

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI
28ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO, DIA 17/9/2003

EXAME PRÉVIO

EXPEDIENTE INICIAL

PROCESSO: TC-021.190/026/2003

REPRESENTANTE: SINDICATO DAS EMPRESAS DE ASSEIO E CONSERVAÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO - SINDICON

REPRESENTADA: GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO – CASA CIVIL; Chefe de Gabinete: João Germano Böttcher Filho.

ASSUNTO: Possíveis irregularidades no edital do Pregão nº 11/2003, tendo por objeto a contratação de “...empresa especializada em prestação de serviços de limpeza, asseio e conservação predial...”

Senhor Presidente,
Senhores Conselheiros,
Senhor Procurador da Fazenda do Estado,

A representação que ora relato foi feita pelo **SINDICATO DAS EMPRESAS DE ASSEIO E CONSERVAÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO – SINDICON**, contra itens do edital do Pregão nº 11/2003, da Casa Civil do Governo do Estado.

É possível apresentar um relatório com a síntese das alegações da Representante; da defesa do Governo, e das manifestações dos órgãos da Casa, inclusive o GTP e a douta PFE, – *todas pela improcedência da representação* - fazendo-o na seguinte ordem:

1) a escolha da modalidade – Pregão

Alega, o Representante, ser inadequada a escolha da modalidade Pregão, tendo em vista que, no seu entender, os serviços licitados *não são comuns*, e sim, “...*de caráter eminentemente técnicos, altamente sofisticados e especializados, realizados através de empresas com know-how e capacitação técnica definidos, que adotam cuidados especiais para que as*

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI
28ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO, DIA 17/9/2003

EXAME PRÉVIO

áreas atendidas e servidas, após limpas e desinfetadas, estejam livres de infecções e outros males decorrentes dos trabalhos realizados nessas áreas.”

A Chefia da Casa Civil do Governo defende o edital com o encaminhamento de cópia: do Parecer Jurídico CJ/Casa Civil nº 125/2003; das manifestações do Diretor do Departamento de Administração, contendo as razões do não acolhimento à impugnações interpostas perante a Administração, pela Representante – *de mesmo teor* – e, também, por outras empresas.

Naquelas razões o argumento é de que o objeto do Pregão é claro em pretender *serviços de limpeza e conservação predial*, o que, conforme ali consta, encontra guarida no parágrafo único do artigo 1º da Lei Federal nº 10.520/2002 e na classificação de serviços comuns constantes no Anexo II, item 17, do Decreto federal nº 3.555/2000. Aduz, ainda, que outras licitações foram e estão sendo realizadas na mesma modalidade pela Administração, sem que tenham sido objeto de questionamento.

A Unidade Jurídica de ATJ acolhe as razões da defesa, justificando seu entendimento de não haver nenhuma complexidade nos serviços pretendidos, nem necessidade de utilização de pessoal especializado ou com conhecimento técnico diferenciado, inclusive, sem exigência de utilização de equipamentos de alta tecnologia; o serviço é, *simplesmente, rotineiro e comum de limpeza*.

A Chefia de ATJ e a PFE, de igual modo as acolhe, para considerarem, portanto, improcedente.

A SDG afirma ser improcedente e o faz fundamentando na legislação, na doutrina e em decisões já adotadas por este Tribunal.

2) a não exigência de composição dos preços unitários.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI
28ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO, DIA 17/9/2003

EXAME PRÉVIO

O Representante alega que exigir apenas o preço global mensal, sem nenhuma planilha justificadora, corresponde a assinar um contrato de risco e a admitir que as empresas elaborem suas ofertas com o pior que existe no mercado.

Nas razões de defesa, a Casa Civil esclarece que o objeto da licitação é o serviço de limpeza e não a compra de produtos. Ainda assim, ressalta que o item 10.2¹ do edital permite ao pregoeiro solicitar dos licitantes a composição de seus preços.

A Unidade Jurídica, a sua Chefia, a PFE e a SDG, acolhem as razões de defesa.

3) a possibilidade de avaliação técnica por cadastramento.

O Representante alega que no momento do cadastramento não se exige da empresa comprovação de capacitação técnica, mas apenas comprovação de que pertence ao ramo de seu interesse para futuras licitações.

Conclui, assim, ser ilegal a substituição permitida pelo subitem 2.1 da cláusula VI² do edital, já que o edital exige³ (cláusula VI, item 1.4, alínea 'a')

¹ 10.2 O Pregoeiro poderá a qualquer momento solicitar às licitantes a composição de preços unitários de serviços e/ou materiais/equipamentos, bem como os demais esclarecimentos que julgar necessários.

² Fls. 36 – “2. – DISPOSIÇÕES GERAIS DE HABILITAÇÃO - 2.1 – É facultada às licitantes a substituição dos documentos de habilitação exigidos neste Edital pelo Comprovante de Registro Cadastral – CRC, para participar de licitações junto à Administração Direta do Estado de São Paulo, no ramo de atividade compatível com o objeto do certame, o qual deverá ser apresentado acompanhado dos documentos relacionados nos subitens 1.1 a 1.3 e 1.5 do item VI, que não tenham sido apresentados para o cadastramento ou que, se apresentados, já estejam com os respectivos prazos de validade vencidos, na data de apresentação das propostas.”

³ Fls. 33/35 “VI – DO CONTEUDO DO ENVELOPE ‘DOCUMENTOS PARA HABILITAÇÃO’ (...) 1.4 QUALIFICAÇÃO TÉCNICA – a) cópia(s) autenticada(s) de atestado(s) em nome da licitante, emitido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, devendo conter a identificação do emitente, bem como o nome e o cargo do signatário, comprovando a execução do serviço, compatível com o objeto desta licitação. Deverá constar ainda, o endereço completo, inclusive eletrônico, se houver, do órgão/pessoa emitente, para eventuais esclarecimentos que se julgarem necessários.”

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI
28ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO, DIA 17/9/2003

EXAME PRÉVIO

comprovação de execução de serviço compatível com o objeto e esta não é feita no ato do cadastramento.

A Casa Civil responde que tal substituição é facultativa; não se trata de imposição; que só podem ser substituídos pelo Comprovante de Registro Cadastral, os documentos relativos à habilitação jurídica, regularidade fiscal e qualificação econômico-financeira.

Acrescenta, ainda, que o Pregoeiro poderá solicitar (subitem 12 “a” da cláusula VII)⁴ do licitante vencedor a substituição e apresentação de documentos, se julgar necessário.

A Unidade Jurídica (fls. 241) **entende improcedente**, com sua interpretação de que a substituição permitida no item 2.1 do edital se refere aos “.. documentos relacionados nas letras dos subitens 1.1 (...); 1.2 (...); 1.3 (...); 1.4 (...) e 1.5 (...)”, mas, “determina, entretanto, a apresentação obrigatória daqueles enumerados nos itens 1.1; 1.2; 1.3; e 1.5 que não tenham sido apresentados quando do cadastramento ou que estejam com prazo de validade vencido, portanto, por via de consequência, os atestados relativos à qualificação técnica (subitem 1.4) devem constar, obrigatoriamente, dos arquivos da licitante, visto que o CRC – Certificado de Registro Cadastral só poderá ser emitido pelo órgão público, se satisfeitas as condições previstas pelos artigos 28, 29, 30 e 31 da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993...” **A Chefia de ATJ acolhe essa posição de improcedência.**

A PFE também entende improcedente, invocando a faculdade e não exigência, e a possibilidade de emissão do CRC pelos órgãos públicos.

A SDG, de igual modo entende improcedente, ressaltando que a faculdade da substituição é regra prevista no § 1º do artigo 32 da Lei 8666/93, que tem

⁴ Fls. 38 “12 – Eventuais falhas, omissões ou outras irregularidades nos documentos de habilitação, poderão ser saneadas na sessão pública de processamento do Pregão, até a decisão sobre a habilitação, inclusive mediante: a) substituição e apresentação de documentos;...”

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI
28ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO, DIA 17/9/2003

EXAME PRÉVIO

sua correspondência no inciso XIV do artigo 4º da Lei do Pregão, para concluir que até por imposição legal presume-se que a obtenção do Cadastro foi precedida de observância a todos os requisitos previstos nos artigos 28 a 31 da Lei de Licitações.

4) a participação de cooperativas

O Representante alega ser ilegal em razão das vantagens de ordem fiscal e administrativa que detêm as cooperativas, o que as coloca em desigualdade com as demais pessoas jurídicas regularmente constituídas. Menciona decisões de Tribunais de Contas e do Judiciário, além de doutrina, neste sentido.

Junta, também, cópia de Termo de Conciliação Judicial firmado em 5/6/2003, entre o Ministério Público do Trabalho e a União, por meio do qual *“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 fins 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; (...)⁵*

A defesa que faz a Casa Civil é fundamentada no fato de que os benefícios às cooperativas são os decorrentes de lei.

⁵ Fls. 88 – 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; r) serviços de agentes comunitários da saúde.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI
28ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO, DIA 17/9/2003

EXAME PRÉVIO

Ressalta, ademais, que a participação de cooperativas foi examinada pela Procuradoria Geral do Estado que fez constar em sua minuta de edital item próprio que foi transcrito no edital e se refere ao acréscio de 15% nos preços, quando se tratar de cooperativa, exatamente para eliminar aquelas vantagens.⁶ Não faz qualquer referência ao Termo de Conciliação do Ministério Público Federal.

Conclui, assim, que o acréscimo de 15% (quinze por cento) ao preço proposto por cooperativa, retira-lhe substancialmente possível vantagem na competição, lembrando, ainda, a existência do Parecer Jurídico PA-3, nº 32/99, da lavra do douto Procurador do Estado Carlos Ari Sundfeld que foi aprovado pelo Procurador Geral do Estado ao decidir sobre a minuta de edital referida e que foi encaminhada à Casa Civil (fls. 191/193).

A Unidade Jurídica de ATJ transcreveu (fls.208/238) relatório e voto proferido em 22/1/2003, pelo Ministro Benjamin Zymler, do TCU, em processo de representação formulado por uma Cooperativa e concluiu seu entendimento de não haver vedação legal que impeça a participação de cooperativas em Pregão (desde que observado, com rigor, seu objeto social), nem sua contratação pela Administração.

Referindo-se ao Termo de Conciliação Judicial celebrado entre a UNIÃO e o Ministério Público do Trabalho, entende que não consta proibição de contratação, "...mas que a UNIÃO se abstenha de pactuar com entidades que não observem as ressalvas ali consignadas."

A Chefia de ATJ acolhe a conclusão de improcedência feita pela Unidade Jurídica, ressaltando que o Termo de Conciliação Judicial não alcança a

⁶ "3.4 - Se a licitante for cooperativa de trabalho, para fins de aferição do preço ofertado, ao valor final proposto será acrescido o percentual de 15% (quinze por cento) a título de contribuição previdenciária que, nos termos do artigo 22, inciso IV, da Lei Federal nº 8.212, de 24 de junho de 1991, com a redação introduzida pela Lei Federal nº 9.876, de 26 de novembro de 1999, c/c artigo 15, I, da Lei Federal nº 8.212/91, constitui obrigação da Administração CONTRATANTE.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI
28ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO, DIA 17/9/2003

EXAME PRÉVIO

Administração Pública na consecução de qualquer procedimento licitatório.

A douta PFE não dá razão ao Representante, afirmando que o item 3.4 do edital – *que faz crescer 15% ao preço ofertado por cooperativa* - retira a vantagem na competição, além do que, *“não há e nem poderia haver, vedação legal para que as cooperativas participem de licitações.”*

A SDG tem como improcedente.

Rebate a alegada ausência de isonomia, sob o argumento de que a Constituição é quem confere tratamento diferenciado às cooperativas. Aduz que não pode o Administrador inserir, no edital, condições ou dispositivos especiais que alijem da competição, as cooperativas.

Argumenta, ainda, o Ilustre Secretário-Diretor Geral, ser de todo conveniente a preservação da competição, não podendo, a Administração, afrontá-la estabelecendo, no edital, condições participativas especiais privilegiando as cooperativas.

Exemplifica com a “...hipótese de que em determinada licitação, respeitadas as especificidades da pessoa jurídica, sejam exigidos 5 documentos de habilitação para as cooperativas (jurídica, fiscal, econômico-financeira e técnica), enquanto que para os demais licitantes exija-se um total de 15 documentos de habilitação. Mesmo raciocínio desenvolvo para a fase de julgamento do certame”.

No caso específico, entende que isto não ocorre, quer para a fase de habilitação, quer para a fase de julgamento das propostas.

Entendi de interesse a oitiva do GTP sobre este ponto da representação - a aceitação de cooperativas – tendo em vista a complexidade da matéria.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI
28ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO, DIA 17/9/2003

EXAME PRÉVIO

Assim, às fls. 273/304, tem-se documentos e alentada manifestação, esta da Dra. Rosy Maria de Oliveira Leone, contemplando o histórico do sistema cooperativista, lembrando que a política nacional e o regime jurídico foram instituídos pela Lei Federal nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971.

Mostra-se possível sintetizar suas afirmações no sentido de que:

de acordo com o artigo 4º da referida Lei, as cooperativas são

“sociedades de pessoas, (grifei) com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas à falência, constituídas para prestar serviços aos associados, (grifei) distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características: (enumeram-se onze características).

dispõe o artigo 5º da mesma Lei que

“as cooperativas poderão adotar por objeto qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, assegurando-se-lhes o direito exclusivo e exgindo-se-lhes a obrigação do uso da expressão cooperativa” (grifei)

a) dispõe o artigo 86, também daquela Lei, que

“as cooperativas poderão fornecer bens e serviços a não associados, desde que (grifei) tal faculdade atenda aos objetivos sociais e estejam de conformidade com a presente lei.”

b) a Constituição Federal de 1988 prevê:

d.1) no artigo 5º, inciso XVIII que

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI
28ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO, DIA 17/9/2003

EXAME PRÉVIO

“a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento” (grifei)

d.2) no artigo 146, inciso III, letra “c” que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre

“adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas”

d.3) no artigo 174, § 2º que

“a lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.”

c) a definição constante no Manual de Cooperativismo, do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPQ é de

ser, a cooperativa,

“... uma associação de pessoas organizadas com a intenção de auto-ajuda. É uma organização social com propósitos econômicos sociais. A cooperativa prevê um vínculo mediante o qual os associados se ajudam mutuamente, com eficiência, oferecendo bens e serviços de qualidade. Os membros individuais têm a oportunidade de conhecer, na prática, as virtudes da ação conjunta, bem como de compreender e aceitar as responsabilidades de uma sociedade democrática.” (grifei)

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI
28ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO, DIA 17/9/2003

EXAME PRÉVIO

- d) com fundamento na doutrina defendida por Airton Rocha Nóbrega⁷ e Celso Ribeiro Bastos⁸, conclui que (fls.198) *“...tanto na lei de instituição das sociedades cooperativas quanto no texto constitucional, tais entidades não encontram qualquer obstáculo jurídico para atuarem no ramo de atividades em que estejam inseridas. Ao contrário, a Constituição Federal vigente incentiva a criação de sociedade cooperativa, favorecendo a sua atuação no mercado nacional.”*
- e) é possível a participação de cooperativas em licitações instauradas pela Administração Pública, ressaltando a regra básica da obediência aos princípios constantes na Constituição Federal, no seu artigo 37, e a

observância da *“igualdade de condições a todos os concorrentes”* como consta no seu inciso XXI da Constituição, corroborando com a vedação contida no artigo 3º da Lei de Licitações, e com a doutrina defendida por

⁷ Fls. 297: Em “Sociedades Cooperativas nas Licitações Públicas” – BLC – julho/2003: Cooperativa “...trata-se, de sociedade de pessoas que, prestando determinada contribuição para a sua instituição, tornam viável o exercício de uma atividade de interesse comum, sem que a exploração empresarial de um pelo outro sócio. Isso não significa, todavia, que não possam os seus integrantes, organizados sem a intermediação de terceiros, alcançar melhores resultados com a atividade que se propõem executar. Em realidade, colhe-se claramente do sistema cooperativo a intenção de buscar mecanismos que servem a todos, sem o favorecimento ou enriquecimento de alguns.”

⁸ Fls. 297: - “Comentários à Constituição do Brasil”, 7ª ed. Atualizada – Ed. Saraiva – p.105-106: “... a sociedade cooperativa é o instrumento de realização dos fins econômico-sociais da doutrina social do cooperativismo. Ela é antes de mais nada uma organização de caráter empresarial. Alguns pontos, no entanto, diferenciam-se muito nitidamente da empresa capitalista. Em primeiro lugar são os próprios consumidores ou produtores que promovem em comum a melhoria de suas economias individuais. Aqui parece mesmo residir até o traço mais saliente da cooperativa. Ela funciona para os próprios cooperados que a organizam. Assim, um consumidor, por exemplo, pode associar-se a outros para, por meio de cooperativa, adquirir bens e serviços pelas melhores condições. Os produtores igualmente podem organizar-se em cooperativas para melhor transacionar no mercado. Por meio dela chega-se a prescindir, conforme a hipótese, de intermediários como o atacadista, o banqueiro, o patrão, o empregador de mão de obra, com os quais o cooperado teria que, necessariamente, relacionar-se não fora a cooperativa. Esta é uma modalidade de sociedade, sem dúvida, mas marcada pelo papel peculiar que seus membros nela preenchem. Eles são ou trabalhadores a serviço da sociedade ou seus clientes.”

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI
28ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO, DIA 17/9/2003

EXAME PRÉVIO

Celso Antonio Bandeira de Mello⁹; José Cretella Junior¹⁰; Jessé Torres Pereira Junior¹¹ e Marçal Justem Filho¹², para concluir seu entendimento, fls. 300, de que *afrontam a legislação vigente os editais que contenham cláusulas que vedem a participação de cooperativas.*

Aduz, ainda, a ilustre Assessora-Chefe (fls.300/1), que "...a proposta mais vantajosa (...) deve levar em consideração todos os aspectos que envolvem o objeto licitado (preço, qualidade, etc) cabendo à Administração observar os demais princípios que regem a matéria. No caso, entende que a modalidade Pregão destina-se a garantir, por meio de disputa justa entre

⁹ Fls. 299 "Curso de Direito Administrativo, 6ª ed., Ed. Malheiros, p.296" "O princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonômicamente todos os que afluírem ao certame, mas também, o de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer indispensáveis condições de garantia. É o que prevê o já referido art. 37, XXI, do texto constitucional. Aliás, o § 1º do art. 3º da Lei nº 8666/93 proíbe que o ato convocatório do certame admita, preveja, inclua ou tolere cláusulas ou condições capazes de frustrar ou restringir o caráter competitivo do procedimento licitatório e veda o estabelecimento de preferências ou distinções em razão da naturalidade, sede ou domicílio dos licitantes, bem como entre empresas brasileiras ou estrangeiras ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o objeto do contrato."

¹⁰ Fls. 300 "Em Comentários à Constituição Federal de 1988, Ed. Forense Univeristária, vol. IV, p.2248: "...para José Cretella Junior a expressão "*igualdade de condições dos concorrentes*" significa a obrigação de o poder licitante assegurar-lhes o mesmo tratamento, sujeitá-los às mesmas regras, "*em absoluto pé de igualdade, vedados todos os privilégios ou distinções.*"

¹¹ Fls. 300 "Em Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública", 5ª edição – Ed. Renovar p.161-2: "A participação de cooperativas em licitações suscita divergências, entendendo alguns que seria ilegal sua habilitação jurídica porque imprevista na Lei nº 8666/93. Assim não é, todavia. A Constituição estimula o cooperativismo. Para homenagear a diretriz constitucional é que os editais de licitação podem admitir a participação de tais entidades tais como são, o que poria em conflito com a Constituição qualquer tentativa administrativa de estabelecer fatores compensatórios dos gravames previdenciários, e trabalhistas a que se sujeitam as empresas; a distinção que favorece as cooperativas existe, é de natureza dessas entidades e tendo, como tem, assento constitucional e legal, não pode ser suprimida do edital. O cuidado deste limitar-se-á a exigir a comprovação de que atuam juridicamente como cooperativas, observados os requisitos constitucionais e legais que as tipificam." (grifei).

¹² Fls. 301 "Em Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", Ed. Aide, 4ª ed. P. 25-6: "A licitação busca realizar dois fins, igualmente relevantes: o princípio da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa. (...) É certo que a Administração deverá obter a proposta mais vantajosa. É necessário, mas não suficiente, selecionar a proposta mais vantajosa. A busca desse fim não autoriza a violação de direitos e garantias individuais. Portanto, deverá ser selecionada a proposta mais vantajosa e respeitados os princípios norteadores do sistema jurídico. O princípio da vantagem se integra com outros princípios, especialmente o da isonomia. Por mais vantajosa que pudesse ser a proposta selecionada, não seria válida a licitação que violasse direitos e garantias individuais."

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI
28ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO, DIA 17/9/2003

EXAME PRÉVIO

os interessados, a contratação mais econômica, segura e eficiente. Ressalta que não obstante os privilégios fiscais atribuídos às cooperativas, nada impede que no decorrer do procedimento, qualquer participante apresente preços mais vantajosos e venha, assim, a vencer a disputa.

Traz à colação decisão da E. Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹³, que admitiu a participação de cooperativa em licitação, rebatendo a alegação de vantagens fiscais sobre as demais empresas, sob o argumento de que: *“...eventual vantagem que elas têm sobre as demais concorrentes, permitido-lhes apresentar proposta com preço mais em conta à Administração: a) decorre de lei; b) se decorrem de lei, as cooperativas não podem ser alijadas por isso, sob pena de o Poder Público dar com uma mão e tirar com a outra; c) mesmo que em concreto a vantagem desequilibre o concurso a favor das cooperativas, não é antinômico ao princípio da igualdade de condições entre os interessados, nos moldes estabelecidos pela Constituição e pela lei, pois envolve interesse privado, e não por interesse público; ..”*. Acrescenta que no r. Voto consta a existência de um Projeto de Lei¹⁴ de autoria do Executivo, objetivando alterar a Lei de Licitações, incluindo, no seu artigo 24, um inciso dispensando de licitação a contratação de cooperativas especiais – *cujos cooperativados sejam integrantes de comunidades carentes, ou de associações voltadas para a formação profissional e a geração de emprego em zonas de baixa renda*.

Menciona, ainda, (fls.302/3), decisões do Tribunal de Contas da União e do Estado do Paraná favoráveis à participação de cooperativas em licitações e, a solução de consulta, pela PGE, no caso do Estado de São Paulo, que tem como ementa: *“Não cabe à Administração Pública Estadual instituir, nas licitações, condições que visem a eliminar as vantagens conferidas*

¹³ Fls. 301/2 Apelação Civil nº 70003563269, novembro de 2002.

¹⁴ Fls. 26 – encontra-se – na data de 22/8/2003 - na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP)

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI
28ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO, DIA 17/9/2003

EXAME PRÉVIO

legalmente às cooperativas, as quais são fundadas em dispositivos constitucionais e não ferem o princípio da isonomia.” (fls.303).

Conclui, por fim, ser possível “...que tais sociedades possam participar de certames licitatórios instaurados pela Administração

Pública, desde que comprovem que atuam juridicamente como cooperativas, observados os requisitos constitucionais e legais que as tipificam, demonstrem atender as exigências para a habilitação estabelecidas no ato convocatório, e seus objetivos sociais se enquadrem ao objeto licitado”.

O SINDICON peticionou pedindo vistas e como o processo estava em fase de instrução, fiz publicar despacho na edição de 5 de agosto, do Diário Oficial, deferindo-as, no meu Gabinete, se antes do julgamento, ou em Cartório, se após a decisão.

ESTE É O RELATÓRIO.

ANTONIO ROQUE CITADINI
Conselheiro

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI
28ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO, DIA 17/9/2003

EXAME PRÉVIO

VOTO

COMO RELATADO, A MANIFESTAÇÃO DE TODOS OS ÓRGÃOS TÉCNICOS DA CASA, E DO GABINETE TÉCNICO DA PRESIDÊNCIA, CONTÉM PROPOSTA PARA SE CONSIDERAR IMPROCEDENTE A REPRESENTAÇÃO, POSIÇÃO QUE É ACOMPANHADA PELA DOUTA PROCURADORIA DA FAZENDA DO ESTADO.

APÓS ANALISAR OS AUTOS, CORROBORANDO-OS COM A LEGISLAÇÃO, A DOCTRINA E A JURISPRUDÊNCIA, CHEGUEI À UMA CONCLUSÃO POUCO DIFERENTE DA POSIÇÃO EXPENDIDA PELOS ÓRGÃOS TÉCNICOS E PROCURADORIA DA FAZENDA DO ESTADO.

CONCORDO COM A *IMPROCEDÊNCIA* DA REPRESENTAÇÃO, TANTO NO QUE DIZ RESPEITO À ESCOLHA DA MODALIDADE - *PREGÃO* –, QUANTO À PLANILHA DE PREÇOS.

DE FATO, SERVIÇOS DE LIMPEZA CONSTAM DA LISTA ANEXA AO DECRETO FEDERAL Nº 3.555/2000, (fls.132) QUE AUTORIZA A LICITAÇÃO *POR PREGÃO*, E, ENTENDO CORRETO, PORQUE TENHO-OS COMO REVESTIDOS DA SIMPLICIDADE EXIGIDA PELA LEI.

OPORTUNO REGISTRAR QUE ESTAMOS NO AGUARDO DA CONCLUSÃO DOS ESTUDOS QUE ESTÃO SENDO FEITOS NO TC-A-15.874/026/00¹⁵ SOBRE ESSA MODALIDADE DE LICITAÇÃO, QUE QUANDO

¹⁵ TC-A 15.874/026/00 – 20/8/2003: SDG encaminhou para o DSF-I

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI
28ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO, DIA 17/9/2003

EXAME PRÉVIO

CONCLUÍDO, POR CERTO PERMITIRÁ A ESTE TRIBUNAL ADOTAR UMA POSIÇÃO COMPLETA, DE MODO ABRANGENTE E DEFINITIVO SOBRE AS REGRAS ADOTADAS PELO EXECUTIVO ESTADUAL PARA A MATÉRIA.

QUANTO À PLANILHA DE PREÇOS UNITÁRIOS, CONCORDO COM A IMPROCEDÊNCIA DA IMPUGNAÇÃO PORQUE O ANEXO VII DO EDITAL (FLS. 68) ATENDE À EXIGÊNCIA CONTIDA NO REGULAMENTO DO DECRETO ESTADUAL (ARTIGO 10, INCISO III DO REGULAMENTO APROVADO PELA RESOLUÇÃO CEGP-10, DE 19/11/2002)¹⁶.

DIVIRJO, PORÉM, DOS ÓRGÃOS DA CASA, EM RELAÇÃO: À FACULDADE DE SUBSTITUIÇÃO DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO PELO COMPROVANTE DE REGISTRO CADASTRAL – CRC - NA FORMA COMO DISPOSTA NO SUBITEM 2.1 DA CLAUSULA VI DO EDITAL -E, À POSSIBILIDADE DE COOPERATIVAS PARTICIPAREM DA LICITAÇÃO EM EXAME.

É VERDADE QUE A SUBSTITUIÇÃO DE DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO PELO CERTIFICADO DE REGISTRO CADASTRAL – CRC – ENCONTRA AMPARO LEGAL, NO ARTIGO 32, § 2º DA LEI 8.666/93¹⁷.

CONQUANTO ISTO, COMO AFIRMEI EM MEU LIVRO “COMENTÁRIOS E JURISPRUDÊNCIA SOBRE A LEI DE LICITAÇÕES

¹⁶ Resolução CEGP-10, de 19-11-2002: “Art. 10 – (...) III – a planilha de orçamento com os quantitativos e os valores unitários e total, elaborada a partir da composição de todos os custos unitários, no caso de serviços, (...)”

¹⁷ Lei 8.666/93 – “Art. 32 – Os documentos necessários à habilitação (...) § 2º O certificado de registro cadastral a que se refere o § 1º do art. 36 substitui os documentos enumerados nos arts. 28 a 31, **quanto às informações disponibilizadas em sistema informatizado de consulta direta indicado no edital**, obrigando-se a parte a declarar, sob as penalidades legais, a superveniência de fato impeditivo da habilitação.”

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI
28ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO, DIA 17/9/2003

EXAME PRÉVIO

PÚBLICAS¹⁸ É PRECISO CONSIDERAR QUE, DE ACORDO COM A LEI, A SUBSTITUIÇÃO SE APLICA QUANTO ÀS INFORMAÇÕES DISPONIBILIZADAS EM SISTEMA INFORMATIZADO, DE CONSULTA DIRETA INDICADO NO EDITAL. LOGO, O EDITAL PRECISA INDICAR QUAL O SISTEMA A SER CONSULTADO E QUAIS AS INFORMAÇÕES NELE DISPONIBILIZADAS, QUE PODEM, PORTANTO, SER SUBSTITUIDAS.

ALÉM DISTO, A REDAÇÃO DO REFERIDO SUBITEM 2.1¹⁹ PERMITE ENTENDER QUE SERÁ ACEITO O CERTIFICADO – CRC - EM SUBSTITUIÇÃO AO ATESTADO TRATADO NO SUBITEM 1.4, FATO QUE ELIMINA ESSA EXIGÊNCIA PARA OS QUE SE VALEREM DAQUELA SUBSTITUIÇÃO, PODENDO ISTO SIGNIFICAR UM TRATAMENTO DIFERENTE ENTRE OS LICITANTES, NO CASO DE NÃO HAVER SIDO EXIGIDO PARA AQUELE CADASTRO ATESTADO DE IGUAIS CARACTERÍSTICAS.

QUANTO ÀS COOPERATIVAS, NÃO RESTAM DÚVIDAS QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONSAGRA INCENTIVO E APOIO AO SISTEMA COOPERATIVISTA, SENDO CERTO, PORÉM, QUE NÃO O FAZ INCONDICIONALMENTE.

VÊ-SE QUE A CONSTITUIÇÃO DISPÕE, NO ARTIGO 5º, INCISO XVIII, QUE A CRIAÇÃO DE COOPERATIVAS INDEPENDE DE

¹⁸ Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas – Ed. Max Limonad, SP, 3ª ed. 1999

¹⁹ 2.1 É facultada às licitantes a substituição dos documentos de habilitação exigidos neste Edital, pelo Comprovante de Registro Cadastral – CRC, para participar de licitações junto à Administração Direta do Estado de São Paulo, no ramo de atividade compatível com o objeto do certame, o qual deverá ser apresentado acompanhado dos documentos relacionados nos subitens 1.1 a 1.3 e 1.5 do item VI, que não tenham sido apresentados para o cadastramento ou que, se apresentados, já estejam com os respectivos prazos de validade vencidos, na data de apresentação das propostas.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI
28ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO, DIA 17/9/2003

EXAME PRÉVIO

AUTORIZAÇÃO, NA FORMA DA LEI; NO ARTIGO 146 INCISO III, LETRA “c” QUE LEI COMPLEMENTAR ESTABELECE NORMAS PARA O ADEQUADO TRATAMENTO TRIBUTÁRIO AO ATO COOPERATIVO, E, NO ARTIGO 174, DISPÕE QUE A LEI APOIARÁ E ESTIMULARÁ O COOPERATIVISMO²⁰.

A LEI 5.764, DE 16 DE DEZEMBRO DE 1971²¹, QUE DEFINE A POLÍTICA NACIONAL DE COOPERATIVISMO E INSTITUI O REGIME JURÍDICO DAS SOCIEDADES COOPERATIVAS É ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO, MAS ESTÁ EM VIGOR NAQUILO QUE NÃO FOI DERROGADO, E ESTABELECE QUE A COOPERATIVA SE TORNA APTA A FUNCIONAR APÓS O ARQUIVAMENTO, NA JUNTA COMERCIAL, DE SEUS DOCUMENTOS CONSTITUTIVOS, SENDO QUE TAL ARQUIVAMENTO SERÁ PRECEDIDO DE APROVAÇÃO DE SEU ATO CONSTITUTIVO, PELO ORGÃO CONTROLADOR²².

²⁰ CF 1988:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei (...) nos termos seguintes: (...) XVIII – a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento.” (GRIFEI)

“Art. 146 Cabe à lei complementar(...) III estabelecer (...) c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.”

“Art. 174 (...) § 2º - A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo

²¹ fls. 305 – cópia extraída da página da OCB, estando anotados os artigos que entende, *aquele órgão, não prevalecerem após a CF/88.*

²² Lei nº 5.764/71: (...) Art. 17 – **A cooperativa constituída na forma da legislação vigente apresentará ao respectivo órgão executivo federal de controle, no Distrito Federal, Estados ou Territórios, ou ao órgão local para isso credenciado, dentro de 30 dias da data de sua constituição, para fins de autorização, requerimento acompanhado de 4 (quatro) vias do ato constitutivo, estatuto e lista nominativa, além de outros documentos considerados necessários.** (GRIFEI)

Art. 18 – **Verificada, (...) a existência de condições de funcionamento da cooperativa em constituição, bem como a regularidade da documentação apresentada, o órgão controlador devolverá, devidamente autenticadas, 2 (duas) vias à cooperativa, acompanhada de documento dirigido à Junta Comercial do Estado, onde a Entidade estiver sediada, comunicando a aprovação do ato constitutivo da requerente.** (...) (GRIFEI)

§ 6º **Arquivados os documentos na Junta Comercial e feita a respectiva publicação, a cooperativa adquire personalidade jurídica, tornando-se apta a funcionar.** (GRIFEI)

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI
28ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO, DIA 17/9/2003

EXAME PRÉVIO

OBSERVEI QUE DESDE ABRIL DE 1991 A EXIGÊNCIA DE APROVAÇÃO PRÉVIA²³ SÓ EXISTE PARA AS COOPERATIVAS DE CRÉDITO²⁴, PARA AS QUAIS SE EXIGE APROVAÇÃO DO BANCO CENTRAL DO BRASIL.

ASSEGURO A VOSSAS EXCELÊNCIAS QUE NÃO TENHO INTEIRA CONVICÇÃO QUANTO À SUSTENTAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO, PORQUE, COMO JÁ AFIRMEI, A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, AO ESTABELEECER NO SEU ARTIGO 5º, INCISO XVIII, QUE A CRIAÇÃO DE COOPERATIVAS *INDEPENDE DE AUTORIZAÇÃO ESTATAL*, O FEZ CONDICIONANDO, CONTUDO, AOS TERMOS DA LEI. PORTANTO, TEM-SE PREVISÃO CONSTITUCIONAL DE QUE LEI DISCIPLINARÁ A MATÉRIA.

NÃO TENDO SIDO REVOGADA A LEI Nº 5.764/71, QUE *DEFINE A POLÍTICA NACIONAL DE COOPERATIVISMO E INSTITUI O REGIME JURÍDICO DAS SOCIDADES COOPERATIVAS* ENTENDE-SE QUE ELA INTEGRA, *COMO NORMA PRINCIPAL*, A LEGISLAÇÃO ESPECIAL A QUE SE REFERE O NOVO CODIGO CIVIL²⁵, SENDO CERTO QUE, NO SEU ARTIGO 107²⁶, AQUELA LEI ESTABELECE COMO REQUISITO PARA O FUNCIONAMENTO DE UMA COOPERATIVA, A OBRIGATORIEDADE DE SEU

²³ Instrução Normativa nº 4, de 19/8/1986 – Anexo I – órgão de aprovação: Secretaria Nacional de Cooperativismo – SENACOOOP, do Ministério da Agricultura (art. 2º, inciso IV do Decr. 90.393, de 30/10/84)

²⁴ Instrução Normativa nº 32, de 19/4/1991 – Anexo – Cooperativas de Crédito – órgão de aprovação: Banco Central do Brasil

²⁵ CC 2002 – “Art. 1.093 – A sociedade cooperativa reger-se-á pelo disposto no presente Capítulo *ressalvada a legislação especial*.

²⁶ Lei 5.764/71 – “Art. 107 – As cooperativas são obrigadas, para seu funcionamento, a registrar-se na Organização das Cooperativas Brasileiras ou na entidade estadual, se houver, mediante apresentação dos estatutos sociais e suas alterações posteriores.”

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI
28ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO, DIA 17/9/2003

EXAME PRÉVIO

REGISTRO NA “...ORGANIZAÇÃO DAS COOPERATIVAS BRASILEIRAS OU NA ENTIDADE ESTADUAL, SE HOUVER,...”²⁷ - QUE NO CASO DE SÃO PAULO EXISTE E É A ORGANIZAÇÃO DAS COOPERATIVAS DO ESTADO DE SÃO PAULO – OCESP. (fls.332)

COMENTANDO O ARTIGO 5º, INCISO XVIII DA CONSTITUIÇÃO, OS JURISTAS CELSO RIBEIRO BASTOS E IVES GANDRA MARTINS²⁸ AFIRMAM QUE:

“ (...) NO QUE DIZ RESPEITO ÀS COOPERATIVAS, (...), HÁ QUE SE ATENTAR PARA O FATO DE QUE O TEXTO CONSTITUCIONAL REMETE À LEI A REGULAMENTAÇÃO DO ASSUNTO. (...) O TEXTO CONSTITUCIONAL ABRE, POIS, ENSANCHAS A UMA REGULAMENTAÇÃO ESPECÍFICA PARA A CRIAÇÃO DE COOPERATIVAS QUE NÃO HÁ DE ATER-SE ÀS LIMITAÇÕES QUE NECESSARIAMENTE TÊM DE PREVALECER NO QUE DIZ RESPEITO ÀS ASSOCIAÇÕES EM GERAL. HÁ, PORTANTO, UMA AUTORIZAÇÃO CONSTITUCIONAL PARA QUE A LEI COLABORE NA DEFINIÇÃO DO PERFIL CONSTITUCIONAL DA AUTONOMIA DE ORGANIZAÇÃO DAS COOPERATIVAS.”

MAS ESTA NÃO É A QUESTÃO NESTE PROCESSO.

ESTAMOS EXAMINANDO UMA REPRESENTAÇÃO CONTRA A POSSIBILIDADE DE COOPERATIVAS SEREM ACEITAS COMO

²⁷ No caso é a OCESP – Organização das Cooperativas do Estado de São Paulo

²⁸ Comentários à Constituição do Brasil – Celso Ribeiro Bastos-Ives Gandra Martins – Ed. Saraiva, 1989, P.101/2

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI
28ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO, DIA 17/9/2003

EXAME PRÉVIO

PARTICIPANTES DE UMA LICITAÇÃO QUE TEM POR OBJETO *SERVIÇOS DE LIMPEZA PREDIAL*.

O SINDICATO REPRESENTANTE²⁹ APRESENTA SEUS ARGUMENTOS E JUNTA UM TERMO DE CONCILIAÇÃO JUDICIAL FIRMADO ENTRE A UNIÃO E O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (fls.86/92), POR MEIO DO QUAL A UNIÃO SE COMPROMETE A SE ABSTER DE CONTRATAR COOPERATIVAS PARA ALGUNS SERVIÇOS, *ENTRE OS QUAIS OS SERVIÇOS DE LIMPEZA*.

A CASA CIVIL DO GOVERNO DEFENDE O EDITAL AFIRMANDO QUE O ASSUNTO FOI ESTUDADO PELA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO COM A CONCLUSÃO DE NÃO SÓ SER POSSÍVEL, MAS, NECESSÁRIO, QUE SE PERMITA A PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS, ARGUMENTANDO QUE ILEGAL SERIA PROIBIR SUA PARTICIPAÇÃO.

OS ÓRGÃOS DA CASA, E A DOUTA PROCURADORIA DA FAZENDA DO ESTADO-PFE, COMO RELATADO, SEGUIRAM NA MESMA LINHA DE ENTENDIMENTO, TRAZENDO, AINDA, O DOUTO GTP, A NOTÍCIA DE UM PROJETO DE LEI (fls.273/279) EM TRAMITAÇÃO NO CONGRESSO NACIONAL, QUE TEM POR OBJETIVO ALTERAR A LEI DE LICITAÇÕES PARA PERMITIR A CONTRATAÇÃO DE DETERMINADAS COOPERATIVAS POR DISPENSA DE LICITAÇÃO.(fls. 303).

²⁹ SINDICON – SINDICATO DAS EMPRESAS DE ASSEIO E CONSERVAÇÃO NO ESTADO DE SÃO PAULO

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI
28ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO, DIA 17/9/2003

EXAME PRÉVIO

AINDA QUE ENTENDA POSSÍVEL ADMITIR-SE A PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS, NÃO ESTOU CONVENCIDO DE QUE SE POSSA ACEITAR COOPERATIVA PARA SERVIÇOS DE LIMPEZA. E ISTO PORQUE NÃO ME CONVENCI DE PODEREM SER CRIADAS TAIS COOPERATIVAS. ALIÁS, PESQUISA NA PÁGINA DA OCB – ORGANIZAÇÃO DAS COOPERATIVAS BRASILEIRAS, O ÓRGÃO FEDERAL DE REGISTRO DAS COOPERATIVAS, INDICA A *INEXISTENCIA DE COOPERATIVA DE LIMPEZA*, EM TODOS OS ESTADOS BRASILEIROS.

QUANTO AO PROJETO DE LEI PREVENDO A CONTRATAÇÃO DE COOPERATIVAS POR DISPENSA DE LICITAÇÃO, CREIO QUE SE APROVADO, TERÁ APLICABILIDADE ÀS *COOPERATIVAS SOCIAIS*, CRIADAS PELA LEI 9.867, DE 10 DE NOVEMBRO DE 1999, AS QUAIS SE DESTINAM A “...INSERIR PESSOAS EM DESVANTAGEM NO MERCADO ECONÔMICO, POR MEIO DE TRABALHO”³⁰. E, SE QUANDO FOR APROVADO, TIVER MAIOR ABRANGÊNCIA, COM APLICAÇÃO A OUTRAS COOPERATIVAS, ISTO SERÁ ASSUNTO PARA O FUTURO.

À EXCEÇÃO DAS RECÉM-CRIADAS *COOPERATIVAS SOCIAIS*, PARA AS DEMAIS, INDICAM A LEI³¹, A DOCTRINA³² E A

³⁰ Lei 9.867/99: “Art. 3º Consideram-se pessoas em desvantagem (...): I- os deficientes físicos e sensoriais; II – os deficientes psíquicos e mentais, as pessoas dependentes de acompanhamento psiquiátrico permanente, e os egressos de hospitais psiquiátricos; III – os dependentes químicos; IV – os egressos de prisões; (...)”

³¹ Lei 5.764/71: “Art. 4º - **As cooperativas são sociedades de pessoas**, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas à falência, **constituídas para prestar serviços aos associados**, (...)” (grifei)

³² A) Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública – Jessé Torres Pereira Junior, Ed. Renovar, RJ, 6ª edição – 2003 – P.160/2 - “Dos arts. 5º, XVIII, 146, III, c, e 174, § 2º, da CF/88, bem como da Lei 5.764, de 16.12.71 (sobretudo arts. 3º, 4º, 5º, 28, 37, 86 e 97, XI), que disciplina a

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI
28ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO, DIA 17/9/2003

EXAME PRÉVIO

JURISPRUDÊNCIA QUE “AS COOPERATIVAS SÃO SOCIEDADES DE PESSOAS (...) CONSTITUÍDAS PARA PRESTAR SERVIÇOS AOS ASSOCIADOS (...)” E SE DIFERENCIAM DAS EMPRESAS PORQUE, AO CONTRÁRIO DESTAS, NÃO VISAM LUCRO.

ENTENDO COOPERATIVISMO COMO A ASSOCIAÇÃO DE PESSOAS, QUE SE UNEM, JURIDICAMENTE, SOB A FORMA DE COOPERATIVA PARA BUSCAREM MINIMIZAR OS CUSTOS DE PRODUÇÃO DOS BENS OU SERVIÇOS QUE INDIVIDUALMENTE PRODUZEM.

O OBJETIVO DA ASSOCIAÇÃO NÃO É O DE QUE UM COOPERADO OBTENHA LUCRO SOBRE O TRABALHO DO OUTRO, MAS, QUE, POR ASSOCIAR-SE EM COOPERATIVA, TENHAM, INDIVIDUALMENTE, UMA LUCRATIVIDADE MAIOR, QUER PELO MENOR CUSTO NA PRODUÇÃO OU NA DISTRIBUIÇÃO DOS BENS OU SERVIÇOS - QUE, REPITO, INDIVIDUALMENTE PRODUZEM -, QUER PELA AQUISIÇÃO, POR MELHOR PREÇO, DE DETERMINADO PRODUTO PARA USO DOS COOPERADOS.

constituição e atuação das cooperativas, extrai-se que seu perfil jurídico apresenta os seguintes destaques: (a) é sociedade de pessoas, com personalidade jurídica própria, de natureza civil, não sujeita a falência (mas pode ser liquidada pelos cooperados) e autorizada a contratar com terceiros; (b) os cooperados são profissionais autônomos, que se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro, sendo cada qual titular de uma cota-parte; (...)”
B) Comentários à Constituição de 1988, J. Cretella Jr. – Vol. I – 1ª ed. 1989 – p.295/7 - “207. (...) Cooperativa é o conjunto unitário de pessoas, que conjugam esforços para melhoria da situação econômica de cada membro, podendo ter natureza civil, comercial, cultural, filantrópica, com forma *sui generis*, classificando-se como *societas personarum*, e não de capitais, por excelência, pelo que há cooperativas constituídas sem capital, havendo, posteriormente, ou não, distribuição de dividendos entre os filiados ou associados. Formam-se no Brasil, regra geral, com pequenos produtores ou criadores, (...) que pretendem distribuir produtos de sítios e fazendas.”

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI
28ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO, DIA 17/9/2003

EXAME PRÉVIO

ASSIM, SE É CERTO QUE A COOPERATIVA NÃO VISA LUCRO COM SUAS OPERAÇÕES COMO PESSOA JURÍDICA, IGUALMENTE CERTO É QUE OS COOPERADOS, POR SUA VEZ, ALMEJAM OBTER, INDIVIDUALMENTE, MAIOR LUCRO AO AGIREM DE FORMA ASSOCIADA, CONSERVANDO, PORÉM, A SUA AUTONOMIA NA DIREÇÃO DA PRODUÇÃO DE SEUS BENS OU SERVIÇOS, SEM NENHUMA SUBORDINAÇÃO AOS DEMAIS ASSOCIADOS, NEM OBRIGATORIEDADE DE CUMPRIMENTO DE HORÁRIO DE TRABALHO.

ISTO IMPLICA ENTENDER QUE CADA ASSOCIADO ESTÁ LIVRE PARA REALIZAR SUAS ATIVIDADES NA HORA QUE LHE SEJA MAIS CONVENIENTE, NÃO SIGNIFICANDO, CONTUDO, QUE NÃO DEVA CUMPRIR COMPROMISSOS DE PRAZOS, OS QUAIS TENHAM SIDO ASSUMIDOS PELA COOPERATIVA. MAS A HORA E O LOCAL DA REALIZAÇÃO DO TRABALHO É, VIA DE REGRA, PROBLEMA INDIVIDUAL.

LOGO, NÃO CONSIGO VISUALIZAR UM GRUPO DE PESSOAS QUE TENHAM COMO SUA EXPERIÊNCIA DE TRABALHO AS FUNÇÕES DE FAXINEIRO - ATIVIDADE RECONHECIDAMENTE DESEMPENHADA SOB VÍNCULO DE EMPREGO, PORTANTO, DE SUBORDINAÇÃO -, NÃO VEJO, REPITO, COMO POSSÍVEL QUE TAIS PESSOAS SE REUNAM PARA FORMAR UMA COOPERATIVA COM O OBJETIVO DE OFERECEREM SEUS SERVIÇOS A UMA EMPRESA OU A UM ÓRGÃO PÚBLICO.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI
28ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO, DIA 17/9/2003

EXAME PRÉVIO

NÃO ME PARECE VIÁVEL QUE TAIS PESSOAS ENCONTREM REGRAS PRÓPRIAS PARA A REALIZAÇÃO CONJUNTA DE TAIS ATIVIDADES E VENHAM A ESTABELECEM MECANISMOS PARA PARTICIPAREM, COMO COOPERATIVA, DE UMA NEGOCIAÇÃO, FORMULANDO PROPOSTA DE PREÇOS E CONDIÇÕES DE EXECUÇÃO DE UM CONTRATO, COMPETINDO, EM IGUALDADE DE CONDIÇÕES, COM EMPRESARIOS DO RAMO.

É SABIDO QUE A EXECUÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA EXIGE HABITUALIDADE, CUMPRIMENTO DE HORÁRIO E NORMAS, OBEDIÊNCIA A ORDENS EMANADAS DE UMA CHEFIA, DE UMA SUPERVISÃO, FATORES ESTES QUE SE CONTRAPÕEM À INDIVIDUALIDADE.

NENHUMA EMPRESA OU ÓRGÃO PÚBLICO PODERÁ SE RELACIONAR, NO DIA A DIA, COM TODOS OS FAXINEIROS QUE LHES PRESTEM TAIS SERVIÇOS. O RELACIONAMENTO HÁ DE SER COM UM OU MAIS SUPERVISOR OU CHEFE, E O COOPERATIVISMO NÃO ACEITA ESSA SUBORDINAÇÃO ENTRE OS COOPERADOS. SE HOVER SUBORDINAÇÃO A HORÁRIO, HABITUALIDADE NO LOCAL DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS, OBEDIÊNCIA À ORDENS EMANADAS DE SUPERIOR, ESTARÁ DESCARACTERIZADO O VINCULO COOPERATIVISTA E CARACTERIZADO O VINCULO EMPREGATÍCIO.

COM ESTAS CONSIDERAÇÕES CHEGO À CONCLUSÃO DE NÃO SER POSSÍVEL A EXISTÊNCIA DE COOPERATIVA DE TRABALHO DE

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI
28ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO, DIA 17/9/2003

EXAME PRÉVIO

SERVIÇOS DE LIMPEZA E, COMO CONSEQÜÊNCIA, NÃO VEJO QUE SE POSSA ADMITIR A PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS NUMA LICITAÇÃO PÚBLICA QUE TENHA POR OBJETO CONTRATAR TAIS SERVIÇOS. ASSIM CONCLUINDO, DEIXO DE ME MANIFESTAR SOBRE O ACRÉSCIMO DE 15% A SER CONSIDERADO NAS EVENTUAIS PROPOSTAS DE COOPERATIVAS, COMO SUGERIDO PELA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO.

INTERESSA TRAZER À COLAÇÃO, DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS, QUE EM SEDE DE CONSULTAS³³, JÁ EM 1995 E 1997, DELIBEROU PELA IMPOSSIBILIDADE DE COOPERATIVAS PARTICIPAREM DE LICITAÇÕES E DE CONTRATAÇÕES COM O PODER PÚBLICO. PARA A CONCLUSÃO ADOTADA EM 1997, O EMINENTE CONSELHEIRO REVISOR³⁴ REPORTOU-SE À DECISÃO DE IGUAL IMPOSSIBILIDADE, ADOTADA PELO E. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO³⁵, A QUAL, POR SEU TURNO, SE VALEU DE JULGADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO, QUE EM GRAU DE RECURSO LEVOU EM CONTA “EVIDENTES RISCOS PARA O CONTRATANTE (ESTADO) DE QUE A JUSTIÇA DO TRABALHO CONSIDERE ILEGAL OU FRAUDULENTA A CONTRATAÇÃO DE

³³ BLC – Boletim de Licitações e Contratos – Abril/99 – Consulta nº 439.155 – Plenário de 2.4.2997; referência à consulta nº 247.384-5/95 – com decisão pela “...impossibilidade de cooperativa de empregados de uma categoria profissional participar de licitação e, conseqüentemente, poder ser contratada pelo Poder Público para a execução de serviços gerais, ou menor ‘para a execução de atividades que não se ajustam a seu objeto declarado em seus Estatutos (...)’”.

³⁴ Conselheiro Moura e Castro, TCE-MG

³⁵ Processo nº 102.825-6/97 – BLC abril/99 – voto do Conselheiro Sérgio Quintella.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI
28ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO, DIA 17/9/2003

EXAME PRÉVIO

MÃO-DE-OBRA ATRAVÉS DE COOPERATIVA, CAMUFLANDO A VERDADEIRA RELAÇÃO DE TRABALHO.(...)”.

IMPORTA, TAMBÉM, CONSIDERAR DECISÃO MAIS RECENTE DO E. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, ADOTADA EM SESSÃO DE 17/6/2003³⁶, EM SEDE DE REPRESENTAÇÃO FORMULADA POR UMA COOPERATIVA, PELA QUAL ENTENDEU REGULAR, NO EDITAL, A PROIBIÇÃO DE QUE COOPERATIVAS PARTICIPEM DA LICITAÇÃO.

PARA TANTO, LEVOU EM CONTA DECISÃO JUDICIAL NESTE SENTIDO³⁷, EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA, E TAMBÉM O TERMO DE ACORDO JUDICIAL, ANTES REFERIDO, FIRMADO PELA UNIÃO COM O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO.

DE INTERESSE RESSALTAR QUE MINHA CONCLUSÃO NÃO EXCLUI A POSSIBILIDADE DE QUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA VENHA A ADMITIR A PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS EM LICITAÇÕES, MAS, ISTO SÓ PODE SER ACEITÁVEL NOS CASOS EM QUE PARA O OBJETO DA LICITAÇÃO SEJA POSSÍVEL A EXISTÊNCIA DE COOPERATIVAS.

ENTENDO, AINDA, QUE EM TAIS CASOS - EM QUE O OBJETO DA LICITAÇÃO PERMITA O CONCURSO DE COOPERATIVAS -, A ADMINISTRAÇÃO DEVERÁ ESTABELECEER, NO EDITAL, REGRAS

³⁶ Processo 018.977/2002-0 – UNIWAY – Cooperativa de Profissionais Liberais Ltda – Pregão nº 29/02 - “busca a contratação de empresa especializada na prestação de serviços para o fornecimento de mão-de-obra para atender aos projetos de cooperação técnica internacional no âmbito do Ministério das Relações Exteriores”. – **item 2.2.4 impede a participação de cooperativas na licitação**

³⁷ 14ª Vara Federal, do Distrito Federal, MS nº 2002.34.00.038910-9. Impetrante: UNIWAY – Cooperativa de Profissionais Liberais Ltda.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI
28ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO, DIA 17/9/2003

EXAME PRÉVIO

PREVENTIVAS QUE IMPEÇAM A CONTRATAÇÃO COM COOPERATIVAS IRREGULARES, PARA QUE SE EVITE, ASSIM, EVENTUAL RESPONSABILIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, SENDO OPORTUNO LEMBRAR QUE O E. TST – TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - MODIFICOU³⁸ O ENUNCIADO Nº 331 PARA *INCLUIR A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ROL DOS RESPONSÁVEIS SUBSIDIÁRIOS PELO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS*. POR CERTO ISTO TEM APLICAÇÃO NAS CONTRATAÇÕES QUE AS COOPERATIVAS CELEBRAREM COM OS ÓRGÃOS PÚBLICOS, DE TODAS AS ESFERAS – FEDERAL, ESTADUAL E MUNICIPAL.

³⁸ Pela Resolução 96/2000.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI
28ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO, DIA 17/9/2003

EXAME PRÉVIO

INTERESSANTE RESSALTAR, TAMBÉM, QUE QUANDO EM JULGADO ANTERIOR, O E. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO³⁹ CHEGOU A ACEITAR A PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS, O FEZ, TRAZENDO À COLAÇÃO DOCTRINA DE MARÇAL JUSTEN FILHO, COM A RESSALVA DAQUELE JURISTA NO SENTIDO DE QUE “...É POSSÍVEL E VIÁVEL A PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVA EM LICITAÇÃO, QUANDO O OBJETO LICITADO SE ENQUANDRA NA ATIVIDADE DIRETA E ESPECÍFICA PARA A QUAL A COOPERATIVA FOI CONSTITUÍDA. SE PORÉM, A EXECUÇÃO DO OBJETO CONTRATUAL ESCAPAR À DIMENSÃO DO ‘OBJETO SOCIAL’ DA COOPERATIVA OU CARACTERIZAR ATIVIDADE ESPECULATIVA, HAVERÁ ATUAÇÃO IRREGULAR DA COOPERATIVA. SERÁ HIPÓTESE DE SUA INABILITAÇÃO.”.(GRIFEI).

CONCORDO COM O POSICIONAMENTO DE MARÇAL JUSTEN FILHO, QUE FAZ ENTENDER QUE PARA SERVIÇOS DE LIMPEZA HAVERÁ DE EXISTIR COOPERATIVA PRÓPRIA DE SERVIÇOS DE LIMPEZA, E, COMO JÁ DISCORRI, ENTENDO INVIÁVEL SUA FORMAÇÃO. OUTROSSIM, A PESQUISA QUE FIZ NA PÁGINA DA OCESP – ORGANIZAÇÃO DAS COOPERATIVAS DO ESTADO DE SÃO PAULO, CONFIRMA A INEXISTÊNCIA DE COOPERATIVA PARA SERVIÇOS DE LIMPEZA.(fls.)

ASSIM EXPOSTO E, RESTRINGINDO-ME AOS PONTOS IMPUGNADOS, MEU VOTO JULGA PARCIALMENTE

³⁹ Processo 012.485/2002-9 – Acórdão 22/2003

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI
28ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO, DIA 17/9/2003

EXAME PRÉVIO

PROCEDENTE A REPRESENTAÇÃO CONTRA O EDITAL Nº 011/2003 DA CASA CIVIL DO GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO PARA DETERMINAR A RETIFICAÇÃO DO EDITAL EM SEU SUBITEM 2.1 DA CLÁUSULA VI – DA SUBSTITUIÇÃO DE DOCUMENTOS PELO CRC - E, TAMBÉM, PARA QUE CONSTE O IMPEDIMENTO À PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS, DADA A INCOMPATIBILIDADE DO OBJETO DA LICITAÇÃO COM A EXISTÊNCIA DE COOPERATIVA PRÓPRIA.

FAÇO CONSIGNAR RECOMENDAÇÃO AO CHEFE DA CASA CIVIL DO GOVERNO DO ESTADO PARA QUE AO RETIFICAR O EDITAL, REANALISE-O EM TODAS AS SUAS CLÁUSULAS, COM VISTAS A ELIMINAR EVENTUAIS OUTRAS IRREGULARIDADES QUE POSSA CONTER, EM AFRONTA À LEGISLAÇÃO OU À JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL.

POR FIM, CONSIDERANDO A SINGULARIDADE DA MATÉRIA, E, EM RAZÃO DA CONCLUSÃO CONTRÁRIA À POSIÇÃO EXTERNADA PELA DOUTA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO E CONSTANTE DOS AUTOS, ENTENDO DE CONVENIÊNCIA, PROPOR A REMESSA DE COPIA DA DECISÃO DESTE E. PLENÁRIO, AO EXCELENTÍSSIMO SENHOR

PROCURADOR GERAL DO ESTADO, PARA CONHECIMENTO E, OBSERVANDO O INTERESSE, CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE, DETERMINE SUA EXCELÊNCIA, ESTUDOS QUE RESULTEM EM ORIENTAÇÃO AOS ÓRGÃOS DO ESTADO PARA DISCIPLINAR QUAIS OS

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI
28ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO, DIA 17/9/2003

EXAME PRÉVIO

**CUIDADOS/REQUISITOS PASSÍVEIS DE SEREM EXIGIDOS NOS EDITAIS, EM
CUJOS CASOS SEJA POSSÍVEL A ACEITAÇÃO DE COOPERATIVAS,
EXCETUANDO-SE OS QUE TENHAM POR OBJETO SERVIÇOS DE LIMPEZA.**

**ESTE É O VOTO QUE SUBMETO À CONSIDERAÇÃO DE
VOSSAS EXCELÊNCIAS.**

ANTONIO ROQUE CITADINI
Conselheiro