TC nº 72-008.660.16-15

REPRESENTAÇÃO. EDITAL. PREGÃO. SMPR. Serviço de gerenciamento de transporte de pessoas e cargas. PSIU. CONHECIDA com fundamento no direito de petição. IMPROCEDENTE, uma vez que o regime de prestação de serviços, não vislumbra óbices à participação de cooperativas no certame, pois demonstrada a inexistência de pessoalidade. Votação unânime.

Relatório e voto englobados TCs 72-008.659.16-36 e 72-008.660.16-15

2.943ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 02/03/2018

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados englobadamente os TCs 72-008.659.16-36 e 72-008.660.16-15 e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro DOMINGOS DISSEI.

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, com fundamento no direito de petição, garantido constitucionalmente.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, quanto ao mérito, em julgá-la improcedente, uma vez que, dado o regime de prestação dos serviços, não se vislumbram óbices à participação de cooperativas e, ademais, restou demonstrada, no caso, a inexistência de pessoalidade, porquanto o edital não vedou a substituição do condutor, podendo qualquer um dos previamente cadastrados perante a contratada executá-los.

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

Participaram do julgamento os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, MAURÍCIO FARIA e EDSON SIMÕES.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 30 de agosto de 2017.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente

DOMINGOS DISSEI
Relator

RELATÓRIO ENGLOBADO

Trata o **TC 72-008.659.16-36** de representação em face do Pregão Eletrônico 18/SMSP/COGEL/2016, promovido pela Coordenadoria Geral de Licitações – COGEL, com o objetivo de contratar empresa especializada para a prestação de serviços de gerenciamento de transporte de pessoas e cargas para a Secretaria Municipal de Coordenação das subprefeituras – SMSP.

A Representante, GN GERENCIAMENTO NACIONAL DE TRANSPORTES E SERVIÇOS GERAIS LTDA., inconformada com a possível participação de cooperativas, questionou:

1) – a possibilidade de participação de sociedades cooperativas no certame, de acordo com os itens 3.6 e 3.6.1 do instrumento convocatório;

2) – a existência de dispositivo exigindo registro dos motoristas; e

3) – a falta de exigência relativa à propriedade dos veículos.

Requereu, finalmente, a suspensão liminar da sessão de abertura do certame, programada para o dia 01/12/2016, às 14 horas.

Instada a se manifestar a Assessoria Jurídica de Controle Externo tomou conhecimento dos termos da Representação, entendendo que, no caso, saltou aos olhos a iniciativa da representante de se socorrer desta Egrégia Corte de Contas, para, restando algumas horas para a abertura do Pregão e sem qualquer justificativa, querer fazer valer o seu direito estatuído no artigo 41, §§ 1º e 2º, da Lei Federal 8666/93.

Destacou, ainda, aquela d. Assessoria, que o regime de prestação dos serviços não apresentava, por si só, incompatibilidade com a participação de sociedades corporativas.

Assim sendo, opinou pelo não conhecimento da Representação, entendendo ainda não estarem presentes os requisitos justificadores da atuação cautelar deste Tribunal.

Na sequência, foi publicado no DOC 02/12/2016, despacho no sentido do conhecimento da representação com fundamento no direito de petição e indeferimento do pedido de suspensão do Pregão Eletrônico 18/SMSP/COGEL/2016. Foram intimados para conhecer dos termos do despacho, o Senhor Luiz Antonio de

Medeiros Neto, Secretário Municipal de Coordenação das Subprefeituras – SMSP, o Senhor Daniel Costa Garcia, Pregoeiro e o Senhor Francisco José Adão Júnior, representante legal da GN Gerenciamento Nacional de Transportes e Serviços Gerais Ltda.

A Procuradoria da Fazenda Municipal acompanhou os termos da manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo, requerendo pela improcedência da representação.

A Assessoria da Secretaria Geral manifestou-se pelo conhecimento da Representação e, no mérito, pela sua procedência no que se refere à necessidade de vedação a participação de cooperativas no certame.

O Senhor Secretário Geral manifestou-se, igualmente, pelo conhecimento da representação e, no mérito, pela sua improcedência.

O **TC 72-008.660.16-15, por sua vez,** trata da representação interposta pela empresa ASERP – Locação e Serviços Gerais Ltda. – ME em face do mesmo edital.

A Representante, ASERP LOCAÇÃO E SERVIÇOS GERAIS LTDA. – ME, inconformada com a possível participação de cooperativas, propugnou pela nulidade do item 3.6 e 3.6.1, com a devida republicação do Edital, mediante a supressão do item impugnado e reabertura de prazo.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, levando em conta que a tentativa de obstruir a licitação pública foi trazida a esta Corte de Contas no dia que antecedia à abertura da competição, sem qualquer indício de embaraço criado de forma ilegítima pela própria Administração, entendeu que o pedido de suspensão liminar do certame e a própria Representação não mereciam ser conhecidos na esteira do artigo 33 da Lei Municipal 9.167/80 e dos artigos 5º e 15 do Novo Código de Processo Civil.

No mérito, caso relevada a falha preliminar acima suscitada, entendeu que Termo de Referência parecia revelar que o regime de prestação de serviço não apresentava, por si só, incompatibilidade com a participação de sociedades cooperativas, sobretudo porque não se vislumbrava

presença necessária dos requisitos da dita relação empregatícia e a mera intermediação de mão de obra.

Instada a se manifestar a Procuradoria da Fazenda Municipal acompanhou o entendimento da Assessoria Jurídica, propugnando pela improcedência da representação.

Sobreveio aos autos a informação de que, consoante publicação no DOC de 08/12/2016, o Pregão Eletrônico 18/SMSP/COGEL/2016 foi realizado com sucesso, tendo sido seu objeto adjudicado à Cooperestrada – Cooperativa de Transportes e Logística, pelo valor Global Mensal de R$ 77.600,00 (setenta e sete mil e seiscentos reais).

A Secretaria Geral opinou pelo conhecimento da representação e, no mérito, pela sua improcedência, tecendo as seguintes considerações:

A vedação à participação de cooperativas em licitações públicas deve ser interpretada de forma restritiva, de modo a evitar limitações desnecessárias, em atendimento ao princípio da ampla competitividade e ao disposto no art. 3º § 1º, inciso I da LF 8.666/93.

Embora haja jurisprudência que reconhece a responsabilidade trabalhista da Administração quando realiza a terceirização de seus serviços, somente a análise dos casos concretos é que permitirá verificar a existência de cláusulas que caracterizem ou não a relação de emprego em tais serviços terceirizados, não bastando alegações genéricas no sentido do impedimento para contratação de cooperativas. Passo, por isso, a análise das cláusulas e da situação concreta descrita no presente edital.

Asseverou, em observância à manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo, que os itens 1.1 e 1.2 do Termo de Referência não levam, necessariamente, à conclusão pela impossibilidade da prestação dos serviços por meio de cooperativas.

Quanto à pessoalidade, entendeu que não está presente tal requisito na prestação dos serviços, uma vez que o regime de sua prestação requer apenas habilidades gerais que são detidas pelo homem médio, relativas à habilitação para direção de veículo automotor (item 5.5 do Termo de Referência), responsabilidade técnica e deveres éticos, incluindo orientações e treinamento para comportamento e boa prestação dos serviços, fatores que se espera de qualquer um dos condutores.

Outro aspecto que diz respeito à inexistência de pessoalidade na prestação dos serviços é que o edital não dispõe que o condutor que irá realizar o transporte será escolhido pela contratante ou pela contratada, mas que basta a solicitação da contratante pelos meios indicados na cláusula 1.2. para que um condutor seja disponibilizado pela contratada.

Ressaltou que parte das especificações do Termo de Referência do Edital dizem respeito às características gerais dos veículos e sua manutenção (item 4 e 5.4 do Termo de Referência anexo ao Edital), o que torna as exigências relativas ao serviço com caráter objetivo. O edital denota o cuidado com diversos aspectos neutros na execução do objeto, em que a preocupação está em ter veículos apropriados para o bom desempenho do transporte.

Ressaltou verificar-se, ainda, que o edital estabelece que basta ao condutor possuir a posse legítima dos veículos – propriedade ou detenção dos direitos de posse – para a realização do transporte (item 5.3.1, "a" do Termo de Referência").

Dentro de tais parâmetros objetivos, observa-se, ainda, que o edital não veda a substituição do condutor na prestação dos serviços, podendo qualquer um dos previamente cadastrados perante a contratada executá-los, sendo responsabilidade da contratada apenas informar a contratante quem são os integrantes - ou se poderia denominar de "cadastrados" - na equipe, conforme dispõe a própria cláusula 5.5.8 do Termo de Referência do Edital.

Os serviços, por si mesmo considerados, não exigem o caráter intuito personae na sua execução, mas requerem apenas que os condutores integrantes da equipe cadastrada respeitem as regras gerais de habilitação técnica e urbanidade.

Também não há exigência de que os serviços sejam prestados num regime de forma usual pelos mesmos condutores, ou seja, com habitualidade, podendo ocorrer de forma ocasional.

No que tange ao aspecto da subordinação, esta resta mitigada:

(i) a prestação dos serviços, conforme se observa da cláusula 1.2 do Termo de Referência, ocorrerá após a solicitação da contratante por acesso ao sistema de gerenciamento (website), telefone, e-mail, mensagem de SMS ou fac-símile;

(ii) a cláusula 1.3 não dispõe que a contratante estabelecerá o itinerário para o transporte, mas sim que haverá acordo entre o condutor e a contratante para tal definição;

(iii) o aspecto de orientação presente nas cláusulas 5.5.3 a 5.5.7 do Termo de Referência do Edital indicam meras diretrizes para a prestação dos serviços.

Por esses motivos, entendeu que não restou demonstrada nos autos a relação de emprego para a prestação dos referidos serviços de transporte, fato que não exclui, no entanto, a necessidade de fiscalização por parte

da Administração caso haja eventual descumprimento de cláusulas trabalhistas durante a execução do contrato.

É o Relatório.

VOTO ENGLOBADO

1 – CONHEÇO das Representações em julgamento, com fundamento do direito de petição, garantido constitucionalmente.

2 – No mérito, na esteira das manifestações dos órgãos técnicos e especializados deste Tribunal, cujos fundamentos adoto como razão de decidir, JULGO-AS IMPROCEDENTES, uma vez que, dado o regime de prestação dos serviços, não se vislumbram óbices à participação de cooperativas e, ademais, restou demonstrada, no caso, a inexistência de pessoalidade na prestação dos serviços, porquanto o Edital não vedou a substituição do condutor na prestação de serviços, podendo, qualquer um dos previamente cadastrados perante a contratada executá-los.

3 – Ressalto que aludido Pregão foi realizado com sucesso, dando origem ao contrato 74/SMSP/COGEL/2016, firmado com a COOPERESTRADA COOPERATIVA DE TRANSPORTES E LOGÍSTICA, pelo valor mensal de no valor mensal de R$ 77.600,00 e total de R$ 931.200,00.

4 – Após as providências regimentais, arquivem-se os autos.

É como voto.