DIRETORIA DE FISCALIZAÇÕES ESPECIALIZADAS – DFESP
Divisão de Acompanhamento Concomitante de Licitações e Contratos – DALC

Processo TC/013331/2013
Assunto..... Contratação de Cooperativas de Trabalho para prestar serviços à Administração Pública
Consulente ..... Luzivalter Dias dos Santos – Prefeito Municipal de Dom Inocêncio-PI
Relator ..... Lilian de Almeida Veloso Nunes Martins
Procurador ..... José Araújo Pinheiro Júnior

1. RELATÓRIO

Trata-se de petição direcionado à Presidência do Tribunal de Contas do Estado do Piauí pelo Sr. Luzivalter Dias dos Santos, Prefeito Municipal de Dom Inocêncio-PI, protocolizada em 26.08.2013, autuada como processo de consulta (TC/013331/2013), requerendo desta Corte de Contas informação sobre a possibilidade de contratação de cooperativa de trabalho para a prestação de serviços para a Administração Pública, nos termos da Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012.

Registra-se que foram anexadas cópias do diploma e ata de posse no cargo, o que legitima o consulente para a postulação, nos termos do art. 201, II, "a", do RITCE-PI.

Ressalta-se, ainda, que a presente consulta cumpre os requisitos previstos no § 1º do art. 201 da Resolução TCE nº 13/2011 (Regimento Interno), uma vez que há nos autos a indicação precisa e analítica de seu objeto, e segue instruída com parecer técnico da assessoria jurídica, além da cópia da Lei que dispõe sobre a organização e o funcionamento das Cooperativas de Trabalho, pertinente ao objeto questionado.

Por oportuno, destaca-se que, conforme entendimento esboçado pelo consulente, e também defendido pela subscritora do parecer jurídico anexado, a referida lei possibilitou a contratação de Cooperativas de Trabalho para a prestação de serviços junto à Administração Pública, por força do § 2º do art. 10 da Lei nº 12.960/12 (impede a vedação de participação em licitações públicas de cooperativas de trabalho), ressaltando-se, porém, por se tratar de contrato administrativo, a necessidade da observância da Lei de Licitações e Contratos, isto é, a obrigatoriedade que a contratação seja precedida de processo licitatório.

Devido à observância dos requisitos preestabelecidos no Regimento Interno, a Exma. Conselheira Relatora admitiu a consulta, encaminhando-a a Comissão de Regimento e Jurisprudência, que informou a ausência de prejulgado ou decisão reiterada sobre o tema e remeteu os autos a esta Divisão Técnica para instrução (RITCE/PI, arts. 337 e 338).

Esse é o breve relatório, passa-se à análise da matéria objeto do questionamento.

2. ANÁLISE TÉCNICA

Versa a presente consulta sobre a possibilidade de contratação de cooperativa de trabalho para a prestação de serviços à Administração Pública, nos termos da Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012. Entretanto, a fim de dar melhor compreensão à matéria, antes de se adentrar na análise das inovações trazidas pela referida lei, faz-se necessário tecer alguns esclarecimentos acerca do seu tratamento anterior, e, após a abordagem do cerne da temática, mostra-se oportuno pontuar algumas considerações relacionadas.

2.1 Da Participação de Cooperativas de Trabalho em Licitações antes da Edição da Lei nº 12.690/12

Cabe destacar, inicialmente, que jamais foi positivada na legislação brasileira qualquer proibição de participação de sociedades cooperativas em processos licitatórios da Administração Pública. Entretanto, ao longo dos anos as cooperativas foram bastante utilizadas, tanto no setor privado como no setor público, como simples mecanismo de burla às legislações trabalhista e tributária/previdenciária. Criavam-se, com tal desiderato, falsas sociedades de cooperação com vistas única e exclusivamente a afastar os encargos decorrentes da normal relação empregatícia, auferindo-se, por tabela, todos os demais benefícios estabelecidos para fomentar a atividade cooperada.

Assim, ao verificar a utilização de cooperativas com o intuito real de arregimentar mão de obra, em prejuízo aos direitos sociais constitucionalmente garantidos aos trabalhadores (CR/88, art. 7º, I a XXVIII), a Justiça do Trabalho passou, diante destas circunstâncias e por aplicação do princípio da primazia da realidade, a considerar a existência de relação de emprego entre os "cooperados" e a sociedade cooperativa ou mesmo do vínculo direto entre aqueles e o próprio tomador de serviços, quando presentes elementos caracterizadores da relação de emprego (onerosidade, pessoalidade, habitualidade e subordinação). Neste sentido, *vide* os seguintes julgados (sem grifos nos originais):

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. COOPERATIVA. RELAÇÃO DE EMPREGO COM O TOMADOR DE SERVIÇOS. Não há violação do art. 442, parágrafo único, da CLT, quando o Regional, soberano na apreciação probatória, constata irregularidade na contratação através da cooperativa, o que atrai a incidência do art. 9.º da CLT. É o caso típico dos autos, em que a cooperativa servia de mera fornecedora de mão-de-obra, desvirtuando-se dos objetivos traçados pelo art. 3º da Lei 5.764/71. Agravo a que se nega provimento. (TST - AIRR: 187000199904615003 187000/1999-046-15-00.3, Relator: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 15/10/2003, 3ª Turma, Data de Publicação: DJ 07/11/2003).
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. COOPERATIVA - RELAÇÃO DE EMPREGO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. -O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades

de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993)- (Incidência da Súmula nº 331, inciso, IV, do TST). Agravo a que se nega provimento. (TST - AIRR: 561402320055040461 56140-23.2005.5.04.0461, Relator: Renato de Lacerda Paiva, Data de Julgamento: 12/09/2007, 2ª Turma,, Data de Publicação: DJ 26/10/2007.).

COOPERATIVA. RELAÇÃO DE EMPREGO. A Constituição Federal (art. 174, parágrafo 2º) incentiva o cooperativismo e outras formas de associativismo, inexistindo qualquer óbice à criação destas, desde que legítimas em sua essência, e não destinadas a mascarar verdadeiras relações empregatícias entre os pactuantes. Não constatada autonomia na prestação de serviços pelos denominados cooperados, impõe-se o reconhecimento do vínculo empregatício. (TRT-2 - RO: 2975820115020 SP 00002975820115020319 A28, Relator: ROSANA DE ALMEIDA BUONO, Data de Julgamento: 24/09/2013, 3ª TURMA, Data de Publicação: 01/10/2013).

A matéria em deslinde foi inclusive objeto de Termo de Conciliação Judicial, firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a União no ano de 2003. Com vistas a impedir a ocorrência de fraudes à aplicação da lei trabalhista, bem como a resguardar a Administração Pública da responsabilidade sucessiva por eventuais débitos trabalhistas do fornecedor de mão de obra, fora registrado no referido documento, dentre outros requisitos, a impossibilidade de terceirização pela Administração Pública de serviços ligados às atividades-fim de seus órgãos, assim como a contratação de cooperativas para uma série de atividades que demandam, por sua própria natureza, estado de subordinação (conforme entendimento esposado no próprio termo).

Dessa forma, foi vedada a contratação de cooperativas para: 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 motorista, no caso de os veículos serem fornecidos pelo próprio órgão licitante; serviços de ascensorista; serviços de enfermagem; e serviços de agentes comunitários de saúde.

Intentou-se garantir, assim, que os serviços eventualmente contratados junto a sociedades cooperativas fossem prestados coletivamente e com absoluta autonomia dos cooperados, seja em relação ao fornecedor, seja em relação ao tomador de serviços. Ou seja, consignou-se a possibilidade de terceirização apenas de serviços, restando vedado o fornecimento de trabalhadores (intermediação de mão de obra) a órgãos públicos por cooperativas de qualquer natureza.

É de se ressalvar, porém, uma pequena mudança de entendimento decorrente de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade, no que diz respeito à responsabilidade subsidiária da Administração Pública. No anterior entendimento sumulado do TST (Súmula nº 331, IV), o simples

inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador (ou cooperativa) já implicaria na responsabilidade subsidiária da Administração Pública. Porém, ao julgar a ADC nº 16, ajuizada pelo Governador do Distrito Federal, o STF veio a reconhecer a constitucionalidade do disposto no art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, pelo qual o inadimplemento de encargos trabalhistas pelo contratado não transfere à Administração a responsabilidade do pagamento. Assim, a Corte Suprema considerou que a Administração contratante só poderia ser responsabilizada diante de eventual omissão no dever de fiscalizar as obrigações do contratado. Por tal razão, o TST veio, inclusive, a editar o texto da referida súmula, estabelecendo que os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente caso evidenciada sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora.

Foi seguindo a mesma linha de raciocínio da Justiça Trabalhista, que o Tribunal de Contas da União passou a compreender como inviável a participação de cooperativas em licitações para tais tipos de serviços nas licitações dos entes sujeitos à sua jurisdição. Nesse sentido, vide os seguintes julgados, extraídos da 4ª Ed. do Manual de Licitações e Contratos do TCU (sem grifos nos respectivos originais):

> Deve o vínculo contratual ser desfeito, quando verificado, durante a execução contratual ou ainda na fase de habilitação, que a cooperativa atua verdadeiramente na condição de intermediária de mão-de-obra ou que surja alteração, ainda que não registrada devidamente no órgão competente, nos seus objetivos sociais que tornem impossível, física ou juridicamente, a subsistência do ajuste. **Acórdão 22/2003 Plenário (Voto do Ministro Relator).**
>
> Defina, quando da realização de licitações para contratação de mão-de-obra terceirizável, a forma pela qual o labor será executado com supedâneo em contratações anteriores. Se ficar patente que essas atividades ocorrem, no mais das vezes, na presença do vínculo de subordinação entre o trabalhador e o fornecedor de serviços, deve o edital ser expresso (e fundamentado) quanto a esse ponto, o que autorizara a vedação à participação de cooperativas de trabalho, ou de mão-de-obra, de acordo com entendimento firmado no Acórdão 1815/2003 Plenário. **Acórdão 975/2005 Segunda Câmara.**
>
> Verifique se, pela natureza dos serviços a serem licitados ou pelo modo de execução usualmente adotado no mercado em geral, deve haver pessoalidade, habitualidade e subordinação jurídica entre a empresa contratada e os técnicos encarregados da execução dos serviços, fazendo incluir no edital a vedação à participação de cooperativas de trabalho no certame, caso tais requisitos sejam considerados elementos essenciais da prestação de serviços. **Acórdão 2331/2008 Plenário.**

Faz-se oportuno ressaltar que, o TCU veio a consignar, ainda, outras diretrizes para a regular participação de sociedades cooperadas em licitações para a contratação de quaisquer serviços (mesmo os que não implicariam na necessária subordinação). Nesse sentido, destaca-se que a principal condição que o TCU já registrou como necessária ser estabelecida

nos instrumentos convocatórios para contratação de serviços que viessem a permitir a participação de cooperativas foi o acréscimo de 15% sobre o valor de sua proposta. Isso porque, de acordo com a legislação previdenciária, é de responsabilidade do tomador de serviços de sociedades cooperadas a contribuição do aludido percentual sobre o valor da nota fiscal ou fatura de prestação dos serviços (Lei nº 8.212/91, art. 22, IV). Logo, tal exigência seria um corolário indispensável à seleção da proposta de fato mais vantajosa ao interesse público (CR/88, art. 37, *caput* e inciso XXI, Lei nº 8.666/93, art. 3º), como relatado no trecho do julgado abaixo colacionado:

> Para as cooperativas, o desconto de 11% é aplicado sobre a cota distribuída aos cooperados.
> Ainda quanto às contribuições devidas ao INSS, Sidney Bittencourt, que em sua obra reuniu análises dos principais pontos polêmicos até então levantados sobre o assunto, esclarece que o inciso IV do art. 22 da Lei nº 8.212/1991, acrescido pela Lei nº 9.876/1999, instituiu que o tomador de serviços (no caso a Administração) está obrigado a recolher 15%, como contribuição previdenciária, sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura, relativamente aos serviços prestados por cooperados, por intermédio de cooperativas.
> Assim, quando a comissão julgadora acresce 15% na proposta da cooperativa está buscando aferir a proposta mais vantajosa, já que esse recolhimento é uma obrigação legal dos tomadores de serviços de cooperativas junto ao INSS. **Acórdão 307/2004 – Plenário (Voto do Ministro Relator)**.

O entendimento acima exposto começou a se irradiar pelos Tribunais de Contas dos Estados e, por conseguinte, passou a ser aplicado à Administração Pública de todas as esferas de governo, o que veio a provocar uma série de restrições à participação de sociedades cooperadas em torneios licitatórios de vários entes e órgãos.

Foi diante da referida situação, e ainda antes ainda da edição da Lei nº 12.690/12, que o legislador ordinário implementou alteração no texto do art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93, por meio da Lei nº 12.349/10, passando a prever de forma expressa a impossibilidade de os agentes públicos responsáveis pela condução de procedimentos licitatórios "*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*" (sem grifo no original).

Ocorre, como se percebe, que inobstante a referida previsão, a legislação não trouxe solução prática para o problema de fato constatado pela Justiça do Trabalho e pelos Tribunais de Contas, qual seja, a existência de cooperativas que apenas atuam como intermediárias de mão de obra, a fim de sonegar o pagamento das obrigações trabalhistas, tributárias e previdenciárias (13º salário, férias, aviso prévio, Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), multa sobre os valores depositados (no caso de dispensa sem justa causa), adicional de horas extraordinárias, salário-maternidade, dentre outros), e, com isso, ainda angariar vantagens competitivas em processos licitatórios públicos.

Nessa toada, é assaz destacar o ponto nevrálgico das irregularidades apontadas, que é a presença dos elementos característicos da relação de emprego na forma de prestação dos serviços pelos cooperados: pessoalidade, onerosidade, continuidade, subordinação e intencionalidade. Dentre os referidos elementos, a subordinação se sobreleva como o principal elemento caracterizador da relação de emprego, uma vez que na contratação de falsas cooperativas necessariamente se estabelece relação de subordinação, seja entre os "cooperados" e o "presidente" ou o "órgão de administração" da sociedade, seja diretamente entre os "cooperados" e o tomador de serviços. Não se revela dentre os cooperados, portanto, o *animus* espontâneo de se tornar membro da sociedade cooperada desempenhando funções de forma autônoma, de forma a contribuir com o resultado social e dele participando, na medida de seus esforços.

Revelando a falta de solução efetiva para a problemática enfrentada nas contratações de sociedades cooperativas, cabe ressaltar, inclusive, que mesmo após a alteração legal promovida no inciso I do § 1º do art. 3º da Lei de Licitações e Contratos, acima referida, o TCU aprovou na sessão de 11.07.12 a Súmula nº 281, segundo a qual, "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".

Diga-se, por fim, que não só na contratação de cooperativas, mas na realização de qualquer terceirização, mesmo quando incialmente lícita, por envolver atividade-meio, a Administração pode praticar irregularidade ao permitir/incorrer nos elementos típicos das relações empregatícias no seu envolvimento com as pessoas prestadoras de serviços terceirizados. Nesse sentido, frisa-se, são mais sensíveis a tal ocorrência, justamente, os serviços descritos no Termo de Conciliação firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a União, pois, como destaca o teor do próprio documento, para tais atividades, o labor, "por sua própria natureza", demanda a "execução em estado de subordinação". Logo, sempre que se deseja terceirizar a prestação desse tipo de serviço, os gestores públicos devem tomar cautelas para que não haja implicações decorrentes de relação empregatícia. Deve a Administração, para isso, prever nos instrumentos convocatórios que os contratados disponibilizem preposto, que teria a função de representá-los e atuar como intermediário junto à Administração.

Nesse sentido, transcreve-se, pelo caráter didático, trecho do relatório constante do Acórdão nº 2085/2006 – Plenário, TCU, e, abaixo, trecho do voto do Ministro Relator Marcos Vinícios Vilaça proferido no mesmo julgado (sem grifos no original):

> **Relatório**
> (...)
> 2.1.1. A terceirização de serviços deve-se pautar nos aspectos legais, sem jamais se afastar do interesse público, princípio norteador da Administração Pública. Assim, ao mesmo tempo em que se deve buscar meios mais econômicos para aplicação dos recursos públicos, em face do princípio da economicidade, inconcebível é afastar-se da finalidade maior do Estado, que é o bem-estar do cidadão.

2.1.2. Os valores sociais do trabalho foram ressaltados já no primeiro artigo da Carta Magna, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, sendo que o direito ao trabalho fora assegurado como um direito social pelo art. 6º da Constituição Federal. Assim, a Administração Pública é impedida de valer-se da mera intermediação de mão-de-obra, como forma de buscar redução de custos.
(...)
2.1.4. Há casos na Administração Pública de destinar-se à terceirização quase o mesmo montante de recursos despendidos à remuneração de seu próprio quadro de pessoal. É um exemplo típico de que muitas vezes esse processo tornou-se a regra, em detrimento da realização de concursos para contratação de servidores.
2.1.5. Portanto, não há que se admitir a terceirização como a regra para a Administração Pública prestar serviços à sociedade, mas sim, como a exceção, nos casos em que se visa destinar ao setor privado atividades não finalísticas do órgão/entidade, que possam ser desempenhadas por aqueles nelas mais especializados, obtendo, dessa forma, mais eficiência na prestação desses serviços e permitindo ao órgão/entidade focar-se mais precisamente na sua atividade-fim. Pois, assim, estar-se-á evitando o risco de ver-se naufragar a razão de existir do próprio órgão/entidade, o que impõe o questionamento quanto à sua concessão à iniciativa privada ou, no caso de empresa pública, sua privatização.
2.1.6. Em que pese todo o exposto, a terceirização de serviços, ainda, carece de uma legislação mais específica, o que tem proporcionado inúmeras reclamações trabalhistas objetivando a responsabilização subsidiária da Administração Pública e, em muitos casos, o reconhecimento do vínculo empregatício entre esta e o trabalhador terceirizado.
2.1.7. A Justiça do Trabalho e o Ministério Público do Trabalho têm restringido as atividades passíveis de terceirização, tendo em vista que as empresas privadas, bem como o setor público, muitas vezes utilizam o modelo da terceirização de forma muito ampla, relegando à execução indireta atividades muitas vezes ligadas à sua atividade finalística.
2.1.8. Em princípio, é imperioso considerar que a terceirização, tanto na Administração Pública, quanto no setor privado, não pode compreender elementos caracterizadores da relação de emprego entre o obreiro e o tomador de serviços.
2.1.9. Segundo a doutrina e a jurisprudência solidamente edificadas, o vínculo empregatício caracteriza-se na relação de trabalho constituída dos seguintes atributos: **pessoalidade** (os serviços devem ser prestados pessoalmente), **onerosidade** (os serviços devem ser remunerados), **continuidade** (os serviços devem ser prestados de forma não-eventual), **subordinação** (na prestação dos serviços, o agente deve acatar ordens, ou aguardá-las) e **intencionalidade** (vontade do trabalhador de constituir a relação de emprego). Portanto, entende-se que:
- o tomador não pode exigir a caracterização da pessoalidade na figura do obreiro, vez que os serviços podem ser realizados por qualquer empregado da terceirizada, devidamente capacitado para tanto e, também, não pode remunerá-lo diretamente, fato que incumbe ao fornecedor de serviços, que deve, inclusive, ter total autonomia, quanto a seus próprios empregados;
- não pode haver subordinação jurídica entre o obreiro e o tomador, vez que o primeiro não está sujeito ao poder de direção deste, **devendo reportar-se diretamente à contratada, ou a um preposto da mesma**. Já a subordinação técnica pode ficar evidenciada com o tomador, que dá as ordens técnicas de como pretende que o serviço seja realizado;

- não pode haver controle de horário pelo tomador, pois o que se objetiva é a prestação dos serviços nos moldes contratuais; e
- a empresa prestadora de serviços deve ter empregados permanentes, embora prestando serviços para tomadores diversos.

2.1.10. Uma outra diretriz impeditiva de execução indireta de atividades próprias dos órgãos e entidades públicas a ser observada é a que reside no poder de polícia e na prática de atos administrativos em geral.

2.1.11. O poder de polícia pode ser entendido como a atividade do Estado que consiste em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do direito público, cabendo ao agente promover tal limitação exclusivamente em virtude de lei, e o ato administrativo, trata-se de uma declaração do Estado, ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeito a controle pelo Poder Judiciário. Ressaltando-se que, para representar o Estado, exige-se a capacidade e a competência legal, o que jamais poderá ser atribuído ao setor privado.

2.1.12. Dessa forma, depreende-se que toda atividade que possuir atribuições de poder de polícia ou que pratique atos administrativos não poderá ser relegada à terceirização, vez que, nesses casos, tornam-se inerentes ao próprio Estado.

(...)

Voto

2. A terceirização de serviços na Administração Pública vem merecendo a atenção desta Corte de Contas já há algum tempo. A preocupação maior é a possibilidade de violação à exigência constitucional de concurso público para a contratação de servidores. Assim é que o Decreto n.º 2.271/97, aplicável à administração direta, autárquica e fundacional, veda a execução indireta das atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, ressalvada expressa disposição legal em contrário (art. 1º, § 2º). Com relação às empresas estatais e sociedades de economia mista, tem prevalecido nesta Corte entendimento coincidente com o expresso naquele Decreto, no sentido de que a terceirização é legítima, desde que não implique a execução de atividades inerentes aos quadros próprios dessas entidades. Nesse sentido, por exemplo, as Decisões n.º 128/93 - Plenário sigilosa, n.º 334/95 - Plenário, n.º 1.465/2002 - Plenário, Acórdãoº 243/2002 - Plenário, e, mais especificamente quanto à Caixa Econômica Federal, Acórdãos n.º 71/2003 e 17/2004, ambos do Plenário.

3. Mas há outras preocupações além da necessidade de concurso para ingresso no serviço público, tais como:
- a terceirização não deve envolver subordinação nem pessoalidade, pois não se trata de intermediação de mão-de-obra, mas contratação de serviços;
- não deverá ser terceirizada atividade-fim da entidade.

2.2 Da Participação de Cooperativas de Trabalho em Licitações à Luz das Inovações Trazidas pela Lei nº 12.690/12:

Feita a digressão acima, passa-se à análise da matéria objeto de questionamento da autoridade consulente junto a esta Corte de Contas, sob o prisma da regulamentação trazida pela novel legislação.

Conforme defendido no parecer jurídico juntado ao presente processo de consulta, o art. 10, § 2º, do citado diploma legal possibilitaria às cooperativas de trabalho, sejam elas de

produção ou de serviço, a participação indiscriminada em processos licitatórios e, por consectário, poderiam ser celebrados com tais sociedades os contratos decorrentes dos respectivos certames, nos quais as mesmas se sagrassem vencedoras. Transcreve-se, assim, o citado dispositivo:

> 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.
> (...)
> § 2° **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. (sem grifo no original)

Ocorre, entretanto, que o referido dispositivo não traz, em verdade, nenhuma inovação ao sistema legislativo vigente. Como já afirmado no tópico acima, jamais houve no Ordenamento Jurídico Positivo qualquer vedação à participação de sociedades cooperativas em procedimentos de licitação pública. Pelo contrário, percebe-se que o citado dispositivo apenas reforça norma preexistente, já referida alhures, qual seja, o art. 3º, § 1º, I, da Lei de Licitações e Contratos.

Logo, se a única inovação relativa à temática da contratação e da participação de cooperativas de trabalho em licitações públicas fosse a referida no dispositivo retro mencionado, não existiria qualquer razão para dar tratamento diverso à matéria. Ou seja, ante a não resolução da problemática atinente à presença dos elementos caracterizadores da relação de emprego na contratação de cooperativas que apenas visam arregimentar mão de obra, a fim de burlar, sobretudo, a legislação trabalhista, sem dúvidas, persistiria o entendimento consolidado nas jurisprudências das cortes trabalhistas e do TCU.

Destarte, permaneceria inviável a participação de cooperativas quando, pela natureza do serviço a ser contratado ou pelo modo como este é usualmente executado, houver necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o contratado, bem como de pessoalidade e habitualidade na prestação de serviços. A priori, as cooperativas de trabalho já não poderiam competir em licitações cujo objeto envolvesse qualquer daquelas atividades descritas no Termo de Conciliação Judicial firmado entre a União e o MPT (acima relacionadas).

E não poderia ser outro o entendimento dado à matéria, uma vez que ao mesmo tempo em que a Constituição da República no § 2º do art. 174 informa como princípio da atuação do Estado no Domínio Econômico o apoio ao cooperativismo (verdadeiro, diga-se), ela estabelece como garantia fundamental o direito social ao trabalho (arts. 6º e 7º), que, portanto, também deve ser objeto de proteção do Poder Público. Assim, o Estado deve garantir o direito do trabalhador, hipossuficiente, quando este trava verdadeira relação de emprego com falsas cooperativas ou com os tomadores de serviço destas.

No entanto, a Lei nº 12.690/12 trouxe outros dois dispositivos que merecem ser objeto de consideração. Nos termos do § 1º do art. 2º, a autonomia característica das

sociedades cooperativas "deve ser exercida de forma coletiva e coordenada". E, conforme o art. 7º, § 6º, as atividades das Cooperativas de Trabalho que se voltam à prestação de serviços, "quando prestadas fora do estabelecimento da cooperativa, deverão ser submetidas a uma coordenação com mandato nunca superior a 1 (um) ano ou ao prazo 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".

Pela leitura dos dispositivos acima transcritos, compreende-se que o legislador intentou criar solução que, sem desfigurar a natureza associativa das sociedades cooperadas, viesse a afastar o elemento de subordinação existente quando o tomador de serviços, incluindo a Administração Pública, contrata com cooperativas de trabalho, mormente para aqueles serviços expressamente identificados no Termo de Conciliação Judicial formalizado entre a União o MPT. Isso porque as atividades ali relacionadas, em regra, não exigem do prestador a posse de instrumentos de produção necessários à execução dos serviços, ou elevado grau de conhecimento técnico, de modo a garantir que o desempenhem com relativa independência; e, ainda, necessitam do comparecimento de pessoas ao local de realização das atividades, mormente para cumprimento de jornada preestabelecida. Soma-se a isso o fato de que os cooperados, por não terem entre si relação de subordinação, seriam necessariamente submetidos ao controle por parte do tomador de serviços, a fim de aferir o cumprimento das tarefas por parte de cada um dos prestadores. Logo, como se percebe pela descrição da execução das atividades, estariam necessariamente presentes elementos suficientes para caracterizar a existência de relação de emprego, o que somente seria evitado mediante a inviabilização da participação de sociedades cooperadas.

Nota-se, assim, que a Lei nº 12.690/12 criou a figura da coordenação das atividades exatamente para afastar o controle direto por parte do tomador de serviços de sociedades cooperativas, quebrando, dessa forma, a subordinação direta. Conforme o art. 7º, § 6º, após a exposição dos requisitos para a consecução, valores contratados e retribuição pecuniária a ser recebida por cada um dos cooperados que vierem a executar as atividades, caberá a cada um dos associados manifestar interesse em participar da prestação dos serviços fora do estabelecimento. Feita essa definição, os cooperados que irão executar as atividades deverão eleger a o(s) coordenador(es) das atividades, a quem, por consectário lógico, caberá o controle das atividades dos cooperados.

Verifica-se que a figura criada na lei objeto de questionamento se assemelha ao que se encontra na jurisprudência do TCU quanto ao relacionamento do contratante diretamente com o contratado ou com preposto dele nos demais casos de terceirização, existente com a mesma intenção de afastar a existência de trabalho subordinado. Quanto ao tema, a fim de evitar maiores alongamentos, remete-se à parte final do tópico acima, com especial atenção aos trechos negritados do acórdão naquela oportunidade colacionado.

Dessa forma, considerando ainda que a Administração se limitaria a descrever a forma de execução dos serviços no instrumento convocatório da licitação, cabendo aos próprios cooperados assentir em executá-los e, por meio de sua coordenação, definir a forma e as

pessoas que prestarão os serviços, obedecidos os requisitos editalícios, restariam afastados os elementos da pessoalidade (que determinada pessoa preste o serviço) e habitualidade (não eventualidade na prestação) durante a execução de contratos eventualmente firmados com cooperativas de trabalho prestadoras de serviços. A intencionalidade, que é a vontade de constituir relação de emprego por parte do trabalhador, por sua vez, estaria descaracterizada pelo esclarecimento a ser prestado pela própria cooperativa na "reunião específica" de exposição dos termos para a prestação dos serviços (Lei nº 12.690/12, art. 7º, § 6º). Por último, abstendo-se a Administração de efetuar pagamentos diretos aos prestadores de serviço, somente efetuando o repasse dos valores contratados à própria cooperativa, a quem caberia distribuir as quantias, na medida da execução dos serviços por cada sócio partícipe, conforme definido pelos próprios cooperados, não há de se falar em onerosidade.

Logo, no entendimento desta Divisão Técnica, por força dos citados dispositivos, e partindo do pressuposto que os mesmos sejam fielmente observados, depreende-se como inexistente a presunção de que nas atividades relacionadas no termo de conciliação acima mencionado, quando contratadas junto a cooperativas, estejam necessariamente imbuídas do elemento subordinação, viabilizando, por conseguinte, a participação desse arranjo societário em licitações públicas e sua contratação para a execução de tais serviços. Nesta hipótese, porém, reitera-se a essencialidade de a Administração se resguardar para não incorrer nos demais elementos intrínsecos à relação empregatícia, conforme descrito no parágrafo acima.

2.3 Últimas Considerações Necessárias:

Após todas as exposições acima realizadas, nota-se que se torna fundamental a pontuação de duas ressalvas que foram mencionadas *en passant* alhures, a fim de que não haja compreensão equivocada acerca da possibilidade de terceirização da prestação de serviços pela Administração Pública e de participação e contratação de sociedades cooperativas, que se sagrem vencedoras de regular torneio licitatório.

A) Obrigatoriedade de licitude da terceirização.

A primeira ressalva a ser efetuada diz respeito à licitude não da possibilidade de participação de sociedades cooperativas de trabalho em licitações destinadas à prestação de serviços, mas sim da própria terceirização promovida pelo Poder Público. É que a Administração apenas pode transferir a terceiros as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares à suas atividades-fim, ou seja, conforme o entendimento aceito e adotado nos tribunais brasileiros é viável a contratação de terceiros, mas desde que não seja para realizar atividades finalísticas de um órgão ou para realizar atividades cuja incumbência é de servidores de seu quadro efetivo. Nesse sentido, há reiteradas decisões do Tribunal de Contas da União sobre a matéria:

> É indevida a contratação de mão-de-obra terceirizada ou de prestadores de serviço para os cargos inerentes as categorias funcionais abrangidas pelo Plano de Cargos e Salários da empresa, por constituir inobservância ao disposto no art. 37, inciso II, da Constituição

> Federal. A contratação de empresa especializada em locação de mão-de-obra deve restringir-se as situações em que as características intrínsecas dos serviços impossibilitem a contratação da prestação dos mesmos. (sem grifo no original). **Acórdão 1021/2007 Plenário**.
>
> Abstenha-se de permitir subcontratação ou de realizar licitação para contratar empresa prestadora de serviços para o desempenho de atividades análogas àquelas desempenhadas por servidores de seu quadro, conforme previstas em seu Plano de Carreiras, Cargos e Salários, nos termos do Decreto nº 2.271/1997. **Acórdão 215/2008 Plenário**.

Igual disposição é contida no art. 1º, § 2º, do Decreto nº 2.271/97, que dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal, *verbis*:

> § 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Acresça-se que também são indevidas as terceirizações sempre que a atividade a ser desempenhada envolva o exercício do poder de polícia ou a prática de atos administrativos, que apenas podem ser efetivados por servidores públicos.

Ressalta-se que a não observância das regras relativas ao processo de contratação de pessoal expostas acima, além de implicar na nulidade do ato administrativo, dará ensejo à punição da autoridade responsável pela terceirização ilícita, como previsto, inclusive, na própria Constituição Federal, em seu art. 37, § 2º. A conduta, diga-se, pode tanto caracterizar ato de improbidade administrativa previsto na Lei nº 8.429/92 quanto ser subsumida em tipo penal definido no Decreto-Lei nº 201/67.

É de se registrar, ainda, que, além do requisito material acima descrito, a Administração deve pautar suas ações no princípio da eficiência (CF/88, art. 37, *caput*), que impõe ao gestor a verificação da economicidade das terceirizações de atividades, podendo haver a sua responsabilização por contratações antieconômicas.

B) Da participação de cooperativas de trabalho em licitações.

A segunda ressalva diz respeito ao fato evidente de que a simples alteração do regramento legal da matéria, com a criação de mecanismos capazes de afastar os elementos caracterizadores da relação de emprego, não tem o condão, de *per si*, de alterar a realidade fática. Assim, é lógico que permanecem e permanecerão a existir falsas cooperativas em funcionamento, sendo ululante que os dispositivos legais citados não autorizam a Administração a contratar junto a cooperativas fraudulentas, entendidas estas como as que se consubstanciam em verdadeiras empresas arranjadas sob a forma de "sociedade

cooperativa" tão somente a fim de burlar a legislação vigente e, apenas, arregimentar mão de obra, isto é, aquelas nas quais está ausente a *affectio societatis*.

A própria Lei nº 12.690/12 não deixou de atentar para esta realidade ao informar requisitos de regularidade da constituição e funcionamento de cooperativas, *ipsis litteris*:

> Art. 4° A Cooperativa de Trabalho pode ser:
> (...)
> II - de serviço, quando constituída por sócios para a prestação de serviços especializados a terceiros, **sem a presença dos pressupostos da relação de emprego**.
> (...)
> Art. 5° A Cooperativa de Trabalho **não pode ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada**. (sem grifos no orginal).

Destarte, infere-se que mesmo após a edição da Lei nº 12.690/12, na hipótese de a Administração vir a contratar sociedades que atuam como meras intermediadoras de mão de obra, por não observar o dever de diligência nas contratações e na fiscalização dos contratos firmados, ela permanecerá a ser responsabilizada, tanto pelo descumprimento da legislação previdenciária, implicando na imputação de multas e juros pelo INSS, como pelo pagamento de verbas de natureza trabalhista devidas pelo descumprimento das obrigações contratuais e legais da "cooperativa" (ou empresa) interposta, nos exatos termos da Súmula 331, IV e V, do TST, *verbis*:

> IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.
> V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

É nesse sentido que vem se posicionando a jurisprudência pátria atualmente, conforme se percebe pela ementa de recentes julgados da Justiça Laboral, posteriores às alterações trazidas pela Lei nº 12.690/12 (sem grifos nos originais):

> COOPERATIVA. RELAÇÃO DE EMPREGO. TERCEIRIZAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. SÚMULA Nº 331, DO C. TST. A questão do vínculo entre a cooperativa e os cooperados deve ser analisada sob o prisma do princípio da primazia da realidade, por meio do qual a verdade dos fatos se sobrepõe à verdade formal no que diz respeito às relações de emprego. Nas hipóteses de inadimplemento do empregador, o tomador de serviços é responsável subsidiariamente pelas verbas devidas ao trabalhador, ainda que se trate de ente integrante da administração pública, consoante

o entendimento cristalizado na Súmula nº 331 do C. TST. (TRT-1 - RO: 1290007020065010008 RJ, Relator: Valmir De Araújo Carvalho, Data de Julgamento: 13/11/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: 15-01-2013).

TERCEIRIZAÇÃO. COOPERATIVA. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇO. ÓRGÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA Nº 1 DO EGRÉGIO TRT/RJ. Verificando-se que a cooperativa funcionou como empresa de intermediação de mão-de-obra, o que descaracteriza a figura da associação livre do obreiro na realização de uma empreitada norteada pelo espírito cooperativista, afastada está a aplicação do art. 442, da CLT, recentemente revogado pela Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012 e o abrigo da Lei nº 5.764/71. Assim, é possível o reconhecimento da existência do vínculo empregatício com o ente pseudamente identificado como uma cooperativa. Sendo a tomadora de serviços um órgão da Administração Pública, esta responderá de forma subsidiária pelo crédito reconhecido judicialmente. Desta forma, permanecem resguardados os direitos do trabalhador diante de eventual inadimplência da empresa interposta. A responsabilização dos órgãos da Administração Pública se justifica, uma vez que estes incorrem em culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, conforme o entendimento jurisprudencial pacificado na Súmula nº 331, V, do Colendo TST, e na Súmula nº 1, do Egrégio TRT da 1ª Região. (TRT-1 - RO: 01385000220095010059 RJ, Relator: Rogerio Lucas Martins, Data de Julgamento: 12/02/2014, Sétima Turma, Data de Publicação: 19/02/2014).

COOPERATIVA. VÍNCULO DE EMPREGO. FRAUDE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO CONCURSIVO. A contratação da cooperativa pelo ente público tinha como propósito burlar o princípio concursivo, previsto no art. 37, II e § 2º, da CR, precarizando os direitos trabalhistas. Portanto, nula, nos termos do art. 9º, da CLT c/c arts. 3º e 5º, da Lei 12690/12, pois viola os princípios que regem uma verdadeira cooperativa, devendo ser afastada, na hipótese, a aplicação do art. 442 da CLT . (TRT-1 - RO: 1588006620085010205 RJ , Relator: Patricia Pellegrini Baptista Da Silva, Data de Julgamento: 04/02/2013, Terceira Turma, Data de Publicação: 05-04-2013).

CONTRATAÇÃO ATRAVÉS DE COOPERATIVA. FRAUDE. VÍNCULO EMPREGATÍCIO RECONHECIDO. É fraudulenta a apropriação da força de trabalho através de cooperativa que funciona tão-somente como intermediadora da mão-de-obra para a realização de trabalho. Impor ao trabalhador a associação à cooperativa como condição à obtenção da vaga na tomadora de serviços é prática fraudulenta, em total desrespeito à legislação social e ao princípio da *affectio societatis* que deve nortear a associação cooperativista. Ademais, a prestação de serviços cooperativados diretamente no estabelecimento da contratante, na realização de atividade permanente do tomador, como ocorreu *in casu*, descarateriza a essência do cooperativismo, desvirtuando o instituto. Daí porque merece ser mantida a decisão de origem. Recurso ordinário da 1ª reclamada ao qual se nega provimento. (TRT-2 - RO: 2384520115020 SP 00002384520115020004 A28, Relator: RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS, Data de Julgamento: 12/11/2013, 4ª TURMA, Data de Publicação: 25/11/2013).

TERCEIRIZAÇÃO. CONTRATAÇÃO POR MEIO DE COOPERATIVA. FRAUDE. VÍNCULO EMPREGATÍCIO CONFIGURADO COM A PRIMEIRA RECLAMADA. A vedação legal mencionada no Estatuto Celetista aplica-se apenas para as relações que se estabelecem entre a verdadeira cooperativa e o autêntico cooperado. Isto quer dizer que aquela não

> pode ter finalidade lucrativa com a intermediação de mão-de-obra, e que os serviços prestados pelos cooperados sejam espontâneos, sem subordinação jurídica, como forma de colaboração mútua ou por caridade, intenções altruístas, dedicação ou, ainda, por empreendimentos comuns dos cooperados. Presentes os requisitos do liame empregatício entre o cooperado e a cooperativa, ou entre este e o tomador dos serviços, o trabalhador será um empregado e não um cooperado. (TRT-1 - RO: 7978220115010051 RJ , Relator: Volia Bomfim Cassar, Data de Julgamento: 15/05/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: 22-05-2013).

Logo, é dever do gestor e das demais pessoas que conduzem os processos de contratação administrativa, até mesmo com o fim de afastar a sua responsabilização pessoal pelos prejuízos causados à Administração Pública, decorrentes do pagamento de verbas em razão do descumprimento da legislação previdenciária e trabalhista, buscar a não contratação de cooperativas fraudulentas, por meio do estabelecimento de requisitos de comprovação de regularidade das sociedades cooperativas participantes de processos licitatórios.

Sobre o tema (estabelecimento de requisitos específicos de habilitação), é mister destacar entendimento em sentido contrário já prolatado no âmbito do TCU, conforme voto constante do Acórdão nº 1.815/2003 – TCU – Plenário, de lavra do douto Ministro Relator Benjamin Zymler, como se percebe pela leitura dos seguintes trechos (sublinhou-se):

> ...No que se refere aos critérios de habilitação, não pode o administrador inovar, exigir algo não previsto no ordenamento jurídico. A Lei nº 8.666/93, em que pese não vedar a participação de cooperativas, não estabeleceu normas de habilitação específicas para esse tipo de sociedade, como seria desejável, particularmente após a alteração do Enunciado nº 331 do TST, que estendeu a responsabilidade pelos encargos trabalhistas para a Administração Pública, quando tomadora de serviços.
> As exigências para a habilitação dos licitantes, sejam eles cooperativas ou não, são aquelas definidas no Estatuto das Licitações.
> (...)
> É, portanto, de extrema delicadeza a situação enfrentada pela Administração Pública: de um lado, a Lei nº 8.666/93 não permite a formulação de exigências na fase de habilitação que afastem as cooperativas inidôneas. De outro, a garantia para execução do objeto contratado está limitada a apenas 5% do valor do contrato, na forma do § 2º do art. 56 da Lei nº 8.666/93. Em se tratando de falsa cooperativa, com grande probabilidade de condenação na Justiça do Trabalho, fácil perceber que essa garantia poderá vir a tornar-se insuficiente para fazer frente às condenações a serem arcadas pela União e suas entidades, em decorrência dos encargos trabalhistas não pagos pelo empregador (Enunciado nº 331). Ademais, a caução deve ser devolvida ao fim do contrato, justamente no momento a partir do qual espera-se o maior número de demandas trabalhistas.
> Em conclusão, entendo que a atuação do administrador deve pautar-se pelo cuidado na definição do modo como o objeto da licitação deva ser executado. Somente assim será possível evitar a contratação de entidades fraudulentas, mediante a prévia definição da natureza dos serviços a serem executados.
> (...)

Conforme explanado, a Lei nº 8.666/93 não fornece ao administrador meios para avaliar a idoneidade das sociedades cooperativas.

Consta das fls. 166/172 (vol. principal) parecer de lavra do Dr. Guilherme Krueger, advogado da Organização das Cooperativas Brasileiras, aparentemente solicitado pelo Banco Central do Brasil. Nesse documento, o douto parecerista sugere que um dos elementos para verificar a idoneidade das cooperativas é a observância do cumprimento do inciso XI do art. 4º da Lei nº 5.764/71, que estabelece como traço distinguidor das cooperativa em relação às demais sociedades:

"*Art. 4. As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas à falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características:*

.....

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

Se fosse facultado ao administrador, no momento da habilitação, verificar esse quesito - o que considero não autorizado pela Lei -, seria de questionar a legitimidade inclusive da Tecnocoop Informática, autora das Representações constantes dos processos TC 008.013/2003-0 e TC 008.058/2003-1, apensados, uma vez que a entidade possui sede na cidade do Rio de Janeiro, mas atua em âmbito nacional (conforme consta dos estatutos, à fl. 28 do vol. principal do TC 008.058/2003-1), o que é corroborado pelo fato de demandar o direito de participar de licitações em diversos estados da federação (São Paulo - Concorrência nº 21/2002; Espírito Santo e Rio de Janeiro - Concorrência nº 019/2002; Minas Gerais - Concorrência nº 027/2002).

Esta Divisão Técnica, data máxima vênia, não coaduna com o entendimento esposado no voto acima transcrito.

Embora seja uníssono e pacífico que os requisitos de habilitação devem se limitar aos previstos nos art. 27 a 31 da Lei nº 8.666/93, compreende-se como viável a exigência de prova de regularidade na constituição e funcionamento das sociedades cooperadas que almejam participar de um processo licitatório, sendo o estabelecimento de tais exigências, inclusive, como já afirmado, um dever do gestor e/ou demais pessoas que conduzem a licitação e contratação, como forma de afastar sua responsabilidade por prejuízos sofridos pela Administração. É que a própria Lei nº 8.666/93, em seu art. 30, inciso IV, admite que seja exigida como documentação relativa à qualificação técnica a "prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso".

A compreensão dada ao dispositivo acima referido é que, sempre que a lei exija, para o desempenho de determinada atividade, o atendimento de algum requisito especial como, *v. g.*, a autorização da Anvisa para comercialização de medicamentos, é lícito à Administração determinar aos interessados que comprovem a aptidão comercializar o objeto ou prestar o serviço de forma regular.

Assim, por exemplo, se a Lei nº 12.690/12 exige como requisito de regularidade da constituição e funcionamento das cooperativas de trabalho prestadoras de serviço a terceiros que não haja a presença dos pressupostos da relação de emprego e que a mesma não seja

utilizada como intermediária de mão de obra subordinada (arts. 4º, II, *in fine*, e 5º); se a Lei nº 5.764/71 estabelece como característica essencial das cooperativas a prestação de assistência aos associados e a área de admissão de sócios limitada às possibilidades de reunião, controle, operações e prestações de serviços, e como condição de funcionamento o registro e contribuição na Organização de Cooperativas Brasileiras – OCB – (art. 4º, X e XI, e art. 107 e 108); e, também, se o Código Civil (Lei nº 10.406/02) informa como outra característica essencial a distribuição dos resultados nas atividades cooperadas (art. 1.094, VII); entende-se que, mais do que viável, é necessário que a Administração exija dos interessados que tenham essa conformação social a comprovação de que cumprem os requisitos previstos na legislação para o seu regular funcionamento, com fundamento no art. 30, IV, da Lei nº 8.666/93.

É de se ressaltar que a adoção de entendimento em sentido contrário, ao não admitir a possibilidade de exigir nos instrumentos de convocação de licitações a comprovação, dentre os requisitos de habilitação, de condições previstas legalmente para a regular constituição, existência e funcionamento das cooperativas, equivale na prática a abrir margem a tornar o processo licitatório inútil ao fim que se destina, ao deixar aberta a possibilidade de o Poder Público estar legalmente impedido de contratar com o licitante vencedor, em razão de sua irregularidade.

Ademais, além de requisitos para comprovação no momento da habilitação, a Administração também pode e deve exigir, conforme o caso, condições de aceitabilidade das propostas apresentadas por cooperativas e outras necessárias à assinatura do contrato, desde que as mesmas sejam fundamentadas na legislação de regência (Lei nº 8.666/93, arts. 40, VII e X, 43, IV e V, 44, § 3º, 45, 48, I e II, 55, XI e XIII). Dessa forma, exemplificativamente, a Administração deve recursar propostas nas quais se verifique o não atendimento do disposto no art. 7º, I a VII, da Lei nº 12.690/12, assim como precisa exigir antes da assinatura do contrato a comprovação do disposto no § 6º do art. 7º, até mesmo em razão do art. 17, § 2º, do mesmo diploma legal.

Repisa-se, mais uma vez, dada a relevância da questão correlacionada à matéria objeto de questionamento, que tanto o gestor quanto as demais pessoas responsáveis pela condução do processo de licitação, de contratação e de pagamento devem velar pela observância, dentre outras, das normas acima referidas. Caso haja a contratação de falsas cooperativas e a Administração incorra em prejuízos por eventual condenação ao pagamento de verbas trabalhistas e/ou previdenciárias, por inobservância do dever de fiscalizar, tal responsabilidade deverá reverberar no patrimônio das pessoas envolvidas na conduta, comissiva ou omissiva, irregular.

3. CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto, e em resposta à consulta formulada, a Divisão de Acompanhamento Concomitante de Licitações e Contratos – **DALC**, subordinada à Diretoria de Fiscalizações Especializadas – **DFESP**, conclui que:

a) Não há vedação legal à participação de sociedades cooperativas regulares em processos de licitação pública;
b) No julgamento de propostas apresentadas por sociedades cooperativas, é imperativo que a Administração verifique se no valor informado consta discriminado o montante de 15% sobre o valor dos serviços, devendo, conforme o caso, ser realizado o acréscimo do percentual (a regra deve preferencialmente estar informada no instrumento convocatório), uma vez que de acordo com a legislação previdenciária é de responsabilidade do tomador de serviços de sociedades cooperadas a contribuição do aludido percentual sobre o valor da nota fiscal ou fatura de prestação dos serviços (Lei nº 8.212/91, art. 22, IV), sendo tal exigência um corolário indispensável à seleção da proposta de fato mais vantajosa ao interesse público (CR/88, art. 37, *caput* e inciso XXI, Lei nº 8.666/93, art. 3º);
c) Após o advento da Lei nº 12.690/12, por força do disposto em seu art. 2º, § 1º, e, sobretudo, no art. 7º, § 6º, **não mais se presume** que nas atividades relacionadas no termo de conciliação judicial firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a União, quando contratadas junto a cooperativas de trabalho prestadoras de serviço, estejam necessariamente imbuídas do elemento subordinação, sendo viável a participação desse tipo de sociedade em processos licitatórios;
d) Em qualquer hipótese de licitação para terceirização de serviços, mas, mormente, quando o objeto da licitação for algum daqueles discriminados no termo conciliação acima referido, a Administração deve velar para que não se façam presentes os demais elementos caracterizadores da relação de emprego, não sendo tal exigência decorrente da atual possibilidade de participação nestas licitações de sociedades cooperativas;
e) É inviável a terceirização e, portanto, a própria licitação de serviços relacionados à atividade-fim do órgão/ente licitante ou àqueles inerentes às funções do quadro de servidores efetivos, bem como de atividades que envolvam o exercício do poder de polícia ou a prática de atos administrativos, que apenas podem ser realizados por servidores públicos, respondendo o administrador pela inobservância destas regras nos termo do art. 37, § 2º, da CR/88, e podendo a conduta, em tese, configurar ato de improbidade administrativa previsto na Lei nº 8.429/92 e/ou ser subsumida em tipo penal definido no Decreto-Lei nº 201/67;
f) Os institutos criados pela Lei nº 12.690/12, embora deem ensejo à ampla participação de sociedades cooperativas em processos licitatórios, não permitem que a Administração contrate entidades fraudulentas, sendo um poder-dever dos responsáveis pela condução dos processos de licitação, contratação e pagamento o

estabelecimento e verificação da comprovação do atendimento dos requisitos previstos na legislação para a regular constituição, existência e funcionamento das sociedades cooperativas que desejem participar de licitação e contratar com o Poder Público, com fundamento nos arts. 30, IV, 40, VII e X, 43, IV e V, 44, § 3º, 45, 48, I e II, 55, XI e XIII, todos da Lei nº 8.666/93, a fim de resguardar a utilidade prática dos processos e a própria Administração da responsabilidade pela inobservância de preceitos de ordem pública relativos às obrigações trabalhistas e tributárias/previdenciárias;

g) Caso haja a contratação de falsas sociedades cooperadas e a Administração incorra em prejuízos por eventual condenação ao pagamento de verbas trabalhistas e/ou tributárias/previdenciárias, por inobservância do dever verificar a regularidade ou de permanecer fiscalizando seu funcionamento, tal responsabilidade deverá reverberar no patrimônio do gestor e as demais pessoas envolvidas na conduta, comissiva ou omissiva, irregular.

S.M.J.

É o parecer.

Teresina (PI), 13 abril de 2014.

Domingos Marques Neto
Técnico de Controle Externo

Elbert Silva Luz Alvarenga
Assessor Jurídico
Chefe da DALC/DFESP

VISTO:

Paulo Sérgio C. Branco Carvalho Neves
Auditor Fiscal de Controle Externo
Diretor da DFESP/TCE-PI

Assinado Digitalmente pelo sistema e-TCE -**ELBERT SILVA LUZ ALVARENGA:00094212384 - 15/04/2014 13:09:08**
Assinado Digitalmente pelo sistema e-TCE -**PAULO SERGIO CASTELO BRANCO CARVALHO NEVES:36210552315 - 16/04/2014 12:05:0**