TC nº 72-003.923.16-45

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO. AHM. Locação de veículos com condutor e combustível. CONHECIDA. IMPROCEDENTE. Votação unânime.

2.945ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 23/02/2018

A C Ó R D Ã O

Processo julgado em bloco, nos termos da Resolução 6/2017 desta Corte, do qual é Relator o Conselheiro JOÃO ANTONIO.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer da representação, pois preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos no Regimento Interno desta Corte, e, no mérito, em julgá-la improcedente.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar, após o cumprimento do artigo 58 do Regimento Interno deste Tribunal, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 20 de setembro de 2017.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente

JOÃO ANTONIO
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Representação (fls. 02/25) apresentada pela pessoa jurídica MOVIMENTO FORÇA COOPERATIVISTA, em face do Edital de

Pregão Eletrônico 309/2015/AHM, cujo objeto é a prestação de serviço de transporte, mediante locação de veículos com condutor e combustível para a Autarquia Hospitalar Municipal.

O Estatuto Social da REPRESENTANTE e demais documentações foram juntados às fls. 27/46.

O Edital do Pregão Eletrônico 309/2015/AHM juntado parcialmente às fls. 47/50.

A REPRESENTANTE alega (fls. 02/25) que o Edital do Pregão Eletrônico 309/2015/AHM proíbe, no item "3.2.7", que cooperativas participem do certame em tela, na forma a seguir transcrita: "3.2. Será vedada a participação de empresas: (...) 3.2.7 Cooperativas."

No entender da REPRESENTANTE (fls. 02/25), a proibição de Cooperativas participarem do certame ofende o caráter competitivo que norteia a licitação e, consequentemente, a isonomia, deixando, pois, de atender ao melhor interesse da coletividade; que a Lei Municipal 15.944/2013 não menciona as Cooperativas de Transportes; que o exercício da profissão é exercido sem subordinação ou dependência em relação à cooperativa; e que a falta de competitividade prejudicará toda a licitação.

Ao final, a REPRESENTANTE pede a suspensão do certame e que o Tribunal julgue procedente a REPRESENTAÇÃO para que haja a adequação do edital de licitação de forma a garantir os direitos dos cooperados, com a consequente declaração de ilegalidade e inconstitucionalidade do item 3.2.7 do Edital do Pregão Eletrônico 309/2015/AHM.

A AJCE se manifestou (fls. 52/54) pelo conhecimento da REPRESENTAÇÃO e, no mérito, concluiu pela sua improcedência, sob o argumento de que cabe à Administração analisar as condições de execução do futuro contrato e, no caso concreto, motivadamente, pela possibilidade ou não da participação de cooperativas no certame. Destacou que no Anexo I do Edital sob exame, percebem-se itens que atribuem aspectos de subordinação e dependência.

A ORIGEM se manifestou (fls. 62/66) alegando que a Administração decidiu por proibir a participação de cooperativas no certame pela justa razão de que o objeto demanda a prestação de serviços de locação de veículos cuja execução acompanha a existência de vínculo de estado de subordinação e dependência, quer em relação ao fornecedor contratado quer em relação ao Município. Consignou, ainda, que no que tange ao caráter de subordinação, pessoalidade e não eventualidade na execução do objeto, a vedação contida no certame se deu com amparo na Lei Municipal 15.944/2013 e art. 3º da CLT. Ressaltou que os motoristas deverão cumprir jornada de 40 (quarenta) horas semanais, em horários a serem definidos pela Autarquia. Portanto, as regras do Edital de Licitação trazem elementos indicadores de subordinação e dependência, sendo de rigor a proibição de qualquer cooperativa no certame, em razão da

incompatibilidade com os respectivos objetos sociais da Representante. Por fim, destacou que em outubro de 2014, a Autarquia Hospitalar Municipal recebeu ofício deste Tribunal de Contas acerca de entendimento pela vedação de participação de cooperativas, como no caso em tela.

A AJCE foi instada se manifestar novamente (fls. 164/166), em razão dos esclarecimentos da ORIGEM, oportunidade em que reiterou seu pronunciamento anterior e ressaltou que a ORIGEM comprovou a existência de traços de subordinação, pessoalidade e habitualidade nas condições de execução do contrato, o que justifica a vedação de participação de cooperativas em certames como a da licitação em causa. Opinou, pois, pela improcedência da Representação.

A PFM se manifestou (fls. 177/178) requerendo que seja julgada totalmente improcedente a REPRESENTAÇÃO, pois entendeu que a ORIGEM trouxe aos autos esclarecimentos, justificativas e documentos que embasam a vedação da participação de cooperativas na licitação em tela, bem como acompanhou os pareceres elaborados pela AJCE.

Em atendimento à determinação de fl. 179, os autos foram encaminhados à Secretaria Geral para manifestação de fls. 180/185. Quanto à admissibilidade, considerou que o REPRESENTANTE preencheu os requisitos previstos no artigo 55 do Regimento Interno. O Estatuto Social da REPRESENTANTE e demais documentações juntadas às fls. 27/46 e Edital do Pregão Eletrônico 309/2015/AHM juntado, parcialmente, às fls. 47/50.

No mérito, entendeu que a REPRESENTAÇÃO merece ser julgada improcedente. A controvérsia gira em torno da vedação de participação de cooperativas no certame, conforme previsto no Edital do Pregão Eletrônico 309/2015/AHM, na forma a seguir transcrita: "3.2. Será vedada a participação de empresas: (...) 3.2.7 Cooperativas."

Inconformada, a REPRESENTANTE (fls. 02/25) alega que a proibição de Cooperativas participarem do certame ofende o caráter competitivo que norteia a licitação e, consequentemente, a isonomia, deixando, pois, de atender ao melhor interesse da coletividade; que a Lei Municipal 15.944/2013 não menciona as Cooperativas de Transportes; que o exercício da profissão é exercido sem subordinação ou dependência em relação à cooperativa; e que a falta de competitividade prejudicará toda a licitação.

De fato, a Administração Pública está sujeita ao Princípio da Legalidade (art. 37 "caput" da CF), bem como aos princípios inseridos no "caput" do artigo 3º da Lei 8.666/1993 que preservam a isonomia e a amplitude do caráter competitivo nas Licitações. Porém, é verdade que a interpretação a ser adotada é a sistemática, privilegiando-se aquela que melhor se amolde ao ordenamento jurídico como um todo.

A Lei Federal 12.690/2012 define a cooperativa de trabalho como a sociedade constituída por trabalhadores para o exercício de suas

atividades laborativas ou profissionais com proveito comum, autonomia e autogestão para obterem melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho (art. 2º "caput"), subdivididas em cooperativas de produção (quando constituída por sócios que contribuem com trabalho para a produção em comum de bens e a cooperativa detém, a qualquer título, os meios de produção – art. 4º, inciso I) e cooperativas de serviços (quando constituída por sócios para a prestação de serviços especializados a terceiros, sem a presença dos pressupostos da relação de emprego – art. 4º, inciso II).

A Lei Federal 12.690/2012 é expressa ao estabelecer que a Cooperativa de Trabalho não pode ser utilizada para intermediação de mão-de-obra subordinada (artigo 5º), justamente para que não haja burla ou fraude à legislação trabalhista, em detrimento dos direitos dos trabalhadores.

Nesse mesmo sentido, ao preservar a integridade da legislação trabalhista, dispõe a Lei Municipal 15.944/2013 que:

> *"Art. 1º. Admitir-se-á participação de sociedades cooperativas nas licitações e contratações promovidas pela Administração Direta e Indireta do Município de São Paulo, observadas as disposições desta lei. § 1º O disposto no "caput" deste artigo não se aplica aos casos em que a execução do objeto envolva a prestação unicamente de trabalho não eventual por pessoas, e deste estiverem presentes todos os requisitos do art. 3º da CLT de maneira concomitante, em face do contratante."*

Já o Decreto Municipal 52.091/2011 veda a participação das cooperativas de mão de obra nas licitações promovidas pela Administração Pública Municipal, nos seguintes termos:

> *"Art. 1º. Fica vedada a participação de cooperativa de mão de obra nas licitações promovidas pela Administração Direta e Indireta do Município de São Paulo e/ou sua contratação, ainda que o objeto licitado ou contratado se enquadre na atividade direta e específica para a qual foi constituída, para a prestação de serviços ligados às suas atividades-meio, quando o trabalho a ser executado, por sua natureza, demandar execução em estado de subordinação e dependência, quer em relação ao fornecedor, quer em relação ao Município."*

Como se vê, a legislação municipal não veda a participação, nas licitações, das verdadeiras cooperativas de trabalho, o que se veda são as cooperativas utilizadas como intermediação de mão de obra em atividades em que a subordinação e dependência são necessárias, pois isto configuraria fraude à legislação trabalhista, em detrimento aos direitos dos trabalhadores.

Para solucionar a controvérsia exposta na REPRESENTAÇÃO, deve-se analisar se a prestação de serviço no caso concreto dar-se-á em regime de subordinação, dependência e não eventualidade. Para isso é necessário avaliar a natureza do serviço a ser prestado, pois quando a execução contratual tiver como pressuposto, por exemplo, um estado de subordinação, típico da relação empregatícia, impõe-se, então, o afastamento do modelo cooperativista.

Analisando o objeto da licitação em tela, entendo, por exemplo, que a inclusão do serviço de motorista (condutor) na locação de veículos faz com que inúmeros direitos sociais devam ser observados, tais como a carga horária desses trabalhadores, repercutindo em encargos sociais, previdenciários, fiscais, dentre outros, o que poderia atrair a responsabilidade da Administração Pública Contratante, nos moldes da Súmula 331 do Colendo TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, a seguir transcrita:

> "Súmula 331 do TST. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.
>
> I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei 6.019, de 03.01.1974).
>
> II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).
>
> III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.
>
> 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 n.º 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.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral."

Portanto, não é sem motivo que as legislações federal e municipal vedam a participação das cooperativas de trabalho visando a prestação de serviços, quando, pela sua natureza e objeto, puder configurar fraude à legislação trabalhista, através da existência, em concreto, de alguns dos elementos configuradores da relação de emprego.

Em resumo, a Lei Federal 12.690/12 estabelece que a cooperativa de trabalho não pode ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada (artigo 5º), a Lei Municipal 15.944/2013, por sua vez, exclui a participação das cooperativas nas licitações e contratações em que a execução do objeto envolva a prestação de trabalho não eventual por pessoas, se estiverem presentes os requisitos do art. 3º da CLT e, por fim, o Decreto Municipal 52.091/2011, veda a participação de cooperativa de mão-de-obra em licitações e contratos quando o trabalho, por sua natureza, demandar execução em estado de subordinação e dependência.

Assim sendo, entendeu que a REPRESENTAÇÃO é improcedente, pois não há violação aos princípios que norteiam a Licitação (artigo 3º da Lei 8.666/1993), tendo em vista a incompatibilidade da natureza do serviço a ser prestado por Sociedades Cooperativas, no caso concreto, com fundamento no Decreto Municipal 52.091/2011, Lei Municipal 15.944/2013 e Lei Federal 12.690/2012. Ressaltou os esclarecimentos da ORIGEM (fls. 62/66), que justificou que a Administração decidiu por proibir a participação de cooperativas no certame pela justa razão de que o objeto demanda a prestação de serviços de locação de veículos cuja execução acompanha a existência de vínculo de estado de subordinação e dependência, quer em relação ao fornecedor contratado quer em relação ao Município.

Consignou, ainda, que no que tange ao caráter de subordinação, pessoalidade e não eventualidade na execução do objeto, a vedação contida no certame se deu com amparo na Lei Municipal 15.944/2013 e art. 3º da CLT. Ressaltou que os motoristas deverão cumprir jornada de 40 (quarenta) horas semanais, em horários a serem definidos pela Autarquia, portanto, as regras do Edital de Licitação trazem elementos indicadores de subordinação e dependência, sendo de rigor a proibição de qualquer cooperativa no certame, em razão da incompatibilidade com os respectivos objetos sociais da Representante.

Por fim, destacou que em outubro de 2014, a Autarquia Hospitalar Municipal recebeu ofício deste Tribunal de Contas acerca de entendimento pela vedação de participação de cooperativas, como no caso em tela. Como se vê, a ORIGEM tomou a decisão mais acertada a fim de evitar eventuais e futuros prejuízos ao erário, ao vedar a participação, na licitação sob exame, de cooperativas. Não se trata, pois, apenas de juízo discricionário da Administração em vedar a participação de cooperativas de transporte em licitações como esta, mas de

verdadeiro planejamento jurídico a fim de evitar dissabores futuros em prejuízo do erário, o qual pode vir a ser chamado a responder no caso de inadimplemento das obrigações por parte da entidade cooperativa. Ante o exposto, a Secretaria Geral concluiu no sentido de que a Representação pode ser conhecida, haja vista preencher seus requisitos de admissibilidade, e, no mérito, opinou pela Improcedência da presente Representação.

É o Relatório.

VOTO

Em julgamento a Representação interposta pelo MOVIMENTO FORÇA COOPERATIVISTA, em face do Edital de Pregão Eletrônico 309/2015/AHM, cujo objeto é a prestação de serviço de transporte, mediante locação de veículos com condutor e combustível para a Autarquia Hospitalar Municipal. Em síntese, a Representante insurgiu-se contra o subitem 3.2.7 do edital, que veda a participação de cooperativas, sem especificar quais estão impedidas de participar do certame.

Preliminarmente, quanto à admissibilidade da exordial, entendo que restaram atendidos os requisitos regimentais de admissibilidade.

No mérito, observa-se que o Anexo I do Edital prevê itens que atribuem aspectos de subordinação e dependência ao contratado. Sobre o assunto, o Decreto Municipal 52.091/11, em seu art. 1º, "caput", veda a participação de cooperativas de mão de obra quando o trabalho a ser executado, por sua natureza, demandar execução em estado de subordinação e dependência, quer em relação ao fornecedor, quer em relação ao Município.

Também a Lei Municipal 15.944/2013 que admitiu, expressamente, a participação de sociedades cooperativas em licitações e contratações promovidas pela Administração Direta e Indireta, excepciona a hipótese "em que a execução do objeto envolva a prestação unicamente de trabalho não eventual por pessoas, e deste estiverem presentes todos os requisitos do art. 3º da CLT de maneira concomitante, em face do contratante".

Assim, diante de qualquer traço de subordinação, bem como incompatibilidade entre o objeto licitado e o objeto social com qualquer cooperativa, a exclusão da participação da mesma no certame faz-se necessário. Ademais, este Plenário tem mantido o posicionamento no sentido de que cabe à Administração analisar as condições de execução do futuro contrato e, no caso concreto, definir, motivadamente, pela possibilidade ou não da participação de cooperativas no certame.

Por todo o exposto, **CONHEÇO** da Representação formulada pelo Movimento Força Cooperativista, pois preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos no Regimento Interno deste Tribunal.

No tocante ao mérito, acompanhando as conclusões apresentadas pelos órgãos técnicos desta Colenda Corte de Contas, **JULGO IMPROCEDENTE** a presente Representação.

Após as comunicações de praxe, **ARQUIVEM-SE** os autos.

Este é o meu voto, Senhor Presidente.