

Mandado de segurança - Licitação - Cooperativa - Participação - Possibilidade - Princípios da legalidade e da isonomia - Nulidade de cláusula - Declaração - Via eleita - Impropriedade

Ementa: Mandado de segurança. Licitação. Participação. Cooperativa. Princípios da legalidade e da isonomia. Declaração de nulidade de cláusula.

- Não podem as cooperativas, ante a ausência de permissibilidade legal, ser excluídas dos procedimentos licitatórios, sob pena de violação aos princípios da legalidade e da isonomia, insertos no art. 37, XXI, da CR/88 e no art. 3º da Lei 8.666/93.

- A sentença concessiva da segurança deve restringir-se à invalidação do ato impugnado, deixando incólume a norma tida por ilegal ou inconstitucional, na medida em que a declaração de sua nulidade deve ser realizada na via específica.

Preliminar não conhecida e apelação provida em parte.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.04.326004-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 8ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Banco do Brasil S.A. - Apelada: Coopserviço - Cooperativa dos Profissionais de Serviços Múltiplos Ltda. - Autoridade coatora: Pregoeiro do Banco Brasil S.A. - Relator: DES. ROBERTO BORGES DE OLIVEIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO CONHECER DA PRELIMINAR E DAR PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 18 de dezembro de 2007. - Roberto Borges de Oliveira - Relator.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Carlos Guilherme Arruda Silva.

DES. ROBERTO BORGES DE OLIVEIRA - Trata-se de apelação cível interposta pelo Banco do Brasil S.A. contra sentença prolatada pelo Juízo da Oitava Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, nos autos do mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado pela Cooperativa dos Profissionais de Serviços Múltiplos Ltda. - Coopserviço, a fim de que seja permitida a sua participação no Pregão Eletrônico nº 2004/0678(1908).

O provimento liminar foi deferido, *inaudita altera parte*, consoante decisão de f. 224/225, autorizando a impetrante a participar dos atos licitatórios.

Registro que o d. Magistrado primevo, em oportunidade anterior, prolatou a sentença de f. 294/296, julgando extinto o processo sem resolução do mérito, sob o argumento, em síntese, de que, com o cumprimento da medida liminar, houve a perda do objeto do *mandamus*, passando a impetrante a carecer de interesse de agir.

No entanto, esta Décima Câmara Cível, em sede de recurso de apelação, cassou a referida decisão, ordenando o exame do mérito da impetração, consoante se vislumbra do acórdão de f. 352/355, que transitou em julgado (f. 370).

Tendo os autos retornado à comarca de origem, foi exarada a sentença ora recorrida (f. 455/460), cujo relatório adoto e esclareço que o MM. Juiz rejeitou as preliminares e concedeu a segurança, para que a impetrante possa participar do certame, declarando a nulidade da cláusula 7.2.8 do edital que proíbe a participação de cooperativas no processo licitatório. Condenou o vencido ao pagamento das custas processuais.

Inconformado, o impetrado interpôs recurso de apelação às f. 461/484, alegando, preliminarmente, a inadequação da via eleita, sob o fundamento de que a anulação de cláusula do edital, da forma como se encontra discutida nos autos, extrapola a estreita via do mandado de segurança.

Adentrando no mérito, sustenta, de forma prolixa e confusa, que o impedimento constante da cláusula 7.2.8 do edital em questão encontra respaldo no Acórdão de nº 1.815/2003 do Tribunal de Contas da União.

Esclarece que restou decidido pelo TCU que as cooperativas não estão proibidas de participar de licitações realizadas no âmbito da Administração Pública Federal.

Aduz, contudo, que esta última, por força do acordo celebrado entre a União e o Ministério Público do Trabalho, deve se abster de contratar com tais sociedades quando, pelo trabalho a ser desempenhado, houver necessidade de estabelecer vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Afirma, por essa razão, que, como a hipótese dos autos trata de processo licitatório para a contratação de serviços de telefonia, aplica-se a mencionada abstenção.

Assevera, noutro giro, que, diferentemente do entendimento esposado pelo d. Sentenciante, permitir a participação de cooperativas em processo de licitação, para prestação de serviços à Administração Pública, implica violação dos princípios da isonomia e da igualdade de condições para os demais concorrentes.

Argumenta, nesse sentido, valendo-se do parecer ministerial de primeira instância, que as cooperativas não estão sujeitas ao pagamento de obrigações trabalhistas e que gozam de regime tributário diferenciado.

Postula o provimento do recurso, com a reforma da r. decisão primeva, para que seja extinto o processo sem resolução do mérito ou, subsidiariamente, denegada a segurança.

A apelada, apesar de regularmente intimada, deixou de apresentar contra-razões (f. 494).

Abri vista dos autos à douta Procuradoria-Geral de Justiça, que, por sua vez, opinou pelo provimento do recurso (f. 510/514).

Registro, lado outro, que o apelante informou a este Juízo, por intermédio da petição e do documento de f. 507/509, que a apelada, não obstante ter sido vitoriosa no procedimento licitatório, não cuidou de providenciar a documentação relativa à sua regularidade perante o Fisco, o que ensejou a sua desclassificação do certame.

Assevera, ainda, que a referida conduta demonstra, também, o inequívoco desinteresse da apelada pela continuidade do presente feito.

Concedida vista à apelada para se manifestar sobre a mencionada petição, a mesma quedou-se inerte (f. 518).

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

I - Preliminar de inadequação da via eleita.

Da análise pormenorizada do caderno processual, vislumbra-se que a discussão relativa à observância ou não da forma adequada à pretensão exordial já se encontra superada.

Isso porque, conforme já enunciado na parte expositiva, esta Décima Câmara Cível (f. 352/355), quando do julgamento da primeira apelação interposta nestes autos, cassou a sentença prolatada às f. 294/296, para que outra fosse exarada com a análise do mérito do presente *mandamus*.

Dessa feita, em face do trânsito em julgado da referida decisão (f. 370), não pode o apelante reacender discussão acerca de questões relativas aos pressupostos processuais e às condições da ação.

Não conheço da preliminar.

II - Mérito.

A pretensão recursal, no que concerne à legalidade do ato da autoridade coatora, que, através da cláusula 7.2.8 do edital em questão (f. 21), impediu as cooperativas de participarem do procedimento licitatório, não merece prosperar.

Isso porque os princípios da legalidade e da isonomia, insertos no art. 37, XXI, da CR/88 e no art. 3º da Lei 8.666/93, constituem um dos alicerces do procedimento licitatório, haja vista que este tem por escopo não só possibilitar à Administração Pública a escolha da melhor proposta, como também resguardar a igualdade de direitos a todos os interessados em contratar.

Implica dizer que é defeso o estabelecimento de condições, não previstas em lei, que resultem preferência em benefício de determinados licitantes em detrimento dos demais concorrentes.

A propósito, a mencionada Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, é cristalina ao dispor acerca da proibição em questão:

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 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 [...].

Assim, inexistindo impedimento legal à participação das cooperativas em licitação a ser realizada no âmbito da Administração Pública, a sua exclusão viola os princípios da legalidade e da isonomia.

A despeito do entendimento esposado, manifestaram outras Câmaras Cíveis deste egrégio Tribunal de Justiça em situações análogas:

Ementa: Mandado de segurança. Licitação. Participação de cooperativa. Possibilidade. Princípios da legalidade e da igualdade. - A Administração se pauta pelo princípio da legalidade, sendo que, em procedimento licitatório, deve-se assegurar a isonomia, propiciando a participação de todos os interessados no certame. Ante a ausência de permissibilidade legal, não pode a cooperativa ser excluída do certame, sob pena de violação ao disposto no art. 37 da Constituição Federal, c/c o art. 3º da Lei nº 8666/93. Recurso a que se dá provimento (TJMG - 3ª Câmara Cível - Relator: Desembargador Kildare Carvalho - j. em 05.08.2004 - pub. no 20.08.2004 - v.u - Fonte: www.tjmg.gov.br).

E, ainda:

Ementa: Agravo de instrumento. Administrativo. Participação de cooperativa em procedimento licitatório. Possibilidade.

1. Consoante a orientação jurisprudencial deste eg. Tribunal de Justiça, 'se a cooperativa atende aos requisitos contidos na Lei nº 8.666/93, o impedimento de sua participação em licitação, não previsto no ordenamento jurídico, vulnera o princípio da igualdade e constitui medida odiosa de restrição à natureza competitiva daquele procedimento'.

2. Dá-se provimento ao recurso (TJMG - 4ª Câmara Cível - Relator: Desembargador Célio César Paduani - j. em 08.02.2007 - pub. em 16.02.2007 - v.u. - Fonte: www.tjmg.gov.br).

Dessarte, patente é a ilegalidade do ato da autoridade coatora que impediu as cooperativas de participarem do processo licitatório com respaldo em acórdão proferido pelo Tribunal de Contas da União, e não em dispositivo legal. Dessa forma, nesse ponto, a r. sentença primeva não merece qualquer reparo.

Por oportuna, outra vez mais, é a jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça:

Ementa: Administrativo. Mandado de segurança. Licitação. Cooperativa. Participação. Óbice. Princípio da legalidade. Não-atendimento. - Inadmissível a exclusão da apelante do certame, uma vez que não houve por parte do administrador público, autoridade coatora, observância ao princípio da legalidade na realização de seu ato. De acordo com o princípio da legalidade, a Administração Pública só poderá exercitar o que a lei permite, não ocorrendo, *in casu*, embasamento legal a inviabilizar a participação da apelante no certame. Recurso provido (TJMG - 3ª Câmara Cível - Apelação Cível nº 1.0479.02.043564-6/001 - Relator: Desembargador Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes - j. em 18.12.2003 - pub. em 18.02.2004 - v.u - Fonte: www.tjmg.gov.br).

Esclareço, lado outro, que o fato de as sociedades cooperativas serem disciplinadas por normatização distinta das demais é irrelevante para a Administração Pública.

Com efeito, as cooperativas, ao contratarem com a Administração Pública, praticam atos não cooperativos. Portanto, não protegidos por regras próprias. Dessa feita, não há que se falar em violação ao princípio da igualdade entre os concorrentes.

Sobre o tema, é a lição de Renato Lopes Becho (in: *Boletim de Licitações e Contratos*, nov. 2001, p. 671-688):

1. Dentre as doutrinas da igualdade substancial, formal e jurídica proporcional, a aplicada à licitação é a formal, que determina igual tratamento jurídico dos licitantes. O princípio será atendido se houver isonomia de oportunidade para os interessados em participar do certame.
2. A igualdade perante a lei significa, em última análise, respeito ao princípio da legalidade. A isonomia de nosso texto constitucional significa igualdade na lei. Com isso, o princípio é primeiramente direcionado para o legislador, que não pode produzir leis que tragam desarmonia à igualdade de tratamento, exceto se houver correlação lógica entre o discrimine e o motivo da discriminação.
3. O princípio da igualdade aplicado na licitação é o mesmo princípio geral de Direito. Não há um princípio de igualdade específico, diferente dos demais, só para a licitação. Sendo assim, não há separação doutrinária entre os seus elementos, naquilo que sejam incidentes ao caso concreto.
4. As particularidades das sociedades cooperativas são mais de natureza interna, societária, não sendo significativas para a Administração Pública, para fins de licitação.
5. Quando as cooperativas transacionam com a Administração Pública, praticam atos não cooperativos, não protegidos por regras próprias. Inclusive a tributação aplicável passa a ser a mesma das sociedades comerciais.
6. Não há motivo jurídico que permita a segregação das cooperativas dos processos licitatórios, de maneira geral. A vedação de participação dessas sociedades exige comprovação fática da correlação lógica analisada em cada caso particularmente.
7. Alijar as cooperativas das licitações fere o princípio da igualdade. Se uma sociedade for excluída de uma licitação por ser cooperativa, estará havendo restrição ilegal, ou aplicação de um critério injusto (portanto desigual, na esteira do afirmado por Bobbio). Lembremo-nos, por oportuno, que inclusive não desigualar pode ferir justamente o princípio da igualdade.
8. Participando de licitação pública a cooperativa não levará nenhuma vantagem financeira para seus associados, já que os resultados serão contabilizados no Fates (fundo indivisível), não podendo ser distribuído entre os sócios nem se a cooperativa for fechada.

Registro, outrossim, que o fato de a impetrante, apesar de vitoriosa no procedimento licitatório, não ter providenciado a documentação exigida no edital, ensejando a sua desclassificação, escapa ao objeto do presente feito, não exercendo, por conseguinte, qualquer influência no desfecho do mesmo.

Noutro giro, no que concerne à impossibilidade de se declarar, através deste *mandamus*, a nulidade da cláusula 7.2.8 do edital em tela, assiste razão ao apelante.

Isso porque, a teor do art. 5º, LXIX, da CR/88 e do art. 1º da Lei 1.533/51, o mandado de segurança é

remédio processual constitucional que tem por escopo, tão-somente, corrigir ato ou omissão de autoridade, desde que ilegal e ofensivo de direito individual ou coletivo, líquido e certo, do impetrante, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*.

Nesse sentido, é também a doutrina de Humberto Theodoro Júnior:

Mandado de Segurança é o remédio processual constitucional, manejável contra qualquer autoridade pública ou agente de pessoa jurídica que exerça atribuições do Poder Público, e que cometa ilegalidade ou abuso de poder, tendo como objetivo proteger o titular de direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data* (CF, art. 5º, LXIX) (in: *Curso de direito processual civil*. 38. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, v.1, p. 512).

Dessa feita, a sentença concessiva da segurança deve restringir-se à invalidação do ato impugnado, deixando incólume a norma tida por ilegal ou inconstitucional, na medida em que a declaração de sua nulidade deve ser feita na via específica.

Oportuna é a lição de Hely Lopes Meirelles (in: *Mandado de segurança*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 96):

[...] Segurança preventiva é a que se concede para impedir a consumação de uma ameaça a direito individual em determinado caso; segurança normativa seria a que estabelecesse regra geral de conduta para casos futuros, indeterminados. A Justiça Comum não dispõe do poder de fixar normas de conduta, nem lhe é permitido estender a casos futuros a decisão proferida no caso presente, ainda que ocorra a mesma razão de decidir em ambas as hipóteses. Embora se reitere a ilegalidade em casos idênticos, haverá sempre necessidade de uma decisão para cada caso, sem que os efeitos da sentença anterior se convertam em regra para as situações futuras. É assim porque a sentença concessiva da segurança apenas invalida o ato impugnado, deixando intacta a norma tida por ilegal ou inconstitucional até que outra norma de categoria igual ou superior a revogue, ou o Senado Federal suspenda sua execução em face da inconstitucionalidade declarada pelo STF. [...].

No mesmo norte, é o entendimento jurisprudencial aplicável à espécie vertente por analogia:

Ementa: Processo civil. Mandado de segurança. Impropriedade.

1. Firmado contrato ou termo de acordo, possíveis lesões oriundas de cláusula abusiva não podem ser impugnadas via mandado de segurança.

2. O mandado de segurança é via imprópria para declarar a nulidade de cláusula contratual. Recurso improvido (STJ - Segunda Turma - RMS nº 12046/TO - Relatora: Ministra Eliana Calmon - pub. no DJ de 22.04.2002, p. 183 - Fonte: www.stj.gov.br).

E ainda:

Ementa: Mandado de segurança. Impossibilidade de formulação de pedido declaratório, em face da natureza da ação. Impropriedade da via eleita que, aliada à ausência do direito líquido e certo invocado, acarreta a confirmação da sentença,

extinguindo-se o processo. Recurso improvido (TJMG - Segunda Câmara Cível - Apelação Cível nº 1.0000.00.131185-1/000 - Relator: Des. Sérgio Lellis Santiago - pub. em 25.06.1999 - Fonte: www.tjmg.gov.br).

Assim, a supressão da parte da r. sentença primeira que declarou a nulidade da cláusula 7.2.8 do Edital de nº 2004/0678 (1908) é medida que se impõe.

Dou parcial provimento à apelação, apenas para excluir a declaração de nulidade da cláusula 7.2.8 do edital, que proíbe a participação de cooperativas no processo licitatório.

Custas recursais, meio a meio.

DES. ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE
- De acordo.

DES. PEREIRA DA SILVA - De acordo.

Súmula - NÃO CONHECERAM DA PRELIMINAR E DERAM PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO.

...