

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL - TCDF**

**DISTRIBUIÇÃO POR PREVENÇÃO AO EXMO. CONSELHEIRO MANOEL PAULO DE ANDRADE NETO  
(Processo 17866/2019-e)**

**Urgente! Pedido de medida cautelar**  
**Sessão Pública de Pregão Eletrônico designada para 17/05/2022**

**BRA SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS LTDA.**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 08.328.682/0001-78, estabelecida à Rua Eurico Acioly Wanderley, nº 09, Gruta de Lourdes, CEP: 57052-895, Maceió/AL, (**Doc. 01**), vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, por intermédio de seus advogados devidamente constituídos (**Doc. 02**), com fulcro no art. 230, §1º, inciso VIII, do Regimento Interno desse e. Tribunal de Contas, apresentar **REPRESENTAÇÃO, com pedido de medida cautelar**, com fundamento no art. 277 do RITCDF, para apuração de ilegalidades constantes no ato convocatório do Pregão Eletrônico nº 121/2022-SES/DF, lançado pela Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal – SES/DF, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos.

#### **1 - DA LEGITIMIDADE DA REPRESENTANTE**

O art. 230, §1º, inciso VIII, do Regimento Interno desse e. Tribunal de Contas, dispõe que têm legitimidade para representar ao Tribunal “órgãos, entidades ou pessoas que detenham a prerrogativa de representação por força de suas respectivas competências ou atribuições legais”.

A Lei nº 8.666/93, que estabelece normas gerais para as licitações e os contratos administrativos firmados no âmbito da Administração Pública Federal, disciplina, em seu art. 113, que:

**Art. 113.** O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

**§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.** (grifos acrescidos)

Como se vê, o art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93 amplia a legitimidade para representar perante o Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação dessa lei, sendo que a especificação dos legitimados é redundante, em face do disposto no art. 74, § 2º, da Constituição Federal, que legitima qualquer interessado para a representação. Assim, é inconteste a legitimidade da Representante, que está constitucional e legalmente agasalhada no ordenamento jurídico pátrio.

## **2 – RAZÕES DE REPRESENTAÇÃO**

É objeto de exame dessa e. Relatoria (Processo nº: 17.866/19-e Apenso nº: 060.137.336/17) o Pregão Eletrônico processado pela Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal – SES/DF que tem por objeto é a *“Contratação regular de empresa especializada para prestação de Serviços de Limpeza, Higienização, Conservação, Asseio e Desinfecção Hospitalar nas Unidades desta Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal SES-DF, incluindo os serviços de desinfecção de superfícies e equipamentos (de acordo com o Manual de Higienização e normas vigentes), limpeza de áreas verdes, visando à adequada condição de salubridade e higiene, sob inteira responsabilidade da Contratada, com padrão de excelência necessário, com a disponibilização de mão-de-obra qualificada, produtos saneantes domissanitários, materiais, máquinas e equipamentos, e demais atividades correlatas”*, conforme especificações e condições estabelecidas no Edital e seus anexos.

Na última assentada, essa e. Corte, na Decisão Ord. Nº 1165/2022 – SS, acompanhando essa e. Relatoria decidiu:

“I – tomar conhecimento:

- a) do Ofício nº 41/2022 – SES/SUAG/DAQ/CCOMP (edoc. 2FAC85FE-c, Peça 190);
- b) dos documentos juntados aos autos (e-doc. 601F17A9-e, Peça 191; e-doc. DEC11362-e, Peça 193; e-doc. EA9A7F8F-e, Peça 201; e-doc. 27F971BC-e, Peça 202; e e-doc. F198E652-e, Peça 203);
- c) do Papel de Trabalho – PT nº 463/2022 – DIFLI (e-doc. B2DE188Ae, Peça 204);
- d) do Aviso de Suspensão do PE nº 166/2019 – SES/DF, publicado no DODF nº 18, de 26.01.22 (e-doc. BF5B2A67-e, Peça 205), e nos classificados do Jornal de Brasília (e-doc. 08F1F6A2-e, Peça 206);
- e) do Aviso de Revogação do PE nº 166/2019 – SES/DF, publicado no DODF nº 28, de 09.02.22 (e-doc. 02885EDD-e, Peça 207), e nos classificados do Jornal de Brasília (e-doc. 69E39BCA-e, Peça 208);

f) do Relatório SEI – GDF nº 53/2022 – SES/SUAG/ DAQ/CCOMP (edoc. 413B2CC5-e, Peça 209); g) do Despacho da Subsecretária de Administração da SES/DF (edoc. DD12C1C1-e, Peça 211);

II – ter por cumpridas as diligências determinadas nos itens III e IV do Despacho Singular nº 021/2022 – GCMA, ratificado pela Decisão nº 47/22; III – considerar, no mérito, prejudicada, por perda de objeto, a nova representação formulada pela empresa BRA Serviços Administrativos Ltda., haja vista a revogação do PE nº 166/2019 e a necessidade de publicação de um novo edital adequado aos regramentos do Decreto Federal nº 10.024/19 e adaptado à operacionalização do Sistema Comprasnet nos termos da nova legislação; IV – autorizar: a) a ciência desta decisão à Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal – SES/DF e à pregoeira, bem como à representante; b) o retorno dos autos à Secretaria de Fiscalização Especializada/TCDF – SESPE, para as devidas providências. O Conselheiro RENATO RAINHA deixou de atuar nos autos, por força do art. 153, § 1º, do RI/TCDF.”

A SES/DF, então, tornou público Edital do Pregão Eletrônico nº 121/2022, após a revogação, pelas autoridades competentes, do Pregão Eletrônico nº 166/2019, no sentido de viabilizar o andamento do procedimento licitatório aos regramentos do Decreto nº 10.024/2019, bem como a operacionalização do Sistema Comprasnet nos termos da nova legislação. (cf. Relatório Doc. SEI/GDF 79670665 do Processo 00060-00137336/2017-60).

Ocorre que, em que pese repetidas determinações desse e. TCDF à jurisdicionada SES/DF para promover ajustes nos atos convocatórios do Pregão, provocado por representações pretéritas e pela atuação contundente do d. Ministério Público de Contas, mais uma vez a Secretaria torna público o certame mediante ato convocatório eivado de nulidades.

Essa conduta, por si, além de afrontar os princípios comezinhos aos chamamentos públicos, afronta diretamente o princípio da autotutela administrativa, emanção do princípio da legalidade, que impõe à Administração Pública o dever, e não a mera prerrogativa, de zelar pela regularidade de sua atuação.

**A sessão de abertura está designada para o dia 17/05/2022, terça-feira, às 9h, horário de Brasília.**

Novamente, a nova versão do Edital de convocação, cujo valor anual previsto para a contratação é de R\$ 133.919.964,3002 (cento e trinta e três milhões, novecentos e dezenove mil novecentos e sessenta e quatro reais e trinta centavos), não saneou, nem mesmo justificou importantes

questões tratadas em impugnações pretéritas apresentadas pela ora Representante e outras pretensas licitantes, sobre a patente violação a dispositivos legais, orientações firmadas pelo e. TCU e por e. Corte de Contas, além de impropriedades constantes do Termo de Referência, inadequação aos preceitos da IN nº 05/2017, deficiência de composição dos custos envolvidos, dentre outras.

### **3 – MERITORIAMENTE**

#### **3.1. DA VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE ME/EPP NO LOTE 5**

De início, foram encontrados itens pontuais, que viciam o ato convocatório, quer por não dar a devida atenção e não cumprir de forma integral com as disposições estabelecidas na Lei Distrital nº 4.611/2011, que visa garantir o tratamento diferenciado e simplificado para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, ou ainda por não respeitar o rigor do Decreto nº 35.592/14.

Conforme a atual redação do artigo 3º da Lei nº 8.666/93, destina-se a licitação a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, devendo ser privilegiado o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte, na forma da lei (art. 3º, §14, e art. 5º-A).

A Lei Distrital nº 4.611/2011 tem o intuito de promover o desenvolvimento e ampliar a atuação dos pequenos negócios nas compras governamentais e DETERMINA no seu artigo 17 que toda a Administração Pública do Distrito Federal DEVE realizar licitações atribuindo tratamentos diferenciados e simplificados às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, trazendo modificações substanciais no planejamento e na execução da licitação:

Art. 17. Nos termos dos arts. 170 e 179 da Constituição Federal e do art. 47 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, nos processos de licitação, o Distrito Federal poderá:

I – conceder tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as entidades preferenciais;

E um desses benefícios será a destinação de cota reservada para as entidades preferenciais, na forma do § 1º, art. 23 da Lei Distrital nº 4.611/2011:

Art. 23. O tratamento favorecido e diferenciado a ser dispensado às entidades preferenciais será concedido, independentemente do direito de preferência e de saneamento, nos percentuais de no mínimo 10% (dez por cento) e no máximo 25% (vinte e cinco por cento) do gasto público com contratações.

§ 1º O tratamento favorecido e diferenciado a que se refere este artigo será implementado por meio de contratação exclusiva, cota reservada e subcontratação compulsória.”

Percebamos que esses privilégios conferidos às ME e EPP possuem acolhimento constitucional, conforme o disposto no artigo 170, IX, da Constituição Federal:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Pois bem. Da análise do edital, vê-se que o mesmo (item 3 do termo de referência) tratou em parte de conceder benefícios as ME e EPP. Contudo, o fez sem observar a integralidade desses benefícios.

O objeto está parcelado em 10 lotes/itens, conforme justificativas trazidas pela própria Administração Distrital ao termo de referência, e seus valores estimados ultrapassam a monta de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), sendo que a Administração distrital atribui o benefício da cota reservada às ME e EPP aos lotes/itens 1, 5, 9 e 10.

Ora, se o objeto possui 10 lotes/itens e seus valores ultrapassam o limite estabelecido no art. 25 da Lei Distrital nº 4.611/2011, para atender a norma distrital em sua integralidade, cada lote/item DEVE (texto normativo) ter sua respectiva cota destinada às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

Ademais, a metodologia adotada no edital afronta a Lei Distrital nº 4.611/2011. Primeiro, o valor estimado do lote 5 corresponde à monta de R\$ 17.047.554,6925 – Anexo II do Edital. Assim, tal lote não pode ser exclusivo para ME/EPP (de forma inequívoca), porquanto contraria o regramento do art. 24 da Lei Distrital nº 4.611/2011, que assim dispõe:

Art. 24. O tratamento favorecido e diferenciado de que trata a presente Lei não poderá ser aplicado em favor de entidade que, em decorrência do valor da licitação a que estiver concorrendo, venha a auferir faturamento que acarrete o seu desenquadramento da condição de microempresa.”

Nesse aspecto, é mister asseverar que o limite de faturamento (receita bruta anual) para as Empresas de Pequeno Porte é de R\$ 4,8 milhões, de modo que ao extrapolar esse faturamento, a citada modalidade empresarial é obrigada a se desenquadrar dessa condição, deixando de usufruir dos benefícios concedidos às entidades preferenciais, de modo que a metodologia do edital é flagrantemente contrária à redação alhures transcrita.

Ademais, para cada lote/item somente pode ter uma cota reservada às ME e EPP. Do contrário ocorre inegável afronta ao art. 26 da Lei Distrital nº 4.611/2011, que preconiza:

Art. 26. Será estabelecida cota reservada para as entidades preferenciais nas licitações para aquisição de bens, serviços e obras de natureza divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo do objeto.

§ 1º O item ou objeto em que for aplicada a cota reservada passará a ter dois subitens, sendo:

I – um, com limite máximo ao percentual de 25% (vinte e cinco por cento) para a cota reservada, destinado exclusivamente às entidades preferenciais;

II – outro subitem com o percentual complementar destinado ao mercado geral.”

Sendo assim, a disposição do §1º do dispositivo legal acima vincula dois subitens para cada lote/item, sendo um de ampla participação e outro para a cota reservada ao limite de até 25%, de modo que falha o instrumento convocatório ao não delimitar especificamente em cada lote qual percentual será aplicado para as cotas reservadas, obedecendo ao limite de até 25% do valor do lote, a fim de afastar a possibilidade de desenquadramento tributário da licitante que venha a vencer a respectiva cota (item 3.1.2).

De igual sorte, conforme se infere no *caput* do texto legal supra transcrito, a Administração somente poderia implementar o parcelamento caso “não haja prejuízo para o conjunto ou complexo do objeto”, o que não se verifica na instrução processual, seja no Estudo Técnico Preliminar, seja no Termo de Referência.

De todo modo, ainda que houvesse tal justificativa, igualmente se denota grave falha ao não estipular exatamente qual o percentual das cotas reservadas em cada um dos lotes, acarretando metodologia que caminha em rota de colisão com as disposições do princípio da legalidade e do princípio da segurança jurídica.

De forma mais específica, é dizer que o Edital e seus anexos devem prever com clareza qual o percentual será utilizado nas cotas reservadas, bem como comprovar a inexistência de prejuízo para o conjunto ou complexo do objeto, a fim de conferir segurança e certeza no transcurso

do certame e dar cumprimento ao disposto art. 3º, I do Decreto Federal nº 10.024/19, cumulado com o arts. 6º, IX, a e 40, I da Lei nº 8.666/93, a saber:

Art. 3º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

I - aviso do Edital - documento que contém:

a) a definição precisa, suficiente e clara do objeto;

Art. 6º [...]

IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;

Art. 40. O Edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;

No mesmo sentido caminha o Decreto Distrital nº 35.592/14, ao prever em seu art. 2º, §3º:

Art. 2º As licitações públicas do Distrito Federal devem observar, em benefício das entidades preferenciais, especialmente o seguinte:

[...]

§ 3º Os critérios de tratamento diferenciado devem estar expressamente previstos no instrumento convocatório.

Noutro tomo, cumpre enfatizar que a pretendida divisibilidade encontra óbice na execução operacional do objeto contratado, visto que, nesse caso específico, a divisão poderá resultar em número fracionado, uma vez que a contratação se dará por m<sup>2</sup> e não por postos de serviço.

Então, caso a contratante insista na contratação por cotas, deveria ao menos discriminar especificadamente as unidades de saúde inteiras (jamais fracionadas) em que serão realizados os serviços pelas empresas cotistas.

Que fique claro: em momento algum esta representante está classificando o serviço em si como indivisível. O serviço como um todo não é, mas a metodologia adotada pelo Edital revela-se inviável.

A celeuma se dá pelo fato de que se a contratação é por área (m<sup>2</sup>), o termo de referência deveria discriminar especificadamente quais unidades específicas serão destinadas exclusivamente às vagas das cotas (ajuste de área), sob pena de haver mais de uma empresa prestando

os serviços na mesma localidade, causando transtornos e dificuldades na fiscalização e gestão dos contratos pela SES.

E ainda: qual justificativa o órgão teria para pagar preços diferentes pelos mesmos serviços prestados na mesma localidade?

Isso porque não se afigura minimamente razoável que funcionários de empresas distintas laborem nas mesmas unidades, prestando os mesmos serviços, sem se olvidar da escorreita aferição dos resultados e identificação de quem deu causa a eventuais impropriedades no serviço no que diz respeito às atribuições dos gestores e fiscais do contrato.

No mesmo sentido, a natureza do objeto a ser licitado implica em serviço essencial de natureza sanitária que não pode sofrer intercorrências que acarretem incertezas gerenciais e operacionais.

Portanto, sendo inócuo o Edital a esse respeito, não se vislumbra a possibilidade da pretendida distribuição quando ausentes fatores claros e determinantes que demonstrem jurídica e operacionalmente a possibilidade de implementação dessa metodologia de contratação.

E isso faz levantar questionamentos que não encontram solução no instrumento convocatório: como será feita a distribuição de até 25% de determinada área? A área será dividida em quadrantes específicos para serem distribuídos entre as empresas? Como será feita essa divisão? Qual instrumento será utilizado para medir ou indicar com exatidão a responsabilidade de cada empresa por danos ou serviços deficientes nas áreas que são comuns a ambas?

E, ainda, o parcelamento de até 25% da cota não pode corresponder à métrica que conduza a um número fracionado da unidade, devendo ser vinculado a números inteiros que correspondam a unidades inteiras.

A propósito, esse e. TCDF, nos autos do processo nº 17866/2019-e, que tratou de representação formulada em face do Pregão anterior, o e. Relator submeteu à consideração do Plenário o Despacho Singular nº 69/2020-GCMA, emitido no dia 24/03/2020. O Tribunal, por unanimidade, referendou o mencionado Despacho, do qual extrai-se à seguinte determinação:

[...]

III – determinar à Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal –SES/DF que ajuste: a) o item 35.2 do Termo de Referência estipulando o quantitativo para habilitação em referência à metragem do lote disputado, em obediência ao estabelecido no item II.c.1 do Despacho Singular n.º 352/19-GCPM; b) o item 3.5.8 da minuta do Edital para retirar a vedação imposta à participação das empresas de pequeno porte – EPP nos lotes, cujo valor anual acarrete seu desenquadramento, em obediência às Decisões n.ºs 6.054/16 e 6.375/16; IV – reiterar à SES o item II.c.2 do Despacho Singular n.º 352/19- GCPM, no sentido de que os encargos sociais e trabalhistas sejam limitados ao percentual de 72,91%, adequando o item 5.6.2, “e”, da minuta do Edital e o item 33.5 do Termo de Referência;

Ocorre que, ao contrário de bem atender o item “b” acima, a SES/DF acabou por incluir de forma genérica e indigitada a composição das cotas reservadas em “até” 25%, sem especificar o real percentual em cada lote, enquanto que deveria promover detalhadamente a adequação constante no comando supratranscrito. Isso porque o art. 2º, §2º do Decreto Distrital nº 35.592/14 determina que a microempresa não poderá se beneficiar do tratamento favorecido e diferenciado caso venha a se desenquadrar da condição de microempresa em razão do incremento de seu faturamento. Veja-se:

Art. 2º [...]

§ 2º O tratamento favorecido e diferenciado não poderá ser aplicado em favor de entidade que, em decorrência do valor da licitação a que estiver concorrendo, venha a auferir faturamento que acarrete o seu desenquadramento da condição de microempresa.

É indene de dúvidas, assim, que o Edital afronta gravemente o comando desse e. TCDF neste particular, bem como contraria as disposições legais alhures transcritas, o que reclama saneamento e atrai o controle dessa e. Corte de Contas.

### 3.2. DIVERGÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO DA COMPOSIÇÃO DOS CUSTOS DA CONTRATAÇÃO

O item 10.5.10 do instrumento convocatório consolida que a planilha de composição dos custos estimados da contratação utilizou como parâmetro o regime tributário do Lucro Real:

10.5.10. Para fins de composição de preço, esta Secretaria utilizou como base o Regime de Tributação de Lucro Real;

Conforme preconizado na Lei nº 10.637/02, no regime tributário do LUCRO REAL, a alíquota do PIS é de 1,65%; já a Lei nº 10.883/03 estabelece a alíquota da COFINS em 7,6%. Entretanto, o Apêndice XIV, anexo ao Edital, consolidou a planilha de custos com as alíquotas de PIS e COFINS referentes ao regime tributário do Lucro PRESUMIDO (0,65% e 3%, respectivamente):

6	CUSTOS INDIRETOS, TRIBUTOS E LUCRO	%
A	Custos Indiretos	0,760%
B	Lucro	1,000%
C	TRIBUTOS	
C.1	PIS	0,650%
C.2	COFINS	3,000%
C.3	ISS	5,000%
TOTAL DO MÓDULO 6		10,41%

Esclareça-se, Exa., que a abordagem desse tema não é mero rigorismo exacerbado, mas **constitui falha grave na consolidação da planilha de custos, pois impacta na aceitabilidade das propostas e na regra de qualificação econômico-financeira.**

Ou seja, se o Edital de fato se baseasse na composição da planilha de custos fundada nas alíquotas de PIS e COFINS do Lucro Real, o valor estimado da contratação seria maior e as licitantes teriam que comprovar maior capacidade econômico-financeira, equivalente ao valor estimado adequado à realidade do edital.

### **3.3. AUSÊNCIA DE REGRAMENTO EM CASO DE ATRASO DE PAGAMENTO PROVOCADO EXCLUSIVAMENTE PELA ADMINISTRAÇÃO**

O Decreto Distrital nº 38.934/2018, determina a aplicação, no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta do Distrito Federal, da Instrução Normativa nº 05/2017. Por sua vez, é regra prevista na IN nº 05/2017, anexo XI, item 5:

Anexo XI

[...]

5. Na inexistência de outra regra contratual, quando da ocorrência de eventuais atrasos de pagamento provocados exclusivamente pela Administração, o valor devido deverá ser acrescido de atualização financeira, e sua apuração se fará desde a data de seu vencimento até a data do efetivo pagamento, em que os juros de mora serão calculados à taxa de 0,5% (meio por cento) ao mês, ou 6% (seis por cento) ao ano, mediante aplicação das seguintes fórmulas:

$$I=(TX/100)$$

365

EM = I x N x VP, onde:

I = Índice de atualização financeira;

TX = Percentual da taxa de juros de mora anual;

EM = Encargos moratórios;

N = Número de dias entre a data prevista para o pagamento e a do efetivo pagamento;

VP = Valor da parcela em atraso.

Tem-se, portanto, latente a necessidade de existência da regra contratual prevendo a atualização financeira em caso de atraso de pagamento provocado exclusivamente pela Administração.

A propósito, cumpre sedimentar que a empresa representante é a atual prestadora dos serviços de limpeza, asseio e conservação na SES/DF, onde vem amargando, mês a mês, atrasos injustificados no pagamento de suas faturas, sem que haja qualquer responsabilização dos gestores

responsáveis pelo contumaz inadimplemento. Tal fato é, inclusive, de conhecimento público, e se perpetua gestão a gestão.

As irregularidades e abusos praticados pela SES/DF são, ainda, objeto de exame dessa e. Corte nos autos do processo nº 00600-00001111/2022-89-e.

A medida, além de absolutamente consentânea às garantias do particular, conforme previsão legal, visa inibir que a Administração Pública continue com essa prática nefasta, ante a possibilidade de responsabilização pessoal do gestor responsável pelo dispêndio dos encargos que poderiam ser evitados com o pagamento em dia das faturas.

Não se trata, assim, de interesse exclusivo do particular. Mas, e sobretudo, do apreço pelo esmerado atendimento ao interesse público da população, dada a natureza de essencialidade dos serviços.

#### **3.4. DAS IRREGULARIDADES QUANTO À DEFINIÇÃO DO CUSTO DOS INSUMOS ATRAVÉS DE APLICAÇÃO DE PERCENTUAL DE 12% SOBRE OS CUSTOS DIRETOS**

Já da leitura atenta dos itens 10.5.18 do Edital e 12.1 do Termo de Referência, que tratam da composição dos custos envolvidos, vê-se que o ato convocatório o faz de forma genérica e insubsistente, o que, conseqüentemente, inviabiliza que os licitantes componham suas planilhas de custos adequadamente. Vejamos:

10.5. Os critérios de aceitação da proposta são os seguintes:

[...]

10.5.18. A relação dos materiais e equipamentos que serão utilizados na execução dos serviços, indicando o quantitativo e sua especificação;

[...]

12.1. Todos os componentes das Prestação do Serviço pela Contratada para a execução dos serviços constantes deste documento são insumos pessoais do funcionário (uniforme, equipamentos, materiais) da Contratada para esta prestação, e deverão estar detalhados na proposta;

12.1.2. Insumos: Base de Cálculo x percentual de 12% (doze por cento) em relação a soma de todos os itens de custo para cada cargo de Servente;

Cuida-se de afronta ao disposto nos arts. 40, I; 6º IX, "f" e 7º, §4º da Lei nº 8.666/93.

Confira-se:

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento

da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

I – objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

IX – Projeto Básico – conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

[...]

f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

[...]

§ 4º É VEDADA, AINDA, A INCLUSÃO, NO OBJETO DA LICITAÇÃO, DE FORNECIMENTO DE MATERIAIS E SERVIÇOS SEM PREVISÃO DE QUANTIDADES ou cujos quantitativos não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo.

Didaticamente, ao se manifestar sobre a matéria, o e. **Tribunal de Contas da União** destacou as seguintes premissas:

Definição do objeto

O que é?

1. Declaração de modo conciso, mas COMPLETO, do que a Administração deseja contratar.

Partes essenciais da declaração do objeto

2. Suas partes essenciais são:

- 1) a declaração da natureza do objeto;
- 2) OS QUANTITATIVOS;
- 3) o prazo.

Declaração imprecisa do objeto

3. Risco: Declaração imprecisa do objeto, levando a que a natureza, as quantidades ou o prazo não fiquem claros, com consequente contratação que não atenda à necessidade da organização.

Fonte: <http://www.tcu.gov.br/arquivosrca/001.003.011.041.htm#Fund755-3> (acesso em 11.05.2022 às 19h09)

No mesmo gradiente de entendimento, os mais assertivos precedentes daquela e.

Corte prescrevem:

Inclua a definição de todos os itens que compõem os serviços licitados de forma sucinta e clara, permitindo que todos os licitantes concorram em igualdade de condições,

conforme o previsto no art. 3º e inciso I do art. 40 da Lei nº 8.666/1993. (TCU. Acórdão 889/2007 Plenário)

A ausência da especificação adequada de objeto de licitação para a contratação de serviços, a realização de contrato verbal, e o pagamento de despesa sem sua necessária liquidação, mesmo que não gerem dano calculável ao erário, submete os responsáveis ao pagamento de multa. (TCU. Acórdão 3651/2009 Segunda Câmara)

A ausência de detalhamento de itens da licitação, com nível de precisão adequado e suficiente para bem caracterizar o serviço que se pretende contratar, afronta, de forma clara, os arts. 6º, inciso IX, e 7º, § 2º, da Lei nº 8.666, de 21/6/1993. (TCU. Acórdão 6349/2009 Segunda Câmara)

Defina o objeto de forma precisa, suficiente e clara, não deixando margens a dúvidas, sob pena de comprometer o caráter competitivo do certame, em atendimento ao art. 40, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, e art. 9º, inciso I, do Decreto nº 3.931/2001. (TCU. Acórdão 1100/2007 Plenário)

Depreende-se, portanto, que o Edital jamais poderia se limitar a estipular que os custos de todos os insumos, materiais e equipamentos correspondam a 12% sobre os custos diretos, mas deveria **descrever e apontar detalhadamente os materiais, equipamentos, insumos, EPIs e demais itens correlatos, inclusive com os custos estimados e quantidades, com clareza suficiente a possibilitar que as concorrentes apresentem suas propostas de forma mais adequada, o que não se vê.**

Isso, aliás, em observância ao entendimento consolidado na decisão colegiada desse e. TCDF abaixo transcrita, onde há a limitação dos itens que podem ou não serem consolidados em 12% sobre os custos diretos da contratação, com a separação entre materiais de higiene/limpeza e materiais domissanitários, nos seguintes termos:

LICITAÇÃO. SERVIÇO DE LIMPEZA HOSPITALAR. MATERIAL SANEANTE DOMISSANITÁRIO. BDI. ESTIMATIVA DE CUSTO. VALOR GLOBAL DO CERTAME.

1. Para a elaboração de estimativa de preços dos materiais necessários para a prestação de serviços de limpeza em ambiente hospitalar deve-se considerar separadamente os materiais saneantes domissanitários e os materiais de higiene, tais como papel higiênico, papel toalha e sacos de lixo, que podem ser cobrados como insumos sobre demanda.

2. Na contratação de serviços de limpeza hospitalar, a fixação do percentual de 12% sobre os custos diretos do serviço para o cálculo dos valores dos materiais domissanitários e equipamentos (não se incluindo, neste item, materiais de limpeza/higiene) decorre de prática administrativa e por isso, pode ser admitida quando houver impossibilidade de se adotar outra mais precisa. (BOLETIM INFORMATIVO DECISÕES TCDF Nº 01/18)

Denota-se que a metodologia utilizada no Edital para insumos, materiais e equipamento implica na possibilidade de indicação de quantitativos diferentes para os insumos entre os licitantes, o que afronta o princípio da isonomia e o princípio do julgamento objetivo.

Não pode a Administração terceirizar a indicação de quantitativos de materiais e equipamentos aos licitantes, quando deveria prever os quantitativos dos insumos para padronizar o numerário apresentado pelos licitantes em suas propostas.

Do contrário, haverá propostas com os mais variados quantitativos de insumos, impossibilitando o julgamento justo e assertivo das propostas, bem como acarretando possível inexequibilidade do preço contratado caso um licitante apresente quantitativos demasiadamente inferiores ao necessário, já que o Edital terceiriza a responsabilidade de informar os quantitativos ao licitante e não traz subsídios para que o Pregoeiro decida de maneira assertiva pela viabilidade/exequibilidade da proposta.

**Em linhas mais claras: o Pregoeiro não possui elementos objetivos para decidir se o quantitativo apresentado pelo licitante (item 10.5.18 do Edital) é suficiente para execução dos serviços.**

Portanto, não pode a SES/DF se haver desse comodismo para adoção da inócua metodologia de 12% sobre os custos diretos. Ao contrário, deveria se empenhar em perseguir a melhor prestação de serviços e possibilitar o julgamento objetivo das propostas.

### **3.5. DAS FALHAS QUANTO AOS CRITÉRIOS DE REAJUSTE**

A metodologia do Edital traz graves problemas quanto ao reajuste e repactuação. Para ilustrar isso, primeiramente, há que se trazer o regramento dos itens 16.32 e 16.33 do Edital, que preconizam o reajuste por índice:

16.32. O critério de reajuste, quando couber, deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, aplicados quando da execução de serviços não contínuos ou contínuos sem dedicação exclusiva de mão de obra, desde a data prevista para apresentação da proposta, até a data do adimplemento de cada parcela, aplicando-se o IPCA/IBGE.

16.33. Nas contratações em que o valor do contrato de serviços seja preponderantemente formado pelos custos de insumos, poderá ser adotado o reajuste em sentido estrito, adotando-se o IPCA/IBGE, observado o prazo mínimo de vigência condo no item 17.1.

Pois bem. Além do reajuste em sentido estrito, há a repactuação do contrato, direito constitucional da contratada, que reflete, em síntese, a necessidade de implementação dos efeitos das alterações da Convenção Coletiva de Trabalho da Categoria no preço contratado.

O problema surge quando o Edital prevê a metodologia de 12% dos custos diretos para materiais e equipamentos, uma vez que o valor da repactuação incidirá nesses custos diretos e, por consequência, irá majorar o valor efetivo correspondente aos 12% dos materiais e equipamentos.

Em contrapartida, os itens alhures transcritos apontam que o reajuste em sentido estrito terá por base o IPCA/IBGE. Denota-se, então, que **haverá duplicidade nos critérios de reajuste dos insumos, acarretando o enriquecimento ilícito da contratada e latente dano ao Erário**, daí porque se revela ineficaz e inoperante a metodologia de incidência percentual para composição dos custos dos materiais e equipamentos.

### **3.6. DIVERGÊNCIA DO GRAU DE INCIDÊNCIA DO PERCENTUAL DE INSALUBRIDADE PARA A LIMPEZA DAS INSTALAÇÕES SANITÁRIAS**

O apêndice I indica incidência de insalubridade para os banheiros no percentual de 20%. Já o item 13.5.4 e respectivos subitens do Termo de Referência, determinam a adoção de percentual de grau máximo de insalubridade para as áreas críticas, considerando como tal, inclusive, as instalações sanitárias de uso coletivo de grande circulação, onde incide insalubridade em 40%:

13.5.4. Considera-se área hospitalar com grau de insalubridade 40% as áreas nomeadas críticas;

13.5.4.1. 40% do salário mínimo aos empregados que prestam serviços em áreas críticas, conforme disposto em Parecer da Procuradora-Geral Adjunta do Distrito Federal, constante do Processo no 060.008.755/2013.

13.5.4.2. Considera-se área hospitalar com grau de insalubridade 40% as áreas detalhadas abaixo:

a) **Instalações sanitárias** de uso coletivo de grande circulação em hospitais e unidades de saúde e a respectiva coleta de lixo (locais de acesso irrestrito pelo público).

[...]

c) Locais onde existam salas de espera de pacientes **com sanitários; Nas unidades onde exista a necessidade de higienização de instalações sanitárias** e a respectiva coleta de lixo dos setores classificados de acordo com artigo 13.5.3 - (Setores similares à: Enfermarias; Apartamentos de Internação; Ambulatórios; Postos de Enfermagem; Elevadores e Corredores nas alas de serviço; DML sem tanque; Núcleos de vigilância epidemiológica que não executam vacinação; núcleos de banco de leite humano; núcleos de radiologia e imagenologia.)

Nesse sentido, é a Súmula nº 448 do e. Tribunal Superior do Trabalho:

ATIVIDADE INSALUBRE. CARACTERIZAÇÃO. PREVISÃO NA NORMA REGULAMENTADORA Nº 15 DA PORTARIA DO MINISTÉRIO DO TRABALHO Nº 3.214/78. INSTALAÇÕES SANITÁRIAS.

[...]

II – A higienização de instalações sanitárias de uso público ou coletivo de grande circulação, e a respectiva coleta de lixo, por não se equiparar à limpeza em residências e escritórios, enseja o pagamento de adicional de insalubridade em grau máximo, incidindo o disposto no Anexo 14 da NR-15 da Portaria do MTE nº 3.214/78 quanto à coleta e industrialização de lixo urbano.

Consoante decisão Colegiada desse e. TCCF, falha o Edital em atribuir insalubridade em grau médio (20%) – Apêndice I –, quando deveria atribuir grau máximo (40%) para os banheiros de grande circulação de pessoas. Confira-se:

LICITAÇÃO. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CLASSIFICAÇÃO DE ÁREA QUANTO À SUA CRITICIDADE. SERVIÇO DE LIMPEZA HOSPITALAR. MATERIAL DE LIMPEZA HOSPITALAR. TRABALHO EM ALTURA. HIGIENIZAÇÃO DE INSTALAÇÕES SANITÁRIAS DE USO PÚBLICO OU COLETIVO DE GRANDE CIRCULAÇÃO.

[...] 4. A higienização de instalações sanitárias de local público, ainda que o uso seja restrito a funcionários e usuários do prédio, não se equiparam aos serviços prestados em residências e escritórios e, por isso, requerem a incidência do adicional de insalubridade no grau máximo, conforme a Súmula 448 do TST.

Portanto, a higienização de instalações sanitárias de local público, ainda que o uso seja restrito a funcionários e usuários do prédio, demanda a incidência do adicional de insalubridade no grau máximo, conforme sedimentado na Súmula 448 do TST, pelo que carece o Edital de saneamento nesse aspecto para TODAS as circunstâncias em que prevê insalubridade em grau médio para as instalações sanitárias (Apêndice I).

Novamente, o que se aborda não enseja em mero detalhe ou preciosismo pois, além de ocasionar prejuízo trabalhista ao obreiro, gera impacto na aceitabilidade das propostas e na regra de qualificação econômico-financeira, ante majoração do preço da planilha de referência se implementada a alteração em questão.

### **3.7. VALOR ESTIMADO DA CONTRATAÇÃO ELABORADO EM DISSONÂNCIA À REGRA TRABALHISTA VIGENTE**

Nas planilhas de custos que compõem o valor estimado da contratação (Apêndice XIV) foi utilizada a redução salarial do empregado, em virtude da redução da respectiva jornada de trabalho. Todavia, a Convenção Coletiva de Trabalho da categoria, utilizada pelo Edital, veda a redução a título de proporcionalidade do salário da categoria, conforme consta na cláusula trigésima oitava, parágrafo quarto:

CLÁUSULA TRIGÉSIMA OITAVA - JORNADA DE TRABALHO

[...]Parágrafo Quarto – A Jornada de Trabalho dos empregados da categoria profissional é de 44 (quarenta e quatro) horas semanais, inclusive porteiros diurnos e noturnos, vedado sua redução a título de proporcionalidade do salário da categoria.

Igualmente, o que se aborda neste tópico não enseja em mero detalhe ou excesso de rigor, posto que além de ocasionar prejuízo trabalhista ao funcionário, gera impacto na aceitabilidade das propostas e na regra de qualificação econômico-financeira, ante majoração do preço da planilha de referência se implementada a alteração em questão.

**3.8. DA IMPOSSIBILIDADE DE VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS QUE SE ENCONTREM EM PROCESSO DE DISSOLUÇÃO, RECUPERAÇÃO JUDICIAL OU EXTRAJUDICIAL, FALÊNCIA, CONCORDATA, CONCURSO DE CREDORES, LIQUIDAÇÃO, FUSÃO, CISÃO OU INCORPORAÇÃO**

O Item 3.4.6 do edital impede a participação de empresas no certame que se encontrem em processo de dissolução, recuperação judicial ou extrajudicial, falência, concordata, concurso de credores, liquidação, fusão, cisão ou incorporação.

Ocorre que tal restrição não é prevista na legislação aplicável à Licitação, sendo, portanto, incabível que o Edital impeça a participação de empresas em processo de recuperação judicial.

A Lei 8.666/93 dispõe em seu art. 3º que a licitação se destina a garantir a observância ao princípio constitucional da isonomia, bem como a seleção da proposta mais vantajosa para a administração. Esse mesmo artigo veda o estabelecimento de cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter o competitivo da licitação, assim como veda o tratamento diferenciado de natureza comercial, conforme a seguir:

Art. 3º [...]

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

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

Então, a restrição impugnada afronta diretamente a legislação quando estabelece uma restrição inexistente na legislação, o que implica redução no número de participantes do certame em tela. Patente, pois, que tal impedimento deve ser excluído do Edital.

Importa destacar que o Tribunal de Contas da União já se manifestou sobre o tema no sentido de não ser possível impedir a participação de empresa em recuperação judicial em licitações.

Tal entendimento está transcrito no Acórdão nº 8271/2011, o qual determina que *“é possível a participação de empresa em recuperação judicial, desde que amparada em certidão emitida pela instância judicial competente, que certifique que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório nos termos da Lei 8.666/93.”*

Além disso, os precedentes jurisprudenciais são no mesmo sentido quando tratam da ilegalidade de disposições que pretendem impedir que empresas em recuperação judicial participem em licitações, senão vejamos:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA. EMPRESA SUBMETIDA À RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INABILITAÇÃO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. SEGURANÇA CONCEDIDA.

I - Na espécie dos autos, constatada a ausência de motivação idônea a ensejar a inabilitação da impetrante em procedimento licitatório de concorrência pública, verifica-se que não merece reparos o julgado monocrático que concedeu a tutela pretendida, mormente quando inexistente de lastro normativo a exigência ora questionada (submissão de empresa licitante à regime de recuperação judicial), sob pena de infringência aos princípios da legalidade e da observância ao caráter competitivo da licitação.

II - Ademais, restringindo-se a pretensão mandamental no reconhecimento de ilegalidade da inabilitação da impetrante, a qual já se concretizou, por força de ordem judicial liminarmente deferida, em 26/11/2012, resta caracterizada, na espécie, uma situação de fato já consolidada, cujo desfazimento já não mais se recomenda, na linha do entendimento jurisprudencial consagrado em nossos tribunais, em casos que tais.

III - Remessa oficial desprovida. Sentença confirmada. (TRF-1 - REOMS: 78018020124014300 TO 0007801-80.2012.4.01.4300, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, Data de Julgamento: 28/08/2013, QUINTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.298 de 04/09/2013) Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Possibilidade de a empresa em recuperação judicial continuar participando de

licitações públicas. Ausência de vedação legal expressa. Recurso provido. (Agravo de Instrumento Nº 70054779087, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 31/07/2013) (TJ-RS – AI: 70054779087 RS, Relator: Ney Wiedemann Neto, Data de Julgamento: 31/07/2013, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 20/08/2013)

Nessa linha, também é o entendimento da Advocacia Geral da União (Parecer nº 04/2015/CPLC/DEPCONSUIPGF/AGU) no qual existe a orientação de que seja permitida a “**participação de empresas em processo de recuperação judicial, mas somente nos casos em que haja plena comprovação da aprovação e homologação do plano de recuperação, mediante apresentação de cópia da decisão judicial respectiva.**” Também existe a Nota Técnica AGU/PGF/PF-UFCA Nº 035/2017 onde esclarece e defende o posicionamento acima, emitida em virtude de impugnação contra edital de licitação de obras onde se questionava o mesmo item do edital.

Não há sentido nem permissivo legal para tamanha restrição, devendo o administrador público se ater ao Princípio da Legalidade Pública, somente podendo fazer o que a Lei expressamente autoriza. Não há, portanto, que se confundir com o Princípio da Legalidade Privada, onde ao particular é permitido fazer tudo que a Lei não proíbe.

Pelo exposto, restando latente mácula insanável e restritiva no instrumento convocatório, é imperiosa a retificação do edital para a excluir a vedação do item 3.4.6 e ser adequado para atender à eventual participação de empresas em recuperação judicial, desde que atendam as orientações jurídicas citadas acima.

### **3.9. DA IMPOSSIBILIDADE DE VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO NO CERTAME DE EMPRESAS DO MESMO GRUPO ECONÔMICO**

O ato convocatório, em seu item 3.4.1, assim fez constar:

3.4. Não poderão participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

3.4.1. Pessoas jurídicas integrantes de um mesmo grupo econômico, assim entendidas aquelas que tenham diretores, sócios ou representantes legais comuns, ou que utilizem recursos materiais, tecnológicos ou humanos em comum, exceto se demonstrado que não agem representando interesse econômico em comum;

Logo de início, há de se esclarecer que uma pessoa jurídica não se confunde com as pessoas físicas ou jurídicas que a integram e/ou a comandam, sendo cada qual titular de direitos e

obrigações de forma independente em relação às demais, na esteira do entendimento firmado no STJ no sentido de que **“2. A pessoa jurídica tem existência distinta das pessoas de seus sócios, não se podendo presumir que entre elas exista solidariedade”**. (STJ. RMS 25848 RJ 2007/0289767-0. DJe 03/02/2014.)

Assim, considerando essa independência, a princípio, não estão impedidas de participar de um mesmo processo licitatório empresas do mesmo grupo, que tenham alguma espécie de controle entre si, que possuam sócios em comum ou pessoas físicas que mantenham laços de parentesco, até porque não há previsão legal contendo essa restrição.

Essa também a conclusão do preclaro Marçal Justen Filho ao examinar a participação, em uma mesma licitação, de empresas do mesmo grupo por intermédio de consórcios distintos:

“Uma questão que tem merecido discussão acentuada relaciona-se com a participação numa mesma licitação, por meio de consórcios distintos, de empresas integrantes de um mesmo grupo de fato. A hipótese verifica-se quando existem vínculos de natureza societária entre empresas participantes de consórcios diversos disputam uma mesma licitação.

Adota-se o entendimento de que essa solução não deriva diretamente do texto legislativo. Se essa fosse a intenção legislativa, outra teria sido a redação adotada para o dispositivo. Somente se pode adotar essa solução por meio da teoria da desconsideração da pessoa jurídica, superando-se a distinção subjetiva inerente à titularidade de personalidades jurídicas próprias e autônomas.

**Não se contraponha que a existência de vínculos de controle acarretaria a atuação concertada das duas empresas para frustrar a competitividade. Esse raciocínio é improcedente, eis que se funda num pressuposto defeituoso. O problema fundamental exposto no argumento consiste na atuação concertada entre duas ou mais empresas. Ora, esse tipo de conduta não está adstrito à existência de vínculos societários entre duas sociedades. Trata-se de uma questão de fato, não de direito. Duas empresas não vinculadas entre si por relações societárias podem compor-se de modo reprovável para frustrar a competitividade de uma licitação. Isso deverá ser reprimido. Não existe qualquer**

**fundamento para presumir que duas empresas atuariam de modo reprovável simplesmente pela existência de vínculo societário entre elas. É evidente que o vínculo societário pode incrementar o risco, mas também é perfeitamente cabível que sejam adotadas providências destinadas a evitar riscos dessa ordem.**

Também não caberá afirmar que as empresas vinculadas societariamente adotariam condutas destinadas a beneficiar uma dentre elas. Essa prática é expressamente reprimida pela Lei das S.A, tanto na dimensão do exercício do poder de controle como no tocante ao desempenho da atividade dos administradores (art. 245), que apenas admite a solução quando houver um grupo chamado “de direito” – aquele que se estrutura mediante uma convenção grupal, hipótese extremamente rara na prática brasileira (art. 265)” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 471)

Destarte, ao participarem em um mesmo certame, empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico não podem ser, de plano, afastadas da disputa sem maiores diligências e justificativas, que evidenciem que a atuação dessas empresas está direcionada para prejudicar a competitividade do certame.

Nessa linha, o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO LICITAÇÃO REGISTRO DE PREÇOS PREGÃO ELETRÔNICO LICITANTES EMPRESAS DE UM MESMO GRUPO ECONÔMICODESCLASSIFICAÇÃO ILEGALIDADE. 1. Inexiste vedação legal à participação de empresas de um mesmo grupo econômico em procedimento licitatório. Inadmissibilidade de interpretação ampliativa a normas legais restritivas de direitos dos administrados. 2. Não podem ser impedidas de participar individualmente em licitação empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico, presentes elementos comprobatórios de sua plena qualificação pessoal (personalidade jurídica, capacidade técnica e idoneidade financeira próprias), ausente prova de fraude ou conluio para frustrar o caráter competitivo do certame. Desclassificação considerada ilegal. Pedido procedente. Sentença mantida. Recurso desprovido.” (TJSP. Apelação 00224835020098260053 SP.)

Da mesma forma, já apontou o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

“APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO.MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. SOCIEDADE EMPRESÁRIA SUSPENSA DE CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO PELO ESTADO DE SANTA

CATARINA.POSSIBILIDADE DA EXTENSÃO DOS EFEITOS A OUTRO ENTE FEDERADO. PENALIDADE IMPOSTA À EMPRESA DO MESMO GRUPO ECONÔMICO. PESSOAS JURÍDICAS DISTINTAS, EMBORA PERTENCENTES AO MESMO GRUPO ECONÔMICO.INEXISTÊNCIA DE CONDUTA IMPRÓPRIA. PARTICIPAÇÃO NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. POSSIBILIDADE. SEGURANÇA CONCEDIDA. Figura-se inaplicável a desconsideração da personalidade jurídica, quando não foram apurados indícios de fraude, nem constatado o intuito de criação de nova pessoa jurídica para burlar o procedimento administrativo. A penalidade imposta não subsiste. RECURSO 1 NÃO PROVIDO.RECURSO 2 NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO.” (TJPR. REEX: 15670569 PR 1567056-9 (Acórdão), Relator: Nilson Mizuta, Data de Julgamento: 01/11/2016, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1924 18/11/2016)

Assim sendo, por não haver impedimento legal na participação em licitações de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, pelo que cabe aos responsáveis pela condução do certame, diante dessa situação, adotar postura diligente e cautelosa, com o fito de esclarecer se essas empresas atuam de forma autônoma ou em conjunto e apenas nessa última hipótese é que a conduta deverá ser reprovada mediante a desclassificação das proponentes do certame e aplicação das penalidades cabíveis, se for o caso, mas jamais deveria o Edital arbitrariamente vedar a participação presumindo conluio ou atuação ilegal.

### **3.10. DA AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA CONTRATAÇÃO POR 24 MESES**

Prescreve o item 16.2 do Edital:

16.2. O contrato terá validade de 24 (vinte e quatro) meses podendo ser prorrogado conforme a Lei 8666/1993, ar22go 57, inciso II, cumulada com a Decisão Normativa 03 de 10 de novembro de 1999 do TCDF e Parecer 1030/2009 de 06 de outubro de 2009 do PROCAD/PGDF. Conforme a Instrução Normativa nº 5, de 25 de maio de 2017, em seu ANEXO IX, a contratação prevista trata-se de um serviço de natureza contínua.

Logo de início, é de bom alvitre deixar assente que a ora Representante NÃO entende como ilegal a possibilidade de contratação por período superior a 12 meses.

**Portanto, a representante reconhece que a adoção do prazo de 12 meses NÃO retrata uma imposição legal, mas, longe disso, apenas reflete uma praxe administrativa. Logo, é possível que os contratos dessa natureza tenham sua duração inicial superior a 12 meses, desde que essa condição confira à Administração maior vantajosidade e essa vantajosidade deve se dar através de ato devidamente motivado, ou seja, deve constar na instrução processual, o que não se observou.**

Essa conclusão encontra amparo na Orientação Normativa nº 38, de 13 de dezembro de 2011, da Advocacia Geral da União:

Nos contratos de prestação de serviços de natureza continuada deve-se observar que: a) o prazo de vigência originário, de regra, é de até 12 meses; b) **excepcionalmente, este prazo poderá ser fixado por período superior a 12 meses nos casos em que, diante da peculiaridade e/ou complexidade do objeto, fique tecnicamente demonstrado o benefício advindo para a administração**; e c) é juridicamente possível a prorrogação do contrato por prazo diverso do contratado originariamente.

Vale também registrar que, recentemente, com a edição da **IN nº 05/2017 da Seges/MDG**, aos órgãos e às entidades da Administração Pública federal sujeitos à observância dessa norma foi definida essa mesma disciplina para efeito de estipulação do prazo inicial de vigência de seus contratos de prestação de serviços de natureza continuada. Assim dispõe o Anexo IX, item 12, dessa Instrução Normativa:

12. Nos contratos de prestação de serviços de natureza continuada, deve-se observar que:

a) o prazo de vigência originário, de regra, é de 12 (doze) meses;

b) excepcionalmente, este prazo poderá ser fixado por período superior a 12 meses, **nos casos em que, diante da peculiaridade e/ou complexidade do objeto, fique tecnicamente demonstrado o benefício advindo para a Administração; e**

c) é juridicamente possível a prorrogação do Contrato por prazo diverso do contratado originalmente.

Há que se mencionar, inclusive, que o Edital previu que a contratação se dará nos moldes do regramento insculpido na Instrução Normativa SEGES/MDG nº 05/2017, então deve acompanhar o entendimento de justificativa técnica de vantajosidade da contratação, conforme sedimentado na colação alhures posta.

No mesmo sentido, é o entendimento do escólio do TCU:

O prazo de vigência de contratos de serviços contínuos deve ser estabelecido considerando-se as circunstâncias de forma objetiva, fazendo-se registrar no processo próprio o modo como interferem na decisão e quais suas consequências. Tal registro é especialmente importante quando se fizer necessário prazo inicial superior aos doze meses entendidos como regra pelo TCU. Há necessidade de se demonstrar o benefício decorrente do prazo estabelecido. (Acórdão 3320/2013-Segunda Câmara).”

Essa ausência de motivação implica em restrição à competitividade, uma vez que a qualificação econômico-financeira está atrelada ao valor estimado da contratação, de modo que as empresas deverão apresentar lastro financeiro que comporte o valor dos serviços pelo prazo de 24 meses, reduzindo o número de empresas aptas a participar do certame.

**Inobstante a isso, falha a SES/DF ao prever, na cláusula oitava da minuta contratual (Anexo VI), que o prazo de duração de contrato é de 12 meses, em radical dissonância ao que preceitua o item 16.2 do Edital, que estabelece que a contratação será por 24 meses.**

Ademais, o art. 57, II estabelece que os contratos administrativos podem ser prorrogados por IGUAIS períodos, limitados a 60 meses. Então, na metodologia de contratação por 24 meses, somente é possível a prorrogação contratual limitada a 48 meses, uma vez que os períodos de renovação devem ser iguais.

Ou seja, não se verifica o mínimo esforço da Administração para justificar a vantajosidade da contratação por 24 meses em detrimento da contratação por 12 meses, como é a regra.

### **3.11. DA ABSURDA EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO MENSAL DO CRONOGRAMA DE LIMPEZA**

Prescreve o item 17.11 do Edital:

17.11. Apresentar mensalmente o cronograma de higienização a ser seguido para ateste e avaliação da fiscalização antes do início das atividades mensais;

É ilógico que a empresa necessite apresentar MENSALMENTE, antes do início das atividades mensais, o cronograma de higienização, posto que a metodologia de limpeza não necessita ser alterada mês após mês e está regularmente prevista nos respectivos manuais e no POP (Programa Operacional Padrão).

Se trata, portanto, de uma exigência ilógica e sem amparo nos normativos de regência dos serviços de limpeza, asseio e conservação, devendo, assim, ser suprimida.

### **3.12. DA INGERÊNCIA VEDADA PELA IN 05/2017**

Disciplina o item 17.24 do Edital:

17. DAS OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA

[...]

17.24. Afastar imediatamente das funções designadas qualquer integrante de sua equipe cuja permanência nos serviços for julgada pela Contratante inconveniente, substituindo-o para que não haja prejuízo ao serviço;

Quanto à ingerência, preconiza o art. 5º da IN nº 05/2017:

Art. 5º É vedado à Administração ou aos seus servidores praticar atos de ingerência na administração da contratada, a exemplo de:

I - possibilitar ou dar causa a atos de subordinação, vinculação hierárquica, prestação de contas, aplicação de sanção e supervisão direta sobre os empregados da contratada;

II - exercer o poder de mando sobre os empregados da contratada, devendo reportar-se somente aos prepostos ou responsáveis por ela indicados, exceto quando o objeto da contratação previra notificação direta para a execução das tarefas previamente descritas no contrato de prestação de serviços para a função específica, tais como nos serviços de recepção, apoio administrativo ou ao usuário;

III - direcionar a contratação de pessoas para trabalhar nas empresas contratadas;

IV - promover ou aceitar o desvio de funções dos trabalhadores da contratada, mediante a utilização destes em atividades distintas daquelas previstas no objeto da contratação e em relação à função específica para a qual o trabalhador foi contratado;

V - considerar os trabalhadores da contratada como colaboradores eventuais do próprio órgão ou entidade responsável pela contratação, especialmente para efeito de concessão de diárias e passagens;

VI - definir o valor da remuneração dos trabalhadores da empresa contratada para prestar os serviços, salvo nos casos específico sem que se necessitam de profissionais com habilitação/experiência superior a daqueles que, no mercado, são remunerados pelo piso salarial da categoria, desde que justificadamente; e

VII - conceder aos trabalhadores da contratada direitos típicos de servidores públicos, tais como recesso, ponto facultativo, dentre outros.

Não pode, portanto, a Administração valer-se de critério subjetivos para praticar ingerência na execução dos serviços. O critério de “inconveniência” para substituição do colaborador é demasiadamente subjetivo e implica na possibilidade do gestor agir em desconformidade ao que preconiza o rol exemplificativo do art. 5º da IN nº 05/2017, devendo ser retificado o Edital neste ponto para prever critérios legais e objetivos para recomendação de substituição do empregado.

### **3.13. DA AFRONTA DOS SUBITENS 1 E 2 DO ITEM 17.47 À IN Nº 05/2017**

Os subitens 1 e 2 do item em vergaste prescrevem que a contratada deverá apresentar, obrigatoriamente, até o 1º dia útil que antecede o início da execução contratual, Carteira de Identidade, Certificado de Conclusão Escolar, Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS (número, série, qualificação civil, contrato de trabalho e quaisquer anotações vinculadas) e Contrato de Trabalho, bem como o Atestado de Saúde Ocupacional - Admissional.

Entretanto, o Anexo VIII-B da IN nº 05/2017 preconiza regramento com prazo distinto do refletido no Edital, vejamos:

Anexo VIII-B

2. Na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais, nas contratações com dedicação exclusiva dos trabalhadores da contratada exigir-se-á, dentre outras, as seguintes comprovações:

2.1. No caso de empresas regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT):

a) **no primeiro mês da prestação dos serviços**, a contratada deverá apresentar a seguinte documentação:

**a.1. relação dos empregados, contendo nome completo, cargo ou função, horário do posto de trabalho, números da carteira de identidade (RG) e da inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), com indicação dos responsáveis técnicos pela execução dos serviços, quando for o caso;**

**a.2. Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) dos empregados admitidos e dos responsáveis técnicos pela execução dos serviços, quando for o caso, devidamente assinada pela contratada; e**

**a.3. exames médicos admissionais dos empregados da contratada que prestarão os serviços.**

Resta claro, portanto, que a documentação exigida no item impugnado deve ser apresentada durante o primeiro mês da prestação dos serviços, jamais no primeiro dia útil que anteceder o início dos serviços.

Mais uma vez, não pode ser admitida regra editalícia que contrarie a disposição da IN nº 05/2017, que deve ser adotada nas contratações públicas do Distrito Federal, conforme consta no Decreto Distrital nº 38.934/2018.

**3.14. DA IMPOSSIBILIDADE DE ACEITAR PROPOSTAS INEXEQUÍVEIS**

Prescreve o item 10.15 do Edital:

10.15. Quaisquer tributos, custos e despesas diretos ou indiretos omitidos da proposta ou incorretamente cotados serão considerados como inclusos nos preços, não sendo aceitos pleitos de acréscimos, a esse ou a qualquer título, devendo os materiais e serviços serem fornecidos sem ônus adicional.

Não há que se admitir a redação posta no texto editalício em referência, porquanto esta é dotada de gravíssima e danosa ilegalidade.

A empresa que cotar seus custos com valores dissonantes de sua obrigação de recolher tributos deve ser desclassificada. Não é razoável que a empresa vencedora do certame execute o contrato sem adimplir regularmente os impostos.

É dever do pregoeiro aferir a exequibilidade pois, a despeito da execução do contrato nos termos do item impugnado, a contratada permanece obrigada ao recolhimento correto dos impostos, de modo que para executar regularmente o contrato, nos moldes contratados, a contratada terá que suprimir outra obrigação para pagar os impostos cotados a menor, o que implica dizer que correrá em dificuldades financeiras para adimplir suas obrigações.

De forma mais específica, é dizer que para cobrir o pagamento de impostos, a pretensa contratada terá que tirar esse dinheiro do contrato, podendo deixar de pagar ou atrasar salários ou ir tirar dos materiais e equipamentos.

Além disso, o item em tela, na forma que está redigido, abre margem para participação de empresas “aventureiras” no certame, o que ocasionará prejuízo ao erário ante a impossibilidade de execução do contrato a contento.

Outrossim, a redação do item supratranscrito é contraditória ao que dispõem os itens 10.6.5 e 10.6.6:

## **10.6. DA DESCLASSIFICAÇÃO DAS PROPOSTAS**

### **10.6.1. Serão desclassificadas as propostas que:**

### **10.6.2. contenham vícios ou ilegalidades;**

[...]

### **10.6.5. apresentarem preços que sejam manifestamente inexequíveis; e**

### **10.6.6. não vierem a comprovar sua exequibilidade, em especial em relação ao preço e a produtividade apresentada.**

Denota-se, portanto, latente contrariedade da redação do item 10.15 em confrontação ao item 10.6 e seus subitens, que assentam o DEVER do pregoeiro em desclassificar proposta de preço que for insuficiente para a cobertura dos custos da contratação, tendo-se por óbvio que as obrigações tributárias compõem a cobertura dos custos de execução do contrato.

Ademais, compete assentar que o correto recolhimento de tributos é exigência legal, de modo que havendo erro no preenchimento da planilha, deve ser a empresa desclassificada.

Ato contínuo, o item 20.14 disciplina a retenção na fonte dos encargos tributários, o que reforça a possibilidade de a empresa vencedora ter que suprimir outras obrigações para manter a execução do contrato:

20.14. Será efetuada a retenção na fonte, dos tributos e contribuições, prevista na Instrução Normativa RFB no 1.234/2012, alterada pela IN no 1.244/2012.

Sendo assim, resta inequívoca a necessidade de revisão do Edital no que pertine à necessidade de desclassificação da empresa que apresente erro ou cotação incompatível com o regime tributário a que se submete, ou ainda que apresente material e equipamento insuficiente para a execução dos serviços e isso remete à situação prevista no tópico 2.4 da presente Representação.

## **3.15. DA VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE SOCIEDADES COOPERATIVAS**

Inicialmente, cabe rememorar que o objeto da pretensa contratação é a “Contratação regular de empresa especializada para prestação de Serviços de Limpeza, Higienização,

Conservação, Asseio e Desinfecção Hospitalar nas Unidades desta Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal SES-DF, incluindo os serviços de desinfecção de super29cies e equipamentos (de acordo com o Manual de Higienização e normas vigentes), limpeza de áreas verdes, visando à adequada condição de salubridade e higiene, sob inteira responsabilidade da Contratada, com padrão de excelência necessário, com a disponibilização de mão-de-obra qualificada, produtos saneantes domissanitários, materiais, máquinas e equipamentos, e demais atividades correlatas., conforme especificações e condições estabelecidas no termo de referência (...)"

Pois bem. Conforme se extrai do instrumento editalício, este equivocadamente **NÃO VEDA A PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS NA DISPUTA** em apreço.

É sabido e há muito pacificado que nos casos de terceirização de mão-de-obra é vedada a participação de sociedades cooperativas nos certames públicos.

A esse respeito, veja-se o precedente sedimentado no **Superior Tribunal de Justiça**:

ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - **PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COM LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA - VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS** - RAZOABILIDADE DA EXIGÊNCIA EDITALÍCIA - INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. 1. **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.** 2. 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. 3. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1204186 RS 2010/0140662-4, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 18/10/2012, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/10/2012)

Daí, extrai-se que a natureza das atividades a ser desenvolvidas na execução do contrato implicam na necessidade de atendimento dos requisitos trabalhistas que configurem vínculo empregatício (subordinação, habitualidade, pessoalidade e onerosidade).

Inclusive, esses requisitos são implicitamente abarcados pelo Edital, na medida em que o Edital aponta a necessidade de indicação de preposto, configurando relação de subordinação; itens que contemplam coordenação e supervisão, indicando relação de subordinação, pessoalidade e habitualidade, indicando, igualmente, clara relação trabalhista; e ainda, itens que tratam das

obrigações trabalhistas decorrentes da CLT e das obrigações previdenciárias e das condutas do preposto.

O que se busca demonstrar é que ainda que não fosse pacificado o entendimento estabelecido no TCU e no STJ quanto à impossibilidade de participação das cooperativas, a própria redação editalícia, por esses pormenores tratados no parágrafo anterior, impossibilita cabalmente a participação de cooperativas no certame do Pregão Eletrônico nº 121/2022.

As cooperativas são independentes, possuem autogestão e os cooperados são beneficiários diretos das suas atividades. No entanto, **na relação entre a cooperativa e os cooperados não estão presentes os requisitos básicos para a configuração de uma relação de emprego (subordinação, habitualidade, onerosidade e pessoalidade), ou seja, nesse tipo de relação, não se configura vínculo empregatício, o que vai completamente de encontro à prestação de serviços terceirizados.**

Deste modo, uma vez que as sociedades cooperativas não possuem vínculo empregatício para com os seus cooperados, estas não são autorizadas à prestação de serviços de terceirização de mão-de-obra, que é exatamente o objeto do presente certame, motivo pelo qual não deve ser autorizada a participação de cooperativas no Pregão em questão.

Tanto isso é verdade que existe um Termo de Conciliação Judicial firmado entre a União Federal e o Ministério Público do Trabalho, ocorrido na Ação Civil Pública nº 01082-2002-020-10-00-0, 20ª Vara do Trabalho de **Brasília**, no qual a União Federal se compromete a não mais contratar cooperativas que atuem em atividades como serviços de limpeza, conservação e manutenção de prédios, de equipamentos, de veículos e instalações, dentre outros, exatamente pelos motivos elencados acima, senão vejamos:

CONSIDERANDO que as cooperativas podem prestar serviços à não associados somente em caráter excepcional e desde que tal faculdade atenda aos objetivos sociais previstos na sua norma estatutária, (art. 86, da Lei n. 5.764, de 16.12.1971), **aspecto legal que revela a patente impossibilidade jurídica das cooperativas funcionarem como agências de locação de mão de obra terceirizada;**

[...]CONSIDERANDO que os trabalhadores aliciados por cooperativas de serviços de natureza subordinada à UNIÃO embora laborem em situação fática idêntica a dos empregados das empresas prestadoras de serviços terceirizáveis, **encontram-se à**

**margem de qualquer proteção jurídico-laboral, sendo-lhes sonegada a incidência de normas protetivas do trabalho, especialmente àquelas destinadas a tutelar a segurança e higidez do trabalho subordinado, o que afronta o princípio da isonomia, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho** (arts. 5º, *caput* e 1º, III e IV da Constituição Federal);

CONSIDERANDO que **num processo de terceirização o tomador dos serviços (no caso a administração pública) tem responsabilidade sucessiva por eventuais débitos trabalhistas do fornecedor de mão de obra, nos termos do Enunciado 331, do TST, o que poderia gerar graves prejuízos financeiros ao erário**, na hipótese de se apurar a presença dos requisitos do art. 3º, da CLT na atividade de intermediação de mão de obra patrocinada por falsas cooperativas;

[...]

RESOLVEM

Celebrar CONCILIAÇÃO nos autos do Processo 01082-2002-020-10-00-0, em tramitação perante a MM. Vigésima Vara do Trabalho de Brasília-DF, mediante os seguintes termos. Cláusula Primeira - **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-fim 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;** 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; e r) serviços de agente comunitários de saúde.

Percebe-se, então, que as atividades de limpeza e conservação destacadas na colação supra constam no rol de serviços do objeto a ser contratado.

Assim, denota-se cabalmente que os serviços de terceirização de mão de obra, como descritos acima, que por sua própria natureza exigem uma relação de subordinação entre a empresa e o empregado, não são compatíveis com as características da sociedade cooperativa.

E ainda, colhe-se precedente de relevo extraído do **Superior Tribunal de Justiça**, a fim de mitigar de uma vez por todas a desassistida omissão do Edital em vedar a participação de sociedades cooperativas. Constatou:

[...] 4. Na espécie, ganha relevância, ainda, o fato de que existe acordo entre a União e o Ministério Público do Trabalho, o qual, muito embora não vincule a recorrente no sentido de vetar a contratação de cooperativas, traz as mesmas razões jurídicas para inadmitir a contratação de cooperativa para fornecimento de mão de obra. 5. Recurso ordinário em mandado de segurança parcialmente provido. (RMS 25097/GO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 12/12/2011)

Na mesma linha de entendimento, o **Tribunal de Contas da União** determina expressamente a vedação à participação de cooperativas nos certames de natureza como a que se apresenta no Edital:

Defina, quando da realização de licitações para contratação de mão-de-obra terceirizável, a forma pela qual o labor será executado com supedâneo em contratações anteriores. **Se ficar patente que essas atividades ocorrem, no mais das vezes, na presença do vínculo de subordinação entre o trabalhador e o fornecedor de serviços, deve o edital ser expresso (e fundamentado) quanto a esse ponto, o que autorizará a vedação à participação de cooperativas de trabalho, ou de mão-de-obra,** de acordo com entendimento firmado no Acórdão nº 1815/2003 - Plenário - TCU. (Acórdão nº 975/2005-Segunda Câmara)

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. (TCU Acórdão nº 1815/2003-Plenário; Acórdão nº 307/2004-Plenário)

A razão para essa vedação é simples. Se assim não fosse, a disciplina das cooperativas violaria pilar basilar do Direito do Trabalho (art. 3º, da CLT). Nesse conflito de interesses e valores, na relação entre o direito das cooperativas x diretriz para a formação das relações de trabalho, prevaleceu o segundo, pois relaciona-se com direito constitucional fundamental.

Portanto, trata-se de Súmula do TCU, que não pode de forma alguma ser descumprida pela SES/DF, uma vez que, por força da Súmula nº 222 do TCU, adiante transcrita, **não pode a Administração Pública mitigar o exercício de um direito que decorre da aplicação de normas gerais de licitação:**

**Súmula 222 – TCU: As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.**

No mesmo sentido, foram reiteradas decisões (Acórdão nº 1815/2003-Plenário, Acórdão nº 307/2004-Plenário) que culminaram com a publicação da Súmula nº 281, TCU:

**Súmula 281 – 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 personalidade e habitualidade.**

Desse modo, é pacífico que, se há relação de subordinação, característica primordial dos serviços de terceirização de mão de obra, é vedada a participação de sociedades cooperativas na licitação.

A esse propósito, a Lei de Sociedades Cooperativas (Lei nº 5.764/71) também traz determinação expressa:

**Art. 90. Qualquer que seja o tipo de cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados.**

Inobstante a isso, a própria Consolidação das Leis do Trabalho preceitua:

*Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.*

**Parágrafo único - 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.**

Tal regramento foi inclusive positivado na legislação vigente, através da Lei nº 12.690/2012, que dispõe sobre a organização e o funcionamento das Cooperativas de Trabalho, pelo que estabelecem seus arts. 4º, II; e 5º:

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

*I - 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; e*

*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.**

A Instrução Normativa nº 05/2017 do MPDG também dispõe sobre as sociedades cooperativas, estabelecendo entendimento semelhante, no sentido de que é vedada a contratação de cooperativas quando o serviço envolver características de subordinação:

**Art. 10. A contratação de sociedades cooperativas somente poderá ocorrer quando, pela sua natureza, o serviço a ser contratado evidenciar:**

*I - a possibilidade de ser executado com autonomia pelos cooperados, de modo a não demandar relação de subordinação entre a cooperativa e os cooperados, nem entre a Administração e os cooperados; e*

Nessa linha de raciocínio, há amplo debate doutrinário sobre a pertinência da participação das cooperativas em licitações públicas, sob a égide do inafastável **tratamento isonômico**, e as ressalvas que são feitas nas hipóteses de contratação de mão de obra. Para ilustrar, compete citar o ensinamento de José dos Santos Carvalho Filho:

**Alguns casos, entretanto, têm revelado notória deturpação quanto à fisionomia e aos fins de tais entidades, como, por exemplo, as cooperativas de trabalho para locação de mão de obra, consideradas, corretamente a nosso ver, como burla à legislação trabalhista e ensejadoras de concorrência desleal, podendo acarretar gravíssimos prejuízos à**

**Administração; estas não merecem, pois, habilitação para participar do certame.** (in Manual de Direito Administrativo, 22.ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 236-237)

No mesmo sentido, preleciona o notável Marçal Justen Filho:

**[...] Aliás, esse mesmo problema conduziu a uma inovação fática, relacionada com os riscos de fraude à legislação trabalhista por meio de contratação de cooperativas de mão de obra, especialmente com a perspectiva de responsabilização da Administração Pública pelos encargos não saldados adequadamente por empregadores ocultos. Ou seja, havia cooperativas que atuavam como fornecedoras de trabalho empregado, pretendendo obter vantagens próprias dos atos cooperativos. (in *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*)**

Ora, evidente que uma vez não cumpridos rigorosamente os requisitos trabalhistas inerentes às atividades que se pretende contratar no certame do Pregão Eletrônico nº 121/2022, **incorrerá a Administração Pública em RESPONSABILIZAÇÃO SUBSIDIÁRIA pelos direitos trabalhistas não pagos aos eventuais cooperados perante a Justiça do Trabalho, acarretando latente DANO AO ERÁRIO.**

Acontece que muitas entidades constituem-se sob a forma de sociedade cooperativa para, sob a justificativa de serem "cooperativas", não arcarem com os custos dos direitos trabalhistas assegurados pela CLT aos trabalhadores e disputarem licitações com preços mais baixos do que os praticados pelas empresas regulares, direcionando responsabilização subsidiária decorrente dessa ilegalidade para a Administração, gerando, ainda, concorrência desleal no certame.

Por esse motivo, evitando a quebra de isonomia entre os participantes da disputa e a responsabilidade subsidiária da Administração, que responde na seara trabalhista por todas essas verbas não pagas, é que houve todo esse movimento da legislação, jurisprudência e doutrina para vedar a participação de cooperativas em licitações e que haja necessidade de relação de subordinação.

Não se pode perder de vista, ainda, que as sociedades cooperativas gozam de benefícios fiscais e trabalhistas, não sendo possível concorrer com empresas regulares, com seus regimes tributários próprios, no que tange aos serviços acima demonstrados, comprometendo até mesmo a análise de exequibilidade das propostas.

Por tudo, resta provado que a legislação, a doutrina e a jurisprudência vedam a prestação de serviços de terceirização de mão de obra por sociedades cooperativas, de modo que

qualquer entendimento em sentido contrário estaria ferindo de morte o **Princípio da Legalidade**, devendo ser a SES compelida a rever o Edital nesse ponto para fazer constar expressamente a vedação de participação das Sociedades Cooperativas.

#### **4. DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR**

O regimento interno dessa Corte de Contas permite, em seu art. 277, que seja deferida medida cautelar em processos de sua competência, para proteção do erário ou patrimônio público, no caso de possibilidade de dano de incerta reparação, ou, ainda, destinada a garantir a eficácia da ulterior decisão do feito, *in verbis*:

Art. 277. O Plenário, o relator, ou, o Presidente, na hipótese do art. 16, inciso XIV, deste Regimento, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências necessárias à preservação da legalidade e do patrimônio público, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada, nos termos do art. 45 da Lei Complementar nº 1/94.

O **fundado receio de grave lesão ao erário e ao interesse público** se evidencia ante as inúmeras impropriedades contidas no Edital do procedimento licitatório, que viciam-no por inteiro, e ofendem os princípios da publicidade, da transparência, da legalidade, da competitividade e seus correlatos, além de contrariar orientações já firmadas por essa e. Corte, pelo c. TCU, Tribunais Superiores e à legislação de regência, conforme amplamente discutido nesta Representação.

É de clareza solar que o direito a ser resguardado é plausível. E basta sua fumaça, o indício de sua razoabilidade, para que a concessão da medida acautelatória, de juízo perfunctório e sumário, se imponha, pois a procedência da Representação será julgada apenas no mérito por essa e. Corte de Contas.

O risco de ineficácia da decisão de mérito reside na patente probabilidade de uma contratação tão relevante e aguardada para o Distrito Federal completamente viciada, além de ineficaz, ineficiente e antieconômica, configurando fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação não apenas à Representante, mas também e principalmente ao interesse público.

E nem se cogite de eventual perigo da demora reverso, que consistiria no risco de que a decisão concessiva da tutela cautelar pudesse causar danos à SES/DF, uma vez que os serviços, de natureza essencial, não serão descontinuados até que se ultime o procedimento licitatório.

É digno de nota que não se olvida que o Distrito Federal reclama pela contratação regular dos serviços em questão. Da mesma sorte, não pretende a BRA permanecer indefinidamente como prestadora dos serviços pela via indenizatória, até porque esse formato só vem onerando os seus cofres e operação, impactando no interesse maior da contratação, qual seja, o público.

Todavia, a atual ausência de contrato formal não é uma espécie de cheque em branco para que a SES/DF promova certame que culminará numa contratação tão relevante mediante um ato convocatório que, como se viu – sem mencionar as inúmeras outras impugnações que foram apresentadas por outras pretensas licitantes – está absolutamente maculado por importantes nulidades.

Dessa forma, para proteger o interesse público e assegurar a utilidade e eficácia da decisão de mérito que vier a ser proferida por essa e. Corte de Contas, é indispensável a concessão da medida cautelar determinando à SES/DF que suspenda o processamento do certame em referência, no estágio em que se encontre, com o consequente adiamento da sessão pública de abertura, tendo em vista o disposto no artigo art. 277, do RITCDF c/c art. 113, § 2º, da Lei nº 8.666/93, para que se promova a correção das falhas identificadas no Edital.

## **5 – DO PEDIDO DE INGRESSO COMO PARTE INTERESSADA**

O Regimento Interno dessa Corte estabelece que a habilitação de interessado em processo será efetivada mediante deferimento de pedido de ingresso formulado por escrito, devidamente fundamentado, confira-se:

Art. 119. A habilitação de interessado em processo será efetivada mediante o deferimento, pelo relator, de pedido de ingresso formulado por escrito e devidamente fundamentado.

§ 1º O interessado deverá demonstrar em seu pedido, de forma clara e objetiva, razão legítima para intervir no processo.

§ 2º O relator indeferirá o pedido que não preencher os requisitos do parágrafo anterior.

§ 3º É facultado ao interessado, na mesma oportunidade em que solicitar sua habilitação em processo, requerer a juntada de documentos e manifestar a intenção de exercitar alguma faculdade processual.

§ 4º Ao deferir o ingresso de interessado no processo, o relator fixará prazo de até quinze dias, contado da ciência do requerente, para o exercício das prerrogativas processuais previstas neste Regimento, caso o interessado já não as tenha exercido.

Ao protocolizar a representação que originou os presentes autos, a Requerente submeteu a essa e. Corte de Contas o controle da legalidade do Processo Licitatório que deu origem ao Pregão nº 121/2022, deflagrado pela Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal.

Isto porque, o procedimento das contratações públicas é de interesse público, daí porque é legítimo qualquer instrumento que permita o seu controle de forma que ele venha a convergir para a legalidade.

No caso concreto, a Representante, enquanto atual tomadora dos serviços, vem, diuturnamente, demonstrando à SES/DF a necessidade de bem formular um ato convocatório para fins de contratação regular que ganhe totais contornos de legalidade.

Já que a SES/DF, como se viu, pretende regularizar a situação do procedimento licitatório ao arrepio da lei, pelo que não restou outra alternativa à Representante senão demandar o controle dessa c. Corte de Contas sobre o procedimento para que ele venha a ser reparado de modo a convergir para a total legalidade.

O interesse legítimo da Representante, assim, está claramente demonstrado, sem se olvidar que, por ser esta a atual prestadora dos serviços objeto do certame em questão, tem o dever de prezar pela observância da legalidade no procedimento licitatório da nova contratação, da qual tem total interesse em participar.

Convém ressaltar que a Representante detém legitimidade para requerer em nome próprio (direito subjetivo) a observância do pertinente procedimento estabelecido na Lei de Licitações e Contratos, com fito no art. 4º da Lei nº 8.666/1993, que estabelece:

Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Parágrafo único. O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública. (grifou-se)

Ademais, como atual prestadora de serviços, a Representante tem conhecimento do ambiente técnico-operacional da SES/DF e, portanto, pode prestar as informações necessárias para auxiliar no exame da legalidade do certame por essa Corte de Contas.

Além disso, é imperioso ressaltar que o instituto do direito público subjetivo protege interesses individuais, na medida em que estes coincidam com o interesse público, exatamente como no caso em apreço no qual, ao defender direito próprio, a BRA acaba também por resguardar o interesse público presente na observância do princípio da legalidade das contratações realizadas pelo Poder Público.

Portanto, é manifesto o interesse da Representante de promover o exame da matéria posta à apreciação dessa e. Corte de Contas e, por conseguinte, é legítima sua intervenção nos autos como interessada, nos termos do art. 119 do RITCDF.

## 6- CONCLUSÃO

Ante o exposto, requer a Representante que se digne o d. Relator a:

- a) conceder medida cautelar, na forma do art. 277 do Regimento Interno do TCDF, *inaudita altera parte*, para suspender imediatamente o processamento do Pregão nº 121/2022-SES/DF, lançado pela Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal – SES/DF, até o julgamento de mérito desta Representação;
- b) No mérito, requer seja julgada procedente a Representação, confirmando-se a tutela cautelar, para que seja decretada a nulidade do Pregão nº 122/2022-SES/DF, lançado pela Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal – SES/DF, e de todos os seus atos posteriores, inclusive do Contrato, caso seja assinado, em razão das inúmeras ilegalidades contidas no Edital de convocação e seus anexos.

Requer, ainda, que seja deferida a habilitação da BRA Serviços Administrativos Ltda. como parte interessada, de modo que possa praticar os atos processuais pertinentes, com fulcro no art. 119 do RITCDF.

Informa a Representante que o processo administrativo de contratação está autuado no sistema eletrônico processual SEI da SES/DF sob o nº 00060-00137336/2017-60 cujas cópias das principais peças, relacionadas ao ora denunciado, estão anexas à presente Representação.

Pede, por fim, que todas as intimações, notificações e publicações relativas ao presente processo sejam realizadas no nome dos advogados **Eduardo Filipe Alves Martins, OAB/DF nº 26.180 e Mariana Kaawa Y. de A. Barros, OAB/DF nº 37.488.**

Termos em que pede deferimento.  
Brasília, 12 de maio de 2022.

**Eduardo Martins**  
**OAB/DF 26.180**

**Mariana Kaawa Y. de A. Barros**  
**OAB/DF 37.488**