

# A participação de cooperativas em licitações ante a ausência de previsão no instrumento convocatório do certame

*The Participation of Cooperatives in biddings considering the lack of provision in the invitation to bid*

**Luziânia C. Pinheiro Braga**

Mestre em Direito (Ordem Jurídica Constitucional) – UFC.  
Professora de Direito Administrativo da UNIFOR.  
Advogada Pública da União.  
E-mail: luziania@unifor.br.

## Resumo

*O presente artigo se insere no âmbito do Direito Administrativo - mais especificamente no tema das Licitações. Busca-se discutir a hipótese de participação de cooperativa em contratação com a Administração Pública (Federal), mediante o regular processo licitatório, ante a total falta de previsão no instrumento convocatório da licitação pública. Procura-se demonstrar, sobretudo, que há possibilidade de participação de entidades cooperativas, não obstante a ausência de previsão no edital do certame. A omissão do edital não pode significar restrição, em virtude do princípio da ampla competitividade - uma das matrizes ontológicas do procedimento licitatório. O princípio da igualdade, por seu turno, não será desprezado, quando do julgamento das propostas. Afinal, o princípio da vinculação ao edital convocatório não traduz literalidade. A equalização das propostas, para fins unicamente de julgamento, emerge como expediente necessário para a isonomia entre os licitantes.*

**Palavras -chave:** Licitação. Cooperativas. Igualdade.

## Abstract

*This article inserts itself in the scope of Administrative Law - more specifically, under the theme of Biddings. One aims to discuss the hypothesis of cooperatives participating in contracts with the Federal Public Administration, through the regular bidding process, in view of the total lacking of a provision in the instrument convoking for the public bidding. One tries to demonstrate, above all, that it is possible for the cooperative entities to participate, despite the absence of a corresponding provision in the bidding edict. The edict's omission cannot signify a restriction, by virtue of the principle of ample competitiveness - one of the ontological matrixes of the bidding procedure. The principle of equality, in its turn, shall not be despised when judging the proposals. The principle of entailment to the bidding edict, after all, does not translate in liberty. The equalization of the proposals, solely on purposes of judgment, emerges as an expedient necessary to the isonomy among the bidders.*

**Keywords:** Biddings. Cooperatives. Equality.

## Introdução

Ainda hoje, as entidades cooperativas trazem com sua atuação na vida sócio-econômica algumas indagações. O assunto não é novo, mas as dúvidas continuam a persistir. É bem verdade que ora contamos com alguma produção doutrinária acerca

da matéria. Contudo, tal produção ainda se demonstra tímida ante os complexos questionamentos que envolvem as sociedades cooperativas.

Ressalte-se que própria natureza jurídica de tais entidades não se encontra perfeitamente compreendida e, não raro, surpreendemo-nos com

a existência de pseudo-cooperativas. Abstraindo-se aqui tais distorções, vamos considerar - e isto, de fato, acontece - que as cooperativas existem e travam uma série de relações com os demais segmentos da sociedade.

Especificamente no presente artigo, vamos procurar abordar a hipótese de participação de sociedade cooperativa em contratação com a Administração Pública (Federal), mediante o regular processo licitatório. Como peculiaridade, a fundamentar o emergir desta problemática, realçamos que a hipótese alude à total falta de previsão dessa participação no instrumento convocatório da licitação pública.

Ora, sendo o instrumento convocatório referente ao certame absolutamente omissivo no que se relaciona à participação de empresas cooperativas no processo licitatório e por ser reconhecido o tratamento diferenciado que tais entidades recebem, sobretudo no tocante aos encargos tributários e trabalhistas, questiona-se acerca da manutenção da isonomia entre todos os participantes, em especial no concernente ao julgamento das propostas. Poderíamos, objetivamente, indagar: Em razão do julgamento objetivo das propostas e do princípio da isonomia, como devemos considerar a proposta da Cooperativa em virtude da mesma ter um regime tributário privilegiado?

A pergunta, aparentemente simples e inocente, comporta uma série de desdobramentos. O zelo que se relaciona à gestão dos recursos da Administração deve ser o da conduta pautada nos princípios da legalidade e moralidade administrativas. Gizados os limites de nossa investigação, passemos ao desenvolvimento do tema, sem a menor ambição de fornecer respostas. Outrossim, com o máximo interesse em fomentar o debate.

A ausência de disposição objetiva expressa sobre a matéria, obriga-nos a realizar extenso apanhado das repercussões em sede doutrinárias e jurisprudenciais, conforme demonstraremos a seguir.

## 1 Da Natureza das Cooperativas

A cooperativa constitui-se associação *sui generis*, com normativos específicos a disciplinar sua existência e constituição. Sua razão de ser consiste no apoio mútuo existente entre os cooperados para o desempenho das atividades que justificaram sua criação e constituem seu objetivo social.

Trata-se de fenômeno ainda pouco explorado na vida nacional, padecendo da dificuldade de parco desenvolvimento doutrinário sobre o tema. Eis uma lição que colhemos da doutrina, *in verbis*:

Quanto ao fim, a natureza jurídica própria da cooperativa consiste em ser ela uma 'sociedade

auxiliar', de caráter institucional, a qual, na sua condição de ente personificado, existe tão só para prestar serviços aos associados, independentemente da idéia de, como pessoa jurídica, obter vantagens para si, em detrimento do cooperado, investido da dupla qualidade: de associado e utente dos serviços cooperativos (LIMA, 1997, p.50).

Fácil perceber que as cooperativas de trabalho têm por fim facilitar o exercício profissional de seus cooperados, numa tentativa de melhorar-lhes a situação econômica. A cooperativa é marcada por seu caráter instrumental, de representação dos associados, não tendo a mesma filosofia lucrativa das demais sociedades comerciais. A Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, define o cooperativismo, estabelecendo ditames aos quais se sujeitam as entidades cooperativas. Dispõe o art. 3º da Lei nº 5.764/71, de 16 de dezembro de 1971: "Art. 3º. 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."

O cooperativismo não encontra espelho no sistema mercadológico. Os princípios que o informam são outros, daí os incentivos e o tratamento especial que tais sociedades recebem do Estado. A Constituição Federal, em seu art. 174, expressamente dispõe no §2º que "a lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo". Tal dispositivo enuncia a clara predisposição do legislador em incentivar e estimular a formação, a existência e a permanência das organizações cooperadas que eventualmente vierem a se constituir.

## 2 Da Possibilidade de Participação das Cooperativas Nas Licitações

A questão da participação de cooperativas em processos licitatórios encontrou campo de fértil discussão na doutrina brasileira, sem que haja pacífica produção acerca do tema. Para abordar o referido assunto, em virtude da falta de previsão legal expressa, temos que considerar os princípios que regem o certame licitatório, bem como a sua natureza e finalidade precípua. Partimos, assim, da própria compreensão de licitação, colhendo da doutrina a preciosa lição de Adilson de Abreu Dallari (1997, p.191):

Independentemente de determinação legal, a observância ao princípio da licitação é obrigatória para toda a Administração Pública, abrangendo os órgãos centralizados, as entidades descentralizadas e as pessoas jurídicas de direito público ou privado, que, de forma indireta, desempenham funções públicas, aplicando recursos públicos. Além disso, os órgãos e entidades de direito público ficam

obrigados à estrita observância das normas sobre licitações eventualmente existentes nas respectivas esferas de governo.

A Constituição Federal trata explicitamente do tema, enunciando em seu art. 37, inciso XXI, a tão conhecida regra:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Da mesma forma, encontramos substancial amparo na doutrina administrativista. Celso Antonio Bandeira de Mello (1993, p.243) assevera:

Licitação é o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

Em virtude da indisponibilidade dos interesses públicos, a Administração não pode simplesmente distribuir seus recursos na aquisição de substratos materiais, ou na alocação de recursos humanos, livremente. Há de se perseguir a finalidade pública, dentro do primado da eficiência. É importante que se oportunize a todos os que tiverem interesse o direito de participar dos negócios públicos destinados a suprir aquisições materiais e contratações de serviços de pessoal, sendo imperativo que tal ocorra em condições de igualdade.

Para a consecução de tais misteres, realiza-se obrigatoriamente a licitação pública. Esta obrigatoriedade resulta de disposição constitucional, observando-se os princípios gerais que regem a vida administrativa, bem como princípios especificamente aplicáveis ao procedimento licitatório, consoante a normatização presente na Lei n.º 8.666/93, vulgo Estatuto das Licitações.

A competição, tão ampla quanto possível, é o valor fundamental a preservar em toda e qualquer licitação pública. Daí porque, segundo a melhor doutrina, "a Administração está obrigada a ensejá-la, favorecê-la, estimulá-la, jamais podendo opor-lhe limites, barreiras ou dificuldades desarrazoadas. O caráter competitivo é da essência da licitação." (SUNDFELD, 1994, p. 16).

No procedimento licitatório, a possibilidade de participação da universalidade dos interessados, que

preenchem os critérios expendidos na lei e no edital convocatório, presume-se como regra, reconhecendo-se a impossibilidade de participação como exceção que deverá ser expressa. Exige-se, por conseguinte, a atestação de capacidades técnica, econômica, financeira e jurídica.

O Poder Público não pode realizar contratações temerárias com empresas irregulares, imperitas, sonegadoras ou que não apresentem solidez econômica. Tal falta de cautela comprometeria, por certo, a adequação e continuidade dos serviços públicos e a incolumidade da gestão administrativa. Contudo, o estabelecimento de critérios e condições reduz-se a assegurar a idoneidade, regularidade e capacidade técnico-operacional da contratada, sendo abominada qualquer outra forma de discriminação. Auxilia-nos a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1998, p.259) que argumenta:

Embora tenha que haver competição, ela não é inteiramente livre, pois a proteção do interesse público exige a imposição de certas normas que afastam, por exemplo, as pessoas jurídicas não regularmente constituídas, as que não apresentam idoneidade técnica ou financeira.

Trazendo as noções supracitadas à aplicação no caso prático, observamos que o edital é silente acerca da possibilidade de participação de entidades cooperativas. Pode-se concluir tão-somente que a participação é franqueada, não sendo lícito interpretar tal omissão como uma vedação, sob pena de admitir-se discriminação injustificada. Aliás, o Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo da administração pública, nos autos do Processo nº 4.908/95-3, admitiu a participação de cooperativas em licitação.

O Tribunal de Contas do Município de Fortaleza, em voto prolatado pelo Conselheiro Ângelo Sales Figueredo (1999, p.01) confirma tal entendimento no teor de sua ementa:

TERCEIRIZAÇÃO: CONTRATAÇÃO DE COOPERATIVAS PARA EXECUÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE. ADMISSÃO EXPRESSA DA C.F. ART.197. OS SERVIÇOS DE SAÚDE, DE NATUREZA ESSENCIAL, PRÓPRIOS DO PODER PÚBLICO, PODEM TER, DE FORMA COMPLEMENTAR, SUA EXECUÇÃO DELEGADA AO SETOR PRIVADO, OBSERVADA SEMPRE A REGULAMENTAÇÃO, A FISCALIZAÇÃO E O CONTROLE DO ESTADO. OBRIGATORIEDADE DE LICITAÇÃO.

Da mesma forma, coloca-se o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, consoante Decisão: 13.04.98 - TCESC, Processo no: 0258602/79 – Parecer nº COG-650/97, tendo como Relator, o Conselheiro Salomão Ribas Junior. Eis o texto:

533- É vedado à administração municipal contratar mão-de-obra através de cooperativas, para a

realização de serviços que constituam atividade fim da administração pública ou cujas funções sejam próprias de cargos integrantes do Quadro de Pessoal do Órgão, face o disposto no artigo 37, II da Constituição Federal.

À administração municipal é facultado contratar serviços através de empresas ou cooperativas para atendimento de atribuições da atividade meio do órgão público, mediante lei municipal reguladora e observado o procedimento licitatório, conforme artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal e artigos 2º e 6º da Lei Federal nº 8.666/93.

É facultado à administração municipal qualificar sociedade civil sem fins lucrativos, que tenha finalidade dirigida ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, para o fomento e execução dessas atividades no âmbito da administração municipal, por meio de contrato de gestão, desde que haja lei específica dispondo sobre a matéria, a exemplo da disciplina implantada no âmbito federal pela Medida Provisória nº 1.591, editada em 09 de outubro de 1997. (Grifos nossos)

Citemos, ainda, a posição do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, no bojo do Parecer PROGE TC nº 064/2001, 02 de fevereiro de 2001, da lavra da ilustre Procuradora Sheyla Barreto Braga de Queiroz:

Ora, uma cooperativa é uma sociedade ou empresa constituída por membros de certo grupo econômico ou social, e que objetiva desempenhar, em benefício comum, determinada atividade econômica. Nessa condição, podem participar, em pé de igualdade, como quaisquer empresas ou pessoas jurídicas de direito privado, de procedimentos de licitação visando à aquisição de serviços por ela prestados.

Bastante comuns são as cooperativas de profissionais da área da saúde e da educação, que procuram oferecer serviços com qualidade a um preço mais acessível, das quais as mais fortes e bem estruturadas são as formadas por médicos, enfermeiros, dentistas, fisioterapeutas, nutricionistas e instrutores/professores.

Referidos serviços caracterizam, de plano, aqueles que são oferecidos pelo Estado, em colaboração com o particular, por meio da chamada execução indireta, nos termos dos artigos 197 e 205 da Constituição da República. Assim, encontram-se no quadro de pessoal da Administração cargos ou funções idênticas ou assemelhadas àquelas contratadas: médico, enfermeiro, dentista, fisioterapeuta etc.

Vale enxertar trecho de ensaio do Prof. Dr. Carlos Pinto Coelho Motta (2000, p.63):

‘Atualmente, muitos fatores vêm agregar novo fôlego à tese da contratação indireta, que estende seu campo de ação para abranger, cada vez mais, novas classes de atividades. A aprovação da Emenda Constitucional 19/98; a crise econômica gerando novas propostas de compactação das carreiras públicas, a criação das chamadas Organizações Sociais ou entidades semi-públicas e, sobretudo, o aumento das demandas da população carente

exigem mais do que nunca urgentes e inovativas respostas por parte da instituição pública.

No vértice destas linhas condicionantes, coloca-se a revisão do modelo estatal com a indispensável reestruturação administrativa. Quando se cogita de agilização e cumprimento de objetivos na organização pública moderna, atividades antes desempenhadas por servidores públicos, reguladas por regime jurídico específico, são crescentemente transferidas a particulares – justificando-se essa transferência pela redução de custos e pela racionalidade econômica. ...

Esse novo modelo de estrutura administrativa tem sido objeto de experiências por parte de Estados e Municípios, muitos dos quais entraram já em entendimentos com entidades filantrópicas e cooperativas profissionais, ou mesmo com entidades semi-públicas (Organizações Sociais), almejando ampliar a contratação de “pacotes de serviços”. Em Municípios como São Paulo, e Estados da Bahia e do Rio, a terceirização já se processou, ou transcorrem os respectivos procedimentos licitatórios.’ (Grifos nossos) .

Vê-se, portanto, que a Reforma do Estado inculpada no texto da Carta Federal por meio da Emenda Constitucional n.º 19/98, sob o prisma do princípio da eficiência, busca incentivar o bom desempenho, a meritocracia e a parceria com o particular (privatização, publicização, terceirização, organizações sociais, tudo são termos que remetem a uma Administração mais enxuta e mais sintonizada às demandas sociais a que deve fazer face). (...).

Por conseguinte, os contratos firmados com as Cooperativas de Trabalhadores cujo objeto verse sobre tarefas ou serviços que aludam, explícita ou implicitamente, à atribuição de cargo ou função constante dos planos de cargos e carreiras dos entes políticos, embora extintos ou em fase de extinção, integram o cálculo das despesas de pessoal, a exemplo das terceirizações, gênero, aliás, da qual as Cooperativas são espécies.

O mesmo posicionamento encontramos na jurisprudência dos pretórios nacionais. Observemos os seguintes acórdãos emanados do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

Ementa - PROCESSO CIVIL. LIMINAR LICITAÇÃO. POSSIBILIDADE. PARTICIPAÇÃO. COOPERATIVAS. ARTIGO 9º, LEI N.º 8.666/93.

1. As cooperativas não estão incluídas no rol das pessoas que estão impedidas de participar de licitações, nos termos do artigo 9º, da Lei n.º 8.666/93.

2. O artigo 9º, da Lei n.º 8.666/93 por conter regra de proibição, deve ser interpretado restritivamente, daí porque, o referido rol só poderá ser taxativo e não exemplificativo.

(Origem: TRF da 4ª Região - Classe: AGRAVO DE INSTRUMENTO,

Processo n.º 97.04.70232-9, UF: PR, Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA, Relatora JUIZA LUIZA

DIAS CASSALES - Data da Decisão: 25/03/1999, publicada no DJU de 02/06/1999, p. 682)

Ementa - ADMINISTRATIVO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA LEGALIDADE. INOCORRÊNCIA. As sociedades cooperativas podem ter por objeto a prestação de serviços e são empresas igualadas às demais em matéria trabalhista e previdenciária, ficando inde-monstrado o fundamento da afirmação de que seus preços não contêm o componente 'mais valia' .(Origem: TRF da 4ª Região - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA, Processo nº 1999.04.01.065473-9, UF: PR, Órgão Julgador: QUARTA TURMA, Relator JUIZ VALDEMAR CAPELETTI - Data da Decisão: 30/11/1999, publicada no DJU de 6/02/2000, p. 201)

Assim, cumpre afirmar a possibilidade de participação das cooperativas na licitação, devendo seus documentos de habilitação ser devidamente avaliados pela Comissão competente, segundo os critérios exigidos na lei e enumerados no edital convocatório.

### 3 Da Aplicação do Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade permeia toda a Constituição Federal brasileira, sendo erigido como um dos baluartes do Estado Democrático de Direito. Podemos ler no *caput* do art. 5º da Carta Magna:

Art. 5º. Todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Ora, mostra-se de clara apreensão que deverá ser assegurada a participação de maior número de interessados nos procedimentos licitatórios, sendo vedada qualquer discriminação, a não ser aquelas restrições criteriosas emanadas da lei e da própria Constituição. Outra vez, recorreremos ao pensamento de Adilson de Abreu Dallari (1997, p.191):

Além da procura de condições mais vantajosas para a Administração Pública em seus contratos com particulares, a licitação se faz obrigatória por força do princípio da isonomia.

Por sua vez, o procedimento da licitação é informado por três princípios: igualdade entre os licitantes, publicidade e estrita observância das condições estabelecidas no instrumento de abertura.

Se o caráter competitivo se constitui em essência da licitação, podemos afirmar ainda que a igualdade entre os participantes é fundamental para que se possa falar em competição verdadeira. No desenrolar do procedimento licitatório, portanto, serão empregados todos os princípios constitucionais informadores da atuação administrativa, destacando-se aqui, por sua relevância no que se relaciona à

competitividade, o princípio da igualdade, na busca pela isonomia.

Tamanha é a importância reconhecida ao princípio da igualdade, que o mesmo vem recebendo privilegiado tratamento e incansável desenvolvimento por parte da doutrina. Vejamos o clássico magistério de Hely Lopes Meirelles (1996, p.28).

A igualdade entre os licitantes é o princípio primordial da licitação - agora previsto na própria Constituição da República (art.37, XXI) - pois não pode haver procedimento seletivo com discriminação entre participantes, ou com cláusulas do instrumento convocatório que afastem eventuais proponentes qualificados ou os desnivalem no julgamento (art. 3º, § 1º).

A partir do momento em que se encontra assegurada a participação de um licitante no certame, isso equivale a dizer que tal participação será balizada pelo princípio da igualdade. Essa conclusão emerge dos conceitos jurídicos de igualdade formal e igualdade substancial. Persegue-se a igualdade na lei e igualdade perante a lei. Por conseguinte, deve ser assegurada a igualdade na aceção de chance de participar da licitação, como também a igualdade de aplicação da lei, na medida que tal aplicação deverá observar os princípios constitucionais e legais da licitação no avançar do procedimento administrativo.

Desta feita, no envolver do procedimento licitatório, a Administração deve propiciar o mesmo tratamento aos participantes, em isonomia. Os discrimens previamente existentes - repita-se - são os relacionados aos parâmetros técnico, jurídico e econômico-financeiro.

Parte-se da premissa de que os licitantes são iguais perante a lei, devendo ser tratados de forma a se atingir uma isonomia de resultados. Tal igualdade deve ser honrada sobremodo no que se relaciona à avaliação das propostas, com o fito de julgamento e classificação. Afinal, na licitação que possui como critérios o menor preço e a melhor técnica, as cifras constantes das propostas de serviço são decisivas para a eleição do proponente vencedor. Sobre o tema, eis o lúcido entendimento de Caio Tácito, *in literis*:

Além de normas procedimentais necessárias, o sistema jurídico da licitação atende fundamentalmente a princípios gerais que se vinculam à sua finalidade. O primeiro deles é o da igualdade entre os licitantes, ou seja, como outra face do postulado, a proibição de discriminar. O princípio vigora tanto em relação aos preceitos específicos, que integram os editais, e marcam as características das propostas, como também informam os critérios de ajuizamento e julgamento destas. (In RDP 84/140, grifos nossos)

Sendo incontroverso que a igualdade é o princípio que deve secundar todas as fases da licitação, temos que todos os concorrentes nutram igualdade de chances de vitória no certame, podendo o edital, em algumas hipóteses, tratar desigualmente os licitantes que sejam desiguais, na exata proporção desta desigualdade, visando a elidir eventuais vantagens objetivas que uns tenham sobre os outros em face do objeto licitado.

Em outras palavras: não se poderia falar de igualdade, caso ficasse garantida a participação do concorrente apenas para efeito de composição de número no certame, sendo impossível a apresentação de uma proposta competitiva. Deve ser considerada a igualdade no sentido de existirem condições efetivas de apresentação de uma proposta avaliável e eventualmente vencedora, quando comparada às propostas apresentadas pelos demais competidores. Sintético e elucidativo, o trecho de autoria de Carlos Ari Sunfeld (1994, p.20):

A igualdade de tratamento entre os possíveis interessados é a espinha dorsal da licitação. É condição indispensável da existência de competição real, efetiva, concreta. Só existe disputa entre iguais, a luta entre desiguais é farsa (...) A competitividade real, concreta, efetiva, é condição essencial do sucesso da licitação. Quando a competição entre diversos sujeitos for impossível, não se fará licitação (art. 25), pois ela não existe sem confronto, sem disputa, sem oposição, sem conflito de interesses entre pessoas.

Existe real competição quando o universo dos possíveis licitantes não estiver previamente e injustificadamente circunscrito, de sorte que dele não se exclua previamente algum ou alguns licitantes potenciais. Por conseguinte, o certame deve ser conduzido de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam a contratação final. Isto posto, vencerá a melhor proposta auferida dentro de um critério igualitário, ou seja, concorrendo em condições de igualdade. Conforme exaustivamente mencionado, o princípio da igualdade se constitui em imposição e baliza para o agente público na busca da aferição da proposta mais vantajosa para a Administração.

Desta feita, deve o procedimento licitatório garantir a igualdade de tratamento, devendo proporcionar uma disputa paritária e honesta entre os licitantes. Vedada, portanto, a concessão de quaisquer privilégios para os participantes do certame, sejam privilégios concedidos pela administração pública, pelo órgão licitante ou por outros órgãos da administração, ou sejam privilégios decorrentes de condições artificialmente criadas pelo próprio Estado, como, por exemplo, as isenções ou incentivos fiscais.

Havendo no certame a participação de licitantes que usufruam de privilégios decorrentes da lei, visto que tais distorções comprometeriam o tão perseguido julgamento objetivo, bem como a obrigatória igualdade, deve o órgão licitante promover a equalização das propostas, compensando ou excluindo estes fatores extrínsecos que favoreçam um ou outro licitante.

O direito de participação em igualdade de condições decorre diretamente de nosso ordenamento jurídico constitucional, interpretado literalmente (art. 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988). Em atenção ao estrito cumprimento do preceito constitucional determina o *caput* do art 3º da Lei 8.666/93 - o Diploma Legal das Licitações e Contratos da Administração Pública:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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 e dos que lhes são correlatos.

Cabe, por oportuna, a excelente lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (1993, p.38-39) sobre o princípio da igualdade, aplicado ao direito público. Citamos o ilustre administrativista:

Em outras palavras: a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo. Segue-se que, se o fator diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia.

Por seu turno, ensina Ivan Barbosa Rigolin (1991, p.44):

(...) julgamento objetivo significa confrontar ou a documentação apresentada com o rol de exigências do edital, e pelo confronto habilitar apenas as que as atendam, ou as propostas, examinando-as sem parcialidade, mas com critério absolutamente equânime, primeiro em confronto com as exigências do edital, depois em confronto umas com as outras, de tudo isso elegendo as que «aritmeticamente», sem qualquer possibilidade de interpretação subjetiva da conformidade ou desconformidade com as exigências do edital, atendam objetivamente ao que a Administração pediu.

A igualdade está umbilicalmente ligada aos princípios do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório, visto que a objetividade cobrada pressupõe a observância de todos os interessados aos critérios (métodos de avaliação das propostas) e fatores (qualidade, rendimento, preço, etc.) concretamente definidos no edital. A fim

de obter-se um julgamento objetivo, afastada qualquer margem de protecionismo, faz-se mister estabelecer amiúde os quesitos de julgamento, possibilitando que a Comissão disponha de padrões bem determinados para o cotejo das propostas.

#### 4 Da Ausência de Previsão de Critérios Equalizadores no Edital

##### - O FORMALISMO DA LICITAÇÃO - a correta compreensão do princípio da vinculação ao instrumento convocatório

A licitação deve desenvolver-se em estrita conformidade com o que dispõe a lei. Daí dizer-se que se trata de um procedimento administrativo rigorosamente formal, onde cada ato é praticado na forma prescrita pela lei. O Professor Carlos Ari Sundfeld (1994, p.10) esclarece, não obstante, que tal formalismo não é sinônimo de vazio das formas sem conteúdo. Ou, em suas próprias palavras:

O formalismo, nela, é um instrumento de igualdade e da moralidade: as regras do edital são inalteráveis a meio do caminho, pois isso beneficiaria um licitante em desfavor do outro; a abertura dos envelopes é feita em sessão pública e solene para permitir o controle recíproco; as propostas tornam-se imutáveis para impedir o privilégio a um licitante; os prazos são improrrogáveis para não ensejar benefício ao relapso; a publicidade inviabiliza os acertos feitos às ocultas. O formalismo, vale dizer, a obediência a etapas rígidas e previamente seriadas, é condição para lisura do certame, evitando a criação *ad hoc* de etapas que beneficiem concorrentes específicos.

O teor das disposições constantes do edital vinculará necessariamente todo o procedimento administrativo, pois se constitui em *lex interna* do certame, impondo rigorosa observância, não podendo sofrer alterações posteriores. Os atos e decisões do procedimento, além de conformados à lei, estarão vinculados ao escrito no edital. Trata-se do conhecido princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Não obstante reconhecidamente formal o processo licitatório, admite-se a flexibilização exegética das normas legais e editalícias que o norteiam, para a cabal satisfação do interesse público que o certame visa a tutelar.

Ora, por mais que se busque, não se poderá sempre atingir uma objetividade pura, suprema e ideal. Da mesma forma, entende-se que a lei e o edital não serão perspicazes o suficiente para prever todos os desdobramentos passíveis no interior de um procedimento licitatório. Contudo, ressalte-se: tal permissividade interpretativa está limitada à ausência de violação ao tratamento isonômico a que têm direito os licitantes, e desde que não resulte em prejuízo para a Administração.

Tal questão se coloca excepcionalmente importante no presente momento, quando o edital não traz previsão de qualquer critério equalizador das propostas entre licitantes que são, perante a lei, desiguais. Nem sempre, encontramos na vida dos entes administrativos especificações editalícias relacionadas diretamente às cooperativas. De efeito, sabemos que as propostas devem ser apresentadas nos termos editalícios, sob pena de desclassificação.

Na prática, cabe reconhecer que vários dos encargos considerados na formação de preços, para as empresas comuns, simplesmente não estão presentes na composição do valor das propostas que refletem os custos experimentados por uma cooperativa no desempenho dos serviços. Como, então, agir nessa situação privilegiando-se o princípio da igualdade no julgamento das propostas?

Acaso houvesse menção prévia e expressa no edital, o critério teria como justificativa a tão-propugnada igualdade, conforme repetimos inúmeras vezes. A mera ausência de previsão literal na regra editalícia não pode ocasionar a automática desclassificação da entidade cooperativa, bem como não pode conduzir à sua indiscriminada seleção, sem que haja um julgamento pretensamente igualitário.

Afinal, seria uma hipocrisia se sustentar uma igualdade de participação apenas para ocorrer uma inevitável desclassificação da proposta apresentada pela entidade cooperativa. Tratar-se-ia tão-somente de igualdade postiça, vazia de sentido, a cancelar a escolha de outros proponentes.

A jurisprudência emanada do Supremo Tribunal Federal, no julgamento de recurso de mandado de segurança RMS-23714/DF, funcionando como Relator o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, em julgamento datado de 05 de novembro de 2000, oriundo da Primeira Turma (publicado no DJ de 13 de outubro de 2000, p. 00021, ementário vol. 02008-02, p.00226), tece valorosa orientação.

O caso se referia a mandado de segurança interposto por um licitante que se julgava prejudicado no emblemático certame licitatório das urnas eletrônicas, promovido pelo Tribunal Superior Eleitoral – TSE. A Turma negou provimento a recurso ordinário em mandado de segurança em que se pretendia a desclassificação da proposta vencedora em licitação para aquisição de urnas eletrônicas para as eleições municipais do ano 2000, em virtude do descumprimento de exigência prevista no edital - falta de apresentação dos preços unitários de determinados componentes das urnas. O STF manteve a decisão do Tribunal Superior Eleitoral que entendera que o descumprimento da citada exigência constituía mera irregularidade formal, não caracterizando vício insanável de modo a desclassificar a proposta vencedora.

De efeito, o ilustre relator concorda com os argumentos do parecer do douto Procurador Geral da República, o qual explica a exegese das disposições editalícias, conformadoras da licitação. Citamos partes do conteúdo:

Se de fato o edital é a 'lei interna' da licitação, deve-se abordá-lo frente ao caso concreto tal qual toda a norma emanada do Poder Legislativo, interpretando-o à luz do bom senso e da razoabilidade, a fim de que seja alcançado o seu objetivo, nunca se esgotando na literalidade de suas prescrições. Assim sendo, a vinculação ao instrumento convocatório editalício deve ser entendida sempre de forma a assegurar o atendimento do interesse público, repudiando-se que se sobreponham formalismos desarrazoados. Não fosse assim, não seriam admitidos nem mesmo os vícios sanáveis, os quais, em algum ponto, sempre traduzem infringência a alguma diretriz estabelecida no instrumento editalício.

Desta forma, se a irregularidade praticada pela licitante vencedora a ela não trouxe vantagem, nem implicou em desvantagem para as demais participantes, não resultando assim em ofensa à igualdade; se o vício apontado não interfere no julgamento objetivo da proposta, e se não se vislumbra ofensa aos demais princípios exigíveis na atuação da Administração Pública, correta é a adjudicação do objeto da licitação à licitante que ofereceu a proposta mais vantajosa, em prestígio do interesse público, escopo da atividade administrativa (Grifos nossos).

Em idêntico diapasão, apresenta-se o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça- STJ, em julgamento do Mandado de Segurança 5418/DF (Proc. nº 1997/0066093-1), publicado no DJ de 1º de junho de 1998, p. 00024, no qual figurou como Relator o Ministro Demócrito Reinaldo. Vejamos o teor do acórdão:

**Ementa: DIREITO PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. VINCULAÇÃO AO EDITAL. INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO PELO JUDICIÁRIO, FIXANDO-SE O SENTIDO E O ALCANCE DE CADA UMA DELAS E ESCOIMANDO EXIGÊNCIAS DESNECESSÁRIAS E DE EXCESSIVO RIGOR PREJUDICIAIS AO INTERESSE PÚBLICO. POSSIBILIDADE. CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA PARA ESSE FIM. DEFERIMENTO.**

O 'edital' no sistema jurídico-constitucional vigente, constituindo lei entre as partes, e norma fundamental da concorrência, cujo objetivo e determinar o 'objeto da licitação', discriminar os direitos e obrigações dos intervenientes e o poder público e disciplinar o procedimento adequado ao estudo e julgamento das propostas. Consoante ensinam os juristas, o princípio da vinculação ao edital não é 'absoluto', de tal forma que impeça o judiciário de interpretar-lhe, buscando-lhe o sentido e a compreensão e escoimando-o de cláusulas desnecessárias ou que extrapolem os ditames da lei de regência e cujo excessivo rigor

possa afastar, da concorrência, possíveis proponentes, ou que o transmude de um instrumento de defesa do interesse público em conjunto de regras prejudiciais ao que, com ele, objetiva a administração.

O procedimento licitatório é um conjunto de atos sucessivos, realizados na forma e nos prazos preconizados na lei; ultimada (ou ultrapassada) uma fase, 'preclusa' fica a anterior, sendo defeso, a administração, exigir, na (fase) subsequente, documentos ou providências pertinentes aquela já superada. se assim não fosse, avanços e recuos mediante a exigência de atos impertinentes a serem praticados pelos licitantes em momento inadequado, postergariam indefinidamente o procedimento e acarretariam manifesta insegurança aos que dele participam.

(...)

No procedimento, e juridicamente possível a juntada de documento meramente explicativo e complementar de outro preexistente ou para efeito de produzir contra-prova e demonstração do equívoco do que foi decidido pela administração, sem a quebra de princípios legais ou constitucionais.

O 'valor' da proposta 'grafado' somente em 'algarismos' - sem a indicação por extenso - constitui mera irregularidade de que não resultou prejuízo, insuficiente, por si só, para desclassificar o licitante. a 'ratio legis' que obriga, aos participantes, a oferecerem propostas claras e tão só a de propiciar o atendimento a administração e aos administrados. se o valor da proposta, na hipótese, foi perfeitamente compreendido, em sua inteireza, pela comissão especial (e que se presume de alto nível intelectual e técnico), a ponto de, ao primeiro exame, classificar o consórcio impetrante, a ausência de consignação da quantia por 'extenso' constitui mera imperfeição, balda que não influenciou na 'decisão' do órgão julgador (comissão especial) que teve a idéia a percepção precisa e indiscutível do 'quantum' oferecido.

O formalismo no procedimento licitatório não significa que se possa desclassificar propostas eivadas de simples omissões ou defeitos irrelevantes. SEGURANÇA CONCEDIDA. VOTO VENCIDO.

A referida equalização dos valores das propostas, não obstante sem previsão expressa no edital, deve se basear nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, dando cumprimento aos princípios constitucionais norteadores da licitação.

A própria Lei das Licitações (Lei nº 8.666/93), em seu art.42, ao disciplinar a licitação na qual participa licitante internacional, postula pela equalização das propostas como recurso apto a assegurar a irrenunciável igualdade de tratamento entre os concorrentes – art.42, §4º. Desta forma, para fins de julgamento, as propostas apresentadas por licitantes estrangeiros serão acrescidas dos gravames conseqüentes dos mesmos tributos que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros.

Não se pretende propugnar pela aplicação do referido art.42 à hipótese em tela. Por certo, seria



absurda tal postulação. Está-se a demonstrar a filosofia da busca da isonomia mediante equalização de encargos, quando da existência de participantes submetidas a regimes diferentes. A filosofia é exatamente a de conservar uma igualdade real entre os participantes, evitando favorecimentos em virtude de regime tributário diferenciado. Trata-se, outrossim, de analogia, com vistas a preencher lacuna presente no ordenamento para efeito de solucionar a indagação proposta.

Essa é a posição esposada pela jurisprudência administrativa. O Tribunal de Contas da União emitiu a Decisão n.º 457/1999, do Plenário, referente ao Processo n.º 006.090/1998-2, no qual figura como ente licitador a Empresa Brasileira de Infra-estrutura Aeroportuária – INFRAERO. No citado processo, encontrava-se diante da hipótese de participação de empresas estrangeiras. Em virtude da grande extensão do *decisum*, citamos alguns trechos de importância para a questão ora debatida.

(...)

37. Há também que se considerar que a Administração deve obediência ao Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade, devendo adotar solução que melhor prestigie a racionalidade do procedimento e de seus fins, não olvidando que frente ao interesse público interessa que maior número de participantes permaneçam no certame licitatório.

38. Neste ponto, consideramos oportuno citar o ilustre Professor Marçal Justen Filho, segundo o qual 'A apresentação de documentos, o preenchimento de formulários, a elaboração das propostas não se constituem em condutas ritualísticas. Não se trata de verificar a habilidade dos envolvidos em conduzir-se do modo mais conforme ao texto da lei. Todas as exigências são o meio de verificar se o licitante cumpre os requisitos de idoneidade e se sua proposta é satisfatória e vantajosa' grifo nosso (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 5. ed., p. 73, 1998).

39. Entendemos que a Comissão de Licitação acabou realizando o melhor negócio considerando-se o interesse público, pois conciliou qualidade e economicidade, com a contratação da empresa IVECO (vide Seção V). Assim, em que pese entendermos ter havido falha por parte da INFRAERO ao especificar detalhes que revelaram não ser imprescindíveis (mecanismo de arrefecimento do motor), entendemos que o conjunto das ações tomadas pela empresa não maculou o processo licitatório.

40. Além do mais, consideramos pertinente referirmos ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, citado pelo Professor Marçal Justen Filho, no sentido de que 'Em direito público, só se declara nulidade de ato ou de processo quando da inobservância de formalidade legal resulta prejuízo' (destaque nosso) (In: Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 5. ed., p. 72).

E, mais adiante:

(...)

47. Dessa forma, a Comissão de Licitação, tendo em vista o objetivo da licitação de selecionar a proposta mais vantajosa para a INFRAERO, não poupou esforços no sentido de viabilizar a licitação, usando das prerrogativas legais existentes. Conforme, pode-se verificar dos parágrafos acima, se a Comissão de Licitação tivesse decidido fazer uma interpretação simplista e literal do Edital e da Lei nº 8.666/93, todas as empresas teriam sido desclassificadas, na fase de análise da proposta técnica.

48. A obrigação da Comissão de Licitação não é tentar selecionar a proposta que mais observou a letra do edital de licitação, eliminando-se todo ou qualquer licitante que não tenha observado algum parâmetro, às vezes até irrelevante. O objetivo a ser buscado é o de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, obedecendo, ainda, ao Princípio da Isonomia dos Licitantes e, para tal, a Comissão deve utilizar os instrumentos legais existentes.

49. No caso, o edital de licitação de concorrência internacional, ora questionado, apresenta uma série de peculiaridades, a começar pela possibilidade de participação de empresas estrangeiras que não estão familiarizadas com a legislação a respeito do processo licitatório no Brasil, além de a licitação ser do tipo técnica e preço, o que vem a tornar essa concorrência mais complexa ainda. Tudo isso, para ressaltar que a Comissão de Licitação teve que ser muito criteriosa, sabendo interpretar corretamente o edital e a legislação vigente, a fim de que o processo licitatório chegasse a termo. (Grifamos)

Julgamos ser recomendável, portanto, nas hipóteses de participação de cooperativas no certame, sem a devida previsão editalícia, que seja realizada uma equalização das propostas, considerando-se os encargos aplicáveis às demais concorrentes que não gozam do regime de tratamento especial das cooperativas.

Tal solução já foi admitida em manifestação do Tribunal de Contas da União. De efeito, trata-se da Decisão nº 556/1999 do Plenário, referente ao Processo nº 011.968/1996-6, no qual figura a licitadora Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás e funciona como Relator o Ministro Walton Alencar. Por sua importância, citamos a íntegra do voto do Ministro Relator:

Voto do Ministro Relator

Preliminarmente, conheço da representação, por preencher os requisitos de admissibilidade estabelecidos no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/93, c/c o art. 37-A, inciso VII, da Resolução 77/96/TCU.

No mérito, com as devidas vênias, ante o que já foi apurado, não vislumbro ilegalidades nos procedimentos adotados pela entidade. O documento que não teria sido apresentado pela licitante vencedora (item "a") foi encaminhado pela entidade e encontra-se juntado à fl. 110, estando de acordo com as exigências do edital.

Em relação ao acatamento de preços inexeqüíveis, pela não-observância do piso salarial (item “b”), procede a argumentação exposta no parecer jurídico, no sentido de que não é cabível exigir observância ao piso salarial, em razão de não existir vínculo empregatício entre a cooperativa e seus associados, haja vista a expressa disposição contida no art. 442, parágrafo único, da Consolidação das Leis Trabalhistas. Ademais, a execução plena do contrato comprova a improcedência das alegações de que os preços eram inexeqüíveis.

No tocante ao desrespeito ao princípio da isonomia (item “c”), considero que a previsão de equalização dos tributos é suficiente para assegurar tratamento igualitário entre os licitantes.

Assim, entendo não comprovadas as irregularidades noticiadas na presente representação.

Ante o exposto, VOTO no sentido de que o Tribunal adote a DECISÃO que ora submeto à apreciação do E. Plenário.

Sala das Sessões, em 18 de agosto de 1999.

Não obstante a orientação esboçada pela douta Corte de Contas da União, encontramos na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendimento diverso, impondo a construção do preço na proposta com o critério do piso salarial da categoria. Eis a ementa do julgado referente ao Mandado de Segurança nº 598501039, da 2ª Câmara Cível, no qual atuou como Relatora a Des. Maria Isabel de Azevedo Souza, julgado em 16 de dezembro de 1998:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO. CRITÉRIOS DE AFERIÇÃO DA EXEQÜIBILIDADE DA PROPOSTA. PISO SALARIAL. DESCLASSIFICACAO. COOPERATIVA.

1. E LÍCITA A EXIGÊNCIA EM EDITAL DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO QUE A PROPOSTA DOS LICITANTES LEVE EM CONSIDERAÇÃO O PISO DA CATEGORIA PROFISSIONAL. HIPÓTESE EM QUE A VINCULAÇÃO DA PROPOSTA AO PISO SALARIAL CONSTITUI-SE EM CRITÉRIO DE AFERIÇÃO DA EXEQÜIBILIDADE DA PROPOSTA.

2. CONQUANTO NAO MANTENHA COOPERATIVA DE PRESTACAO DE SERVIÇOS RELAÇÃO EMPREGATÍCIA COM SEUS ASSOCIADOS, ENQUANTO LICITANTE CABIA-LHE ELABORAR SUA PROPOSTA TENDO EM CONTA O PISO SALARIAL DA CATEGORIA PROFISSIONAL PERTINENTE AO OBJETO DO CONTRATO, CONFORME CONSTANTE DO EDITAL. LEGAL, PORTANTO, O ATO QUE DESCLASSIFICOU A PROPOSTA POR NÃO ATENDER AS PRESCRIÇÕES DO EDITAL. SEGURANÇA DENEGADA.

Ora, é certo que a noção de salário não participa da relação mantida entre os cooperados e a

cooperativa de trabalho. A lei é enfática quando reafirma inexistir vínculo de emprego, quer entre os associados e a cooperativa, quer entre a cooperativa e o tomador dos serviços, regra esta já existente no art. 90 da própria Lei nº 5.764/71, que define a Política Nacional de Cooperativismo e institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, quando estabelece: “Art. 90. Qualquer que seja o tipo de cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados.”

Com efeito, a Lei nº 8.949, de 09 de dezembro de 1994, inseriu um parágrafo único no já mencionado art. 472 da Consolidação das Leis do Trabalho, nos seguintes termos:

Art. 472. (omissis).

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 dos serviços daquela.

Sendo assim, consideramos que, a rigor, não existe proposta salarial a ser apresentada pela empresa cooperativa, visto que a mesma não remunera seus cooperados por salário, dada a patente inexistência de relação empregatícia.

Contudo, o roteiro de formação de preços, via de regra, por uma própria questão de logicidade, requer como base de elaboração o salário normativo da categoria dos trabalhadores. Consideramos, portanto, que a cooperativa não pode se furtar de apresentar sua proposta de preços tendo como base o referido salário normativo, a despeito das especificidades da sua relação com seus cooperados.

Da mesma forma, a orientação acerca dos itens de formação da planilha de preços se traduz em detalhamento dos elementos que compõem o preço ofertado, não estabelecendo que os mesmos serão critério para desclassificação das propostas.

Tal orientação não é inédita. Encontramos apoio em orientação exarada pelo Ministério Público do Tribunal de Contas da Paraíba, em Parecer PN TC 51/2000, publicado em 12 de setembro de 2001, do qual extraímos alguns trechos de máxima importância:

Não há nenhum óbice na participação de cooperativas nos processos licitatórios da Administração Pública, desde que se proceda a uma equalização de suas propostas, apenas para fins de igualdade dos concorrentes, somando-se à proposta da cooperativa os tributos que recaem, na hipótese, sobre os preços das empresas, a exemplo do que ocorre nas propostas apresentadas por licitantes estrangeiros (art. 42, I da Lei 8666/93).

No entanto, se a cooperativa for declarada vencedora, por ter apresentado proposta de menor preço (art. 45, I da Lei 8.666/93), tais encargos não poderão compor o preço contratado, por caracterizar locupletamento indevido por parte da contratada;

Vale ressaltar, entretanto, que a Procuradoria, em seu parecer, entendeu que em relação à prestação de serviços a terceiros (não cooperados) as Cooperativas não gozam de isenção fiscal, incidindo, assim, os respectivos tributos, conforme recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, Resp. nº 254.549-CE, julgado em 17 de agosto de 2000, acolhendo voto do Ministro José Delgado;

Quando do julgamento das propostas, devem ser embutidos aos termos propostos pelo preço da cooperativa os tributos não previstos em virtude de isenções, tratamento diferenciado etc. Contudo, tal consideração tem por escopo tão-somente a parametrização das diversas propostas, possibilitando o julgamento objetivo, dentro do louvável princípio da isonomia. Sendo vencedora a proposta da entidade cooperativa, o preço a ser pago pela Administração será aquele requerido, sem as devidas equalizações. Afinal, pensar de modo díspar, seria assegurar ao ente cooperado uma remuneração em virtude de encargos que a mesma não irá suportar, traduzindo reprovável enriquecimento sem causa.

Se por um lado o princípio da vinculação ao edital há de ser reverenciado, por se constituir em pedra de toque do julgamento objetivo, o princípio da igualdade é similarmente relevante, emergindo como a própria justificativa para a realização de certames licitatórios por parte da Administração Pública.

Nestes casos há de ocorrer uma ponderação entre os princípios envolvidos na questão. Contrariamente ao que se observa com a regras, o conflito de princípios não se encerra com o afastamento absoluto de um deles. Será aplicado um ponderador.

A Administração deve se utilizar do princípio da proporcionalidade, com vistas a proceder à acomodação principiológica. Buscamos apoio na festejada doutrina de Marçal Justen Filho (2000, p.69):

Em matéria de licitações, o princípio da proporcionalidade se traduz, antes de tudo, na necessidade de equilíbrio na busca de dois fins igualmente relevantes. A realização do princípio da isonomia deve dar-se simultânea e conjuntamente com a seleção da proposta mais vantajosa. Não é possível privilegiar um desses dois fins como absoluto em si mesmo. A pretexto de dar tratamento equivalente a todos os integrantes da comunidade, não é possível sacrificar a seleção de proposta mais vantajosa. A recíproca também é verdadeira.

Cabe, ainda, considerar que tal equalização só deverá ser realizada se a forma de construção da proposta da cooperativa guardar parâmetros mínimos de adequação com o formato prescrito no edital. Contudo, essa apreciação apenas poderá ocorrer após a abertura dos envelopes das propostas.

## Conclusão

Em suma, após o desenvolvimento do tema proposto, podemos elencar os seguintes tópicos a título de conclusão:

- as cooperativas não podem ser alijadas da participação em certames licitatórios. A omissão de previsão do edital jamais poderá conduzir à interpretação restritiva visto que o princípio informador da licitação é, como regra, a mais ampla concorrência;

- o princípio da igualdade é essencial ao procedimento licitatório, conforme expressa disposição constitucional (art. 37, inciso XXI) e legal (art.3º., da Lei nº 8.666/93), não podendo ser relegado sob pena de nulidade de todo o certame;

- o ideal seria que o edital convocatório trouxesse previsão de equiparação dos licitantes que gozassem de situações de desigualdade, as quais traduzam vantagens na apresentação dos preços das propostas. Recomendação a ser observada em futuros certames, por certo. Contudo, o silêncio do edital não isenta a comissão permanente de licitação de realizar o julgamento objetivo sob a égide da igualdade;

- a busca de tratamento isonômico entre licitantes, os quais se encontram em situações desiguais para fins de encargos componentes do preço, pode ser observada no próprio texto legal, ao tratar da licitação com a participação de empresas estrangeiras, conforme o art.. 42 da Lei nº 8.666/93;

- o princípio da vinculação ao instrumento convocatório não pode ser interpretado de forma literalista, conduzindo ao sacrifício do princípio da igualdade. A aparente antinomia entre princípios não é solucionada com o afastamento de um deles. Outrossim, leva a uma composição, com o resultado de uma interpretação ponderadora e aplicação do princípio da proporcionalidade;

- o princípio da igualdade se traduz no fundamento da exigência de licitações por parte da Administração Pública, devendo ser privilegiado. No caso presente, a igualdade, ante o silêncio do edital, será obtida mediante a equalização da proposta;

- não obstante inexistir piso salarial normativo no que se aplica à relação entre cooperativa e cooperados, deve o mesmo ser considerado como base na formação do preço;

- na equalização das propostas, deverão ser considerados os encargos devidos pelas empresas licitantes, sem observação de qualquer tratamento privilegiado para a cooperativa, ante a inexistência de previsão editalícia;

- a equalização das propostas é recurso empregado tão-somente para permitir o julgamento

objetivo das propostas dos licitantes. Acaso seja vencedora a proposta da licitante cooperativa, deverá ser celebrado o contrato com o preço originalmente apresentado, sem os acréscimos oriundos da referida equalização. Pensar diferente seria assegurar à cooperativa um enriquecimento sem causa - hipótese vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro;

- apesar de considerar-se a equalização prática recomendável, com o fito de assegurar a igualdade e conseqüente validade do certame, cumpre observar se a proposta apresentada pela cooperativa é passível de tal equiparação. Apenas após a abertura dos envelopes das propostas de preços, poder-se-á verificar com exatidão essa possibilidade.

## Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

DALLARI, Adilson de Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

FIGUEIREDO, Ângelo Sales. Orgão de Comunicação da Procuradoria-Geral do Estado do Ceará, Centro de Estudos e Treinamento – Assessoria de Comunicação - Ano X – N. 40 set./out. 99, p. 1, 1999.

LIMA, Reginaldo Ferreira. *Direito cooperativo tributário*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Manual prático das licitações*. São Paulo: Saraiva, 1991.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.