

É POSSÍVEL RESTRINGIR A PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS EM LICITAÇÕES PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO EM REGIME DE CESSÃO DE MÃO DE OBRA?

PENSAR O PASSADO PARA COMPREENDER O PRESENTE



FLAVIANA PAIM

Se existe uma questão polêmica e que divide opinião entre os gestores públicos, é essa questão. Especialmente quando a pergunta é dirigida aos gestores e fiscais de contratos, vê-se que a presença de cooperativas em certames licitatórios, traz inquietude e receios de ordem pragmática.

O movimento cooperativista tem adeptos e funciona bem no mundo inteiro, desde meados do século XIX. No Brasil o cooperativismo começou a ser implementado no finalzinho do século XIX, porém desde seu nascedouro, temos acompanhado diversos casos onde este nobre modelo de organização social foi (e segue sendo) distorcido.

As cooperativas são protegidas, e mais do que isso estimuladas em nossa Constituição Pátria[1], dever antes previsto no Estatuto Legal das Cooperativas-Lei 5.764/1971[2], recepcionado pela CF/1988.

[1] Art. 174, §2º CF/ 1988.

[2] Art 2º, §2º do Estatuto Legal das Cooperativas- Lei 5.764/1971

As vantagens tributárias que permeiam este modelo organizacional, aliado ao fato dos cooperativados não serem considerados trabalhadores celetistas tradicionais fizeram com que no decorrer do tempo as cooperativas fossem utilizadas para finalidade diversas que desviam de sua finalidade original, servindo como uma cortina de fumaça para encobrir fraudes e burla a legislação trabalhista, descaracterizando-as.

Não poderia ser outro o resultado, senão a desconfiança do poder público (e privado também) em contratá-las, haja vista as frequentes situações de ilicitude que passaram a ser alvo de ações do Ministério Público do Trabalho e da Justiça Trabalhista, na qual culminavam em desconsiderar a relação cooperativa e consideram os cooperativados como empregados da contratada com condenação de pagamento de todos os direitos celetistas não pagos, condenando de forma subsidiária o tomador de serviço com base na aplicação da Súmula 331 do TST.

Diante desta situação de insegurança, a União chegou a firmar Termo de Conciliação Judicial com o Ministério Público do Trabalho, em 05/06/2003 no qual restou vedada a contratação de cooperativa de mão de obra para a realização de atividades ligadas às suas atividades-fim ou meio, quando o labor envolvesse subordinação como elemento essencial da terceirização. Neste Termo, foi vedado expressamente a contratação de cooperativas para prestar serviços de Limpeza; Serviços de Conservação; Serviços de segurança, de vigilância e de portaria; Serviços de recepção; Serviços de copeiragem; Serviços de reprografia; Serviços de telefonia; Serviços de manutenção de prédios, de equipamentos, de veículos e de instalações; Serviços de secretariado e secretariado executivo; Serviços de auxiliar de escritório; Serviços de auxiliar administrativo; Serviços de office boy (contínuo); Serviços de digitação; Serviços de assessoria de imprensa e de relações públicas; Serviços de motoristas, no caso de os veículos serem fornecidos pelo próprio órgão licitante; Serviços de ascensorista; Serviços de enfermagem; e Serviços de agentes comunitário de saúde.

Todos serviços onde a **SUBORDINAÇÃO, PESSOALIDADE e HABITUALIDADE** entre a mão de obra alocada (os possíveis cooperativados) e a empresa contratada restam muito evidente, como regra geral.

O Termo de Conciliação, também obrigou os órgãos e entidades da União, a estabelecer em seus editais regras claras atinentes às referidas vedações.

O Tribunal de Contas sumulou a questão através do Acórdão TCU 1.789/2012 – Plenário, de 11 de julho de 2012, que culminou na Súmula 182 abaixo transcrita:

“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”

Esta Súmula, desde sua publicação sempre gerou críticas no que diz respeito a sua validade, pois foi publicada já na vigência da Lei 12.349/2010, que inseriu no art. 3º, §1º, I, da Lei 8.666/1993, vedação expressa a qualquer tentativa de cercear a participação de cooperativas em contratações públicas.

Por sua vez, a IN 5/17 MPOG incluiu os artigos 10, 11 e 13 que não vedam a participação de cooperativas nos certames licitatórios, mas entendem que cabe análise do caso fático, para verificar se o objeto do contrato de fato poderia ser executado com autonomia pelos cooperados ou não. Se verificada possibilidade de participação, o Edital deverá dispor de regras claras, especialmente porque os custos da contratação e os documentos a serem analisados na etapa de seleção e posteriormente durante a execução serão diferentes das demais sociedades empresariais, o que também requer preparação dos envolvidos para realizarem tal análise, especialmente da planilha de custos da proposta.

O IMBRÓGLIO

Em 2019, foi publicado o Acórdão 2.463/2019 – TCU – 1ª Câmara, de relatoria do Min. Bruno Dantas, onde o Tribunal entendeu indevida a vedação apriorística da participação das cooperativas de trabalho em licitações, e encaminhou a referida decisão para a sua Comissão de Uniformização de Jurisprudência, a fim de que a Súmula 281 fosse revisitada, o que até hoje ainda não foi feito.[3]

[3] Até a data de fechamento deste artigo, a Súmula 281 do TST seguia vigente e inalterada,

Para corroborar com o entendimento da possibilidade de participação de cooperativas em certames licitatório para contratação de mão de obra (para desespero de alguns e alegria de outros), temos vigente a Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012, que, em seu art. 10, § 2º, determinou:

“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”.

Para apaziguar alguns receios e minimizar fraudes, a Lei 12.690 em questão, também tratou instituir direitos trabalhistas mínimos aos seus sócios-considerados cooperados (art.7º), como, por exemplo, o direito ao salário mínimo ou ao piso da categoria, jornada de trabalho não superior a 8 horas diária e 44 horas semanais, descansos semanal e anual remunerados, hora extra, retirada para trabalho noturno superior ao diurno, seguro acidente do trabalho, entre outros. Tais direitos, devem ser respeitados e regulamentos em estatuto e devem constar nas planilhas de custos e de formação de preço, quando assim exigidos em Edital.

A Lei nº 12.690/12 também acaba por trazer melhor detalhamento para funcionalidade e legalidade das cooperativas, no que tange a gestão participativa, respeito a autonomia e coibindo o uso indevido destas, especialmente punindo a mera intermediação de mão de obra subordinada, o que se encontra estabelecida no art 17, § 1º e 2º.

A nova lei de Licitações e Contratos- Lei 14.133/21, fez constar expressamente em seu artigo 16[4], disposições sobre a participação de cooperativas nos procedimentos licitatórios.

[4] Art. 16. Os profissionais organizados sob a forma de cooperativa poderão participar de licitação quando:

I - a constituição e o funcionamento da cooperativa observarem as regras estabelecidas na legislação aplicável, em especial a Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, a Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012, e a Lei Complementar nº 130, de 17 de abril de 2009;

II - a cooperativa apresentar demonstrativo de atuação em regime cooperado, com repartição de receitas e despesas entre os cooperados;

III - qualquer cooperado, com igual qualificação, for capaz de executar o objeto contratado, vedado à Administração indicar nominalmente pessoas;

IV - o objeto da licitação referir-se, em se tratando de cooperativas enquadradas na Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012, a serviços especializados constantes do objeto social da cooperativa, a serem executados de forma complementar à sua atuação.

Para corroborar com o entendimento da possibilidade de participação de cooperativas em certames licitatório para contratação de mão de obra (para desespero de alguns e alegria de outros), temos vigente a Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012, que, em seu art. 10, § 2º, determinou:

“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”.

Para apaziguar alguns receios e minimizar fraudes, a Lei 12.690 em questão, também tratou instituir direitos trabalhistas mínimos aos seus sócios-considerados cooperados (art.7º), como, por exemplo, o direito ao salário mínimo ou ao piso da categoria, jornada de trabalho não superior a 8 horas diária e 44 horas semanais, descansos semanal e anual remunerados, hora extra, retirada para trabalho noturno superior ao diurno, seguro acidente do trabalho, entre outros. Tais direitos, devem ser respeitados e regulamentos em estatuto e devem constar nas planilhas de custos e de formação de preço, quando assim exigidos em Edital.

A Lei nº 12.690/12 também acaba por trazer melhor detalhamento para funcionalidade e legalidade das cooperativas, no que tange a gestão participativa, respeito a autonomia e coibindo o uso indevido destas, especialmente punindo a mera intermediação de mão de obra subordinada, o que se encontra estabelecida no art 17, § 1º e 2º.

A nova lei de Licitações e Contratos- Lei 14.133/21, fez constar expressamente em seu artigo 16[4], disposições sobre a participação de cooperativas nos procedimentos licitatórios.

[4] Art. 16. Os profissionais organizados sob a forma de cooperativa poderão participar de licitação quando:

I - a constituição e o funcionamento da cooperativa observarem as regras estabelecidas na legislação aplicável, em especial a Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, a Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012, e a Lei Complementar nº 130, de 17 de abril de 2009;

II - a cooperativa apresentar demonstrativo de atuação em regime cooperado, com repartição de receitas e despesas entre os cooperados;

III - qualquer cooperado, com igual qualificação, for capaz de executar o objeto contratado, vedado à Administração indicar nominalmente pessoas;

IV - o objeto da licitação referir-se, em se tratando de cooperativas enquadradas na Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012, a serviços especializados constantes do objeto social da cooperativa, a serem executados de forma complementar à sua atuação.

Desta forma, me parece haver argumentos jurídicos suficientes para afirmar ser possível a participação de cooperativas em contratações terceirizadas na Administração Pública, desde que diante da natureza jurídica da prestação de serviços e forma com que os serviços serão prestados, verifique-se a possibilidade de serem executados por cooperativas. Assim não há um critério claro e objetivo para esta tomada de decisão. É necessário analisar uma série de questões no caso fático.

No entanto, as maiores dificuldades, não se restringem a mera participação. Quando cooperativas são permitidas em licitações para contratação de serviços terceirizados, as dificuldades iniciam com a análise de exequibilidade da proposta e culminam com a fiscalização contratual.

Sabemos que as Cooperativas gozam de benefícios tributários e sociais que reduzem seus custos diretos, especialmente aqueles relacionados com a mão de obra. Como os serviços serão prestados por cooperados e não empregados celetistas, os custos relacionados a mão de obra são bem menores do que os custos que as demais empresas possuem ao contratar seus empregados. Como já mencionado, a Lei 12.690/12 em seu art. 7º, traz alguns direitos mínimos que serão considerados como custos nas planilhas, mas não há fundamento legal para Administração exigir que as Cooperativas paguem os mesmos direitos dos trabalhadores celetistas de empresas concorrentes, gerando uma vantagem financeira para as cooperativas difícil de ser alcançada pelas demais empresas.

Por outro lado, no que diz respeito ao acompanhamento contratual, já na fase de execução, verificamos que compete a Administração Pública, no máximo acompanhar o cumprimento das obrigações trabalhistas “equivalentes” à CLT, limitadas aos itens previstos expressamente no art 7º da Lei 12.690/12 e as possíveis obrigações eletivas que forem inseridas em estatuto social da cooperativa. Não cabe, de forma alguma à Administração Pública entrar no mérito administrativo destas cooperativas, ingerindo, por exemplo, em seu funcionamento, na forma como as decisões internas são tomadas, analisar os estatutos sociais e atos constitutivos, etc.

Desta feita, importante ressaltar que quando a Administração permitir participação de cooperativas, deve estar preparada para a fiscalização, elaborando previamente, inclusive, plano de fiscalização adequado e compatível com a natureza jurídica dessas Entidades.

Nesse sentido, a IN 5/17 MPDG estabeleceu um rol de procedimentos de fiscalização Administrativa para serviços em regime de dedicação exclusiva de mão de obra, como forma padronizar orientações e de mitigar os riscos de descumprimentos de ordem trabalhista. Consta no Anexo VIII- B-DA Fiscalização Administrativa, no item 2.1 um rol de comprovações a serem exigidas quando empresa contratada for regida pela CLT e no item 2.2 comprovações que devem ser exigidas quando for contratada uma cooperativa.

De forma semelhante, a nova Lei de Licitações -Lei 14.133/21 também traz em seu artigo 50, rol de documentos que devem ser solicitados mensalmente dos contratados. Porém, tratando-se de contratada cooperativa, a Lei 14.133/21 não determina rol documental, de tal forma que estes procedimentos e documentos exigidos devem ser adequados à natureza jurídica das cooperativas.

De forma impiedosa, o TST vem condenando com base na Súmula 331 do TST, inúmeras Administrações Públicas que contrataram cooperativas de trabalho, por entenderem que houve, na prática, um desvirtuamento da relação de cooperativismo, que poderia ter sido verificada e afastada pela Administração Pública no decorrer da execução contratual e em alguns casos até por aplicação de culpa in eligendo, o que parece algo ainda pior e mais grave, porque sabidamente a Administração Pública ao permitir participação de cooperativas nos certames licitatórios não as escolhe, cabendo apenas admiti-las se comprovarem atender aos requisitos fixados no Edital. Vícios de formação e funcionamento, que poderiam macular a idoneidade das cooperativas, via de regras, não são conhecidos neste momento da participação, mas sim posteriormente, já durante a execução, e muitas vezes nem após, uma vez que ocorrem fora do radar dos próprios fiscais de contratos, especialmente quando se tratam de vícios na tomada de decisão interna.

A LUZ NO FIM DO TÚNEL

Por todo o exposto aqui, gestores estão entre a cruz e a espada no que diz respeito a contratação de cooperativas. Se vedam a participação de cooperativas, sofrem com a possível interpelação de recursos e representação junto aos Tribunais de Contas que entendem infringir direito expressamente referido em lei. Se, por outro lado, permitem, segundo entendimento majoritário do TST assumem todos os riscos relacionados, inclusive, a legitimidade das cooperativas. Como diz a letra da canção “Homem com H” imortalizada pelo grande Ney Matogrosso “Se correr o bicho pega, se ficar o bicho come..”

Em âmbito do próprio TCU, parece haver divergências, a exemplo do Acórdão 1991 –Plenário de 18/08/2021 Relator Aroldo Cedraz :

84. A jurisprudência deste Tribunal é assente acerca da vedação de contratação de cooperativas para a prestação de serviços que, pela forma como usualmente são prestados no mercado em geral, exijam subordinação. Ademais, constou do multicitado Termo de Conciliação Judicial que, no caso de serviços de limpeza, haveria vedação à contratação.

85. Além de a jurisprudência ser clara a respeito, e muito embora alguns casos possam estar sujeitos a dúvidas (por exemplo, um motorista pode atuar como empregado ou autônomo), entende-se que, no caso de serviços de limpeza, manutenção e conservação predial não é comum, no mercado, pessoas prestarem tais serviços como autônomos. O que distingue um cooperado de um empregado é o fato de que ele, de fato e de direito, atua de forma autônoma, é prestador de serviços, não recebe ordens (muito embora possa haver supervisão e orientações acerca dos serviços), e de que não deve ser captado no mercado, pois já integra a cooperativa. Não passou a integrar a cooperativa porque esta ganhou uma licitação, mas dela já era integrante. Associou-se de forma voluntária, porquanto não pressionado pela possível perda de seu emprego anterior.

86. Assim, não deve ser acolhida a alegação da Petrobras de que somente se pode verificar a existência de subordinação no caso concreto.

(...)

57. No que respeita aos dispositivos da Lei 12.690/2012, tem-se a comentar, inicialmente, que o instituto da 'parassubordinação' (que constaria do inciso II do art. 4º c/c § 6º do art. 7º da referida lei) não vai de encontro ao aludido posicionamento desta Corte que se consolidou com a edição da referida Súmula 281, vale dizer, a coordenação prevista no citado dispositivo legal não é incompatível com a vedação à contratação de serviços que, pela sua natureza, ou pelo modo como são usualmente executados no mercado em geral, exigem a subordinação jurídica entre o obreiro e o contratado (bem como pessoalidade e habitualidade) , até porque a intermediação de mão de obra subordinada, na esfera das cooperativas de trabalho, também vedada pelo art 5º da indigitada lei.”

Evidentemente que permitir participação de cooperativas em licitações que envolvem terceirização de serviços prestados com subordinação, pessoalidade e habitualidade expõe a administração a risco de ser demandada judicialmente junto a Justiça do Trabalho e este risco precisa ser sopesado pela Administração na fase interna do planejamento. Não se pode fechar os olhos para esta realidade, cujos exemplos não cansam de serem expostos na mídia, diuturnamente.

Nesse sentido, recentemente, foi proferida decisão no Tribunal de Justiça do Estado do RS pela 1ª Turma Civil no Processo nº 70084345743, no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) estabelecer uniformidade sobre a possibilidade ou não da participação de cooperativas em licitações cujo objeto é a contratação de mão-de-obra, com imposição de subordinação. Atendendo aos interesses do Município de Porto Alegre, foi fixada tese onde o entendimento foi de que o poder público pode sim impedir a participação de cooperativas de trabalho nas licitações para contratação de mão de obra quando o vínculo entre os empregados e a administração pública puder ser caracterizado como relação de trabalho. A notícia consta na página da própria Prefeitura[5]

Segundo as informações constantes na página do Tribunal de Justiça[6], com a decisão, ficam suspensos por um ano todos os processos que tenham como tema “(Im)Possibilidade de participação das Cooperativas de trabalho em certames destinados à contratação de mão de obra, quando o labor, por sua natureza, demandar necessidade de estado de subordinação”.

O Desembargador relator Miguel Ângelo da Silva destacou ainda, os limites da decisão, que não pode restringir a competitividade nas licitações. “A vedação legal se dá em relação às cooperativas que agem meramente alugando ou agenciando mão de obra, e, por exercerem papel de gerência sobre cooperado, determinam a sujeitos específicos de que forma será realizado algum serviço, impondo método, local e carga horária de trabalho.” Segundo o desembargador, não há número expressivo de processos na Corte gaúcha tratando da matéria, e já existe em instância superior (STJ) posição firmada pela impossibilidade de contratação de cooperativas.

A decisão manifesta ainda, preocupação com a Justiça Trabalhista e o possível dano ao erário advindo de condenações subsidiárias na qual há condenação dos tomadores de serviço.

Por outro lado, nos casos em que a Administração entenda pela possibilidade de participação de cooperativas nos certames licitatórios, é possível ainda de se estabelecer uma sistema de controle interno integrado, mais rigoroso, inclusive podendo adotar um Programa de Integridade com os pilares sugeridos no art 57 do Decreto nº 11.129/2022 que regulamenta a Lei nº 12.846/2013 -Lei Anticorrupção, como sugere os autores CARMO, CALODETTI E RAMALHO, 2022 no artigo publicado na página do TCE-ES [7].

5] Disponível em <https://prefeitura.poa.br/pgm/noticias/poder-publico-pode-vedar-participacao-de-cooperativas-em-licitacoes-para-contratacao> Acesso em 23/01/2022.

[6] Disponível em <https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/tj-admite-incidente-de-demanda-repetitiva-sobre-contratacao-de-cooperativas/> Acesso em 24/01/2023.

{7}Disponível em: https://www.tcees.tc.br/wpcontent/uploads/2022/08/CONTRATACOES_PUBLICAS_COM_PARTICIPACAO_DE_COOPERATIVAS_-versao_final-1.pdf Acesso em: 24/01/2023.

Assim, não podemos fechar os olhos para a realidade a nossa volta, nem tampouco negar a existência dessas entidades que podem de fato desempenhar certas atividades com grande maestria, vindo ao encontro do almejado interesse público e a eficiência. Mas tal decisão precisa, de fato ser bem avaliada, caso a caso, especialmente verificando-se de forma bastante realista o necessário preparo que a Administração deve ter para o gerenciamento destes contratos.

Encerro com a breve reflexão de Pitágoras: “A prudência é o olho de todas as virtudes.”

REFERÊNCIAS

BRASIL. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 5, DE 25 DE MAIO DE 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/images/conteudo/ArquivosCGNOR/IN-n-05-de-26-de-maio-de-2017---Hiperlink.pdf> Acesso em 24/01/2023

BRASIL. LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm Acesso em: 23/01/2023

BRASIL. Lei nº 14.133 de 01º de Abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm Acesso em 23/01/2023.

BRASIL. LEI Nº 12.690, DE 19 DE JULHO DE 2012. Dispõe sobre a organização e o funcionamento das Cooperativas de Trabalho; institui o Programa Nacional de Fomento às Cooperativas de Trabalho – PRONACOOOP. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12690.htm Acesso em 24/01/2023

CARMO, Rodrigo Coelho do; COLODETTI, Aline Pedroni; RAMALHO, Eliane Cabrini Ramalho. Contratações Públicas com Cooperativas: Atuação dos Tribunais de Contas e Influência da Governança(2022) Disponível em: https://www.tcees.tc.br/wp-content/uploads/2022/08/CONTRATACOES_PUBLICAS_COM_PARTICIPACAO_DE_COOPERATIVAS_-_versao_final-1.pdfAcesso em: 24/01/2023.

DAUDTS, Márcio Buys, Disponível em <https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/tj-admite-incidente-de-demanda-repetitiva-sobre-contratacao-de-cooperativas/> Acesso em 23/01/2023.

DENARDIM, Sandra; Disponível em <https://prefeitura.poa.br/pgm/noticias/poder-publico-pode-vedar-participacao-de-cooperativas-em-licitacoes-para-contratacao> Acesso em 23/01/2022.

ZAGATTO, Thiago. Cooperativas em contratações públicas e a amplitude da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, 2022 Disponível em <https://www.novaleilicitacao.com.br/2020/06/24/cooperativas-em-contratacoes-publicas-e-a-amplitude-da-responsabilidade-subsidiaria-da-administracao-publica/> Acesso em 23/01/2023.