividade pertinente ao objeto da licitação que atendam a todas as exigências constantes deste Edital e seus Anexos.

3.2. Não poderão participar os interessados que se encontrarem sob falência, concurso de credores, dissolução, liquidação, empresas estrangeiras que não funcionam no país, nem aqueles que tenham sido declarados inidôneos para licitar ou contratar com a Administração Pública, ou punidos com suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração Pública Estadual.

3.3. A participação neste certame implica a aceitação de todas as condições estabelecidas neste instrumento convocatório. Não será permitida a participação de empresas em consórcio ou empresas representadas.

3.4. Não será permitida a subcontratação de empresas.

Frise-se que o edital do pregão presencial nº 09/2022 contempla a contratação de **EMPRESA**, assim, não contempla a participação de cooperativas e associações e demais entidades sem fins lucrativos. Essas entidades contemplam regime de tributação que beneficia os preços praticados, gerando disparidade de competitividade com as empresas que vierem a participar do certame.

Diante do exposto, é cristalino que tal omissão quanto a participação de cooperativas e associações e demais entidades sem fins lucrativos merece atenção, devendo o edital ser reformado para que se exclua a participação de cooperativas e associações e demais entes sem fins lucrativos, por estarem em desacordo com a legislação e entendimento majoritário dos Tribunais de Contas.

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

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

Outro caso mais absurdo ainda foi na Prefeitura de Ribeirão Bonito, edital nº 052/2022, ocorrido no 01/09/2022, onde uma OSS ganhou uma licitação para prestações de

serviços médicos, além de ser na modalidade Registro de preço.

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

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

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

I - [...]

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

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

Também nesse sentido, a Súmula nº 281 do Tribunal de Contas da União:

“É vedada a participação de cooperativas em licitação quando, pela natureza do serviço ou pelo modo como é usualmente executado no mercado em geral, houve necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o contratado, bem como de pessoalidade e habitualidade.”

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

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

ALENCAR RODRIGUES, data da Sessão: 18/04/2017)

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

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

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

A impugnação deve ser acolhida, pois, conforme entendimento do TCESP, deve ser constado no edital a inadmissão da participação de cooperativas e associações sem fins lucrativos em licitações para contratação de empresa para a prestação de serviços médicos (plantonistas), conforme julgamento dos TCs 021306.989.21-11 (Fernandópolis), 008447.989.20-3 (Iepê), 002521.989.20-2 (Hospital Municipal de Barueri), 017827.989.203 (Emilianópolis), 0001145.989.205 (CISARF) e 024796.989.20-0 (Prefeitura Municipal de Bom Jesus dos Perdões), sendo que neste último consta que, em eventual relançamento do certame, reformule o edital, de forma a vedar a participação de Cooperativas, Associações Civis e Organizações sem fins lucrativos.

[...]

Conclusão:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“É vedada a participação de cooperativas em licitação quando, pela natureza do serviço ou pelo modo como é usualmente executado no mercado em geral, houver

necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o contratado, bem como de pessoalidade e habitualidade. ”

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

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

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

ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COM LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA - VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS – RAZOABILIDADE DA EXIGÊNCIA EDITALÍCIA - INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. É fato público e notório que a legislação trabalhista e previdenciária é implacável com os tomadores de serviço, atribuindo-lhes, inclusive, a condição de responsáveis pelo pagamento de salários e tributos não recolhidos. A Corte Especial pacificou entendimento segundo o qual é inadmissível a participação de cooperativas em processos licitatórios para contratação de mão de obra quando o labor, por sua natureza, demandar necessidade de subordinação, ante os prejuízos que podem advir para a Administração Pública caso o ente cooperativo se consagre vencedor no certame e não cumpra suas obrigações. Precedentes. Recurso especial provido. (REsp. nº 2010/0140662-4 - Relatora: Ministra Eliana Calmon - Publicação em 29/10/2012).

Nas mesmas condições de impedimento de participação, encontram-se, ainda, as ASSOCIAÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS, pelas mesmas razões consideradas acerca das

cooperativas, em razão da sua natureza jurídica.

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

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

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

Ainda nesse sentido, a participação de OS e OSCIPS no presente certame também deve ser vedada. As OSs, assim como as OSCIPS, contam com uma série de proteções estatais que, ao fim, lhe outorgam privilégios que as diferenciam sobremaneira de outras instituições privadas. E tais proteções, no caso das OSs, são ainda mais amplas: além dos benefícios tributários concedidos às OSCIPS, tais como as isenções do pagamento de Imposto de Renda (art. 150, inciso VI, alínea c, da Constituição Federal e arts. 9º e 14 da Lei n. 5.172/1966), do Imposto sobre Serviços – ISS, do Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores – IPVA e do Imposto Territorial Rural – ITR, as OSs podem receber cessão de bens e servidores, ante o que dispõe a Lei 9.637/1998, a saber:

Art. 12. Às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão. (...)

Art. 14. É facultado ao Poder Executivo a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem.

Em outros termos, se as OSCIPS não devem participar de processos licitatórios,

como se concluiu no Acórdão 746/2014 – Plenário, por razões ainda mais fortes as Oss não devem competir em licitações, pois contam com proteções estatais ainda mais robustas do que as concedidas às OSCIPs.

Em suma: OSs e OSCIPs não são empresas, prontas a fornecer bens ou serviços à Administração Pública. Diferente disso, são verdadeiras PARCEIRAS do Estados. Não devem, portanto, participar de licitações em competição com empresas privadas, pois isso frustraria a isonomia pretendida pelo legislador ordinário por meio dos procedimentos licitatórios (art. 3o da Lei 8.663), a não ser que houvesse uma ‘equalização’ da proposta, o que não conta com previsão normativa, tal como examinado no voto condutor do Acórdão 746/2014 – Plenário:

A correta aplicação desse princípio [da isonomia], em se permitindo a participação de OSCIP em certames licitatórios, criaria um impasse insanável em termos administrativos, uma vez que exigiria do Edital a prévia especificação de condições compensatórias diante da mera hipótese de que uma OSCIP viesse a participar como licitante. Não agindo dessa forma, teria que fazer alterações editalícias sempre que isso acontecesse, com prejuízos para a tempestividade e eficiência administrativa do certame, sob pena de torná-lo passível de impugnação.

Seriam necessárias, portanto, modificações nos procedimentos usualmente adotados por toda a administração pública para licitações que tivessem objeto de alguma forma relacionado com toda a extensa gama de serviços para os quais fosse permitida a participação de OSCIP modificações que, registre-se, carecem de normalização.

Seria necessário, dessa maneira, a elaboração de todo um arcabouço normativo que possibilitasse tratamento isonômico à participação de OSCIP em licitações sob a égide da Lei 8.666/1993, envolvendo a definição de procedimentos de equalização das condições de participação entre as entidades qualificadas como OSCIP e as empresas privadas. No entanto, conforme já salientado, não é nesse sentido que vem sendo buscado o aprimoramento das normas que regem a atuação dessas entidades.

Conclui-se, então, não ser possível garantir; para quaisquer efeitos práticos, um tratamento efetivamente isonômico entre empresas privadas e OSCIP nas contratações realizadas com base na Lei das Licitações.

Em que pese a ausência da vedação quanto a participação de cooperativas e associações, bem como demais entidades sem fins lucrativos, esta ausência não pode ser confundida com a permissão de participação de tais entidades. As condições lançadas no instrumento Convocatório, é possível concluir que a Prefeitura pretende adquirir serviços médicos por “**empresa especializada**” conforme modelo de contrato subordinado ao regime jurídico da Lei 8.666/93, conferindo panorama que indica claramente a quem se destina o torneio e **desestimula qualquer interferência de cooperativas ou associações na disputa.**

Além disso, ao mesmo tempo em que não há expressa proibição de participação das tais cooperativas/associações, o texto igualmente não as admite de forma automática.

E como o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo tem decidido em casos semelhantes, tratando-se de objeto altamente sensível e de relevância social, a dualidade entre explícito e implícito, melhor se resolve quanto a reforma do edital ou ainda, quanto ao alerta a esta Administração para que não se permita a participação de tais entidades no certame em andamento, com o compromisso de não se desalinhar do entendimento jurisprudencial que nesses casos efetivamente não recomenda a contratação dessas espécies de pessoa jurídica em licitações cujo objeto prevê a contratação de **EMPRESA** especializada para a prestação de serviços médicos.

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

III. DOS REQUERIMENTOS

Em razão de todo exposto, requer:

- 1 **LIMINARMENTE**, a expressa **proibição da participação de COOPERATIVAS, ASSOCIAÇÕES E DEMAIS ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS**, para a sessão designada no dia 14/10/2022, visando que o princípio da isonomia e da competitividade não sejam feridos; E o edital RETIFICADO.
- 2 **Seja a presente representação julgada totalmente procedente, com a consequente decretação da proibição da participação de COOPERATIVAS, ASSOCIAÇÕES E DEMAIS ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS no Pregão Presencial nº 09/2022.**

Termos em que,

Pede deferimento.

Bauru, 07 de outubro de 2022.

MARIA IDALINA TAMASSIA BETONI

OAB/SP 264.559