

ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÕES DA PREFEITURA MUNICIPAL DE IMPERATRIZ - MA

Concorrência Pública nº 009/2020-CPL

Processo Administrativo nº 02.10.00.202/2020 - SINFRA

RECÉBIDO VIA E-MAIL

24/02/2020

às 10:00h

FGC PAVIMENTAÇÃO E CONSTRUÇÃO CIVIL EIRELI, inscrita no CNPJ sob o nº 02.892.559/0001-07, com sede na Rua XV de Novembro, 176 – Centro – Tanguá – RJ – Cep. 24.890-000, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Senhoria, por intermédio de seu representante legal abaixo assinado, com fundamento no subitem 17.2 do edital, interpor a presente

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

face às irregularidades havidas no instrumento convocatório, que prejudicam a competitividade e, por conseguinte, a legalidade do certame, pressupostos essenciais da licitação, consoante os fundamentos a seguir aduzidos.

1. DOS FATOS

Trata-se de licitação para a escolha da proposta mais vantajosa para a execução de obras e serviços relativos à implantação do aterro sanitário de Imperatriz/MA e recuperação da área degradada pelo lixão, conforme especificações do Termo de Referência e do Plano de Recuperação da Área Degradada – PRAD.

Ocorre que esta empresa, ora impugnante, interessou-se pelo referido certame e ao efetuar uma análise mais detalhada do edital, verificou a existência da possibilidade de participação na licitação de empresas constituídas sob a forma jurídica de cooperativa, apesar da presente contratação envolver o exercício de atividade que demande a existência de vínculos de emprego/subordinação dos profissionais utilizados na prestação de serviços com a pessoa jurídica a ser contratada. A natureza dos serviços exige a existência de elementos de habitualidade e pessoalidade, não permitindo, nos termos da lei, a contratação de serviços por meio de cooperativa que por sua natureza, exijam subordinação de mão de obra. Além disso, exige-se a apresentação, para fins de habilitação, o termo de recebimento de garantia, que denota a necessidade de apresentação da garantia de proposta de forma antecedente à sessão inicial de licitação, fato notoriamente proibido.

Desta forma, viu-se compelida a apresentar a presente impugnação, tendo em vista que o edital apresenta permissivo de participação de empresas em regime de cooperativa em total incompatibilidade com o objeto da licitação e ainda prevê a necessidade de que as empresas apresentem termo de recebimento de garantia nos documentos de habilitação, indicando que há no processo a identificação prévia das licitantes antes da data agendada para realização da sessão pública.

2. DOS FUNDAMENTOS DE DIREITO

2.1. DA INCOMPATIBILIDADE DO OBJETO DA CONTRATAÇÃO COM A NATUREZA JURÍDICA DA COOPERATIVA

A Lei nº 5.764/1971 dispõe que "celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro" (art. 3º).

E, em seguida, no seu art. 4º, assim estabelece:

"As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas

para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características:

I – adesão voluntária, com número ilimitado de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços;

II – variabilidade do capital social representado por quotas-partes;

III – limitação do número de quotas-partes do capital para cada associado, facultado, porém, o estabelecimento de critérios de proporcionalidade, se assim for mais adequado para o cumprimento dos objetivos sociais;

IV – inaccessibilidade das quotas-partes do capital a terceiros, estranhos à sociedade;

V – singularidade de voto, podendo as cooperativas centrais, federações e confederações de cooperativas, com exceção das que exerçam atividade de crédito, optar pelo critério da proporcionalidade;

VI – quorum para o funcionamento e deliberação da Assembléia Geral baseado no número de associados e não no capital;

VII – retorno das sobras líquidas do exercício, proporcionalmente às operações realizadas pelo associado, salvo deliberação em contrário da Assembléia Geral;

VIII – indivisibilidade dos fundos de reserva e de Assistência Técnica Educacional e Social;

IX – neutralidade política e indiscriminação religiosa, racial e social;

X – prestação de assistência aos associados e, quando previsto nos estatutos, aos empregados da cooperativa;

XI – área de admissão de associados limitada às possibilidades de reunião, controle, operações e prestação de serviços.”

Da leitura dos referidos dispositivos, poderia se concluir que as sociedades cooperativas somente poderiam se dedicar para o exercício de atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro. Contudo, a própria Lei nº 5.764/1971, no art. 86, autoriza que as cooperativas forneçam bens e serviços a não associados, desde que tal faculdade atenda aos objetivos sociais e estejam em conformidade com a lei.

Portanto, cabe-nos ressaltar que não existe vedação legal absoluta à participação das cooperativas em licitações. O que ocorre é que, por conta das inúmeras condenações da Administração Pública impostas pela Justiça do Trabalho, passou-se a se questionar a participação desses entes nas licitações para contratação dos serviços com dedicação exclusiva de mão de obra, principalmente, em atividades que envolvam subordinação.

O presente edital contém previsão expressa da concessão de permissão para participação de cooperativas, nos termos do subitem 8.10.4, no qual lhe concedendo, inclusive, os benefícios de critério de desempate previsto por lei, quando, na verdade, deveria conter a vedação à participação de empresas desta natureza.

Um dos casos mais emblemáticos resultou na conciliação judicial firmada entre o Ministério Público do Trabalho e a União na Ação Civil Pública nº 0108200-72.2002.5.10.0020, perante a 20ª Vara do Trabalho do TRT da 10ª Região, nos seguintes termos:

“O autor e a terceira ré celebraram termo de conciliação, comprometendo a União a abster-se de contratar trabalhadores, por meio de cooperativas de mão-de-obra, para prestação de serviços ligados as suas atividades fim e meio, quando o labor demandar subordinação, elencando as atividades vedadas (fl. 616). Compromete-se, ainda, a União a estabelecer regras claras no editais de licitação acerca da participação de cooperativas, bem como a recomendar o mesmo procedimento em relação à administração indireta, tudo sob pena de multa.”

O STJ reconheceu a validade do acordo, conforme decisão assim ementada:

“AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. DEFERIMENTO. COOPERATIVA DE MÃO-DE-OBRA. LICITAÇÃO. TERMO DE ACORDO FIRMADO ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO E A ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. GRAVE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS CONFIGURADAS.

1. (...)

2. (...)

3. *Permanecendo válido termo de acordo firmado entre o Ministério Público do Trabalho e Advocacia-Geral de União, pelo qual a União se obrigou a não contratar trabalhadores por meio de cooperativas de mão-de-obra para prestação de serviços ligados às suas atividades-fim ou meio, quando o labor, por sua natureza, demandar execução em estado de subordinação, quer em relação ao tomador, quer em relação ao fornecedor de serviços, a inobservância dessa diretriz por quaisquer dos órgãos da administração pública federal, configura ameaça de lesão à ordem pública, aqui compreendida a ordem administrativa.*

4. *Agravo Regimental não provido. " (AgRg na SS nº 1.352/RS, Corte Especial, rel. Min. Edson Vidigal, j. em 17.11.2004, DJ de 09.02.2005).*

Depreende-se, portanto, que o termo de conciliação firmado buscou impedir a intermediação ilegal de mão-de-obra em detrimento dos princípios do cooperativismo e ofensa aos direitos dos trabalhadores.

No que diz respeito às leis, editadas posteriormente a conciliação firmada no âmbito da Justiça do Trabalho nos autos do processo nº 0108200-72.2002.5.10.0020, gerando questionamentos por parte dos entes e órgãos públicos federais acerca da obediência ao termo de conciliação.

A primeira – Lei nº 12.349/2010, alterou a Lei nº 8.666/93, conferindo nova redação ao art. 3º, § 1º, I:

“Art. 3º A licitação destina-se 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 e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo dos que lhe são correlatos.

§ 1º

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;”

A inclusão pela Lei nº 12.349/2010, do trecho “inclusive nos casos de sociedades cooperativas”, não prejudica a restrição estabelecida na conciliação judicial firmada entre o Ministério Público do Trabalho e a União. Confira-se:

“Restrições indevidas ao caráter competitivo, que prejudicassem cooperativas, já eram criticáveis, mesmo antes da alusão expressa a

essas pessoas jurídicas. Ocorre que, no caso do referido acordo judicial, não há uma restrição indevida ao caráter competitivo, mas uma medida adotada com a participação do Poder Judiciário e de relevantes Funções Essenciais à Justiça, representadas por órgãos do Ministério Público (Advocacia da sociedade) e da AGU (Advocacia de Estado), com o intuito de evitar a utilização fraudulenta de cooperativas para locação de mão de obra na prestação de serviços terceirizados à Administração, em detrimento de direitos e garantias dos trabalhadores envolvidos”.

Portanto, entendeu-se que não há óbice a participação das cooperativas nas licitações públicas, mas a contratação deve subordinar-se aos comandos do Termo de Conciliação Judicial e os serviços licitados devem ser prestados em caráter coletivo e com absoluta autonomia dos cooperados.

Questão mais controversa diz respeito à edição da Lei nº 12.690/2012, que dispõe sobre a organização e o funcionamento das cooperativas de trabalho e assim estabelece no seu art. 10:

“Art. 10. A Cooperativa de Trabalho poderá adotar por objeto social qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, desde que previsto no seu Estatuto Social.

§ 2º A Cooperativa de Trabalho não poderá ser impedida de participar de procedimentos de licitação pública que tenham por escopo os

mesmos serviços, operações e atividades previstas em seu objeto social”.

A nova lei estabeleceu que as cooperativas de trabalho poderão adotar qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, desde que previsto no seu estatuto social, estabelecendo expressamente que não poderão ser impedidas de participar de licitações públicas.

Nesse passo, para que a participação de cooperativas em licitações públicas seja lícita, será imprescindível, primeiramente, que a sua atividade esteja diretamente ligada ao objeto licitado, conforme leciona o prof. Marçal Justen Filho (2012): Essas considerações permitem afirmar que é possível e viável a participação de cooperativa em licitação quando o objeto licitado se enquadra 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 (p. 471). Outrossim, diante da impossibilidade de a cooperativa de trabalho ser utilizada com o escopo de intermediar mão de obra subordinada, deverá ser aferido, na fase interna da licitação, se o objeto demandado pela Administração pode ser executado pelos cooperados de forma autônoma, vale dizer, a atuação dos referidos colaboradores não poderá apresentar subordinação – seja entre a cooperativa e os cooperados, seja entre a Administração e os cooperados –, pessoalidade, habitualidade.

Diante dessas inovações, não caberiam mais as restrições impostas pelo acordo judicial firmado na Justiça do Trabalho. Contudo, não se pode perder de vista que a própria Lei nº 12.690/2012, em seu art. 5º, estabelece que "a Cooperativa de Trabalho não pode ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada", ou seja, manteve-se a preocupação de impedir a intermediação ilegal de mão-de-obra, burlando o direito dos trabalhadores.

O art. 5º da Lei nº 12.690/2012, por sua vez, expressamente estabelece que as cooperativas de trabalho não podem ser utilizadas para a intermediação de mão de obra subordinada, ressaltando-se que o § 2º do art. 17 define (presunção legal) "intermediação de mão de obra".

Por fim, com o objetivo de uniformizar a questão, o Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal elaborou o Parecer nº 01/2014/CPLC/DEPCONSUS/PGF/AGU, cujo entendimento foi no sentido de que a intenção do legislador com a edição das Leis nº 12.690/2012 e 12.349/2010 foi de dar concreção ao comando constitucional de estimular o cooperativismo, previsto no § 2º do art. 174 da Constituição Federal, vislumbrando tanto a necessidade de estimular a criação, como de preservar os direitos dos cooperados contra a utilização como intermediadora de mão de obra e fraudadora dos direitos dos trabalhadores.

Cumpra transcrever as conclusões do Parecer nº 01/2014/CPLC/DEPCONSUS/PGF/AGU:

"Por todo exposto, conclui-se que:

- a) *Deve ser considerado superado Termo de Conciliação Judicial homologado pela Justiça do Trabalho nos autos da ação civil pública nº 01082-2002-020-10-00-0, firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a União, por força da edição da Lei nº 12.690/2012 e Lei nº 12.349/2010 que alterou a lei 8666/93;*
- b) *Cabe garantir às cooperativas a participação nas licitações promovidas pelo Poder Público, para qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, desde que previsto no seu Estatuto Social, e desde que haja observância dos ditames da Lei 12.690/2012 e da Instrução Normativa nº 02/2008-SLTI/MPOG;"*

Portando a Lei nº 12.690/2012 coibiu a restrição imposta à participação das cooperativas em certames licitatórios, mas estabeleceu exceção ao determinar que as cooperativas de trabalho não poderão ser utilizadas para intermediação de atividades que, pela sua natureza, exijam subordinação de mão de obra (art. 10, § 2º c/c art. 5º, da referida Lei).

Diante do que foi aqui exposto, conclui-se que não existe vedação legal absoluta à participação das cooperativas em licitações, tendo sido superado o termo de conciliação firmado entre a União e o Ministério Público nos autos da ação civil pública nº 0108200-72.2002.5.10.0020 com a edição da Lei nº 12.690/2012 e Lei nº 12.349/2010.

De acordo com a Lei nº 12.690/2012 as cooperativas de trabalho não poderão ser impedidas de participar de procedimentos de licitação pública que tenham por escopo os mesmos serviços, operações e atividades previstas em seu objeto

social, mas a própria lei estabeleceu exceção ao determinar que as cooperativas de trabalho não poderão ser utilizadas para intermediação de atividades que, pela sua natureza, exijam subordinação de mão de obra (art. 5º).

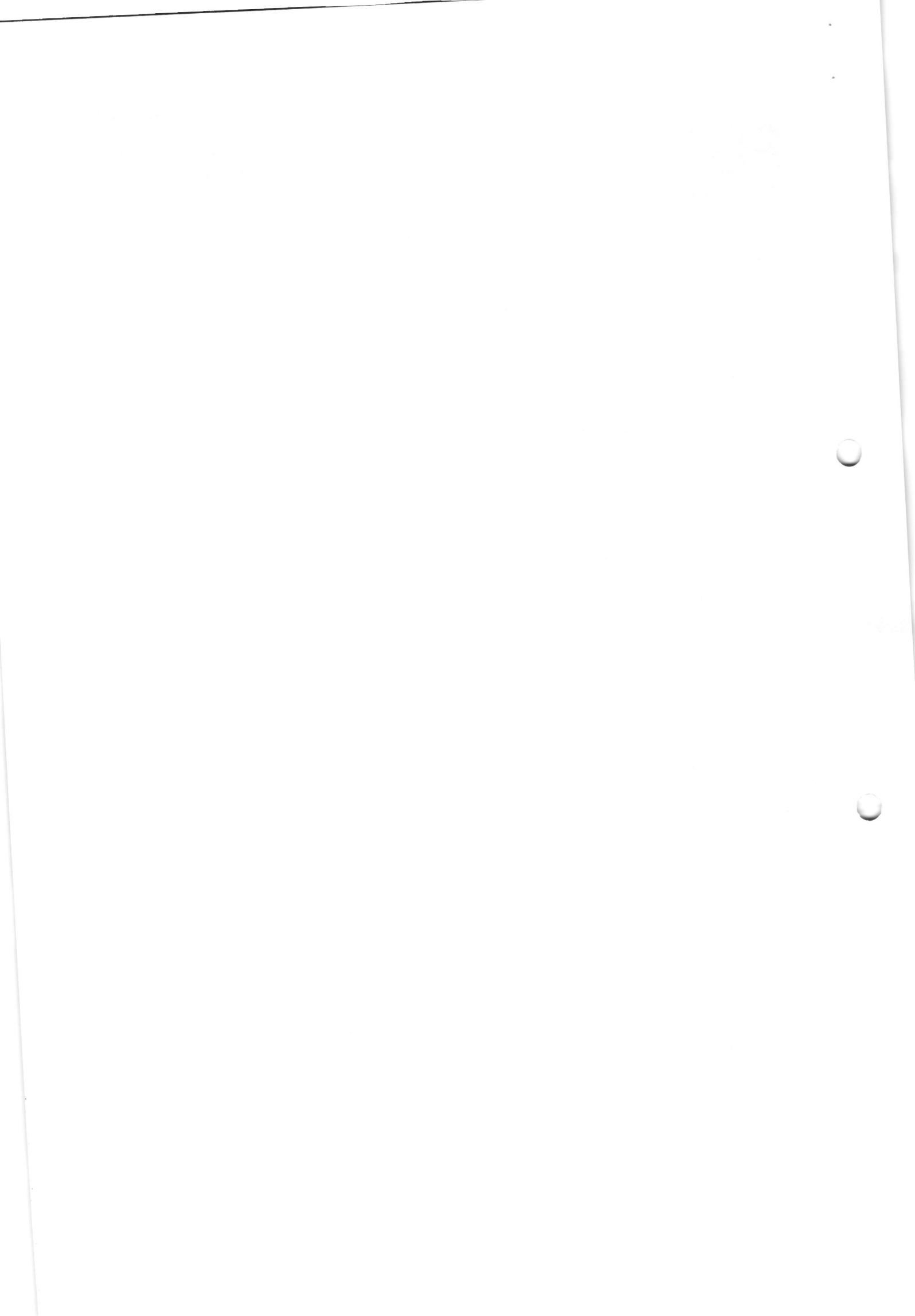
Vejamos trecho do Acórdão nº 975/2005-Segunda Câmara:

“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 expreso (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”.

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:

“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.”

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, direito das cooperativas x diretriz para a



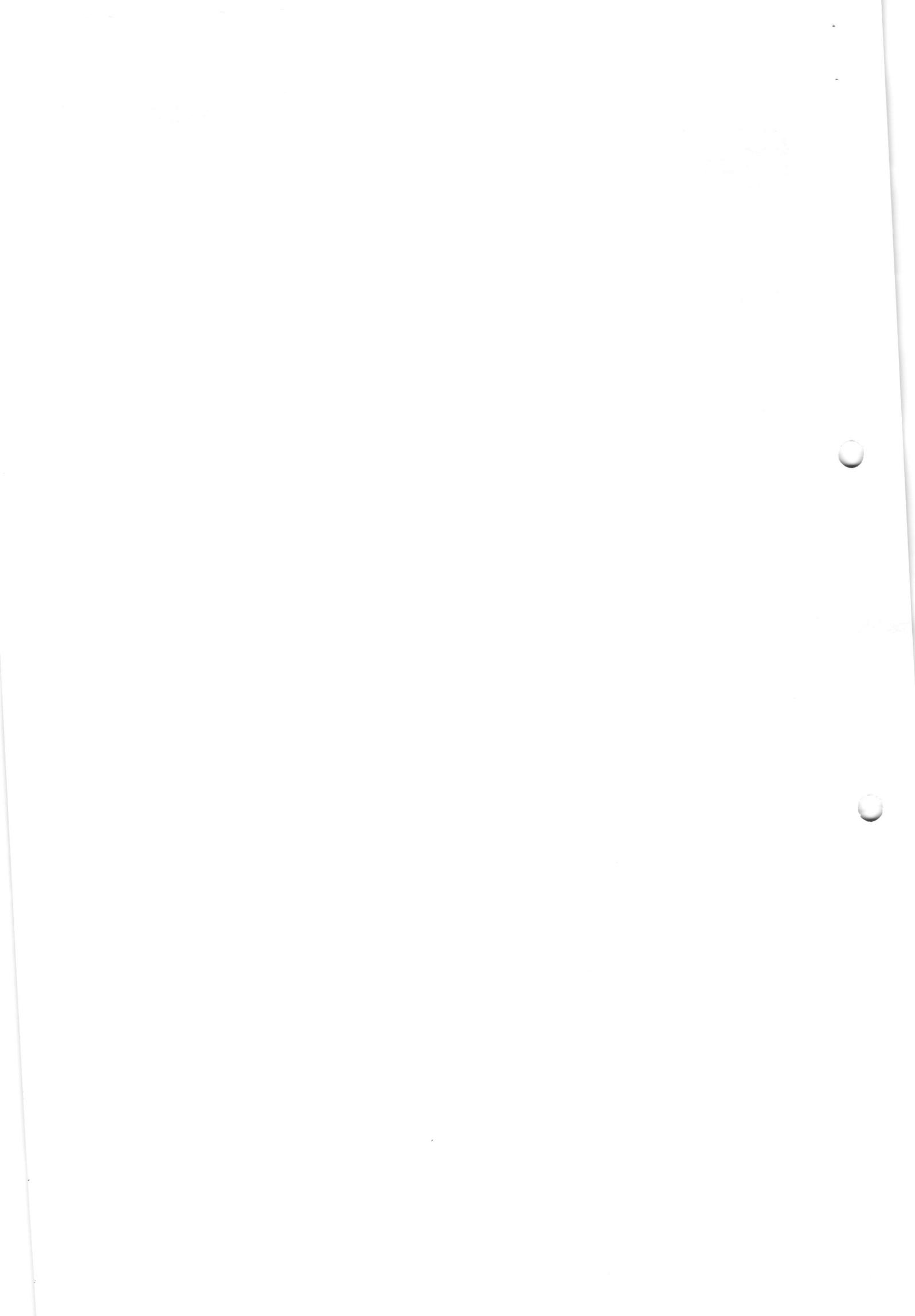
formação das relações de trabalho, prevaleceu o segundo, pois relaciona-se com direito constitucional fundamental.

Assim, é possível dizer que, como regra, é permitida a participação de cooperativas em licitações. A exceção fica por conta das contratações cujo objeto envolva o exercício de atividade que demande a existência de vínculos de emprego/subordinação desses profissionais com a pessoa jurídica contratada (cooperativa), bem como dispensam os elementos da habitualidade e pessoalidade.

Corroborando com essa linha de argumentação, foi publicada a Lei nº 12.690/2012, confirmando que a celeuma envolvendo a contratação de cooperativas possui uma regra (tendente à possibilidade de participação em licitação), e uma exceção (pela impossibilidade, para atividades que, pela sua natureza, exijam subordinação de mão de obra). É o que se extrai do teor do art. 10, §2º c/c art. 5º, da citada Lei.

Ao analisar-se o cerne da questão deve-se levar em conta que, considerando a natureza do serviço ou o modo como ele é usualmente executado no mercado em geral, há a necessidade da subordinação jurídica entre o obreiro e o contratado, bem como de pessoalidade e da habitualidade, conforme preceituado na Súmula nº 281 do TCU:

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



Imperioso destacar que as decisões dos Acórdãos nº 1815/2003- Plenário, Acórdão nº 307/2004-Plenário culminaram com a publicação da Súmula nº 281, mencionada anteriormente.

Oportuno asseverar que o Egrégio Tribunal de Contas da União também se manifestou sobre a questão no Acórdão do TCU nº 725/2006 de 19/05/2006, proferido em plenário e com caráter vinculante para toda administração pública, como se destacou em acórdão proferido no STJ: "Há ainda orientação firmada pelo Tribunal de Contas da União, com caráter vinculante para a administração pública, vedando a participação de cooperativas em licitações que tenham por objeto a prestação de serviços em que se fazem presentes os elementos da relação de emprego" (STJ. RESP 1141.763 – RS, 23/02/2010).

Ademais, no informativo 165 que tratou do Acórdão 2221/2013, E.TCU entendeu ser "irregular a participação de cooperativas em licitação cujo objeto se refira a prestação de serviço que exija relações próprias de emprego, como subordinação (hierarquia) e habitualidade (jornada de trabalho) dos trabalhadores".

A linha de entendimento do Superior Tribunal de Justiça, como dito alhures, é a mesma:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. LICITAÇÃO. COOPERATIVA. CLÁUSULA IMPEDITIVA DE PARTICIPAÇÃO. LEGALIDADE.

1. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando

que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Lei Maior. Isso não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. Precedente.

2. Pacífico nesta Corte Superior o entendimento segundo o qual é legal regra editalícia que veda a participação de cooperativas em licitação. Precedentes.

3. Ganha relevância, ainda, o fato de que existe acordo entre a União e o Ministério Público do Trabalho, vinculando também a recorrente, no sentido de vetar a contratação de cooperativas. Precedente em caso idêntico.

4. Recurso especial parcialmente provido.

(STJ, 2ª T., REsp n. 1.185.638 - RS (2010/0047292-0), Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES)

"ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. SERVIÇOS GERAIS. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS. RAZOABILIDADE DA EXIGÊNCIA. 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 solidários pelo pagamento de salários atrasados e tributos não recolhidos. 2. Com base nessa premissa, há acordos celebrados perante a Justiça do Trabalho, inclusive em ação civil pública, nos quais o Banco do Brasil e a União comprometem-se a não

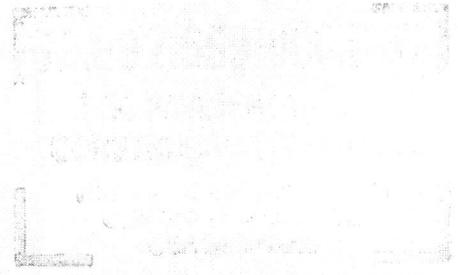
contratar cooperativas para prestação de serviços em que se mostram presentes elementos da relação de emprego. 3. Legalidade da previsão editalícia que proíbe a participação das cooperativas em licitações para prestação de serviços à administração pública. 4. Acórdão do TCU, com caráter normativo, chancelando a vedação em questão, e precedentes da Corte Especial do STJ em sede de Suspensão de Segurança.

5. Recurso especial provido.”

(STJ - REsp: 1031610 RS 2008/0031935-3, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 18/08/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/08/2009)

Verifique-se que a jurisprudência acima citada tem aplicação direta no caso em questão, onde o núcleo da questão é o mesmo, qual seja a inafastabilidade da relação de subordinação e dependência do cooperado quer em relação ao prestador dos serviços, quer em relação ao tomador dos serviços, no caso dos serviços licitados.

Portanto, é dever da Administração zelar pelos direitos dos vários trabalhadores (de parco conhecimento e precárias condições sociais) prejudicados por estas cooperativas fraudulentas, vedando a contratação de cooperativas nos processos ora trazidos à colação.



2.2- DA ISONOMIA ENTRE AS LICITANTES

Há ainda o fato de que as cooperativas, dada sua constituição diferenciada, possuem certos privilégios não concedidos a toda e qualquer sociedade comercial, transgredindo o princípio da isonomia. Quando comprovada e explícita esta diferenciação e demonstrado o tratamento desigual, inequivocamente, o procedimento estará comprometido e suscetível de invalidação, pois estaria sendo profanado o princípio basilar da Lei de Licitações insculpido no artigo 3º - princípio da isonomia.

Também não se pode argumentar que a competitividade estaria prejudicada em detrimento ao princípio da isonomia. Ao contrário, a restrição pleiteada visa justamente garantir a igualdade material dos concorrentes, tendo em conta os benefícios decorrentes da carga tributária e social diferenciada que é aplicada às cooperativas, e evitando que pessoas jurídicas se organizem na forma de cooperativa para obter benefícios previdenciários em detrimento aos direitos do trabalhador, conseguindo com isso um aparente melhor preço para a Administração e, ao mesmo tempo, transferindo todos estes encargos ao contratante que, solidariamente responsável, arcará com essa diferença no futuro.

Ora, demonstra-se, claramente que a vedação à participação de cooperativas se faz necessária em defesa ao interesse público, garantindo uma igualdade material entre os concorrentes e uma competição mais equilibrada.

2.3. DA IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE TERMO DE RECEBIMENTO DE GARANTIA NA HABILITAÇÃO

Nos termos do art. 31, inc. III, da Lei nº 8.666/93, para a habilitação nas licitações promovidas pela Administração Pública poderá ser exigido dos licitantes, para fins de qualificação econômico-financeira, garantia da proposta a ser prestada pelos licitantes de acordo com as modalidades e critérios constantes do art. 56, "caput" e § 1º, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado da contratação.

Tal exigência tem por finalidade assegurar a apresentação de ofertas sérias e a manutenção das mesmas enquanto vigentes, impedindo que os licitantes, imotivadamente, no curso do procedimento, venham a desistir dos compromissos e responsabilidades que nascem e decorrem da participação na licitação. A garantia da proposta também é denominada "garantia por participação" e deve ser prestada por todos os licitantes, cabendo a esses a optar por uma das seguintes modalidades: caução em dinheiro, seguro garantia, ou fiança bancária.

Quanto ao momento em que os interessados devem comprovar a prestação da garantia, a apresentação, de forma prévia à sessão inicial de licitação nos termos do subitem 8.10.6 por meio da apresentação de termo de recibo que deve ser obtido de forma antecedente à abertura do certame demonstra-se totalmente contrário a jurisprudência dos Tribunais de Contas é firme em apontar que essa prática ofende diversos dispositivos da lei de licitações: arts. 4º; 21, § 2º; 31, inciso III; 40, inciso VI, e 43, inciso I.

As Cortes de Contas entendem que "a lei nº 8.666/93 permite, em determinadas situações, que a qualificação econômico-financeira possa ser demonstrada mediante prestação de garantia (art. 31, III e § 2º). Todavia, não faz nenhuma exigência de que esta garantia seja entregue antes da abertura dos envelopes referentes à habilitação das licitantes" (TCU. Acórdão 802/2016 – Plenário).

Vale notar que o dispositivo que autoriza a exigência de garantia da proposta encontra-se elencado no rol de documentos de habilitação e que, de acordo com o procedimento definido no art. 43 da lei nº 8.666/93, a apreciação da documentação relativa à habilitação deve ocorrer no momento da abertura dos envelopes.

Portanto, é irregular a exigência de apresentação de garantia da proposta antes do prazo para entrega dos demais documentos de habilitação. Nesse sentido:

TCU.

“a exigência da comprovação do recolhimento da caução de participação até o 5º dia útil anterior à abertura das propostas não observa a jurisprudência deste Tribunal, segundo a qual a data de apresentação de garantias, nos termos do artigo 30, § 2º, da Lei nº 8.666/93, não pode ser diferente da data marcada para a apresentação da documentação de habilitação” (Acórdão 381/2009-Plenário).

“se abstenha de fixar em seus editais de licitação data limite para o recolhimento da garantia prevista no art. 31, III, da Lei n. 8.666/1993, sendo esse limite delimitado pelo próprio prazo para a entrega das propostas, respeitando-se os horários de funcionamento do órgão receptor da garantia” (Acórdão nº 557/2010 – Plenário).

TCE-MG.

“não há amparo legal para exigência de garantia antecipada, para assegurar a preservação dos princípios da universalidade e da competitividade, a Administração deverá aceitar a garantia até a data de abertura do certame, horário máximo para a exibição da garantia com vistas a permitir a sua verificação e a expedição do respectivo comprovante, se for o caso” (Denúncia nº 862.973).

TCE-SP.

“por se tratar de documento típico de qualificação econômico-financeira, a garantia de participação só pode ser exigida “na data de entrega dos envelopes, conforme inteligência do inciso III do artigo 31 da Lei nº 8666/93” (TC nº 021978/026/11).

É importante observar que a exigência antecipada da garantia da proposta e a juntada prévia de seus comprovantes aos autos trariam o indesejável risco de conluio no certame, tendo em vista que permitiria o conhecimento do universo de potenciais licitantes antes da sessão de abertura dos envelopes.

Por fim, é importante observar que na hipótese de os interessados serem obrigados a apresentar o comprovante da garantia de maneira prévia, a oportunidade de utilizar integralmente o prazo para elaboração da proposta e preparo da documentação concedido pela lei seria deles retirada. Nesse caso, seria possível cogitar eventual ofensa aos incisos do art. 21, §2º, da lei de licitações.

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, a FGC PAVIMENTAÇÃO E CONSTRUÇÃO CIVIL EIRELI, requer:



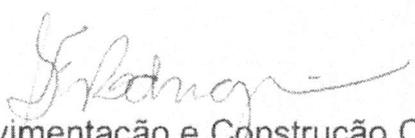
- a) Recebimento da presente impugnação e o seu respectivo provimento;
- b) A retificação do edital para fins de alteração no sentido de que seja expressamente vedada a participação de cooperativas;
- c) A retificação do subitem 8.10.6 do Edital no sentido de que seja permitida apenas a apresentação de garantia de proposta nos envelopes de habilitação das licitantes.

Diante de tais alterações, tornar-se-á necessário realizar a republicação do edital e respectiva reabertura dos prazos para apresentação de proposta, nos termos do art. 21 da Lei n° 8666/93.

Nestes termos,

Pede deferimento.

Tanguá, 23 de fevereiro de 2021.


FGC Pavimentação e Construção Civil Eireli
CNPJ 02.892.559/0001-07