

ESTUDO TÉCNICO

Participação de cooperativa de trabalho em licitação pública e a Súmula TCU 281.

1. Breve histórico do cooperativismo de trabalho

As cooperativas estão inseridas no cenário internacional como modelo societário que detêm papel relevante na promoção do desenvolvimento econômico e social de todos os povos. Estudos realizados pela CICOPA (International Organisation of Industrial and Service Cooperatives), em 2017, com base em dados de 156 países estimam que cooperativas empregam quase 10% da população mundial¹.

Tanto é assim que a Organização Internacional do Trabalho (OIT) adotou a recomendação relativa a promoção de cooperativas (Recomendação nº 193) justamente em razão do reconhecimento da importância do cooperativismo na criação de emprego, mobilização de recursos, geração de investimentos e de sua contribuição para a economia.

No cenário nacional, o papel relevante do cooperativismo foi expressamente reconhecido na Constituição Federal ao determinar em seu art. 174, §2º, o fomento e estímulo à criação de cooperativas. Considerando que o trabalho é uma das mais importantes contribuições do cooperativismo para o mundo, o cooperativismo de trabalho cumpre relevante papel no atual cenário político-econômico brasileiro.

Conforme se depreende do art. 4º da Lei Geral do Cooperativismo – Lei nº 5.764/1971, que define a Política Nacional de Cooperativismo e institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, a finalidade de existência da cooperativa é a prestação de serviços aos seus cooperados:

Art. 4º 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:

Veja-se que a atuação da cooperativa está invariavelmente adstrita ao interesse de seus associados, razão pela qual os contratos firmados com terceiros têm como precípua finalidade atender seus associados nas melhores condições possíveis. Neste intuito, a representação dos associados numa sociedade cooperativa se dá por meio do exercício dos direitos sociais instituídos por eles próprios em assembleia geral. São os próprios cooperados que estabelecem as regras a que estarão submetidos (autonomia) e determinam as regras gerais que deverão nortear a administração da cooperativa (autogestão), tudo em igualdade de condições (gestão democrática).

¹ Disponível em: <https://ica.coop/en/media/news/co-ops-employ-10-of-the-global-population>.

Neste contexto, a existência de cooperativas de trabalho justifica-se no fato de que a união de trabalhadores possibilita uma atuação no mercado mais organizada e eficaz, assegurando benefícios que seriam impossíveis numa atuação individual de cada trabalhador, como o aprimoramento profissional, o acesso ao mercado de trabalho e a elevação do seu status econômico. Na condição de cooperados, os trabalhadores tornam-se os beneficiários centrais dos serviços prestados pela cooperativa, permitindo que possam obter uma remuneração superior àquela que receberiam se não estivessem associados.

Para Vergílio Perius, citado por Tiago Machado², os cooperados são a razão de ser das cooperativas e, por este motivo, essas últimas estão voltadas ao desenvolvimento de seus cooperados, apresentando-lhes inúmeras vantagens, como:

- a) Melhoria da renda de seus associados, na medida em que conseguem éter para o grupo associado a mais-valia que, numa relação de trabalho, fica em poder do empregador. As cooperativas de trabalho constituem-se em instrumentos para correção do sistema de salários, notadamente nos países onde ocorre um demasiado desequilíbrio entre a oferta e a procura no mercado de trabalho. Assim, nas economias em desenvolvimento esse tipo de cooperativa, consegue organizar mais rapidamente as classes sociais mais desamparadas ou desprotegidas. As sobras ou resultados do trabalho coletivo, não privilegiam o capital, mas o trabalho, na medida em que este constitui fator da produção preponderante. Gera-se, assim uma renda adicional ao trabalho, via incorporação das sobras ao fator trabalho, possibilitando, de fato, a primazia do trabalho sobre o capital;*
- b) Melhoria nas condições de trabalho na medida em que as cooperativas transformam empregados em empresários, os quais determinam em comum e de forma democrática, as regras de atuação. Os direitos dos trabalhadores, garantidos pelas leis trabalhistas, passam a ser garantidos, sob outras denominações jurídicas, de forma, estatutária, de modo que assiste ao associado a possibilidade de ação civil, visando reparar qualquer direito estatutário auferido, quando não resguardado pela instância maior da cooperativa, via assembleia geral.*
- c) Melhoria da promoção dos trabalhadores, pois esses, ao adquirirem o status de empresários, tornam-se autogestionários de suas próprias atividades, demandando, por parte dos associados um permanente programa de capacitação e de promoção, pelo fato do sistema cooperativista exigir, na prática, o respeito à liberdade, à democracia, à igualdade e à solidariedade, inexistindo donos ou patrões.*

Embora as cooperativas de trabalho existam desde a década de 30 (Decreto-Lei nº 22.239/1932), foi na década de 90 que tivemos um crescimento exponencial do número de cooperativas de trabalho no Brasil. Isso se deu em decorrência do desemprego que assolava o

² MACHADO, Tiago. A suposta subordinação de atividades como causa impeditiva para atuação das cooperativas de trabalho. Porto Alegre: Sescop/RS, 2017. p. 24.

País e da busca por oportunidades de trabalho por pessoas que, se não fossem as cooperativas, estariam na informalidade ou desocupadas.

Outro fator influenciador de tal expansão foi a edição, em 1994, do parágrafo único do art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que expressamente afirmava que “qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela”.

Muito embora a necessidade de redução de custos e flexibilização dos direitos sociais para garantir relações de trabalho em um cenário competitivo tenham tornado o ambiente propício para a multiplicação das cooperativas nos moldes da Lei Geral do Cooperativismo, o mesmo contexto também favoreceu o surgimento de falsas cooperativas por oportunistas que, atraídos pela equivocada ideia da inexistência de vínculo empregatício trazida pelo parágrafo único do art. 442 da CLT, e sem a devida compreensão das peculiaridades do modelo societário, constituíram falsas cooperativas com o intuito de burlar a legislação trabalhista, engrossando o histórico de precarização de direitos trabalhistas dos cooperados, que buscaram reparação a partir do ajuizamento de inúmeras reclamações trabalhistas perante a Justiça do Trabalho.

A atuação fraudulenta de algumas falsas cooperativas chamou a atenção dos órgãos de fiscalização, especialmente, do Ministério Público do Trabalho (MPT), bem como Poder Judiciário e mercado de trabalho, instaurando-se um preconceito generalizado com o modelo societário. E, como resultado, houve uma forte atuação dos agentes públicos para fazer surgir instrumentos jurídicos e normativos restritivos à participação em processos licitatórios, como Termos de Ajustamento de Conduta (TAC), Termos de Conciliação Judicial (TCJ) e a Instrução Normativa – IN do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MPOG) nº 02/2008, alterada pela IN nº 05/2017.

Foi neste contexto que o TCU converteu em súmula o entendimento pacificado no âmbito dessa Corte de que 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, com o seguinte teor:

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.

Com fulcro nos fundamentos apresentados pela Consultoria Jurídica (Conjur) da Comissão de Jurisprudência do TCU, a Súmula nº 281 foi aprovada na sessão plenária do dia 11/07/2012, no Acórdão nº 1789/2012, pelo Ministro Relator José Múcio Monteiro, dos quais ressaltamos os seguintes (grifos nossos):

(...)

*2.1 a vedação à participação de sociedades cooperativas nos certames licitatórios não encontra previsão na Lei 8.666/1993 e que, **historicamente, essa Corte de***

Contas tem se posicionado sobre a ilicitude da proibição de participação de cooperativas em licitações, em razão da ausência de vedação na Lei n 8.666/1993, bem assim em função do § 2º do art. 174 da Constituição Federal, que estabelece que a lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associação;

2.2 não obstante, com a edição da Lei 8.949/1994, que incluiu o parágrafo primeiro no artigo 442 da CLT, passou a ser bastante frequente que verdadeiras empresas, na tentativa de fraudar a legislação trabalhista, passassem a se apresentar em licitações públicas como se fossem cooperativas;

2.3 diante de tal realidade, a Justiça do Trabalho passou a desconsiderar a figura da cooperativa, reconhecendo, sempre que a atividade demandasse subordinação jurídica, o vínculo empregatício entre o obreiro e a cooperativa ou mesmo diretamente com o tomador de serviços (caso este não fosse a Administração Pública);

2.4 o reconhecimento desse vínculo tem gerado ônus para a Administração, tendo em vista que nos contratos de prestação de serviços o Tribunal Superior do Trabalho tem considerado, a despeito do que dispõe o artigo 71 da Lei 8.666/1993, a Administração Pública responsável subsidiária pelas obrigações trabalhistas deles decorrentes;

2.5 em razão da grande frequência com que essas situações de fraude se repetiam nos contratos de prestação de serviços para a Administração Pública e, na tentativa de coibir a proliferação dessas situações, foi firmado um Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) entre a União e o Ministério Público do Trabalho, no âmbito do Procedimento Investigatório 622/2004, homologado pelo Juiz do Trabalho Substituto da 20ª Vara do Trabalho do Distrito Federal. Por meio desse TAC, a União comprometeu-se a não contratar cooperativas de mão de obra quando o labor, por sua própria natureza, demandasse trabalho subordinado, em relação ao tomador ou em relação ao prestador de serviços;

2.6 assim, frente tais complicadores e considerando a necessidade de proteção ao erário, por meio da prevenção a uma eventual responsabilização subsidiária da Administração, observa-se a total pertinência na vedação à participação das cooperativas nas licitações de serviços que, por sua natureza, demandam a existência de subordinação jurídica, pessoalidade e habitualidade;

2.7 quanto às decisões desta Corte de Contas que deram ensejo à proposta para edição do enunciado sob análise, pode-se destacar o Acórdão 1815/2003–Plenário;

2.8 ante os argumentos trazidos, pode-se afirmar que o entendimento consubstanciado na presente proposta de enunciado de súmula mostra-se em consonância aos princípios da Administração Pública, sendo necessário para prevenir a ocorrência de irregularidades nos certames licitatórios e de danos à Administração Pública.

3. Em seguida, a Consultoria Jurídica (Conjur) registrou que em consulta às bases de dados da jurisprudência dos Tribunais Superiores, notadamente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, foi encontrado precedente relacionado ao conteúdo da proposta em questão, o Agravo Regimental na Suspensão de Segurança 1352/RS (relator: ministro Edson Vidigal; órgão julgador: Corte Especial; data do julgamento: 17/11/2004; data da publicação/fonte: DJ 09/02/2005, p. 165). (...)

Ocorre que, felizmente, o pano de fundo que propiciou a orientação sumular já não é mais o mesmo e, por via oblíquas, seus fundamentos estão em descompasso com a Constituição Federal e defasados com relação a legislação vigente que, além de reforçar o direito de participação, expressamente proíbe a discriminação de cooperativas em licitações públicas.

Isso porque, ao vedar a participação de cooperativas em procedimentos licitatórios pressupondo sua ilicitude, sob o argumento da necessidade de proteção ao erário, por meio da prevenção a uma eventual responsabilização subsidiária da Administração, o Tribunal sentenciou todas as cooperativas, inclusive, as legítimas constituídas nos moldes da Lei nº 5.764/1971 e sustentadas nos princípios cooperativistas institucionalizados pela Declaração da Aliança Cooperativa Internacional (ACI) sobre a Identidade Cooperativa, no Congresso de Manchester em 1995³.

Embora tenhamos conhecimento de que algumas falsas cooperativas de trabalho tenham atuado no mercado causando danos ao erário público, como também precarizado direitos trabalhistas dos seus associados, a visão estereotipada do cooperativismo arraigada na Administração Pública prejudica enormemente o movimento, bem como a atuação das legítimas cooperativas, que sofrem constrições por serem sumariamente excluídas dos editais de licitações por todo o País, com esteio na presumida subordinação jurídica. Ocorre que tal ilação, além de ser preconceituosa, é despida de legalidade e constitucionalidade, conforme será demonstrado a seguir.

2. Da constitucionalidade e legalidade das cooperativas de trabalho

A Constituição Federal de 1988 tratou de dar especial atenção ao cooperativismo, afirmando em seu art. 174, §2º, que a **“lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo”**, desvelando, inclusive, o amplo espaço de atuação econômica que as cooperativas possuem, considerando que a disposição constitucional está alocada no título que trata da Ordem Econômica e Financeira.

Muito embora o Brasil tenha forte inclinação capitalista, o legislador tratou de dar significativa relevância ao modelo cooperativo, já que seu formato e princípios se identificam com os caros fundamentos do Estado Democrático de Direito previstos no art. 1º da Constituição Federal.

Dessa forma, toda vez que o cooperativismo estiver envolvido em debates dessa natureza, em qualquer nível, é necessário que se tenha em mente que o cooperativismo foi elevado e reconhecido pela Constituição Federal, cujo teor textual é orientador e vinculativo para todos, no sentido de que qualquer proposta, seja de iniciativa do Poder Legislativo, Judiciário ou

³ Sendo eles: Adesão Voluntária e Livre, Gestão Democrática, Participação Econômica dos Membros, Autonomia e Independência, Educação, Formação e Informação, Intercooperação e Interesse pela Comunidade.

Executivo, deve, necessariamente, ter como premissa e finalidade “apoiar e estimular o cooperativismo”. Dessa forma, toda e qualquer restrição ou desestímulo acarreta inequívoca inconstitucionalidade.

Para consubstanciar o entendimento acima destacamos o art. 5º, XVIII da Constituição Federal, o qual estabelece que **“a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento”**. Infere-se do comando constitucional acima que, além de ter o Estado o dever de agir positivamente, apoiando e estimulando o cooperativismo, na mesma medida, deve se abster de limitar a atuação das cooperativas, nos estritos limites da Constituição Federal.

Se trata, na verdade, do princípio da proteção deficiente que, Canotilho⁴, citado por Mário de Conto, assim conceitua:

Há, porém, um lado de proteção que, em vez de salientar o excesso, revela a proibição por defeito (Untermassverbot). Existe um defeito de proteção quando as entidades sobre quem recai um dever de proteção (Schutzpflicht) adotam medidas insuficientes para garantir uma proteção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. Podemos formular esta idéia usando uma formulação positiva: o estado deve adotar medidas suficientes, de natureza normativa, ou de natureza material, conducente a uma proteção adequada e eficaz dos direitos fundamentais. A verificação de uma insuficiência de juridicidade estatal deverá atender à natureza das posições jurídicas ameaçadas e à intensidade do perigo de lesão de direitos fundamentais.

A maior parte dos chamados direitos sociais possui, além da sua característica componentemente positiva, também uma componente negativa, que se traduz num direito à abstenção do Estado (ou de terceiros).

Nesse diapasão, o Estado deve atuar como um fomentador do desenvolvimento cooperativo e jamais praticar atos que desestimulem as cooperativas ou o cooperativismo. A Constituição Federal, ainda que anterior à edição da já mencionada Recomendação nº 193/2002 da OIT, caminhou no mesmo sentido que a norma internacional. Dentre as inúmeras prescrições da norma internacional destinadas ao fomento do cooperativismo pelas nações, merecem especial destaque, pela pertinência com a temática aqui tratada, duas em particular. De acordo com a Recomendação nº 193, os estados devem:

- Propiciar às cooperativas condições, de acordo com a legislação e as práticas nacionais, que não sejam menos favoráveis que as que se concedam a outras formas de empresa e de organização social.
- Aplicar políticas públicas de promoção das cooperativas, incentivando que os governos reconheçam o papel destas e suas organizações, mediante o

⁴ CONTO, Mário de. O princípio da proibição de retrocesso social. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Pg. 75-76.

desenvolvimento de instrumentos apropriados à criação e fortalecimento de cooperativas nos níveis nacional e local.

Migrando da Constituição Federal para o nível infraconstitucional, tem-se que, igualmente, há legislação suficiente a garantir a atuação das cooperativas de trabalho, leis essas aprovadas pelos representantes do povo (Deputados e Senadores) e devidamente sancionada pelo Presidente da República contemporâneo a edição de cada lei. Assim, verifica-se que essas leis são existentes, válidas e eficazes, devendo serem observadas em sua integralidade na atuação do Estado e pela sociedade em geral.

Embora a legislação não vedasse a participação de cooperativas de trabalho em procedimentos licitatórios, foi necessário a edição de uma nova lei que, introduzindo modificações na Lei nº 8.666/1993, tratou de reafirmar o que já estava assegurado. Trata-se da Lei Federal nº 12.349/2010, que alterou o inciso I, do § 1º, do art. 3º, da Lei nº 8.666/1993, que veda aos agentes públicos de "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**".

Neste cenário, o sistema cooperativista nacional envidou esforços e iniciou um longo processo legislativo em busca da superação do histórico de precarização dos direitos trabalhistas e de ambiente legal favorável para o desenvolvimento das cooperativas de trabalho, que culminou na sanção da Lei nº 12.690 em 19/07/2012, que dispõe sobre a organização e o funcionamento das Cooperativas de Trabalho.

Com a declaração do Ano Internacional das Cooperativas pela Organização das Nações Unidas (ONU), não havia dúvidas de que 2012 seria um marco para o movimento cooperativista. A sanção da Lei nº 12.690/2012 inaugurou uma nova era para o cooperativismo de trabalho brasileiro, trazendo consigo o marco regulatório que faltava ao segmento e, com ele, um salto qualitativo, a regulamentação das relações entre cooperativas de trabalho e tomadores de serviços.

A Lei das Cooperativas de Trabalho trouxe para o ordenamento jurídico as regras de constituição, organização e funcionamento das cooperativas de trabalho através da definição das características que as identificam e que diferenciam a relação de trabalho cooperativa das demais modalidades (autônomo pleno e empregado, por exemplo).

As cooperativas de trabalho, excetuadas aquelas previstas no parágrafo único do seu art. 1º, são conceituadas e classificadas da seguinte forma:

*Art. 2º Considera-se Cooperativa de Trabalho a sociedade constituída por trabalhadores para o exercício de suas atividades laborativas ou profissionais com proveito comum, autonomia e autogestão para obterem melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho.
(...)*

Art. 4º A Cooperativa de Trabalho pode ser:

I - de produção, quando constituída por sócios que contribuem com trabalho para a produção em comum de bens e a cooperativa detém, a qualquer título, os meios de produção; e

II - de serviço, quando constituída por sócios para a prestação de serviços especializados a terceiros, sem a presença dos pressupostos da relação de emprego.

Não se pode falar em cooperativas de trabalho sem falar da Lei nº 12.690/2012, pois nesta lei ordinária não só estão previstas as regras específicas para a prestação de serviços por cooperados, como também os direitos, deveres e aspectos societários e operacionais próprios das sociedades cooperativas de trabalho, atribuindo maior segurança jurídica para todos os envolvidos na relação de trabalho.

A Lei nº 12.690/2012 não trouxe para as cooperativas de trabalho obrigações idênticas da CLT, já que não se trata de uma relação de emprego estabelecida entre cooperado e cooperativa, mas sim uma relação societária. É importante, contudo, registrar que os cooperados jamais se viram desamparados dos preceitos constitucionais esculpido no art. 7º da Carta Magna. Em verdade, a observância dos direitos sociais dos trabalhadores, além de estar entrelaçada aos direitos fundamentais da pessoa humana, está calcada no respeito ao direito de trabalho digno, segurança, saúde e medicina do trabalho, bem como na repulsa da precarização das relações de trabalho.

Os direitos sociais dos trabalhadores devem ser resguardados não só àqueles que se encontram nas condições de empregados sob os ditames da CLT, mas a todos que exercem atividades laborativas, inclusive na forma de trabalho cooperado. Para os cooperados, o art. 7º da Lei nº 12.690/2012 estabeleceu direitos sociais mínimos que são de observância obrigatória da cooperativa, quais sejam:

Art. 7º A Cooperativa de Trabalho deve garantir aos sócios os seguintes direitos, além de outros que a Assembleia Geral venha a instituir:

I - retiradas não inferiores ao piso da categoria profissional e, na ausência deste, não inferiores ao salário mínimo, calculadas de forma proporcional às horas trabalhadas ou às atividades desenvolvidas;

II - duração do trabalho normal não superior a 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) horas semanais, exceto quando a atividade, por sua natureza, demandar a prestação de trabalho por meio de plantões ou escalas, facultada a compensação de horários;

III - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

IV - repouso anual remunerado;

V - retirada para o trabalho noturno superior à do diurno;

VI - adicional sobre a retirada para as atividades insalubres ou perigosas;

VII - seguro de acidente de trabalho.

Importante frisar que a Lei nº 12.690/2012 não só garantiu aos cooperados direitos sociais, como também tratou de disciplinar sobre mecanismos hábeis a garantir o cumprimento destes direitos, como a previsão de provisionamento de recursos e a possibilidade de criação de outros fundos, além dos obrigatórios previstos na Lei Geral do Cooperativismo, cuja formatação, custeio, aplicação e liquidação serão definidos pelos próprios sócios da cooperativa em assembleia geral (§§ 2º e 3º do art. 7º).

Além de deterem o poder de deliberar e instituir mais direitos sociais para eles próprios, além daqueles elencados no art. 7º da Lei das Cooperativas de Trabalho, também podem deliberar sobre a implementação de mecanismos para garantir o cumprimento dos direitos sociais. Vale destacar que este poder deliberativo é único e exclusivo das sociedades cooperativas justamente porque os cooperados que, na condição de donos do negócio, têm o poder de instituir mais direitos para si próprios além daqueles constitucionalmente assegurados.

Outro elemento relevante encontrado somente na legislação especial é a **expressa vedação da utilização de cooperativa de trabalho para intermediação de mão de obra subordinada previsto no art. 5º da Lei nº 12.690/2012**. A previsão legal de vedação da intermediação de mão de obra cooperada torna evidente a preocupação do cooperativismo com relação às cooperativas de trabalho e o regime jurídico a que estão submetidas.

Isso porque na prestação de serviços com a intermediação de mão de obra subordinada a fixação das regras de funcionamento da cooperativa e a forma de execução dos trabalhos não são definidas pela assembleia geral dos sócios, tal como determina a legislação especial, mas sim pelo tomador de serviço, o que fere frontalmente os princípios cooperativistas da autonomia coletiva e gestão democrática, pilares do modelo societário.

Assim, **para afastar qualquer possibilidade de prestação de serviços com característica de subordinação jurídica, a Lei nº 12.690/2012 inovou criando a figura do cooperado coordenador**. Nos termos da lei, quando os serviços são prestados fora do estabelecimento da cooperativa, estes deverão ser submetidos a uma coordenação prevista no §6º do seu art. 7º:

Art. 7º

(...)

§ 6º As atividades identificadas com o objeto social da Cooperativa de Trabalho prevista no inciso II do caput do art. 4º desta Lei, quando prestadas fora do estabelecimento da cooperativa, deverão ser submetidas a uma coordenação com mandato nunca superior a 1 (um) ano ou ao prazo estipulado para a realização dessas atividades, eleita em reunião específica pelos sócios que se disponham a realizá-las, em que serão expostos os requisitos para sua consecução, os valores contratados e a retribuição pecuniária de cada sócio partícipe.

O coordenador é o canal de comunicação entre o tomador de serviço e os sócios da cooperativa contratada, prestadores do serviço no estabelecimento do tomador de serviço. Qualquer sugestão, reclamação ou mesmo exigência que o tomador de serviço tenha a fazer, seja em relação à execução do serviço prestado, à condução ou ao desempenho de determinados sócios, sempre serão feitos por meio do coordenador, evitando-se, portanto, qualquer ingerência incompatível com o modelo cooperativo e a subordinação jurídica ao tomador de serviço, requisito do art. 3º da CLT identificador da relação de emprego.

Veja-se que a lei atribui presunção de intermediação ilícita de mão de obra subordinada na hipótese de descumprimento das exigências contempladas no §6º do seu art. 7º. Portanto, **a simples inobservância dos requisitos legais estabelecidos na norma conduzirá à presunção de ilicitude na contratação da mão de obra.**

A Lei nº 12.690/2012, ainda, reforçou no seu art. 10 o direito das cooperativas de trabalho de participarem de licitações públicas, direito este já assegurado desde a edição da Lei nº 12.349/2010, que alterou o art. 3º, §1º, I, da Lei nº 8.666/1993, proibindo expressamente a discriminação de cooperativas em licitações. Vejamos:

*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.

Veja-se que as regras atinentes à contratação deste peculiar modelo societário se exaurem na própria legislação especial, na medida em que disciplinam sobre todos os direitos e obrigações decorrentes das relações de trabalho, prevendo, inclusive, mecanismos de fiscalização e aplicação de penalidades para o caso de descumprimento da lei. Confira-se o que dispõem os arts. 17 e 18:

Art. 17. Cabe ao Ministério do Trabalho e Emprego, no âmbito de sua competência, a fiscalização do cumprimento do disposto nesta Lei.

§ 1º A Cooperativa de Trabalho que intermediar mão de obra subordinada e os contratantes de seus serviços estarão sujeitos à multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por trabalhador prejudicado, dobrada na reincidência, a ser revertida em favor do Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT.

§ 2º Presumir-se-á intermediação de mão de obra subordinada a relação contratual estabelecida entre a empresa contratante e as Cooperativas de Trabalho que não cumprirem o disposto no § 6º do art. 7º desta Lei.

§ 3º As penalidades serão aplicadas pela autoridade competente do Ministério do Trabalho e Emprego, de acordo com o estabelecido no Título VII da Consolidação

das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

Art. 18. A constituição ou utilização de Cooperativa de Trabalho para fraudar deliberadamente a legislação trabalhista, previdenciária e o disposto nesta Lei acarretará aos responsáveis as sanções penais, cíveis e administrativas cabíveis, sem prejuízo da ação judicial visando à dissolução da Cooperativa.

(...)

§ 2º Fica inelegível para qualquer cargo em Cooperativa de Trabalho, pelo período de até 5 (cinco) anos, contado a partir da sentença transitada em julgado, o sócio, dirigente ou o administrador condenado pela prática das fraudes elencadas no caput deste artigo.

Vale registrar que a previsão de mecanismos de fiscalização e de aplicação de penalidades pela autoridade competente garantem segurança jurídica para todos os envolvidos na relação de trabalho, principalmente para os tomadores de serviços, cujas responsabilidades para com o contrato de prestação de serviços terceirizados é partilhada com a contratada, conforme está estabelecido no §5º do art. 5º-A da Lei nº 6.019/1974, alterada pelas Leis nºs 13.429/2017 e 13.467/2017, que dispõem sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros:

Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal. [\(Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017\)](#)

(...)

§ 5º A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. [\(Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017\)](#)

Outro normativo que vale a pena mencionar é da Advocacia Geral da União (AGU) que, por intermédio da Portaria nº 155/2017, alterou a redação da Instrução Normativa nº 10/2009, em razão das deliberações esposadas no Acórdão nº 1.932/2016 - Plenário do TCU para possibilitar a licitação de serviços continuados, com exclusividade de participação de microempresas e sociedades cooperativas. Vejamos:

RESOLVE:

Art. 1º A Orientação Normativa nº 10, de 1º de abril de 2009, passa a vigorar com a seguinte redação:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 10, DE 1º DE ABRIL DE 2009

A ADVOGADA-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I, X, XI e XIII, do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, CONSIDERANDO o que consta do Processo nº 00688.000777/2016-68, RESOLVE:

expedir a presente orientação normativa, de caráter obrigatório a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 da Lei Complementar nº 73, de 1993:

PARA FINS DE ESCOLHA DAS MODALIDADES LICITATÓRIAS CONVENCIONAIS (CONCORRÊNCIA, TOMADA DE PREÇOS E CONVITE), BEM COMO DE ENQUADRAMENTO DAS CONTRATAÇÕES PREVISTAS NO ART. 24, I e II, DA LEI Nº 8.666/1993, A DEFINIÇÃO DO VALOR DA CONTRATAÇÃO LEVARÁ EM CONTA O PERÍODO DE VIGÊNCIA CONTRATUAL E AS POSSÍVEIS PRORROGAÇÕES. NAS LICITAÇÕES EXCLUSIVAS PARA MICROEMPRESAS, EMPRESAS DE PEQUENO PORTE E SOCIEDADES COOPERATIVAS, O VALOR DE R\$ 80.000,00 (OITENTA MIL REAIS) REFERE-SE AO PERÍODO DE UM ANO, OBSERVADA A RESPECTIVA PROPORCIONALIDADE EM CASOS DE PERÍODOS DISTINTOS.

Em consonância com o princípio da isonomia e da proporcionalidade, a interpretação dada pelo TCU no mencionado acórdão foi acatada pela AGU, que determinou a alteração da instrução normativa com o objetivo de uniformizar seu entendimento jurídico para permitir a participação de sociedades cooperativas em processos licitatórios, colocando-as em pé de igualdade com as microempresas para fins de ampliação da competitividade do certame, conforme se infere na Nota nº 00085/2016/DECORCGU/AGU e Parecer PGFN nº 1545/2016⁵.

Por fim, em nível estadual, registramos a existência do Decreto nº 3139-R de 2012, alterado pelo **Decreto nº 4067-R de 2017**, que regulamenta a participação de cooperativas em processo licitatório da Administração Pública do Espírito Santo:

GOVERNADOR DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, no uso da atribuição que lhe confere o Art. 91, III, da Constituição Estadual, e, ainda, o que consta do processo nº 53540360/2011;

Considerando as disposições do Art. 174, §2º da Constituição Federal, acerca do apoio e estímulo devido pelo Estado ao cooperativismo;

Considerando as disposições do Art. 2º da Lei nº 8.257/2006, determinando que o Poder Executivo Estadual atue de forma a estimular as atividades das cooperativas, incentivando um sistema de sustentação para o contínuo crescimento da atividade cooperativista;

Considerando as disposições do Art. 3º, § 1º, inciso I da Lei Federal nº 8.666/93, segundo o qual a licitação se destina a garantir observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e promoção do desenvolvimento nacional sustentável, vedando aos agentes públicos, especialmente, adquirir, 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,

⁵Disponível em: <http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/189171>.

DECRETA:

Art. 1º Fica assegurada a participação de cooperativas nas licitações promovidas pela Administração direta e indireta do Estado do Espírito Santo, desde que tenham por objeto os mesmos serviços, operações e atividades previstas em seu objeto social §1º A cooperativa poderá realizar as atividades em qualquer instalação, inclusive nas dependências da Administração Direta e Indireta do Estado do Espírito Santo, desde que preservada a autonomia diretiva, técnica e disciplinar de seus cooperados.

(...)

Art. 2º As minutas-padrão de editais deverão ser adaptadas ao disposto neste Decreto, contemplando, inclusive, planilhas de custos específicas para as sociedades cooperativas, considerando a prestação de serviço a ser desempenhada por seus cooperados, na forma do art. 90 da Lei nº 5.764, de 16/12/1971, sendo vedada a imposição tácita ou expressa de prestação de serviços por meio de empregados contratados em regime celetista (art. 2º renumerado e com nova redação dada pelo Decreto 4.067-R/2017).

Parágrafo único. Em observância às disposições constantes do art. 34 da Lei Federal nº 11.488, de 15/06/2007, deverá ser assegurada a participação de cooperativas, em igualdade de condições, nos processos licitatórios exclusivos para ME e EPP (parágrafo único inserido pelo Decreto 4.067-R/2017).

Veja-se que o decreto estadual, além de tornar a participação das cooperativas mais competitiva nas licitações públicas, atribuiu maior segurança jurídica às contratações com a Administração Pública Estadual, já que regulamenta a observância das peculiaridades do modelo societário dispostas na Lei nº 5.764/1971 e regras específicas para cooperativas de pequeno porte previstas no art. 34 da Lei nº 11.488/2007.

Diante das considerações acima não há dúvidas de que a participação das sociedades cooperativas em processos licitatórios é assegurada por um robusto arcabouço jurídico que, além de cumprir o comando constitucional de fomento e estímulo ao cooperativismo, em nível infraconstitucional, reforça o direito de participação e expressamente proíbe a discriminação de cooperativas em licitações públicas.

Muito embora estejam constitucional e legalmente resguardadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, as cooperativas enfrentam grandes dificuldades para se desenvolverem adequadamente no mercado, especialmente pela existência de entraves para sua atuação que não decorrem de disposições constitucionais ou infraconstitucionais postas na legislação brasileira, como é caso da Súmula nº 281 do TCU, conforme será exposto a seguir.

3. Da necessidade de revisão da Súmula nº 281 do TCU

O Enunciando de Súmula nº 281 foi publicado no dia 11/07/2012, exatos oito dias antes da Lei nº 12.690/2012, e com ele foi institucionalizada orientação para toda a Administração

Pública de que, havendo necessidade de subordinação jurídica, pessoalidade e habitualidade, é vedada a participação de cooperativas no processo licitatório.

De lá para cá, as cooperativas vêm sofrendo restrições genéricas a participação em editais por todo o País, prejudicando sobremaneira o desenvolvimento do setor, além de violar o comando constitucional de fomento e estímulo do cooperativismo e princípios constitucionais previstos no art. 37 da Carta Magna, em especial, o princípio da legalidade e igualdade:

*Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos **princípios de legalidade**, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*

(...)

*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.*

Contudo, um importante passo foi dado durante sessão da 1ª Câmara, realizada no dia 19/03/2019. O Ministro Bruno Dantas, ao que apreciar os recursos interpostos no TC 022.148/2016-7, determinou que as deliberações do Acórdão nº 2463/2019 fossem encaminhadas à Comissão de Jurisprudência deste Tribunal para que seja avaliada a conveniência e a oportunidade de revisitar o entendimento proferido na Súmula nº 281.

Ao apreciar o caso concreto da cooperativa, o ilustre Ministro entendeu que a contratação da cooperativa para o serviço objeto de licitação (“suporte e administração da infraestrutura de dados, à administração de dados e banco de dados, e à operação em segurança da informação”) não constituía irregularidade e vedação legal ou regulamentar.

Em verdade, tal inferência teria que advir de um juízo subjetivo sobre a natureza do serviço, ou seja, se tal serviço implicaria em subordinação e pessoalidade, o que não aconteceu no caso da cooperativa recorrente. Seu posicionamento foi consubstanciado nos seguintes fundamentos:

- O serviço objeto do edital de licitação não consta na lista de serviços que do TCJ firmado entre MPT e União em 2003 e homologado nos autos da Ação Civil Pública proposta perante a 20ª Vara do Trabalho de Brasília (Processo nº 01082- 2002-020-10-00-00).
- Não há na Súmula nº 281 do TCU e INMPOG nº 02/2008, revogada pela IN 05/2017, indícios de que os serviços previstos no edital não poderiam ser contratados com cooperativas.

- A intenção do legislador foi a de dar concreção ao comando constitucional de estimular o cooperativismo, previsto no § 2º do art. 174 da Constituição Federal. Dessa forma, seria contraditório estipular como regra, na contratação por órgãos públicos, a vedação de participação de cooperativas.
- A Lei nº 12.690/2012 criou mecanismos para o incentivo de cooperativas e sua não utilização como instrumento de burla a direitos trabalhistas. Assim, a lei previu uma série de direitos aos cooperados, tornando desarrazoada a preocupação de utilização dessa forma de associação como instrumento de burla a direitos trabalhistas.
- A preocupação do ente público federal não é com a natureza do serviço a ser contratado, mas com a inidoneidade da cooperativa. O órgão ou entidade pública deverá certificar-se quanto à regularidade de tais sociedades e à relação mantida com seus cooperados, além de exigir a prestação do serviço de forma coordenada, nos termos do art. 7º, § 6º da Lei nº 12.690/2012.
- A Lei nº 12.690/2012 admite o funcionamento de cooperativas para prestação de qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, desde que esteja no seu objeto social. Dessa forma, não faria sentido vedar a contratação dessas associações com base no gênero de serviço a ser prestado.
- Com o advento da Lei nº 12.349/2010, que acrescentou a expressão “inclusive nos casos de sociedades cooperativas” ao §1º do art. 3º da Lei nº 8.666/1993 e Lei nº 12.690/2012, inaugurou-se um novo regramento jurídico acerca das cooperativas, o qual requer a revisão da Súmula nº 281 do TCU, uma vez que tais alterações são posteriores ao TCJ e IN MPOG nº 02/2008, bem como aos precedentes que respaldaram a Súmula nº 281 do TCU.

É possível inferir do entendimento do ilustre Ministro **que as razões e precedentes que deram ensejo à criação da referida súmula não mais subsistem** em razão da existência de leis, normativos e precedentes subsequentes, dispondo sobre a matéria, que revelam a sua insubsistência.

Não se olvida o fato de que, ainda quando inexistente o marco regulatório das cooperativas de trabalho, isto é, antes da sanção da Lei nº 12.690/2012, o modelo societário teria sido utilizado por oportunistas, de forma inadequada, gerando graves danos ao cooperativismo nacional, erário público e às relações de trabalho estabelecidas com as falsas cooperativas.

Entretanto, na tentativa de solucionar o problema de forma generalizada a Súmula nº 281, inevitavelmente, afetou a atuação de inúmeras legítimas cooperativas de trabalho, que foram constitucional e legalmente constituídas por seus sócios como instrumento de desenvolvimento e, não raras vezes, como único meio de sobrevivência e de emancipação econômica e social.

Mesmo com o advento da Lei nº 12.690/2012, que estabeleceu novo modelo de organização do trabalho concebido justamente para esvaziar as preocupações com relação a precarização da mão de obra, as cooperativas de trabalho ainda sofrem impedimento na contratação por meio de procedimentos licitatórios. O motivo é a **presunção da existência de subordinação jurídica** na relação entre cooperado, cooperativa e tomador de serviço. A dedução da intermediação ilícita de mão de obra, sem análise individualizada, desemboca no **impedimento prévio e genérico** de participação de cooperativas.

A argumentação em sentido contrário cinge-se em afirmar que as cooperativas não estão vedadas de participar das licitações, mas tão somente nos casos em que por sua natureza ou pelo modo como é usualmente executado no mercado em geral, houver necessidade de subordinação jurídica entre o trabalhador e o contratante, bem como de pessoalidade e habitualidade, como igualmente descrito na súmula deste Tribunal.

Entendemos, entretanto, que a vedação, nesse formato, é velada, uma vez que tal limitação impossibilita, em muitos casos, a participação de cooperativas dado o grau de subjetividade com que determinadas atividades são interpretadas, deduzindo-se, sem análise da situação fática, que essa atividade é eminentemente caracterizada pela subordinação jurídica.

Além disso, se a caracterização de vínculo de emprego, ou da subordinação jurídica, por assim dizer, dependesse exclusivamente da identificação da atividade realizada, a Justiça do Trabalho não necessitaria de longos processos judiciais, contemplando alegação e contraditório, análise da situação fática, audiências e tantos outros procedimentos, pois poderiam, por silogismo, reconhecer vínculo de emprego a partir da atividade.

No entanto, a realidade é diversa, não se trata de matemática. A atuação do Poder Judiciário, nesse sentido, deve estar adstrita aos direitos consagrados na Constituição Federal, como do devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, analisando a situação toda para, somente então, a partir do “contrato realidade” definir se no caso concreto há ou não subordinação jurídica. Para além disso, seria uma ilegalidade reconhecer a existência de subordinação jurídica a partir da atividade, por um motivo relativamente simples: observância do princípio da legalidade, expresso no art. 5º, inciso II da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Verifica-se, então, que a ideia de existir atividades que por sua natureza seriam subordinadas não passa pelo crivo da legalidade, pois decorre de interpretações subjetivas, sem embasamento legal, já que não há qualquer previsão legal que possibilite qualquer agente público ou privado fazer tal inferência. Dito de outro modo, não existe uma legislação que estabeleça quais são as atividades que por sua natureza são subordinadas, não podendo o interprete criá-las e torná-las de obrigatória observância, sob pena de ferir princípios de extrema relevância para o Estado Democrático de Direito, que por sua vez instituiu, através da Constituição Federal de 1988, os legitimados, as competências e os ritos para criação de qualquer lei.

Esta forma de agir em relação as cooperativas de trabalho está em descompasso com as disposições constitucionais e infraconstitucionais vigentes. A manutenção de entendimento diverso, possibilita, por dedução lógica, reconhecer existência de subordinação jurídica por antecipação e “por atacado”, antes mesmo da existência da relação de fato.

Como sabido, o princípio da primazia da realidade, preceito regente das relações de trabalho, sobrepõe a realidade fática aos aspectos meramente formais da relação havida. Neste sentido, o Poder Público deve indagar se a constituição da cooperativa atingiu sua função social, qual seja, a obtenção de melhores remunerações e condições de trabalho para os seus cooperados do que obteriam individualmente, bem como se a relação havida se caracterizava como trabalho cooperado⁶.

Cumpra ainda observar que *“qualquer que seja o tipo de cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados”*⁷. Veja-se que o objetivo da norma foi justamente retirar do rol empregatício relações próprias às cooperativas, desde que não comprovada a roupagem ou utilização meramente simulatória de tal figura jurídica. Não há, portanto, presunção legal de caráter absoluto, mas presunção relativa de ausência de vínculo de emprego na relação cooperativista, cujo encargo da prova contrária é do Poder Público.

É importante lembrar que a relação existente entre o cooperado e a cooperativa é de natureza societária e, por isso, descabe falar em relação de subordinação entre os cooperados e a cooperativa. Com relação aos tomadores de serviços, a relação contratual ocorre entre a cooperativa e o destinatário dos serviços, os associados prestam serviços a contratante na condição de membros da sociedade contratada, pois são proprietários em comum do empreendimento coletivo.

Deve-se esclarecer que a prestação de demandam uma subordinação técnica do Poder Público (que se submetam, durante a realização do trabalho, a um acompanhamento, controle, fiscalização por parte de uma chefia técnica) pode ser feita de forma juridicamente subordinada ou não. Acertadamente, Tiago Machado⁸, exemplifica:

“Assim, por exemplo, na relação avulsa a prestação dos serviços é feita e forma tecnicamente subordinados (o estivador está tecnicamente subordinado ao conferente), mas tal subordinação não é jurídica (o estivador não ocupa uma posição hierarquicamente inferior ao conferente, no plano jurídico).”

⁶TST, AIRR - 129200-88.2000.5.15.0011, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 11/06/2008, 6ª Turma, Data de Publicação: DJ 13/06/2008.

⁷ Confira-se o art. 90 da Lei nº 5.764/1971.

⁸ MACHADO, Tiago. A suposta subordinação de atividades como causa impeditiva para atuação das cooperativas de trabalho. Porto Alegre: Sescop/RS, 2017. p 51.

Ao tratar do tema Vargas⁹ afirma que, nas hipóteses de terceirização lícita, a simples presença de subordinação técnica entre o cooperado/trabalhador e o coordenador da cooperativa encarregado de dirigir o trabalho não configura uma relação de subordinação jurídica entre os cooperados:

“(...) Estes, na verdade, detém uma dupla condição: a primeira, é a condição de trabalhadores que, no desempenho das tarefas laborais contratadas, subordinam-se tecnicamente (ou submetem-se à atividade coordenada), acatando as ordens e as determinações necessárias para a consecução de tais tarefas e, assim, na verdade, subordinam-se, em última instância, às determinações que emanam da própria assembleia geral da cooperativa que deliberou pela adesão ao contrato de prestação de serviço; a segunda, é a condição de trabalhadores autônomos que deliberam, em assembleia geral, de acordo com seus próprios interesses, e, assim, são também eles agentes dos processos de fiscalização, controle e comando das tarefas necessárias ao cumprimento do contrato de prestação de serviços”.

Não é possível confundir subordinação jurídica com subordinação técnica. Quando constatada a primeira estaremos diante de inevitável vínculo de emprego entre as partes que, frise-se, poderia se dar em qualquer relação de trabalho, independentemente de modelo societário. Constatada a segunda hipótese, subordinação técnica, não é possível caracterizar tal relação como de emprego.

Dessa forma, a cooperativa, quando regularmente constituída e atuando de acordo com os princípios cooperativistas, não pode ser confundida com falsas cooperativas, tampouco pressupor-se que se trata de trabalho juridicamente subordinado.

Para consubstanciar o entendimento acima, colacionamos trecho de recente decisão do TCU sobre o assunto no bojo do Acórdão nº 2.777/2017 - Plenário. Trata-se de representação sobre supostas irregularidades em pregões eletrônicos promovidos com o objetivo de contratar serviços de transporte urbano de carga postal, na modalidade Linhas de Transporte Urbano (LTU), com questionamentos sobre a possibilidade de participação de cooperativas nos certames.

Em seu voto, a Ministra Relatora Ana Arrais julgou improcedente a representação para, dentre outros fundamentos, afastar a presunção de subordinação jurídica, pessoalidade e habitualidade na relação estabelecida entre o cooperado, cooperativa e tomador dos serviços, em homenagem ao princípio da primazia da realidade e em detrimento da Súmula nº 281 do Tribunal:

VOTO

Trata-se de representações (peças 1, 4 e 7) da empresa Conceição Locações e Serviços Eireli - EPP sobre supostas irregularidades nos editais relativos aos pregões eletrônicos 17000052, 17000053 e 17000054 - CPL/SE/SPM, promovidos

⁹ VARGAS, Luiz Alberto de. Reflexões sobre a nova lei das cooperativas de trabalho. Revista eletrônica: acórdãos, sentenças, ementas, artigos e informações. Porto Alegre, RS, v.9, n. 155, p. 87, abri. 2013.

pela Superintendência Estadual de Operações de São Paulo Metropolitana da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT com o objetivo de contratar serviços de transporte urbano de carga postal, na modalidade Linhas de Transporte Urbano - LTU, no valor total estimado de cerca de R\$ 1,76 milhão.

2. Conforme a instrução, a representante questionou as disposições do subitem 6.5 dos editais, o qual permite a participação de cooperativas nos certames, por defender, em suma, que: (...)

7. Contudo, ao contrário do defendido pela unidade técnica, verifico não haver plausibilidade jurídica do pedido. Na verdade, entendo que é possível firmar juízo, desde já, sobre a improcedência dos pleitos da representante.

8. Como mencionado na instrução, a jurisprudência deste Tribunal efetivamente veda 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 (súmula TCU 281).

9. Neste caso específico, porém, é de se levar em conta que os editais condicionaram a participação de cooperativas à inexistência de relação de subordinação entre elas e os cooperados e à prestação dos serviços “em caráter coletivo e com absoluta autonomia dos cooperados”, situação que impede, de antemão, deduzir que se trata de relação de emprego ou de intermediação irregular de mão de obra (arts. 4º, inciso II, e 5º da Lei 12.690/2012).

(...)

12. Também é de se notar que o citado termo de conciliação judicial apenas veda a contratação de motoristas no “caso de os veículos serem fornecidos pelo próprio órgão licitante”.

13. Ademais, pelo que se deflui das partes dos editais transcritas pela representante acerca do modo de execução dos serviços (peça 1, p. 3/5), há possibilidade de serem prestados de forma autônoma por cooperados, desde que respeitadas por cada um deles as regras fixadas pela ECT (utilização de identificação funcional, boa apresentação e respeito aos itinerários, horários e demais instruções contidas na programação da ECT, etc.), sem que isso represente, a priori, a pessoalidade, a habitualidade e a subordinação que caracterizam o vínculo empregatício.

(...)

16. Igualmente vale mencionar que a simples existência de preposto da contratada para fornecer à contratante informações sobre localização do veículo em trânsito a qualquer momento, eventuais acidentes e demais ocorrências que possam prejudicar a realização da viagem, com poder decisório para tomada de providências objetivando a execução do ajuste (alínea “I.2” do subitem 10.6 da minuta de contrato - peça 3, p. 36), não implica necessariamente nem relação de subordinação, nem que ele tenha que zelar pessoalmente pelo comportamento dos cooperados.

(...)

20. Neste ponto, **é importante ver que, por mais que não se descarte a possibilidade de irregularidades na atuação de determinadas cooperativas e de ajuizamento de ações por cooperados em face da ECT, os editais em vértice são claros sobre a responsabilidade das futuras contratadas por todos os ônus e encargos decorrentes da legislação fiscal, social, previdenciária,**

trabalhista e comercial (subitem 10.6, alíneas “d” e “e”, da minuta de contrato - peça 3, p. 35).

21. Em vista disso, não transparece imprescindível que os atos convocatórios estabelecessem, expressa e especificamente, **a obrigatoriedade de eventual cooperativa contratada obedecer às disposições do art. 7º da Lei 12.690/2012 (direito a retiradas não inferiores ao piso da categoria ou ao salário mínimo, a repouso semanal e anual remunerado, a seguro de acidente de trabalho, entre outros). Por dispor sobre a organização e o funcionamento das cooperativas de trabalho, tal lei, obviamente, deve ser cumprida por aquelas instituições.**

(...)

23. Por fim, ressalte-se que, apesar de o TCU estar examinando indícios de irregularidades na atuação de certas cooperativas no âmbito da ECT (TC 028.804/2015-5 e TC 034.491/2014-7), **o Tribunal, por meio do acórdão 5.736/2011 - 1ª Câmara (relator Weder de Oliveira), deliberou que não haveria óbices à participação de cooperativas em certame realizado por aquela entidade para contratação de serviços de desenvolvimento e manutenção de sistemas, ante a redação atual do art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993 (abaixo transcrita, com os devidos destaques) e o fato de o objeto daquele pregão (tal qual neste caso) não estar incluído no rol dos serviços terceirizados elencados no citado termo de conciliação judicial:**

(...)

24. **Tal dispositivo, associado ao preconizado no art. 10, § 2º, da Lei 12.690/2012, no sentido de que a cooperativa de trabalho não pode “ser impedida de participar de procedimentos de licitação pública que tenham por escopo os mesmos serviços, operações e atividades previstas em seu objeto social”, dá aplicação ao primado constitucional de fomento ao cooperativismo (art. 5º, inciso XVIII, e 174, § 2º, da Constituição de 1988), que autoriza, de certo modo, relativizar o princípio da isonomia de forma a conferir condições de participações iguais às empresas e às cooperativas licitantes, observadas as disposições do art. 34 da Lei 11.488/2007, as quais asseguram àquelas benefícios conferidos.**

(...)

Diante do exposto, com as vênias por divergir do parecer da unidade técnica, voto por que o colegiado aprove a minuta de acórdão que submeto à sua deliberação, a qual inclui, além da medida consignada no item 26, proposição de efetuar recomendação à ECT quanto aos apontamentos constantes do item 19, retro.

TCU, Sala das Sessões, em 6 de dezembro de 2017.

ANA ARRAES
Relatora

Ainda no âmbito dos tribunais de contas, vale registrar decisão do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco (TCE-PE) que, durante a 72ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara, realizada em 06/11/2018, apreciou medida cautelar oriunda de representação da Procuradora Geral do Ministério Público de Contas de Pernambuco (MPC) contra pregão eletrônico da Secretaria Municipal Saúde de Recife. De acordo com o MPC, houve a indevida desclassificação de cooperativa licitante que ofertou o menor preço em virtude de cláusula que vedava a

contratação de cooperativas, em conjunto com a Súmula TCU nº 281 e TCJ firmado entre o MPT e a União.

Considerando que a previsão de tal cláusula no edital fere o art. 3º, §1º, I da Lei nº 8.666/1993, assim como o art. 10, §2º da Lei nº 12.690/2012, e que a referida desclassificação pode ocasionar prejuízo ao erário da ordem de, no mínimo, R\$ 1.375.780,00 (diferença entre o valor ofertado pela cooperativa e aquele ofertado pela empresa arrematante), não pairam dúvidas acerca da nulidade da cláusula editalícia que veda a participação de cooperativas no certame, seja por restringir a competitividade do processo licitatório, seja em virtude da não aplicação da Súmula e do TCJ ao objeto licitado.

O MPC estadual, ainda, demonstrou que o serviço descrito no edital permite que a sua gestão operacional seja plenamente executada de forma compartilhada ou em rodízio pelos cooperados de uma eventual cooperativa que deseje participar do certame, inclusive com a atividade de “preposto” solicitada no referido edital, sendo desempenhada pelos próprios cooperados de forma alternada ou aleatória, conforme previsto no §6º do art. 7º da Lei nº 12.690/2012. Confirma-se a decisão do TCE-PE sobre a matéria:

VOTO DO RELATOR

Passo a decidir.

CONSIDERANDO os termos da Representação da Procuradora-Geral do Ministério Público de Contas apontando irregularidades no Pregão Eletrônico nº 19/2018-CPLE da Secretaria Municipal Saúde de Recife;

CONSIDERANDO que, em cognição sumária própria de pedido de cautelar, vislumbra-se a plausibilidade das irregularidades e riscos de dano ao Erário municipal no certame em apreço, destacando: - haver, a princípio, cláusula restritiva no Edital, 3.8, em que se veda a participação de Cooperativas; - provável desclassificação irregular da Cooperativa “UNIMOTO BRASIL – Cooperativa de Transporte Motociclístico de Encomendas”, porquanto não se observa vínculo de subordinação, pessoalidade e habitualidade, entre essa Cooperativa e a Secretaria Municipal; - provável vultoso prejuízo aos cofres públicos com a contratação irregular sob exame, o que vai de encontro a princípios basilares da República e Administração Pública, insculpidos na Constituição Federal, artigos 5º, 37 e 70, na Lei Federal nº 8.666/93, artigos 2º e 3º, e na Lei Federal nº 12.690/2012, artigos 1º e 10º;

CONSIDERANDO a caracterização do periculum in mora, haja vista a conclusão do certame em apreço e que até o dia 24.10.18, conforme consta do Ofício GGLIC/SEPLAGP nº 293/2018 ao MPCO/TCE-PE, houve a publicação da Ata de Registro de Preços, sem, contudo, ter ocorrido a contratação;

CONSIDERANDO o previsto no art. 71 c/c 75 da CF/88, art. 18 da Lei Estadual nº 12.600/2004 e Resolução TCE/PE nº 16/2017, bem assim o poder geral de cautela, reconhecido expressamente, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal (STF: MS 24.510 e MS 26.547),

Submeto, ad referendum da Primeira Câmara deste Tribunal de Contas, a MEDIDA CAUTELAR solicitada pela Procuradora-Geral do Ministério Público de Contas – MPCO, para determinar à Secretaria de Saúde do Município do Recife que se abstenha de assinar o contrato decorrente do Pregão Eletrônico nº 19/2018-CPLE. Caso já firmado o Contrato, determina-se que a Secretaria suspenda a execução contratual e, por conseguinte, os pagamentos, até o exame final de mérito por este TCE-PE.

Depreende-se das considerações acima que, apesar do preconceito generalizado instaurado contra o modelo societário, é possível verificar uma **mudança no entendimento do próprio TCU** no sentido de que as cooperativas não podem ser impedidas de participar de procedimentos de licitação pública com esteio na presunção de subordinação jurídica.

A mudança no cenário do cooperativismo de trabalho também pode ser observada no Poder Judiciário. **Corrobora este entendimento a jurisprudência dos tribunais pátrios que reconhecem a ilegalidade na vedação genérica da participação de toda e qualquer cooperativa em licitação pública**¹⁰.

Vale aqui registrar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹¹ já teve a oportunidade de decidir em quais hipóteses justifica-se a exclusão de cooperativas em licitações:

(...) 3. Esta Corte Superior pacificou entendimento segundo o qual é impossível a participação das cooperativas em processo licitatório para contratação de mão-de-obra, quando o labor, por sua natureza, demandar necessidade de estado de subordinação ante os prejuízos que podem advir para o patrimônio público, caso o ente cooperativo se consagre vencedor no certame. Precedentes.

Ocorre, no entanto, que tal posicionamento do STJ, adotado pela última vez em julgado ocorrido em 18.10.2012 não levou em consideração a Lei nº 12.690/2012 que, em seu art. 10º, § 2º, vedou proibições genéricas à participação de cooperativas de trabalho em licitações. No mesmo sentido, confira-se alguns julgados sobre o tema:

EDITAL DE LICITAÇÃO – Vedação à participação de cooperativas de trabalho – Orientação do STJ de que tal vedação é justificável se o objeto licitatório demandar estado de subordinação – Orientação anterior à Lei nº 12.690/12 que, em seu art. 10º, § 2º, autorizou a participação de cooperativas de trabalho em licitações que tivessem o mesmo objeto que seu objeto social – Vedação genérica no edital à participação de cooperativas de trabalho indevida – Recurso parcialmente provido.

¹⁰ Realizamos uma ampla pesquisa nos tribunais pátrios e compilamos decisões de todo o País que se encontram anexas ao presente documento.

¹¹ 2ª Turma, REsp nº 1204186, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 29.10.2012.

(TJSP; Apelação Cível 1012100-11.2018.8.26.0625; Relator (a): Luís Francisco Aguilar Cortez; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro de Taubaté - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 07/02/2019; Data de Registro: 07/02/2019)

RECURSO DE APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA LICITAÇÃO NA MODALIDADE TOMADA DE PREÇOS — HOMOLOGAÇÃO DO CERTAME E CELEBRAÇÃO DO CONTRATO — PERDA DE INTERESSE DE AGIR — NÃO OCORRÊNCIA – PRELIMINAR AFASTADA - IMPEDIMENTO À PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS EM CERTAME PROMOVIDO PELO MUNICÍPIO - INVIABILIDADE - OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA – AUSÊNCIA DE IMPEDIMENTO LEGAL - RECURSO DESPROVIDO. (...) “É injustificado o afastamento prévio das cooperativas de certames licitatórios, tão só pelos benefícios e privilégios legalmente concedidos a elas, em face do princípio da isonomia dos concorrentes, até porque, limita o número de licitantes e, por via de consequência, obstaculiza o Poder Público em sempre conseguir o melhor preço ou a melhor técnica. Se as cooperativas atendem aos requisitos exigidos na lei de regência, não há justificativa plausível para a vedação imposta no edital de licitação.” (AI 27285/2013, DESA. MARIA APARECIDA RIBEIRO, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Julgado em 15/04/2014, Publicado no DJE 29/04/2014).

(TJMT, Ap 106976/2014, DESA. NILZA MARIA PÔSSAS DE CARVALHO, SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO, Julgado em 02/02/2016, Publicado no DJE 15/02/2016)

REEXAME NECESSÁRIO – Ação Declaratória para assegurar que a participação da requerente no Pregão Presencial n. 006/2015, não sendo impedida em razão de se tratar de sociedade cooperativa de trabalho – Sentença de procedência pronunciada em primeiro grau – LEGALIDADE DA RESTRIÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS NOS EDITAIS DOS PROCEDIMENTOS DE LICITAÇÃO – Cooperativa prestadora de serviços por parte de médicos cooperados – Não se mostra razoável a proibição constante do edital do referido certame, de vedar a participação de toda e qualquer cooperativa, posto que vai na contramão do disposto da Constituição Federal, bem como na Lei nº 8.666/93 e a Lei nº 12.690/12 – Sentença mantida – Reexame Necessário Improvido.

(TJSP, Reexame Necessário nº 1008546-42.2015.8.26.0506, Relator(a): Maurício Fiorito; Comarca: Ribeirão Preto; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 13/12/2016; Data de registro: 14/12/2016)

Vale, ainda, conferir recente julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (TRT da 4ª Região) que reconhece ineficácia de TAC firmado entre o Município de Porto Alegre e cooperativa de trabalho, em 1997, resguardando o direito das demais cooperativas de participarem de processo licitatório com o Município reclamado. Para o TRT da 4ª Região, após a edição da Lei nº 12.690/2012, foi permitida a participação da cooperativa nas licitações, por expressa disposição legal. Assim, o TAC não poderia ser mantido, por atentar contra direito expressamente assegurado em legislação superveniente. Vejamos:

*RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE E DA PRIMEIRA RECLAMADA. RECONHECIMENTO DA INEFICÁCIA DO TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA FIRMADO ENTRE O MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE E O MINISTÉRIO PÚBLICO. O Termo de Ajuste de Conduta, ainda que tenha força de coisa julgada, tem sua eficácia é restrita às partes que participaram do ajuste. Ele consiste em título executivo extrajudicial, o que lhe dá força de coisa julgada entre as partes, todavia não pode obstar direito de terceiro, que não participou da relação jurídica. No caso, o ajuste realizado fere interesse de terceiro, pois quebra um princípio de isonomia nas licitações. Todos podem concorrer em processo licitatório, exceto aqueles impedidos pela lei. **Antes da Nova Lei das cooperativas, poderia ser controverso o ajustamento de conduta realizado entre o MPT e o Município de Porto Alegre. Entretanto, após a edição da referida lei, é permitida a participação da cooperativa nas licitações, por expressa disposição legal. Assim, o Termo de Ajustamento de Conduta não pode ser mantido, por tentar contra direito expressamente assegurado por legislação superveniente. Ademais, não se pode presumir a fraude entre a cooperativa e seus associados. Todavia, é justamente isso que o MPT faz, quando impede que a cooperativa participe das licitações abertas pelo Município, através do estabelecimento do TAC.***

(TRT da 4ª Região, 8ª Turma, 0020256-20.2013.5.04.0018 RO, em 01/03/2018, Desembargador Francisco Rossal de Araujo)

Veja-se que após a celebração do mencionado TAC (1997) e do TCJ firmado entre o MPT e a União (2003), novas regras atinentes à contratação terceirizada deste peculiar modelo societário foram constituídas disciplinando sobre todos os direitos e obrigações decorrentes das relações de trabalho, atribuindo segurança jurídica para todos, principalmente para os tomadores de serviços, ao criar mecanismos capazes de afastar a subordinação jurídica e mitigar os riscos de eventuais reclamações trabalhistas.

Com relação a já mencionada IN MPOG nº 05/2017, que dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços no âmbito da Administração Pública Federal, é importante registrar que todas exigências ali contidas podem ser plenamente atendidas pelas cooperativas de trabalho regidas pela Lei nº 12.690/2012. Vejamos:

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

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

II - que a gestão operacional do serviço seja executada de forma compartilhada ou em rodízio, em que as atividades de coordenação e supervisão da execução dos serviços e as de preposto, conforme determina o art. 68 da Lei nº 8.666, de 1993, sejam realizadas pelos cooperados de forma alternada ou aleatória, para que tantos quanto possíveis venham a assumir tal atribuição.

§ 1º Quando admitida a participação de cooperativas, estas deverão apresentar um modelo de gestão operacional que contemple as diretrizes estabelecidas neste artigo, o qual servirá como condição de aceitabilidade da proposta.

§ 2º O serviço contratado deverá ser executado obrigatoriamente pelos cooperados, vedada qualquer intermediação ou subcontratação.

Art. 11. Na contratação de sociedades cooperativas, o órgão ou entidade deverá verificar seus atos constitutivos, analisando sua regularidade formal e as regras internas de funcionamento, para evitar eventual desvirtuação ou fraude.

Art. 12. Quando da contratação de instituição sem fins lucrativos, o serviço contratado deverá ser executado obrigatoriamente pelos profissionais pertencentes aos quadros funcionais da instituição.

Parágrafo único. Considerando-se que as instituições sem fins lucrativos gozam de benefícios fiscais e previdenciários específicos, condição que reduz seus custos operacionais em relação às pessoas jurídicas ou físicas, legal e regularmente tributadas, não será permitida, em observância ao princípio da isonomia, a participação de instituições sem fins lucrativos em processos licitatórios destinados à contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresa.

Art. 13. Não será admitida a contratação de cooperativa ou de instituição sem fins lucrativos cujo estatuto e objetos sociais não prevejam ou não estejam de acordo com o objeto contratado.

Por fim, cumpre destacar o recentíssimo Parecer do Ministério Público de Contas do Estado do Rio Grande do Sul – MPC nº 2208/2020, no qual foram noticiadas irregularidades em pregão eletrônico cujo objeto cingia-se na *“a prestação de serviços de capina, roçada e limpeza das vias públicas do município de Porto Alegre”*. De acordo com a denúncia, o edital admite a participação de cooperativas de mão de obra, o que configuraria ilegalidade, uma vez que o objeto da licitação instauraria necessariamente relação de subordinação entre o colaborador e a empresa prestadora de serviços.

O MPC, contudo, entendeu que *“a partir da entrada em vigor da Lei nº 12.690/2012, é presumível a ilegalidade da cláusula editalícia que veda a participação de cooperativas, independentemente da natureza do objeto da licitação”*. Reforçou, ainda, que é atribuição da Administração Pública, assim como em qualquer procedimento licitatório e contrato administrativo firmado em sua decorrência, a fiscalização da execução e do cumprimento das obrigações legais e contratuais, seja a contratada uma empresa, seja uma cooperativa.

Neste contexto, aquele *parquet* determinou ao Executivo Municipal de Porto Alegre, dentre outras ações, que adaptasse em futuros editais as previsões concernentes às obrigações legais e contratuais, em especial àquelas concernentes aos direitos sociais, ajustando-as de forma

a viabilizar a participação de cooperativas, incluindo em futuros editais e minutas de contratos a necessidade de observância, pelas cooperativas participantes, da disposição do §6º do art. 7º da Lei nº 12.690/2012, bem como a obrigação de apresentação da documentação correspondente à comprovação do cumprimento das obrigações previstas no mesmo art. 7º. Ainda, determinou que fossem elaborados pela Administração Pública mecanismos para a fiscalização e imposição das sanções correspondentes às cooperativas de trabalho que intermediarem mão de obra subordinada, nos termos dos arts. 17 e 18 da mesma Lei.

Veja-se que as considerações trazidas no presente documento corroboram com os fundamentos acertadamente trazidos pelo ilustre Ministro Bruno Dantas no bojo do Acórdão nº 2463/2019 – 1ª Câmara. Os fundamentos apresentados, em 2012, pela Conjur da Comissão de Jurisprudência do TCU para fins de edição da Súmula nº 281 já não estão em conformidade com a legislação, normativos e precedentes vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, que superam sua defasada redação.

4. Das considerações finais

Diante de tais considerações, amparados na Constituição Federal e na vasta legislação infraconstitucional, é imprescindível para o cooperativismo brasileiro que o texto da referida súmula seja reavaliado pela Comissão de Jurisprudência desta Corte, levando em consideração o papel relevante desempenhado pelas legítimas cooperativas no atual cenário político-econômico brasileiro.