

AO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA UNIVERSIDADE
FEDERAL DO ACRE - UFAC

PREGÃO ELETRÔNICO 18/2023

(Processo n. 23107.025374/2022-69)

COOPERATIVA DE TRABALHO TROPICAL PARQUET, já qualificada nos autos do processo licitatório em epígrafe vem, respeitosamente, à presença de Vossa Senhoria, contrarrazoar os recursos interpostos por **MASTER SERVIÇOS EIRELI - EPP** e **NORTEXPRESS TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA**, pelos fatos e fundamentos adiante articulados.

**I - DA REGULARIDADE E PREMISSAS DA PROPOSTA APRESENTADA PELA
COOPERATIVA RECORRIDA NO CERTAME**

Ao debruçar-se sobre o edital, a cooperativa realizou uma análise minuciosa de todos os requisitos estabelecidos para a formulação de sua proposta, compreendendo as especificações técnicas, prazos, formas de pagamento e demais condições.

Essa diligência - com a qual trata todas as propostas que elabora - permitiu uma compreensão clara das diretrizes editalícias do órgão licitante, bem como a adequação de seu conteúdo às expectativas e exigências correlatas ao edital

A elaboração da proposta foi cercada de todas as diligências necessárias para sua viabilidade, sendo justa e competitiva e atendendo ao objetivo final do certame, que é **fornecer ao órgão licitante uma opção economicamente mais vantajosa, garantindo a qualidade serviços oferecidos.**

A proposta apresentada, ainda, evidencia a capacidade técnica e sua conformidade com as exigências estabelecidas no edital.

Pois bem.

Os recursos apresentados pelos licitantes derrotados na disputa de preços limitam-se a atacar filigranas que efetivamente não interferem no resultado econômico final ou tornam-na inexecutável.

É fundamental considerar que, na essência do processo licitatório, o que se busca pela proposta mais vantajosa para o órgão licitante e isso foi efetivamente alcançado.

As licitantes derrotadas desejarem que a proposta da vencedora siga aquilo que elas próprias consideram para si é sofisma que não se sustenta.


Os serviços profissionais que são objeto do presente pregão - Tradutor Intérprete de Libras e de Cuidador Pessoal - não se enquadram em nenhum acordo ou convenção coletiva no Estado do Acre.

Isso, inclusive, está inequivocamente expresso no edital:

8.8. E diante da inexistência de Convenção Coletiva de Trabalho apta a regular, de forma específica, as categorias demandadas, para fins de definição dos salários base normativos acima apresentados levou-se em consideração, as contratações no âmbito de Órgãos / Entidades da Administração Pública com perfil, necessidades ou demandas semelhantes para uma comparação, e ainda, informações do mercado de trabalho, das categorias demandadas, disposta no portal de pesquisa de cargos e salários do Brasil -

www.salario.com.br, conforme disposições das tabelas a seguir:

Tanto que, quando exigida **declaração firmada pela recorrida no curso do certame nesse sentido**, foi apresentada de imediato:


COOPERATIVA TROPICAL PARQUET-COOPERPARQUET

Ilustríssimo Senhor, Jânio da Cunha Bastos, Pregoeiro da Comissão Permanente de Licitação da Universidade Federal do Acre.

Ref.: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 18/2023


COOPERATIVA TROPICAL PARQUET - COOPERPARQUET, inscrita no CNPJ/MF sob nº 12.922.132.0001-50, com sede na Rua Santa Maria nº 438, João Eduardo I CEP: 69.911-494, na cidade de Rio Branco, estado do Acre, por seu representante legal infra assinado, vem, respeitosamente DECLARAR:

QUANTO AO ACORDO/CONVENÇÃO COLETIVO PARA BASE DA PROPOSTA

Informamos que esta cooperativa não esta vinculada a acordo/convenção coletiva.

Que para base da proposta apresentada seguimos os valores referencia do proprio edital, visto que o proprio orgao já informara no edital que não foi encontrado nenhum acordo/convenção coletiva onde os profissionais fossem vinculados, usando portanto a media salarial.

Rio Branco/AC, 12/06/2023.



COOPERATIVA TROPICAL PARQUET-COOPERPARQUET

Rua São José nº 59 - João Eduardo I CEP: 69.911-448.
CNPJ: 12.922.132.0001-50 Contato: ■ 3225-3283 / 9988-5113 / 9910-4806
✉ tropicalparquet@gmail.com

A média de remuneração que foi utilizada pela entidade licitante para a estimativa de valores foi **o parâmetro que serviu também de média para a proposta apresentada pela cooperativa.**

Dizer que a referência utilizada pela própria UFA para a veiculação do edital está equivocada é argumento que não faz sentido no caso em questão.

De todo modo, salienta-se que a sociedade cooperativa em todos os seus contratos, segue o padrão de remuneração estabelecido pela legislação especial que se aplica às cooperativas - em especial, o art. 7º, inc. I da Lei 12.690/2012 e que independe da participação direta da cooperativa em acordos coletivos:

“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;”

Era o que cabia trazer a esse título.

II - DA LEGALIDADE DA PARTICIPAÇÃO DA COOPERATIVA RECORRIDA NO CERTAME

MUDANÇA DE ENTENDIMENTO EM ANDAMENTO NO TCU QUANTO À SÚMULA 281

A Súmula 281 do Tribunal de Contas da União deve ser aplicada de acordo com a Lei 12.690/2012, que estabelece o regime jurídico das cooperativas de trabalho, inclusive dispendo sobre a participação dessas sociedades em licitações e contratos com a Administração.

É importante dizer que a Súmula 281 foi aprovada em sessão plenária do órgão em **11 de julho** de 2012 e que a Lei Federal nº 12.690 foi editada em **19 de julho** de 2012. Isso significa que a Súmula não chegou a considerar o que foi estatuído pela lei especial praticamente uma semana depois.

Entretanto, esse fator finalmente está sendo considerado no atual posicionamento vazado pelos acórdãos do TCU sobre o tema.

É importante frisar que tais precedentes do TCU textualmente afirma que o fundamento da Recorrente está superado (Termo de Conciliação entre MPT e AGU no Processo 01082-2002-020-10-00-0):

Acórdão nº 1587/2022 – TCU – Plenário

GRUPO I – CLASSE VII – PLENÁRIO TC 043.168/2021-3
Natureza: Denúncia Órgão/Entidade: Hospital Central do Exército Responsável: Identidade preservada (art. 55, caput, da Lei n. 8.443/1992). Interessado: Identidade preservada (art. 55, caput, da Lei n. 8.443/1992). Representação legal: Renata Katagi (101969/OAB-RJ), representando Renacoop – Renascer Cooperativa de Trabalho. SUMÁRIO: DENÚNCIA. CONTRATAÇÃO DE COOPERATIVA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENFERMAGEM A HOSPITAL MILITAR. CONHECIMENTO. IMPROCEDÊNCIA. REVOGAÇÃO DA CAUTELAR ADOTADA. DETERMINAÇÕES.

(...)

VOTO Trata-se de Denúncia a respeito de possíveis irregularidades cometidas na condução do Pregão Eletrônico 108/2021, lançado com vistas à contratação de empresa para prestação de serviços de enfermagem (enfermeiros e técnicos de enfermagem) para o Hospital Central do Exército – HCE, ao valor estimado de R\$ 28.872.663,60. I 2. O pregão em questão foi homologado com proposta vencedora no valor de R\$ 20.300.000,00, ofertada pela Renacoop – Renascer Cooperativa de Trabalho, após a desclassificação das duas primeiras colocadas no certame, sendo o objeto adjudicado à aludida cooperativa. 3. Consta dos autos informação de

que foi movida Ação Popular contra o referido pregão, encontrando-se o procedimento judicial em tramitação na Justiça Federal do Rio de Janeiro - 1ª Vara Federal de Duque de Caixas. Segundo as informações mais recentes consignadas na instrução de mérito transcrita no relatório precedente, o procedimento judicial também culminou com determinação de suspensão do procedimento licitatório e respectivas homologação e adjudicação à mencionada cooperativa, uma vez deferida a tutela de urgência pelo magistrado. 4. Quanto ao alegado pelo denunciante, em síntese, apontou-se que: 4.1. o certame teria sido realizado com modalidade licitatória inadequada, tendo em vista que não se trataria de serviços comuns, e o edital não previu padrões de desempenho e qualidade na prestação dos serviços; 4.2. teriam sido inseridas cláusulas restritivas, relativas à experiência mínima na prestação dos serviços, de três anos, em violação ao art. 30, § 5º, da Lei 8.666/1993; 4.3. embora o edital tivesse exigido prova de inexistência de débitos perante a Justiça do Trabalho, a licitante vencedora possuiria diversos débitos trabalhistas, conforme a certidão juntada à peça 3; 4.4. o modelo de contratação prevê subordinação e habitualidade, porém houve adjudicação do objeto a uma cooperativa de trabalho, de maneira que restariam violados o art. 5º da Lei 12.690/2012 e a Súmula TCU 281; 4.5. em consulta ao sítio da Receita Federal na Internet seria possível verificar-se que o contrato social da cooperativa corresponde ao tipo guarda-chuva, com menção a diversas atividades sem qualquer pertinência umas com as outras, havendo indícios de que o órgão contratante não se debruçou sobre as exigências contidas na IN 5/2017 do então Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, em especial nos arts. 10 e 11, além do fato de que passou despercebido

o entendimento do recente Acórdão 610/2021 - TCU - Plenário (Relator Ministro Aroldo Cedraz), no qual esta Corte de Contas qualificou de erro grosseiro a contratação de cooperativa nos casos em que, pelas características do serviço a ser executado, atue como mera intermediadora de mão de obra. 5. Diante desse conjunto de indícios de irregularidades, o denunciante requereu o provimento cautelar deste Tribunal, de sorte a determinar-se a retenção dos pagamentos contratuais com vistas a evitar a concretização de dano, na linha de precedentes julgados mencionados na peça inicial. II 6. Em sua primeira instrução a Selog observou que, após consulta efetuada ao Portal da Transparência, não identificou a celebração do contrato, de maneira que não identificou pagamentos contratuais à cooperativa. 7. Entendeu que a "representação" preencheria os requisitos de admissibilidade previstos no art. 235 do Regimento Interno, e concluiu que os serviços de enfermagem possuem características comuns, de maneira que poderiam ser enquadrados na modalidade Pregão, nos termos do art. 1º da Lei 10.520/2002, haja vista serem "aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado".

8. Todavia, assinalou a necessidade da realização de oitiva prévia em face dos seguintes indícios de irregularidades verificados em exame preliminar: 8.1. possível contratação, no âmbito do Pregão Eletrônico 108/2021, promovido pelo Hospital Central do Exército (HCE), da adjudicatária Renacoop - Renascer Cooperativa de Trabalho, com indicação de aparente existência de débitos trabalhistas inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, em descumprimento a disposições contidas no subitem 9.4 do edital condutor do certame e legislação aplicável; 8.2. possível contratação de cooperativa

para prestação dos serviços do Pregão Eletrônico 108/2021, com aparente configuração típica de relação de subordinação entre preposto e tomador, de forma pessoal e habitual, uma vez tratarem-se da execução de serviços de enfermagem em instalações do tomador do serviço, ante as disposições contidas no art. 5º da Lei 12.690/2012, Súmula TCU 281, bem como no Termo de Conciliação Judicial firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a União, de 5/6/2003; 8.3. aparente ausência de previsão, no instrumento convocatório do Pregão Eletrônico 108/2021 e na minuta de contrato decorrente, de padrões de desempenho e de qualidade, objetivamente definidos, quanto aos serviços de enfermagem a serem prestados, ou, alternativamente, de sua inaplicabilidade ao objeto, em qualquer caso demonstrado, de forma suficiente, no respectivo Estudo Técnico Preliminar ou equivalente, consoante o preconizado por meio da Instrução Normativa 5/2017-Seges/MP e jurisprudência deste Tribunal. 9. Ao despachar neste feito, determinei a realização de oitivas prévias do Hospital Central do Exército e da aludida entidade cooperativa, com vistas a que no prazo de cinco dias úteis se manifestassem sobre os pontos indicados na instrução, incluindo a inserção de cláusula restritiva ao caráter competitivo do certame, além de outras providências acessórias, relacionadas a diligências, comunicações e classificação processual. 10. Em nova instrução de peça 44 destes autos, realizou a Selog análise das respostas às oitivas por mim determinadas, com vistas à avaliação preliminar sobre a adoção ou não de medida cautelar, tendo essa análise recebido o de acordo dos escalões dirigentes da unidade às peças 45/46. 11. Em síntese, informou-se na instrução que se evidenciava o periculum in mora diante da iminência da celebração do contrato, em análise pela

Consultoria Jurídica do Exército, por se tratar de competência exclusiva do Comandante do Exército a autorização para a celebração de contratos com valores iguais ou superiores a dez milhões de reais, além de encontrar-se inexistente perigo reverso. 12. Acerca do *fumus boni juris*, entendeu a unidade instrutiva presente unicamente em relação à homologação do certame à Renascer Cooperativa de Trabalho - Renacoop, haja vista tratar-se a entidade de uma cooperativa e o objeto da contratação a intermediação de mão-de-obra, cujos serviços prestados sugerem subordinação. 13. Destacou-se, na instrução, que tendo em vista que o objeto da contratação possui aparente configuração típica de relação de subordinação entre preposto e tomador, de forma pessoal e habitual, uma vez tratarem-se da execução de serviços de enfermagem em instalações do tomador do serviço, evidenciava-se colisão com as disposições contidas no art. 5º da Lei 12.690/2012, na Súmula TCU 281, no Termo de Conciliação Judicial firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a União (de 5/6/2003), na jurisprudência deste Tribunal (vide e.g. o Acórdão 610/2021-TCU-Plenário) e no art. 10, inc. I, da IN/Seges/MPDG 5/2017, os quais vedariam a contratação de cooperativa de trabalho para os serviços objeto do referido pregão. 14. Entendeu, assim, segundo a análise empreendida quanto aos demais itens das oitivas realizadas, que não se revelavam procedentes os apontamentos realizados. Primeiro, não se vislumbrava restrição indevida no certame a exigência de experiência profissional de três anos na prestação dos serviços objeto do edital, como anteriormente apontado, haja vista que as necessidades requeridas no termo de referência concernentes aos profissionais (enfermeiros e técnicos de enfermagem) (peça 3, pp. 27-28) se revelam imprescindíveis à boa

execução do objeto, uma vez que se trata de serviço de saúde, para os quais se exige conhecimento técnico especializado na área, além do que nove participantes apresentam propostas no certame. 15. Segundo, sobre a suposta existência de débitos trabalhistas por parte da Renacoop, os esclarecimentos prestados foram considerados satisfatórios, no sentido de que na fase de habilitação foi apresentada certidão negativa, válida por 180 dias, e, antes da homologação, foi solicitada a atualização de todas as informações. Somado a esses fatores, a Lei 8.666/1993 estipula que as condições de habilitação devem ser mantidas durante o período da contratação, de maneira que a IN/SEGES/MPDG 3/2018 estabelece essa checagem previamente à emissão de nota de empenho, da efetiva contratação e a cada pagamento realizado. 16. Outrossim, entendeu a secretaria também superado o apontamento relativo à ausência de padrões de desempenho no instrumento convocatório, uma vez que a contratação dos enfermeiros se refere a postos de trabalho e não por ordens de serviço. 17. Dessarte, àquele momento, a Selog propôs fosse ratificado o conhecimento desta denúncia, e adotada medida cautelar suspensiva do andamento do Pregão Eletrônico 108/2021 e do contrato, caso celebrado, realizando-se novas oitivas, com fundamento nos arts. 250, inciso V, e 276, § 3º, do Regimento Interno/TCU. III 18. Ao decidir a matéria de cunho cautelar, observei que consoante exposto na instrução da Selog, evidenciava-se que o certame caminhava para a contratação de cooperativa de trabalho responsável pelo fornecimento de enfermeiros cooperados para a prestação de serviços de enfermagem junto ao Hospital Central do Exército, o que, a princípio, violaria disposições expressas da Lei 12.690/2012, da Súmula TCU 281, do Termo de Conciliação

Judicial firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a União, de 5/6/2003, da jurisprudência deste Tribunal (vide e.g. o Acórdão 610/2021- TCU-Plenário) e do art. 10, inc. I, da IN/Seges/MPDG 5/2017. 19. Ressaltei, ainda, que como sabido, a Súmula nº 281 foi editada na Sessão Plenária no dia 11/07/2012, alguns dias antes da publicação da Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012. E que o Enunciado da Súmula 281 expediu orientação para toda a Administração Pública no sentido de que, havendo necessidade de subordinação jurídica, pessoalidade e habitualidade, é vedada a participação de cooperativas no processo licitatório, situação evidenciada nos presentes autos. E, conquanto sinalizada pelo Tribunal a possível revisão da referida Súmula, conforme o subitem 9.6 do Acórdão 2463/2019-TCU-1ª Câmara (Relator Ministro Bruno Dantas), fato é que essa revisão não ocorreu, de maneira que permanece vigente o enunciado da súmula editada pelo Tribunal. 20. Ainda no referido Despacho destaquei que, ademais, a Lei 12.690/2012 dispõe, no art. 5º, que "Art. 5º A Cooperativa de Trabalho não pode ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada.". E, corroborando esse entendimento, não superado pela novel legislação, está ainda em vigor a IN/Seges/MPDG 5/2017, em cujo art. 10 dispõe que a contratação de sociedades cooperativas somente poderá ocorrer quando, pela sua natureza, o serviço a ser contratado evidenciar 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. 21. Dessarte, entendi configurados os requisitos necessários ao provimento cautelar, de maneira que determinei cautelarmente ao Hospital Central do Exército, com fulcro no art. 276 do Regimento Interno/TCU, que

suspendesse o andamento do Pregão Eletrônico 108/2021 e os atos dele decorrentes até que o Tribunal deliberasse sobre o mérito, bem assim, caso algum contrato já tivesse sido firmado, que se abstinhasse de praticar qualquer ato com vistas à sua execução até a deliberação definitiva desta Corte de Contas. 22. À ocasião, determinei a realização de oitivas para que as partes se pronunciassem, no prazo de quinze dias, sobre os pressupostos da cautelar, bem como em relação à matéria de mérito objeto desta denúncia, notadamente, sobre a homologação indevida do certame à Renascer Cooperativa de Trabalho - Renacoop, cujo contrato social compreende uma cooperativa com objeto social do tipo guarda-chuva, a abrigar diversas atividades sem correlação direta umas com as outras, e tendo em vista que o objeto da contratação possui aparente configuração típica de relação de subordinação entre preposto e tomador, de forma pessoal e habitual, uma vez que se trata da execução de serviços de enfermagem em instalações do tomador do serviço, situação essa que colide com as disposições contidas no art. 5º da Lei 12.690/2012, na Súmula TCU 281, no Termo de Conciliação Judicial firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a União, de 5/6/2003, na jurisprudência deste Tribunal (vide e.g. o Acórdão 610/2021-TCU-Plenário) e no art. 10, inc. I, da IN/Seges/MPDG 5/2017, de sorte a ensejar a inabilitação da licitante. 23. A cautelar adotada por Despacho singular deste Relator foi referendada por este Tribunal mediante o Acórdão 251/2022 - TCU - Plenário. IV 24. Retornam os autos, desta feita, com manifestação de mérito da secretaria no sentido de não acolher as justificativas apresentadas pelas partes, mantendo-se assim o juízo pela irregularidade da contratação, de sorte que a Selog alvitra a fixação de prazo para exato cumprimento

da Lei, a fim de que o Hospital Central do Exército anule o procedimento licitatório. 25. Em face do exposto nas linhas anteriores, na instrução da Selog, transcrita no relatório precedente, bem assim, nas considerações que farei adiante, consigno, desde logo, que acompanharei as proposições da referida unidade instrutiva, haja vista que, conforme análise escorreitamente empreendida na instrução, permanecem presentes as irregularidades ensejadoras da cautelar adotada. 26. Em síntese, os gestores e demais agentes públicos responsáveis pelo Hospital Central do Exército alegam que o edital foi elaborado com fundamento na legislação aplicável, visando suprir quantitativo deficiente de mão de obra, em razão de aposentadoria de servidores e ausência de concurso público para preenchimento do quantitativo mínimo necessário e que, para a elaboração do edital baseou seu estudo de viabilidade no número de atendimentos realizados e distribuição do efetivo de enfermagem. 27. Já quanto à cooperativa, o HCE defende sua atuação em face do cumprimento de todas exigências editalícias. Quanto à questão jurídica, baseia-se em entendimento de que, contrariamente ao sumulado por este Tribunal: 27.1. a Lei 12.349/2010, que inseriu no art. 3º, § 1º, da Lei 8.666/1993, vedaria expressamente qualquer tentativa de cercear a participação de cooperativas em contratações públicas; 27.2. o art. 10, § 2º, da Lei 12.690/2021, indicaria que cooperativas de trabalho não poderiam ser impedidas de participar de licitações que tenham por escopo os mesmos serviços, operações e atividades previstas em seu objeto social; e 27.3. a eventual contratação de cooperativa não mais se afiguraria como irregular diante da proibição descrita no art. 5º da Lei 12.690/2012 e da posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal - STF quando do julgamento da

Ação de Declaração de Constitucionalidade (ADC 16), segundo o qual seria vedada a responsabilização automática da Administração Pública, exceto na hipótese de haver prova inequívoca de conduta omissiva ou comissiva da Administração na fiscalização dos contratos, para o que transcreve o art. 71 da Lei 8.666/1993 e a Súmula 331-TST. 28. A Renacoop, por sua vez, aduz em síntese que a participação de cooperativas de trabalho é perfeitamente plausível de acordo com as previsões constantes do edital, legislação e jurisprudência dos tribunais, com destaque para reforma trabalhista e entendimentos do Supremo Tribunal Federal - STF, bem como que foi elaborado relatório abordando a constituição da cooperativa com o único objetivo de prestar serviços na área da saúde, sendo ela uma instituição comprometida, que conta com aproximadamente, mais de três mil cooperados. 29. Em que pese tais argumentos, resta evidente, a meu ver, que a contratação de cooperativa de trabalho neste caso é irregular, haja vista que a relação de subordinação e habitualidade na prestação dos serviços é condição necessária às atividades da prestação do serviço hospitalar de enfermagem, serviço esse que, como bem pontuado na instrução, era anteriormente exercido exclusivamente por corpo funcional próprio de servidores, a quem se pretende substituir, em razão de expressivas aposentadorias verificadas antecedentemente ao edital, também sujeitos a subordinação e habitualidade. 30. A propósito dessa observação, e longe de querer discutir nestes autos se a terceirização dos serviços hospitalares é adequada, à luz do art. 9º da IN/SEGES/MP 5/2017, vez que não é o cerne destes autos, claro está, a meu ver, a necessidade de subordinação, por sujeitar-se à direção técnica e administrativa do hospital, eis que

compreende uma das atividades-fim do serviço hospitalar ali prestado: os serviços de enfermagem, que se prestam aos enfermos ali internados em ambiente hospitalar, em cuja administração dos serviços exige desses profissionais no mínimo a subordinação. Afinal, os serviços são realizados em um ambiente disciplinado e medicalizado, próprio das organizações hospitalares, ainda mais quando se trata de unidade militar. 31. Conforme já por mim observado por ocasião do Acórdão 2463/2019-TCU-1ª Câmara o qual foi citado nas alegações do HCE, em declaração de voto ali registrada, a Súmula TCU 281, que diz 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", deve ser respeitada, uma vez que o objetivo da mencionada súmula de jurisprudência não é impedir a participação de cooperativas em licitações, mas sim vedar a sua participação nos casos em que a prestação de serviços configure subordinação, pessoalidade e habitualidade entre os trabalhadores executores dos serviços e o contratante. Ocorre que, evidentemente, o serviço de enfermagem não pode ser exercido com plena autonomia pelos cooperados em face do Hospital Central do Exército, como indicado no art. 10, inciso I, da IN/SEGES/MP 5/2017. 32. Ademais, em que pese as alterações legislativas privilegiarem o cooperativismo, essas devem se portar dentro de certos limites traçados pelo legislador, incluindo não só as disposições legais específicas, mas também os princípios que regem as contratações públicas e a própria administração. Assim, pois, naquela deliberação citada foi que indiquei que as sociedades

cooperativas gozam de privilégios tributários, trabalhistas e previdenciários que não alcançam as sociedades empresariais, sendo essa condição diferenciada capaz de ferir o princípio da isonomia previsto expressamente na Lei 8.666/1993 e, de um modo mais amplo, na própria Constituição, caso não haja regramento específico visando a preservação do princípio, procurando igualar, na licitação, as condições de propostas de licitantes-empresas com as de licitantes-cooperativas. 33. O cerne da irregularidade, todavia, reside no fato de que os serviços em questão configuram de fato situação que colide com o entendimento sumulado por este Tribunal, bem assim, com as disposições contidas no art. 5º da Lei 12.690/2012, e com o Termo de Conciliação Judicial firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a União, a jurisprudência deste Tribunal, e com o disposto no art. 10, inciso I, da IN/SEGES/MP 5/2017. 34. Esses obstáculos não foram ultrapassados pelas condições evidenciadas nos autos em relação ao pregão aqui examinado. 35. Visto que nem todos os apontamentos realizados pelo denunciante foram considerados irregulares, entendo que a denúncia deva ser considerada parcialmente procedente, e, na linha alvitrada pela secretaria, considero adequada a proposição de fixação de prazo para a anulação da licitação e demais atos dela decorrentes, a fim de que se possa realizar novo certame escoimado do vício apontado, qual seja, a permissão de participação de cooperativa. Ressalto, nesse sentido, que o escopo deste processo se limitou à apreciação dessa matéria, não se estendendo, como já mencionei, sobre a terceirização pretendida à luz do art. 9º da IN/SEGES/MP 5/2017. Ante o exposto, acolhendo a análise e pronunciamento da Selog, manifesto-me por que o

Tribunal aprove o Acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado. TCU, Sala das Sessões, em 6 de julho de 2022.

AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI Relator”

Já em 2019, a necessidade de revisitação da Súmula 281 do TCU foi sugerida pelo relator **Bruno Dantas, no acórdão 2463/2019 (Primeira Câmara do TCU)**, no qual votou pela possibilidade de participação de Cooperativas em licitações Públicas:

Acórdão

Acórdão 2463/2019-Primeira Câmara

Data da sessão: 19/03/2019

Relator: BRUNO DANTAS

Área: Licitação

Tema: Cooperativa

Subtema: Vedação

Outros indexadores: Natureza jurídica, Atividade econômica, Estatuto social, Prestação de serviço

Tipo do processo: REPRESENTAÇÃO

Enunciado

A vedação à participação de cooperativas em licitação não deve levar em conta a natureza do serviço a ser contratado, sob pena de violação do art. 10 da Lei 12.690/2012, o qual admite a prestação, pelas cooperativas, de qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, desde que prevista em seu objeto social.

Resumo

Ao apreciar representação que apontava possíveis irregularidades em pregão eletrônico realizado pelo Instituto Nacional de Tecnologia da Informação, cujo objeto era o “registro de preços para eventual contratação de serviços especializados de suporte e administração da

Av. Rio Branco, 151 – gr 603, Centro - Rio de Janeiro/RJ
Telefone: (21) 2224-9534 e-mail: contato@gaudio.adv.br
www.gaudiosantoni.adv.br

infraestrutura de dados, administração de dados e banco de dados e operação em segurança da informação”, a Primeira Câmara do TCU, por meio do Acórdão 2.260/2017, aplicou multa a servidores da entidade em razão de, entre outras falhas, haverem permitido a participação de cooperativas no certame, em “ofensa ao Termo de Conciliação Judicial firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a União, à Súmula TCU 281, e à Instrução Normativa 2/2008 SLTI/MPOG”. Quando da análise dos pedidos de reexame interpostos pelos apenados, o relator assinalou, preliminarmente, que em nenhum dos normativos mencionados havia clareza de que os serviços previstos na licitação não poderiam ser contratados com cooperativas, dando ênfase ao fato de que o termo de conciliação judicial entre a União e o MPT havia sido homologado, em 2003, em decorrência da constatação de que algumas cooperativas só haviam sido criadas para burlar a legislação trabalhista. De acordo com o relator, com a edição das Leis 12.349/2010 e 12.690/2012, teria sido inaugurado um novo regramento jurídico acerca das cooperativas, motivo a demandar uma revisão da Súmula TCU 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”. Nesse sentido, frisou que a inserção da expressão “inclusive nos casos de sociedades cooperativas” no art. 3º, § 1º, da Lei 8.666/1993, por intermédio da Lei 12.349/2010, teve por objetivo “modificar o que ocorria

anteriormente, quando a regra era a não admissão de sociedades cooperativas na disputa dos certames. A Lei 12.349/2010 inverteu essa lógica para que a exclusão de cooperativas de certames passasse a ser exceção, ou melhor, passasse a não existir". Ao se reportar ao art. 10, § 2º, da Lei 12.690/2012, segundo o qual "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", o relator enfatizou que a norma veda o impedimento de cooperativas participarem de licitação pública, da mesma forma que o seu art. 5º impede "explicitamente a utilização de cooperativa como intermediadora de mão de obra subordinada". Por conseguinte, "a preocupação que deve exercer o 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 referida norma". Assim, acolhendo o voto do relator, o colegiado decidiu dar provimento parcial aos recursos, anular o item 9.2.1 do acórdão recorrido, que considerava irregular a participação de cooperativas no referido pregão, e, em função disso, diminuir o valor da multa aplicada aos recorrentes, além de determinar o envio da deliberação proferida à Comissão de Jurisprudência "para que avalie a conveniência e a oportunidade de visitar o entendimento proferido na Súmula TCU 281".

Excerto

Relatório:

Por registrar as principais ocorrências havidas no andamento do processo até o momento, resumindo os fundamentos das peças acostadas aos autos, adoto como relatório, com os ajustes necessários, a instrução do auditor da Secretaria de Recursos (peça 116) , que contou com a anuência do corpo diretivo da unidade (peças 117-118) :

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se de pedidos de reexame interpostos por [recorrente 1] (peça 89) , [recorrente 2] (peça 93) , [recorrente 3] (peça 88) , [recorrente 4] (peça 90) e [cooperativa] (peça 70) contra o Acórdão 2.260/2017-TCU-1ª Câmara (peça 52) , exarado nos seguintes termos:[...]9.2. nos termos do art. 250, inciso II, do RI/TCU, determinar ao ITI que se abstenha de prorrogar o contrato decorrente do Pregão Eletrônico 6/2016 e adote providências com vistas à realização de nova licitação destinada à substituição desse ajuste, tomando as cautelas necessárias para evitar a recorrência das seguintes irregularidades, identificadas nestes autos, informando, no prazo de 30 dias, a situação atual do contrato e plano de ação para a realização do novo certame, com nome do setor responsável para cada ação e cronograma: 9.2.1 permissão à participação de cooperativas de trabalho no certame, em afronta aos arts. 4º, inciso II, e 5º, da Lei 12.690/2012, à Súmula 281 do TCU, ao Termo de Conciliação Judicial entre a União e o Ministério Público do Trabalho, de 5/6/2003, e ao art. 4º da Instrução Normativa 2/2008 SLTI/MPOG; [...].”

Voto: Trata-se de pedidos de reexame interpostos por [recorrentes 1, 2, 3 e 4] e [cooperativa] contra o Acórdão 2.260/2017-TCU-1ª Câmara.

2.0 referido acórdão rejeitou as razões de justificativa dos quatro primeiros recorrentes e aplicou-lhes, individualmente, multa no valor de R\$ 15.000,00, com fulcro no art. 58 da Lei 8.443/1992, em razão de irregularidades no Pregão Eletrônico 6/2016, realizado pelo Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (ITI) .

3.0 certame tinha por objeto o registro de preços para eventual contratação de serviços especializados de suporte e administração da infraestrutura de dados, administração de dados e banco de dados e operação em segurança da informação - SIC (peça 1, p. 69) , pelo valor estimado de R\$ 83.470,90 por mês.

[...]

5.Em resumo, as infrações disseram respeito principalmente: i) à previsão de contratação de cooperativas no edital do certame; ii) à ausência de republicação do edital após modificação; iii) à negativa de conhecimento desarrazoada de recursos de licitantes; iv) à escolha inadequada do sistema de registro de preços; v) à adjudicação inadequada do objeto licitado por valor global e vi) à previsão de adesão à ata sem justificativa.

[...]

29.Entendo que a punição no caso em relevo foi desproporcional à natureza e à gravidade das infrações, às suas consequências econômicas para a administração, bem como às circunstâncias que envolviam os agentes.

[...]

31. Destaco, como já mencionado, que, sob o aspecto econômico, o preço mensal contratado foi consideravelmente menor do que o valor estimado. Ademais, os dados constantes nos autos não levantam qualquer indício de que o valor contratado estaria acima do preço de mercado. Dessa forma, não verifico a ocorrência de dano ao erário decorrente das infrações. Ao contrário, tudo indica que a contratação tenha gerado economia.

[...]

35. Sobre o aspecto da existência de dano ao erário, cumpre ainda abordar o risco de ações trabalhistas mencionado na decisão recorrida. Segundo a decisão, embora tivesse havido economia no preço da contratação, poderia ter havido prejuízo à administração em razão de possíveis ações trabalhistas decorrentes da contratação irregular da cooperativa para exercer atividade com natureza de vínculo empregatício. Todavia, considero que tal suposição não é suficiente para se concluir pela ocorrência de dano ao erário.

36. Como dito, trata-se apenas de uma suposição, fato que poderia não acontecer, sobretudo se considerarmos que a mesma cooperativa já havia prestado serviços para o instituto por cinco anos sem nenhum relato de existência das referidas ações e de que há conclusão investigativa do Ministério Público do Trabalho no sentido de tratar-se de cooperativa idônea (peça 71) .

37. Outrossim, ao meu ver, não estava claro que a contratação da cooperativa para o serviço em foco constituía irregularidade ou vedação legal ou regulamentar.

38. Alegou-se ofensa ao Termo de Conciliação Judicial firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a União, à Súmula TCU 281, e à Instrução Normativa 2/2008 SLTI/MPOG.

39. O Termo de Conciliação firmado entre o MPT e a União data de 2003 e foi homologado nos autos da Ação Civil Pública proposta perante a 20ª Vara do Trabalho de Brasília (Processo 01082-2002-020-10-00-00), depois de constatado que algumas cooperativas só tinham sido criadas para burlar a legislação trabalhista.

[...]

41. Note-se que o termo não lista o serviço objeto do certame em discussão.

42. Seguindo a mesma linha do ajuste, o TCU, após reiteradas decisões tomadas entre 2003 e 2006, resolveu editar a Súmula 281, estabelecendo 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.

43. A Instrução Normativa 2/2008 SLTI/MPOG, por sua vez, revogada pela IN 5/2017, assim dispunha em seu art. 4º:

[...]

44. Também, em nenhum dos mencionados normativos, há, ou havia, clareza de que os serviços previstos na licitação em relevo (suporte e administração da infraestrutura de dados, à administração de dados e banco de dados, e à operação em segurança da informação) não poderiam ser contratados com cooperativas. Tal inferência teria que advir de um juízo, decerto subjetivo, sobre a natureza do

serviço, ou seja, se tal serviço implicava subordinação e pessoalidade.

[...]

47. Assim, diante da incerteza de que a admissão de cooperativas no caso em foco era vedada, não vejo como apenar os agentes por esse fundamento.

45. Ademais, com o advento das Leis 12.349/2010 e 12.690/2012, inaugurou-se, a meu ver, um novo regramento jurídico acerca das cooperativas, o qual requer a revisão da Súmula 281 deste Tribunal. Explico melhor o meu entendimento a seguir.

48. A Lei 12.349/2010 acrescentou a expressão "inclusive nos casos de sociedades cooperativas" ao §1º do art. 3º da Lei de Licitações, abaixo transcrito:

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;

49. Enfatize-se que a alteração é posterior ao termo de conciliação do Ministério Público do Trabalho, de 2003, e a Instrução Normativa 2/2008 da SLTI/MPOG, bem como aos precedentes que respaldaram a Súmula 281 desta Corte.

50. A inserção dessa expressão na lei de licitações visou, sem sombra de dúvidas, modificar o que

ocorria anteriormente, quando a regra era a não admissão de sociedades cooperativas na disputa dos certames. A Lei 12.349/2010 inverteu essa lógica para que a exclusão de cooperativas de certames passasse a ser exceção, ou melhor, passasse a não existir.

[...]

52. Assim, com o devido respeito a decisões passadas desta Corte, entendo que a lei proibiu explicitamente a inserção de cláusulas no edital visando impedir a participação de cooperativas.

53. Por sua vez, a Lei 12.690/2012, que dispõe sobre organização e funcionamento de cooperativas de trabalho, estabeleceu no seu art. 10, § 2º:

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.

54. Mais uma vez o legislador acrescentou norma que veda o impedimento de cooperativas participarem de licitação pública.

[...]

56. 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, a saber:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

(...)

§ 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

[...]

59.Com o advento da Lei 12.690/2012, foram criados mecanismos para o incentivo de cooperativas e sua não utilização como instrumento de burla a direitos trabalhistas.

[...]

61.Como se observa, um dos objetivos da lei foi coibir as fraudes, vedando a intermediação de mão-de-obra sob o subterfúgio das cooperativas de trabalho. 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.

[...]

63.Além disso, a lei vedou explicitamente a utilização de cooperativa como intermediadora de mão de obra subordinada:

Art. 5º A Cooperativa de Trabalho não pode ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada.

[...]

65.Portanto, o contexto em que foi assinado o Termo de Conciliação entre o Ministério Público do Trabalho e a União, bem como em que se proferiram os precedentes que embasaram a Súmula TCU 281, é bem diferente do atual. Naquela época, o risco de utilização de cooperativas como meio de burlar a legislação trabalhista era bem maior, o que, de certa forma, justificava a vedação de contratação desse tipo de associação para a execução de determinados serviços típicos de relação empregatícia.

66.Com a edição da lei, todavia, a preocupação que deve exercer o 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 referida norma.

67. Cumpre mencionar que a Lei 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: 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.

68. Destarte, não faria sentido vedar a contratação dessas associações com base no gênero de serviço a ser prestado.

Acórdão:

9.5. anular o item 9.2.1. do Acórdão 2.260/2017-TCU-1ª Câmara;

9.6. encaminhar esta deliberação à Comissão de Jurisprudência desta Corte, para que avalie a conveniência e a oportunidade de revisitar o entendimento proferido na Súmula TCU 281, à luz das considerações lançadas no voto condutor deste acórdão e dos fundamentos apresentados na declaração de voto.

Referência legal

- Lei Ordinária 12.690/2012 Art. 10 Congresso Nacional

Publicado

Informativo de Licitações e Contratos nº 365 de 16/04/2019

Vale destacar que a referida Súmula foi baseada em acórdãos proferidos pelo TCU no ano de **2003 a 2006**, época que as Cooperativas de Trabalho estavam inseridas num **contexto social completamente diferente do atual**. Destaca-se, essa súmula foi editada com base em acórdãos proferidos a mais de 15 anos atrás.

Nesse período, diversas Cooperativas foram constituídas com a intenção de fraudar direitos trabalhistas, utilizando como fundamento o artigo 442, § único da CLT. Tal artigo prevê que não há vínculo de emprego entre a Cooperativa e seus associados.

Valendo-se da má-fé, Cooperativas foram constituídas com o fim de utilizar os cooperados para prestarem seus serviços com todos os requisitos de vínculo de emprego, mas, respaldados pelo dispositivo mencionado, eram remunerados como se cooperados fossem.

Daí que surgiu o pré-conceito de que Cooperativas de Trabalho são verdadeiras intermediadoras de mão de obra.

Diante desse cenário, o Ministério Público do Trabalho, na defesa de suas atribuições, ajuizou diversas ações civis públicas em face destas falsas cooperativas, objetivando sua dissolução.

Assim, considerando esse ambiente que as Cooperativas de Trabalho estavam inseridas, de fato, a edição da Súmula foi necessária para resguardar o interesse público.

Ocorre que, de lá para cá transcorreram mais de 15 anos e **a realidade acerca das cooperativas de trabalho mudou bruscamente**.

As Cooperativas fraudulentas foram praticamente extintas com a atuação do Ministério Público do Trabalho, a fiscalização e o reconhecimento do *modus operandis* dessas falsas cooperativas pela Administração Pública dificultaram sua propagação e funcionamento.

Ademais, em 2012 entrou em vigência a Lei nº 12.690 que regulamenta a organização e funcionamento das Cooperativas de Trabalho.

Ou seja, hoje vivenciamos um cenário completamente diferente da época da edição da Súmula 281 do TCU. Como já dito, as cooperativas fraudulentas foram rechaçadas pela atuação do MPT, editou-se lei que regulamenta esse tipo societário, a própria jurisprudência trabalhista avançou no sentido de reconhecer a legalidade de diversas cooperativas de trabalho atuais.

Ora, o direito deve acompanhar as mudanças sociais, se adequando aos novos contextos que nos inserimos. Assim, da mesma forma que contexto das Cooperativas de Trabalho mudou da "água pro vinho", o entendimento sobre o tema também deve mudar.

Com efeito, o procedimento licitatório enquanto ato administrativo vinculado que o é, deve obrigatoriamente obedecer à legislação, não podendo conter disposições que vão de encontro com nosso ordenamento jurídico.

Não há coerência em se afastar a sociedade cooperativa por uma suposta necessidade de vínculo e subordinação e, em contrapartida, declarar vencedora uma empresa de gestão de recursos humanos.

Tal medida configuraria uma ilegal reserva de mercado, excluindo a impetrante por exigências que não são aplicadas aos outros participantes, restringindo indevidamente sua participação no certame.

DA AUSÊNCIA DE CLÁUSULA EDITALÍCIA VEDANDO A PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA VINCULAÇÃO AO EDITAL.

Conforme já informado, o edital de licitação não possui qualquer cláusula que vede a participação de cooperativas de trabalho no certame.

Portanto, pressupõe-se que sociedades do tipo cooperativas podem participar do certame em iguais condições aos demais licitantes.

Conforme é sabido, as cláusulas contidas no edital são a "lei" da licitação. Nesse sentido, aplica-se também o princípio da segurança jurídica, uma vez que, nenhum licitante pode ser surpreendido com questões alheias àquelas contidas no edital.

Ora, se não há vedação a participação de cooperativas no edital, há uma expectativa de que sociedades desse tipo podem participar em igualdade de condições com os demais tipos societários.

Porém, o que ocorreu é ainda mais grave: uma sociedade cooperativa participou do certame, apresentou o menor lance, sagrou-se vencedora da licitação, mas está sendo atacada com base em fundamentos que sequer constam no edital.

As licitantes recorrentes procuram INOVANR os termos do edital, o que é inadmissível no Estado de Direito.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório é corolário do princípio da legalidade e da objetividade das determinações habilitatórias. Impõe à Administração e ao licitante a observância das normas estabelecidas no Edital de forma objetiva, mas sempre velando pelo princípio da competitividade.

Quando se falar em vinculação ao instrumento convocatório, há uma regra de obrigatoriedade para que a autoridade não omita regras e condições impostas para a participação e execução do contrato. Assim, o Edital desce às minúcias, não podendo ser abstrato a ponto de haver interpretações dúbias. No caso concreto é que se analisará a possibilidade de algum juízo valorativo quanto à forma de prestação de dado serviço, por exemplo. Determinadas mudanças, quando o fim é atingido, poderão estar protegidas pela instrumentalidade das formas, desde que a boa-fé e a ausência de prejuízo para as partes estejam presentes.

Evidenciamos: qualquer quebra do nexo de relação entre o Edital e suas exigências, o objeto da licitação e a execução dos serviços ou aquisição de bens, ensejará a desvinculação ao ato convocatório. Logo, haverá quebra de referido princípio.

**DA PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO FOMENTO AO COOPERATIVISMO –
CONTRASENSO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

O primeiro ponto que deve ser destacado é previsão constitucional de fomento ao cooperativismo.

Ora, o parágrafo segundo do artigo 174 da Constituição Federal prevê expressamente que a lei apoiará e estimulará o cooperativismo, senão vejamos:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

(...)

§ 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

Num cenário onde a própria Constituição Federal prevê o apoio e fomento ao cooperativismo, uma licitação pública que impossibilita a participação desse tipo societário no certame é um total contrassenso a nossa lei maior.

As Cooperativas são apenas um tipo societário diferente das convencionais, como S.A ou limitada, por exemplo. Mas nada as impedem de firmar contratos com a administração pública, ainda mais com um dispositivo constitucional determinando que a lei estimule o cooperativismo. Destaca-se ainda os diversos dispositivos infralegais que preveem, expressamente, a participação de cooperativas em licitações públicas.

A redução do campo de atuação das cooperativas nas contratações administrativas criaria uma verdadeira reserva de mercado para sociedades empresárias capitalistas, vocacionadas em sua essência para a tensão entre capital e trabalho.

Também implicaria em entender como inadequadas muitas das cooperativas de trabalho que se dedicam a serviços tradicionais como segurança, limpeza e conservação, entre outros, sonhando a esses trabalhadores a possibilidade de organizarem seu trabalho de acordo com um modelo fomentado pela própria Constituição Federal.

DA POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS - PREVISÃO EXPRESSA NA LEI FEDERAL Nº 12.690/12 - ARTIGO 10º, PARÁGRAFO SEGUNDO.

A lei nº 12.690/2012 dispõe acerca do funcionamento e organização das Cooperativas de Trabalho, tipo societário da impetrante.

A referida legislação é expressa quanto à possibilidade de Cooperativas de Trabalho participar de licitações públicas. Além do mais, tal lei estabelece critérios objetivos que autorizam ou não a contratação de cooperativas pela Administração Pública.

Em suma, a referida legislação é expressa, conforme artigo 10º, §2º, quanto à possibilidade das Cooperativas de Trabalho participar de licitações públicas e se tornarem prestadoras de serviço para a Administração Pública.

“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. (grifamos)

Ou seja, apenas a flagrante incompatibilidade entre o objeto da licitação e a atividade econômica declarada no Estatuto Social da cooperativa pode objetar sua participação nos certames.

E, no caso em tela, o objeto social da Cooperativa, conforme disposto em seu estatuto social, é plenamente congruente com o objeto da licitação.

Como a lei de 2012 não só veda a restrição, mas, a rigor, estabelece um único critério para fazê-lo, posição contrária eventualmente adotada no ato administrativo não só seria refratária como invadiria a competência da Justiça do Trabalho, ao presumir que o objeto dos certames só possa ser realizado em regime de subordinação.

A nova lei é pródiga em demonstrar que o regime de trabalho em cooperativas não é subordinado nem autônomo, e sim constitui um regime próprio, apontando esta, dentre outras razões que demonstram o equívoco da decisão administrativa. A natureza dessa relação de trabalho será analisada.

JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR ensina:

“A Constituição estimula o cooperativismo. Para homenagear a diretriz constitucional é que os editais de licitação podem admitir a participação dessas entidades tais como são, o que poria em conflito com a Constituição qualquer tentativa administrativa de estabelecer fatores compensatórios dos gravames previdenciários e trabalhistas a que se sujeitam as empresas; a distinção que favorece as cooperativas existe, é da natureza dessas entidades e tendo, como tem, assento constitucional e legal, não pode ser suprimida pelo edital. **O cuidado deste limitar-se-á a exigir a comprovação de que atuam juridicamente como cooperativas, observados os requisitos constitucionais e legais que as tipificam.**”¹

Seria um absoluto contrassenso com a Constituição Federal impedir que as cooperativas tivessem acesso a essa importante e significativa parcela da economia que decorre dos contratos celebrados pelo Poder Público.

Conforme já mencionado, a própria Constituição Federal dispõe, em seu artigo 174, §2º, o fomento ao cooperativismo. Ora, qual é a lógica da Constituição Federal estimular sociedades cooperativas e

¹ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 161.

impedi-las de participarem de procedimentos licitatórios da Administração Pública? Nenhum.

A própria Administração Pública estaria criando uma reserva de mercado, restringindo a possibilidade de Cooperativas firmarem contratos com Estado, o que é ilegal, considerando nosso ordenamento jurídico.

DA POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS – PREVISÃO EXPRESSA NA LEI FEDERAL Nº 14.133/2021 – ARTIGO 9º, INCISO I, ALÍNEA “A”

A Lei nº 14.133/2021 institui normas para licitações e contratos da Administração Pública. Ou seja, qualquer órgão da Administração Pública que pretenda contratar determinado serviço através de uma licitação deve observar e cumprir o que disciplina a referida Lei.

E assim como na Lei de Cooperativas de Trabalho, a Lei de licitações também dispõe acerca da possibilidade de Cooperativas participarem de licitações públicas.

Na verdade, a lei dispõe que o agente público não poderá estabelecer cláusulas ou condições que restringir ou frustrar a participação de sociedade cooperativas no certame.

Dispõe o artigo 9º, inciso I, “a)” da referida Lei:

Art. 9º **É vedado ao agente público** designado para atuar na área de licitações e contratos, ressalvados os casos previstos em lei:

I - **admitir**, prever, incluir ou tolerar, nos atos que praticar, **situações que:**

a) **comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório, inclusive nos casos de participação de sociedades cooperativas;**

A própria Lei que estabelece as diretrizes a serem seguidas pela Administração Pública para a realização de uma licitação prevê, EXPRESSAMENTE, que NÃO poderá haver cláusulas que vedem a participação de cooperativas de trabalho no certame.

Não se trata de interpretação, mas sim literalidade da lei.

Nosso ordenamento jurídico é sistemático. Ou seja, ele deve ser analisado com um todo. Por tal motivo que o um mesmo tema deve ter um mesmo tratamento, mesmo que em legislações diversas.

Isso fica claro no momento que analisamos o artigo 10º da Lei nº 12.690/2012, o artigo 3º da Lei nº 8.666/1993 e o artigo 174 da Constituição Federal, onde todos preveem, expressamente, a possibilidade de Cooperativas participarem de licitações públicas.

Sendo assim, demonstra-se mais um dispositivo que prevê, literalmente, a impossibilidade de vedação de cooperativas em procedimentos licitatórios.

ACERCA DA SUPERAÇÃO DO ACORDO ENTRE A AGU E O MPT

A posição atual do TCU, como dito, não deixa dúvidas sobre a superação do acordo em ACPU. Mas não é só.

Não fosse, por si só, inconstitucional o acordo judicial em ACPU, bem como a posição manifestada pelo TCU, apresentada como cerne da fundamentação do ato administrativo, trata-se situação jurídica amplamente superada pela Lei Federal nº 12.690/2012, não antes da própria alteração, em 2010, do art. 3º, §1º, da Lei 8.666/93 e a nova redação do art. 9º, I, "a)", da Lei n. 14.133/2021.

Ocorre que a novel legislação de regência das sociedades cooperativas "ditas de trabalho", a Lei Federal nº 12.690, de 19 de julho de 2012, não somente é bastante mais explícita quanto à vedação imposta ao agente público, como é a única legislação que estabelece o critério objetivo que autorizaria a contratação de cooperativas pela Administração:

"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.

Ou seja, apenas a flagrante incompatibilidade entre o objeto da licitação e a atividade econômica declarada no Estatuto Social da cooperativa pode objetar sua participação nos certames.

No âmbito federal, mesmo antes da irradiação dos efeitos jurídicos da Lei 12.690/2012, já se alinhava em mesmo sentido o Ministério do Planejamento, conforme consta da Instrução Normativa nº 02/2008-SLTI/MPOG.

A tentativa de conformar um regime apropriado para as cooperativas cuja operação econômica com seus sócios envolve trabalho foi parcialmente, e com maior ou menor acerto, estabelecida em 2012, com a Lei Ordinária nº 12.690. Entretanto, subsistem reacionárias manifestações sociais fechadas em axiomas que impedem a compreensão da efetiva natureza das relações de trabalho estabelecidas entre cooperativa e sócios, a partir do contrato plurilateral de

sociedade, culminando, inclusive, em frágeis e pragmáticas construções jurídicas que vedam o acesso dessas pessoas jurídicas ao mercado dos contratos públicos.

Daí porque, mesmo antes do advento da Lei Federal nº 12.690/12, e da alteração da Lei nº 8.666/93, decorrente do advento da Lei nº 12.349/10, as cooperativas já poderiam participar de licitações públicas. O novo regime, entretanto, não permite conduta diversa do Administrador, que deve atender ao Princípio da Legalidade.

“Mas agora não cabe qualquer dúvida, sendo inconstitucional e ilegal os editais ou decisões administrativas que não reconheçam a legitimidade de as cooperativas participarem de licitações públicas e contratarem com o Poder Público.

Devem ser afastadas cláusulas que exigem a obrigatoriedade de vínculo empregatício com a única e exclusiva justificativa de afastar as cooperativas - em especial quando despidos de qualquer motivação fática razoável.

(...)

Enfim, existe um amplo espaço de atuação para que os entes públicos, nos seus editais e contratos, busquem mecanismos e formas de afastar as “falsas” cooperativas que prejudicam, a um só tempo, os trabalhadores, os entes públicos e as “verdadeiras” cooperativas.

O que não pode é, por puro pragmatismo, os entes públicos vedarem genericamente a participação de cooperativas nas licitações públicas para minimizarem o risco de responsabilidade

subsidiária, o que implicaria em uma punição injusta para as cooperativas e um flagrante descumprimento da Constituição Federal e da legislação em vigor.”

O advento da Lei 12.690/12, insiste-se, explicitamente fulmina os efeitos jurídicos eventualmente ainda produzidos pelo acordo judicial citado, tal como já se reconhece no âmbito da Administração Federal, consoante doutrina do Procurador Federal Dr. Diego da Fonseca Hermes Ornellas de Gusmão:

“Cumpre, por fim, analisar se o entendimento que reputa superado o termo de conciliação homologado em juízo, pela superveniência das Leis 12.349/2010 e 12.690/2012, prejudica a coisa julgada, prevista o art. 5º XXXVI, da Constituição da República.

A coisa julgada material incidente nas relações jurídicas de trato sucessivo alcança tão somente as prestações vencidas e exigíveis, dada a repercussão da cláusula rebus sic stantibus sobre o princípio da imutabilidade das sentenças, na medida em que cuida de decisões proferidas consoantes o arcabouço fático-jurígeno existente ao tempo da prolação, que pode sofrer alteração superveniente.

(...)

Dessa forma, em se tratando de relação jurídica continuativa, mutável no prolongamento do tempo, não é menos cediço que a sentença que dela cuida - denominada em doutrina como “sentença determinativa” - traz em si, implicitamente, a

cláusula rebus sic standibus, vez que, ao promover o acerto definitivo da lide, leva em consideração a situação de fato e de direito existente, prevalecendo enquanto este contexto perdurar.

Destarte, se, por um lado, a sentença transitada em julgado que cuide de relação jurídica continuativa ostenta, sim, "eficácia" de coisa julgada, por outro lado, não tem o condão de impedir as variações dos elementos constitutivos daquela relação continuativa, vale dizer, não obsta que lei nova regule diferentemente os fatos ocorridos a partir de sua vigência.

Assim, constatado que houve alteração do quadro normativo que conferia base para o termo de ajustamento de conduta firmado, não há que se falar em violação à coisa julgada pela aplicação da Lei nº 12.690/12 para as novas licitações deflagradas a partir da vigência da nova legislação."

Note-se que, a rigor, a participação de cooperativas nos certames nunca foi objeto de qualquer vedação legal. Ao revés, as proibições de participação direta ou indireta na licitação estão descritas no art. 9º da Lei nº 8.666/93 e que na qualidade de exceções devem ser interpretadas restritivamente e não extensivamente.

A rigor, o acordo AGU/MPT já desconhecia a real natureza do trabalho regular realizado em cooperativas, preferindo presumir que somente seria lícito contratar cooperativas de trabalhadores plenamente autônomos.

Como se não bastasse, a Lei de Licitações trata, na documentação necessária à habilitação jurídica, da permissão da participação em licitações públicas de sociedades civis. Ora, a Lei 5.764/71 em seu artigo 4º define as cooperativas como sociedade civil. Assim, é inevitável concluir que a participação de cooperativas em licitações públicas encontra amplo e total respaldo legal.

Pelo exposto, conclui-se que não há subsídio legal para a vedação da participação da cooperativa em licitações públicas. Muito pelo contrário. Qualquer procedimento licitatório contendo norma proibitiva da participação de cooperativas em licitações choca-se frontalmente com o disposto na Lei e com a ratio constitucional.

Acrescente-se ainda que a restrição à participação de cooperativas em licitação é forma de restringir o caráter competitivo da licitação com violação do já mencionado art. 9º, I, "a)", podendo, inclusive, tal conduta ser enquadrada criminalmente no artigo 90 do Estatuto Licitatório (frustrar, mediante qualquer expediente, o caráter competitivo da licitação. Pena de 2 a 4 anos, além de multa).

Superadas todas as possibilidades de discussão quanto à inexistência de relação de emprego, considerando as exposições acima, verifica-se que, em verdade, existe uma ilegalidade patente.

Não existe relação de emprego configurada no objeto do Edital e a impossibilidade de participação de cooperativas configura gritante ilegalidade.

DA INTERPRETAÇÃO EQUIVOCADA DA SÚMULA 281 DO TCU

Em que pese o tópico acima, deve-se destacar a correta interpretação acerca da Súmula 281 do TCU.

É importante destacar que a impetrante é cooperativa de trabalho nos termos da Lei 12.690/12, e **não intermedia mão de obra**, nos termos do artigo 4º:

Art. 4º. 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.

Tal posição foi considerada e abalizada pelo legislador no art. 2º, cujos requisitos são absolutamente preenchidos pela Recorrente.

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.

A súmula utilizada como fundamento para a vedação de participação da impetrante, em verdade, uma evidência da evolução do entendimento do TCU sobre a matéria:

A Súmula Nº 281 de 11/07/2012 reza:

“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.”

O art. 2º da Lei de Cooperativas de Trabalho esclarece, textualmente, que a coordenação dos serviços realizados nas cooperativas não implica em subordinação:

“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.

§1º A autonomia de que trata o caput deste artigo deve ser exercida de forma coletiva e coordenada, mediante a fixação, em Assembleia Geral, das regras de funcionamento da cooperativa e da forma de execução dos trabalhos, nos termos desta Lei.

§2º Considera-se autogestão o processo democrático no qual a Assembleia Geral define as diretrizes para o funcionamento e as operações da cooperativa, e os sócios decidem sobre a forma de execução dos trabalhos, nos termos da lei.”

Além do mais, não há qualquer cláusula no edital que preveja a necessidade do serviço ser realizado mediante vínculo de emprego, o que por si só, já possibilita o ingresso da Cooperativa no certame.

O EQUÍVOCO CENTRAL CONTUMAZ – A PRESUNÇÃO DE SUBORDINAÇÃO EM COOPERATIVAS DE TRABALHO

Não se deve articular perigoso argumento que poderia fazer crer que somente se apresentariam cooperativas fraudulentas nos certames.

Em obra coordenada pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, a ideia de que atividades coletivas seriam vedadas em cooperativas porque necessariamente ensejariam subordinação na organização do trabalho constitui profunda e equivocada premissa apontada pelo Ministro Ives Gandra Martins Filho, que insere o cooperativismo de trabalho como “uma das 5 formas de organização laboral dos trabalhadores”, constituindo categoria com premissas e regime próprio, ao lado do trabalho assalariado, do serviço público, do trabalho autônomo e do avulso.²

Não só a doutrina do Direito do Trabalho já avaliou a matéria, mas no campo do Direito Administrativo, há farta argumentação. Flavio Amaral Garcia fixa a distinção entre terceirização e fornecimento de mão-de obra:

“A Justiça do Trabalho deve, ainda, reprimir cada vez mais frequentes contratações de fornecimento de mão de obra, que são, muitas vezes, travestidas por terceirizações.

Na terceirização busca-se a contratação de um serviço específico, com um objeto definido e que encontra, no mercado, várias empresas especializadas e que concentram os seus esforços em uma determinada área de conhecimento.

² MARTINS FILHO, Ives Gandra. Administração Pública e Cooperativismo. Artigo publicado no Capítulo 5 - *Administração Pública e Cooperativismo*, em MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (org). *III Seminário Internacional de Direito Administrativo e Administração Pública: gestão pública - inovações, eficiência e cooperação no âmbito da administração pública*. Brasília: IDP, 2014, p. 115.

Já no fornecimento de mão-de-obra não há um objeto definido. O que se quer não é propriamente um serviço específico, mas um suporte na área de recursos humanos com vistas a atender as mais diversas necessidades administrativas.

Via de regra, as atividades são completamente díspares e envolvem áreas de conhecimento que nem de perto se inter-relacionam. É, a rigor, um “pacote” de serviços, na qual o foco não é no serviço, mas nas pessoas que irão desenvolver o projeto.

É muito comum, nesses casos, a contratada apenas buscar no mercado as pessoas que irão desenvolver os projetos, não estando os profissionais previamente vinculados a ela. A empresa apenas aloca uma determinada mão-de-obra e se remunera por isso.”³

A venda da força de trabalho só se permite no regime protetivo do emprego. As cooperativas fraudulentas são meras intermediadoras de mão-de-obra⁴, não havendo qualquer participação dos cooperados nas

³ GARCIA, Flávio Amaral. *A relatividade da distinção atividade-fim e atividade-meio na terceirização aplicada à administração pública*. In *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, nº 65, 2010, p. 100.

⁴ MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO explica que: “Tais contratos têm sido celebrados sob a fórmula de prestação de serviços técnicos especializados, de tal modo a assegurar uma aparência de legalidade. No entanto, não há, de fato, essa prestação de serviços por parte da empresa contratada, já que esta se limita, na realidade, a fornecer mão-de-obra para o Estado; ou seja, ela contrata pessoas sem concurso público, para que prestem serviços em órgãos da Administração Direta e indireta do Estado. (...) Tais contratos são manifestamente ilegais e inconstitucionais. Eles correspondem a uma falsa terceirização e não escondem a intenção de burla à Constituição. (...) Portanto, o que é perfeitamente possível no âmbito da Administração Pública é a terceirização como contrato de prestação de serviços”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, pp. 166/168). Em igual sentido, veja-se o entendimento de DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS: “A prática demonstra que é comum identificar entre as empresas de prestação de serviços terceirizados um objeto social como uma multiplicidade de atividades a

decisões da sociedade. A estrutura societária cooperativa é utilizada como mera fachada para exploração do trabalhador, que desempenha as suas funções obedecendo a uma hierarquia e não de forma coordenada, e orientada pela diretriz da autogestão.⁵

Equívocada é a suposição de que os serviços só possam ser realizados em regime de subordinação. A rigor, baseando-se em dispositivo de lei 12.690/12, o pregoeiro está presumindo que a cooperativa está cometendo intermediação ilícita de mão de obra(!):

“Art. 5º. A Cooperativa de Trabalho não pode ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada.”

PARASSUBORDINAÇÃO EM COOPERATIVAS – A AUTOGESTÃO, A COORDENAÇÃO E A AUTONOMIA COLETIVA

Preliminarmente ao esclarecimento, importa frisar que a mesma Lei 12.690/12 é esclarecedora quanto a inexistência de subordinação nem de plena autonomia nos serviços prestados através dos trabalhadores reunidos em cooperativas:

“Art. 2º Considera-se Cooperativa de Trabalho a sociedade constituída por trabalhadores para o exercício de suas atividades laborativas ou

ser desenvolvidas, de caráter excessivamente multifacetado, que denuncia a mera intermediação de mão-de-obra. (...) Na verdadeira terceirização, o contrato é firmado com uma empresa prestadora de serviços especializada em determinado ramo de atividade. (...) O objeto de ajuste é a concretização de alguma atividade material especializada, ainda que o serviço a ser prestado não requeira maiores conhecimentos técnicos (exemplo típico dos serviços de limpeza). De qualquer sorte, existe uma atividade material perfeitamente identificável, distinta do mero fornecimento de mão-de-obra”. (RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Terceirização na Administração Pública. São Paulo: LTR, 2001, p. 74).

⁵ Art. 2º, §2º, Lei 12.690/12: Considera-se autogestão o processo democrático no qual a Assembleia Geral define as diretrizes para o funcionamento e as operações da cooperativa, e os sócios decidem sobre a forma de execução dos trabalhos, nos termos da lei.

profissionais com proveito comum, **autonomia e autogestão** para obterem melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho.

§ 1º A **autonomia** de que trata o caput deste artigo deve ser exercida de forma **coletiva e coordenada**, mediante a **fixação, em Assembleia Geral, das regras de funcionamento** da cooperativa e da forma de execução dos trabalhos, nos termos desta Lei.

§ 2º Considera-se **autogestão** o processo democrático no qual a Assembleia Geral define as **diretrizes para o funcionamento** e as operações da cooperativa, e os sócios decidem sobre a forma de execução dos trabalhos, nos termos da lei.” (grifamos)

Esse dispositivo torna insofismável o equívoco do ato administrativo em presumir entendimento que não cabe a contratação de cooperativas quando houver necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o contratado, como também personalidade e habitualidade.

Parte-se de uma pressuposta identificação de que a relação de trabalho que envolve o sócio da cooperativa teria natureza necessariamente autônoma.

Como consectário, não seria adequado ou juridicamente viável, sua utilização em empreendimentos não integrados por profissionais tipicamente autônomos e, assim, ficariam vedadas as contratações de serviços como os de limpeza, conservação, segurança, vigilância, portaria, recepção, copeiragem, reprografia, telefonia, auxiliar de escritório, digitação, ascensorista; de outro giro, admitir-se-ia a contratação de serviços, exemplificativamente, de médico e táxi - nesses casos, o contrato é assinado com a cooperativa, mas quem presta o serviço de forma autônoma é o profissional.

A rigor, convém investigar o que parece uma imprecisão desse entendimento, deslocado da percepção de como se processam efetivamente a maior parte das relações de trabalho nas cooperativas e quais seriam seus corolários jurídicos.

A suposição de que o trabalho do cooperado é ou só possa ser aceito se for absolutamente autônomo implica em consequências como (i) a limitação das cooperativas à prestação de serviços onde haja plena autonomia; (ii) a vedação de terceirização por cooperativas nas atividades meio consideradas típicas, a partir da suposição de que exigiriam subordinação como única forma de serem executadas; e, (iii) como derivação natural das consequências anteriores, a restrição de acesso das cooperativas a determinados mercados onde sociedades empregadoras se inserem porque neles a subordinação seria supostamente indispensável.

A partir dessas consequências, é importante analisar se efetivamente a subordinação constitui a **única forma** de articulação de trabalho coletivo e se as relações de trabalho em cooperativas se processam efetivamente em ambiente de plena autonomia.

Tal exigência de absoluta autonomia estaria, contudo, em desacordo com os mandamentos constitucionais a respeito das cooperativas, em particular o presente no art. 5º, inciso XVIII, da Constituição Federal, que prega o não intervencionismo estatal na matéria.⁶ MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, de longa data, já lecionava que:

“Não se diga que a contratação de cooperativas não é compatível com o trabalho de equipes, eis que inexistente norma nesse sentido. Ao revés, o art. 5º, XVIII, CF, veda a interferência estatal em seu funcionamento, devendo assegurar a liberdade

⁶ XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

de associação. A eventual divisão técnica de tarefas sob uma direção técnica, com vistas à qualidade do resultado, não descaracteriza a opção pelo instituto, cuja organização é livre.⁷

É sob este viés que deve ser feita a leitura dos artigos 2º e 3º, inciso IV, da Lei nº 12.690/12.⁸

A autonomia não pode ser estratificada como característica inerente às relações de trabalho dos sócios de cooperativas. É mais comum que assim não seja. Trata-se de uma constatação que somente pode ser feita de acordo com a estrutura operacional e da organização do trabalho a qual se impuseram os sócios.

Como o próprio artigo 2º, §1º, da nova Lei de Cooperativas infirma, a autonomia deve ser executada de forma coletiva e ordenada pelo grupo, ou seja, não é plena.

É exatamente o que se observa na prática, até mesmo em casos considerados clássicos em que se verificaria a autonomia, como o dos taxistas e dos médicos.

É muito comum o motorista não possuir liberdade plena de escolher qual cliente atenderá, posto que a maior parte das cooperativas de taxistas é quem distribui as chamadas ("corridas"), com base em diferentes critérios possíveis, que levam em consideração, entre

⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Concessões*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 335.

⁸ 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.

§ 1º A **autonomia de que trata o caput deste artigo deve ser exercida de forma coletiva e coordenada**, mediante a fixação, em Assembleia Geral, das regras de funcionamento da cooperativa e da forma de execução dos trabalhos, nos termos desta Lei.

outros, a proximidade da viatura com o local da chamada. Esses trabalhadores não fixam seus honorários livremente, costumam ter que cumprir plantões que assegurem o atendimento da clientela da sociedade, usar uniformes, têm que respeitar filas nos “pontos de táxi” da cooperativa, sujeitam-se, não raro, a regimentos operacionais e disciplinares rígidos. Em suma, não organizam isolada e livremente sua atividade laboral.

De outro lado, esses trabalhadores, enquanto sócios, participam da construção das regras que regerão seu trabalho ou podem revisá-las - o que não encontra paralelo com o direito do trabalhador empregado.

Sergio Pinto Martins é preciso em afirmar que os **“membros da cooperativa não têm subordinação entre si, mas vivem num regime de colaboração”⁹**.

A autogestão mencionada no mesmo artigo 2º da Lei n.º 12.690/12 informa que a estrutura de gestão da cooperativa é peculiar, sendo igualmente um fator de mitigação tanto da hierarquização das atividades quanto da liberdade individual do sócio. Trata-se de uma estrutura de gestão na qual o órgão de cúpula, a assembleia geral, que define todas as diretrizes societárias e operacionais, é constituída pelo próprio trabalhador, sendo votante cada indivíduo na mesma medida (um único voto), independente de sua participação no capital social. A este órgão se subordinam tanto os órgãos executivos quanto os fiscais.

Trata-se, portanto, de uma estrutura de gestão que inverte a posição hierárquica entre o gestor e o trabalhador; e a Lei 12.690/12 é pródiga em instrumentos que buscam incrementar e assegurar tal gestão democrática.

⁹ MARTINS, Sergio Pinto. Cooperativas de Trabalho. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 42.

Não raro, embora praticados com a plena anuência dos cooperados, esses critérios são sequer normatizados. O trabalhador se submete a regra de trabalho, mas pode participar de sua elaboração ou reforma. Seria possível afirmar que é disso que trata a autonomia nas cooperativas, não da figura de um agente isolado em seu trabalho.

Essas condições são impostas pelo próprio grupo, atendendo às necessidades de ordem, eficiência, padronização, identidade e, em especial, de auto-organização do trabalho que é oferecido em mercado competitivo e só pode ser cumprido coletivamente. A organização coletiva do trabalho e o sucesso do empreendimento impõem a mitigação da autonomia no trabalho.

São equivocadas, portanto, as construções jurídicas que buscam lastrear a conclusão de que, nas cooperativas, somente pode ser sócio aquele profissional que trabalhe quando bem lhe aprouver.

Essa linha de compreensão limita o alcance da organização de cooperativas, significando mais uma forma de restringir o campo de liberdade de forma contrária às normas constitucionais mencionadas, bem como à legislação federal¹⁰, apegando-se a uma concepção tradicionalmente apontada pela doutrina como dogmática e superada pelo Direito do Trabalho - este que, paulatinamente, vem tutelando relações laborais para muito além da relação de emprego. ¹¹

O empreendimento, ao recepcionar o ingresso do cooperado, conta com e necessita da operação do sócio. Juridicamente, a **aptidão e compromisso de operação com a cooperativa** constitui **requisito de ingresso e permanência do sócio** nos quadros da sociedade. Isso se faz porque às cooperativas não interessa o sócio meramente

¹⁰ A exemplo do art. 10, caput e § 4º da Lei 12.690/12 e do art. 5º da Lei 5.764/1971.

¹¹ Há relações de trabalho muito além da estrutura binária "autonomia plena" e "subordinação típica". Vide: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 24ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 427/432.

capitalista, e sim o sócio que com ela tenha operações, para quem os serviços destas sociedades e suas estruturas têm razão de existir e que promovem o compartilhamento dos custos de funcionamento do empreendimento coletivo.

De todo modo, é possível verificar que a autonomia plena igualmente não se fundamenta nem na legislação nem na prática. O Direito Comparado revela que esse reconhecimento já se estabeleceu na legislação especializada.¹²

Cabe, então, explicitar a constatação da existência de diferentes graus de autonomia para a necessidade de uma tutela jurídica efetiva e adequada, tomando como chave o conceito de parassubordinação.

O trabalho parassubordinado é uma categoria intermediária entre o trabalho autônomo e o subordinado, abrangendo tipos que não se enquadram exatamente em uma das duas modalidades tradicionais.¹³ VÓLIA BOMFIM CASSAR afirma que “a parassubordinação é a subordinação dos não empregados que têm características de empregado, normalmente apresentada de forma leve, tênue”.¹⁴

¹² A título ilustrativo, menciona-se do Direito Espanhol: “Descartada la calificación del trabajo asociado cooperativo como relación laboral de carácter especial desde la Ley de Relaciones Laborales de 1976, y no incluido en el ámbito de aplicación del Estatuto del Trabajo Autónomo de 2007, la opción del legislador para el encuadramiento y la regulación jurídico-profesional de los socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas ha sido la de primar su condición y régimen social-cooperativo. (...) No obstante, como se dijo, tampoco se ha optado por su alternativa inclusión en el reciente Estatuto común del trabajo autónomo (...) La Ley estatal de cooperativas de 1999 vigente en este momento, reconoce expresa e inequívocamente la calificación societaria-cooperativa de la relación entre el socio trabajador y la cooperativa (art. 80. 1 LCE), llegándola a caracterizar como ‘relación societaria y autogestionada’ (art. 80. 5 LCE).” In RODRÍGUEZ, González del Rey. *El Trabajo Asociado: Cooperativas e otras Sociedades de Trabajo*. Navarra/Espanha: Thomson Aranzadi, 2008, p. 70/71.

¹³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 24ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 457.

¹⁴ CASSAR, Volia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 4ª Ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 255.

IRANY FERRARI sustenta haver, no caso das cooperativas, uma subordinação “*pela metade ou não completa*”, que pode ser chamada de parassubordinação.¹⁵ Esta, como se verifica, pode ser tratada de forma análoga ou sinônima de coordenação. Sobre o trabalho coordenado, AMAURI CÉSAR ALVES apresenta o seguinte conceito:

“A coordenação da prestação é entendida como a sujeição do trabalhador às diretrizes do contratante acerca da modalidade da prestação, sem que haja, neste contexto subordinação no sentido clássico e já analisado do termo. É a atividade empresarial de coordenar o trabalho sem subordinar o trabalhador. É, ainda, a conexão funcional entre a atividade do prestador do trabalho e a organização do contratante, sendo que aquele se insere no contexto organizativo deste - no estabelecimento ou na dinâmica empresarial - sem ser empregado.”¹⁶

OTAVIO PINTO SILVA esclarece que a doutrina italiana procura deixar clara posição intermediária da coordenação (parassubordinação) entre a autonomia e a subordinação, afirmando que esse trabalho se desenvolve com independência e sem a direção do destinatário dos serviços (parte semelhante com a autonomia), mas se inserem na organização deste (parte semelhante com o trabalho subordinado típico).¹⁷

¹⁵ FERRARI, Irany. *Cooperativas de trabalho: existência legal*. São Paulo: LTR, 1999, pp. 36/37.

¹⁶ ALVES, Amauri César. *Novo contrato de emprego: parassubordinação trabalhista*. Apud CASSAR, Volia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 4ª Ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 257.

¹⁷ SILVA, Otavio Pinto e. *Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho*. São Paulo, LTR, 2004, p. 102.

Diferentemente do que ocorre no trabalho subordinado, o trabalho coordenado tem a característica de ter a atividade laboral prometida pelo trabalhador tendo em vista um programa que é consensualmente definido, tal como ocorre com as atividades assumidas pelas cooperativas.

A coordenação surge, então, absolutamente em conformidade com os conceitos de *autogestão*, contido inclusive na nova lei de cooperativas, com o sentido de "ordenar juntos". Todos possuem a seu dispor medidas a propor para alcançar o objetivo comum.

Perceber a coordenação e a autogestão como características do trabalho em cooperativas conduziria a novo feixe de conclusões, diversas daquelas encontradas na ainda dominante corrente federal, tais como:

- Reconhecimento da juridicidade da autogestão e coordenação dos trabalhos coletivos prestados pelos trabalhadores sócios de cooperativas;
- Reconhecimento de Garantias Compensatórias Equivalentes à Diminuição da Liberdade Individual no Trabalho, na forma de direitos sociais do trabalho;
- Afastamento da Premissa da Obrigatoriedade da Terceirização Restrita ao Regime de Trabalho Subordinado;
- Reconhecimento do Regime Autogestionário (Parassubordinado) como regular;
- Identificação de Habilidade Compatível com o Regime de Trabalho Cooperativo;
- A possibilidade de participação de cooperativas em licitações e contratos não cingidos apenas a serviços plenamente autônomos;
- A possibilidade de contratação de cooperativas em qualquer serviço franqueado a qualquer sociedade empresária.

Foi com esse espírito que a Lei 12.690/12, em seu já colacionado artigo 2º, buscou ampliar a participação dos sócios nas decisões sobre o empreendimento.

Obviamente, há implicações práticas para o grau de autogestão do negócio pelo quadro social, mas não é só. A lei declarou o que se processava efetivamente no campo das relações de trabalho nas cooperativas - que a autonomia do sócio não é plena:

Descreve a lei elementos básicos que fazem parassubordinado o trabalho do cooperado. Ela prevê a necessidade da presença de coordenadores de trabalho, cuja atuação não induz subordinação, ademais, pelo fato de serem os mesmos escolhidos pelo próprio quadro de obreiros (art. 7º, §6º).

Mais uma vez, especialmente porque o trabalhador participa ou anui com regras coletivas de autogestão do trabalho é que deve ser prestigiada a atuação das cooperativas, e não sufocada.

Daí não se abonar soluções que determinam, em tese, o que são serviços subordinados e, portanto, caracterizadores de intermediação mão de obra, como ocorreu no plano federal com o advento do acordo celebrado entre o Ministério Público do Trabalho e a Advocacia Geral da União.

A listagem dos serviços que são vedados às cooperativas compreende grande parte das atividades meio que compõem as terceirizações dos entes públicos, englobando limpeza, conservação, segurança, vigilância, portaria, recepção, copeiragem, reprografia, telefonia, auxiliar de escritório, digitação, ascensorista e etc.

Esse exame do grau de autonomia e de subordinação deve ser objeto de avaliação casuística e não em tese, sob pena de violar expressamente a Constituição Federal e a legislação ordinária em vigor.

Listar previamente os serviços que podem ensejar subordinação implica em afastar ilegalmente as cooperativas do seu legítimo direito de participarem de licitações públicas, presumindo indevidamente uma ilicitude e contrariando expressamente as diretrizes fixadas na Lei nº 12.690/12.

O posicionamento antes prevalecente no âmbito federal - com listagem genérica que define os serviços que seriam supostamente subordinados - foi fulminado pelas disposições textuais do novo regime jurídico na medida em que a Lei nº 12.690/12 fixou de forma bastante clara os fundamentos valorativos e conceituais que devem nortear a interpretação sobre a matéria.

Em nosso país, o trabalho parassubordinação não é um conceito trabalhado recentemente:

“O trabalho parassubordinado é uma categoria intermediária entre o autônomo e o subordinado, abrangendo tipos de trabalho que não se enquadram exatamente em uma das duas modalidades tradicionais, entre os quais se situa, como a representação comercial, o trabalho dos profissionais liberais e outras atividades atípicas, nas quais o trabalho é prestado com pessoalidade, continuidade e coordenação.”¹⁸

Entretanto, com relação ao desenvolvimento do conceito de parassubordinação, a Itália mostra-se precursora tanto em sede doutrinária quanto legislativa.

O conceito inicial de parassubordinação, segundo esclarece Carla C. da Silva Jardim, foi lançado pela Itália, através da Lei 533,

¹⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 319/320.

de 11 de agosto de 1973, que alterou o artigo 409, n. 3, do Codice de Procedura Civile.¹⁹

A doutrinadora afirma que o trabalhador autônomo organiza a própria atividade, escolhe clientela, fixa seus horários e prazos de execução de tarefas. A linha demarcatória entre esta forma de trabalho e a subordinação é o modo como é prestado o trabalho. Diz, ainda, que as falsas autonomias e as pseudo-subordinações complicam a possibilidade de legislação nítida sobre o modelo intermediário onde se situaria a parassubordinação.

Giovanni Nicolini²⁰ alega que parassubordinação abarca série de relações de trabalho onde a prestação é continuada e de colaboração. É semelhante ao subordinado face à evidência de continuidade e preponderante pessoalidade da relação. A coordenação das atividades está presente porque há necessidade de que o trabalho esteja adequado funcionalmente e estruturalmente à organização produtiva da empresa a quem se presta o trabalho.

O que distingue a relação de emprego, segundo Roberta Gerhardt, das demais relações de trabalho é a subordinação jurídica, elemento mais importante dessa relação de trabalho típica. Aponta, contudo, graus de "refreação ou insuficiência do elemento caracterizante da relação de emprego"²¹.

Consigna a autora, em sua tese, que a subordinação não é um conceito estático. Ao contrário, trata-se de conceito maleável, multifacetado que vai se modificando com o passar do tempo. Entre

¹⁹ Segundo a autora, a alteração do artigo do Código de Processo Italiano visava conferir ao trabalhador autônomo instrumento processual célere e equivalente ao do trabalhador subordinado, para a solução de conflitos contratuais que envolvem colaboração pessoal continuada e coordenada. JARDIM, Carla Carrara da Silva. *O Teletrabalho e suas Atuais Modalidades*, São Paulo, LTr, 2003. p. 93.

²⁰ NICOLINI, Giovanni. *Diritto Del Lavoro*. Milano: Gicaffrè, 1992. p. 56-57.

²¹ GERHARDT, *Op. cit.*, p. 75-78.

os fatores que geram a rarefação da subordinação estariam os fatores “mesológico”, “empresário” e o “profissional”²².

O primeiro fator está relacionado ao local do trabalho, levando em conta se o mesmo é executado no estabelecimento do contratante, se é externo ou a domicílio. O grau de subordinação variaria conforme o caso.

O “fator empresário” está ligado ao grau hierárquico existente entre a empresa contratante e trabalhador. Quanto mais alto o grau hierárquico dentro da escala funcional da empresa, menor a subordinação.

O último fator apresentado pela autora, o “profissional”, toma em consideração o nível técnico da atividade ou do profissional que a executa. Quanto mais técnico o conhecimento sobre a sua própria atividade o profissional possuir, mais rarefeita será a subordinação.

Arremata a aludida doutrina afirmando que tais indicativos não reputarão necessariamente à configuração de autonomia. Na verdade, há zona cinzenta, cujas dúvidas acerca da efetiva relação jurídica existente “deverá ser elidida pela prova dentro de um suposto processo, de acordo com cada caso”²³.

Irany Ferrari²⁴ sustenta haver, no caso das cooperativas, uma subordinação “pela metade ou não completa”, que pode ser chamada de parassubordinação, vez que claramente não está coberta pela conceituação de emprego (trabalho subordinado típico) contida da CLT (para o empregado urbano) e na Lei n° 5.889/73 (para o empregado rural).

²² GERHARDT, *Op. cit.*, p. 76-78.

²³ GERHARDT, *Op. cit.*, p. 78.

²⁴ FERRARI, Irany. *Cooperativas de trabalho: existência legal*. São Paulo: LTr, 1999. pp. 36-37.

Conforme exposição de Luiz Eduardo Gunther e Cristina Maria Navarro Zornig²⁵,

“(...) baseado na doutrina alemã, e no direito italiano, Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena busca uma imagem a que os juristas venham a afeiçoar a subordinação atenuando a rigidez divisória, e que representaria uma validade maior e mais constante na esfera das relações trabalhistas, para o que considera: ‘uma relação de coordenação ou de participação integrativa ou colaborativa, através da qual a atividade do trabalhador como que segue, em linhas harmônicas, a atividade da empresa, dela recebendo o influxo próximo ou remoto de seus movimentos’. O vínculo subordinativo teria como suposto conformador, como atividade coordenada ‘a atitude harmônica do prestador de serviços, rente com a regular manutenção daquela parcela da dinâmica empresária e de seu processo produtivo, que lhe cabe dar seguimento’”.

Refere que isso pode servir para uma exegese excludente ou para uma nova hermenêutica includente, de tal forma que: os adeptos do neoliberalismo não incluem esses trabalhadores na órbita celetista, fazendo interpretação restritiva do art. 3º da CLT; já os juristas voltados a uma hermenêutica constitucional com base nos arts. 170 e 193 da CF/88, a tutela da CLT deve ampliar seu horizonte para acolher as novas figuras contratuais.

Sucintamente, Otavio Pinto Silva conceitua, com propriedade, o que seria essa forma de trabalho. Segundo o doutrinador, em sua tese

²⁵ Trechos retirados do artigo de GUNTHER, Luiz Eduardo. e ZORNIG, Cristina Maria Navarro. *O Vínculo Empregatício e o Requisito da Subordinação*, encontrado na internet ([www.apej.com.br/artigos doutrina va 53.asp](http://www.apej.com.br/artigos_doutrina_va_53.asp)),

de doutorado, o conceito se ajusta exatamente ao labor através da estrutura das cooperativas de trabalho, pois seriam

"relações de trabalho de natureza contínua, nas quais os trabalhadores desenvolvem atividades que se enquadram nas necessidades organizacionais dos tomadores de serviços, tudo conforme estipulado em contrato, visando colaborar para os fins do empreendimento."²⁶

A doutrina italiana procura deixar clara posição intermediária da coordenação (parassubordinação) entre a autonomia e a subordinação, afirmando que esse trabalho se desenvolve com independência e sem a direção do destinatário dos serviços (parte semelhante com a autonomia), mas se inserem na organização deste (parte semelhante com o trabalho subordinado típico).

Mas assevera, como o faz Giuseppe Tarzia²⁷, que o trabalho coordenado se assemelha, em alguns pontos, com o trabalho subordinado, mas com ele não se confunde, e, que, ao mesmo tempo, vai além do conceito tradicional do trabalho autônomo.

Na já citada doutrina de Otavio Pinto e Silva, o conceito de trabalho parassubordinado assume relevância a ideia de coordenação, no sentido de uma peculiar modalidade de organização da prestação de serviços.

Genericamente o trabalho continua a ser prestado com autonomia, mas sua organização é vinculada à atribuição de algum tipo de controle e de coordenação. No caso das cooperativas, essas diretrizes operacionais são dadas, mormente, pelo estatuto e pela assembleia.

²⁶ SILVA, Otavio Pinto e. *Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho*. São Paulo, LTr, 2004. p. 102.

²⁷ TARZIA, Guiseppe. *Manuale Del processo Del lavoro*. Milano: Giuffrè, 1987, in SILVA, Otavio Pinto e. *Op. cit.* p. 103.

Mattia Persiani²⁸ atenta para a necessidade de atrelar essa relação jurídica à ideia de coordenação. Inclusive, a título de ilustração, considera a expressão “trabalho coordenado” mais “elegante” que trabalho parassubordinado.

Verifica-se a sobreposição da base fática sobre a qual recaem a tutela empregatícia e a tutela da coordenação. Para a autora, um dos elementos da coordenação (ou parassubordinação) seria a continuidade da prestação de trabalho, ponto semelhante ao contrato de emprego.

Segundo Otavio Pinto²⁹, o trabalhador não promete a sua atividade pessoal para o desenvolvimento de qualquer objetivo pretendido pelo tomador de serviços, mas sim coloca os seus serviços à disposição somente daquele específico tipo de atividade, que é a necessária para atingir os fins previstos no programa contratualmente elaborado

ACERCA DAS VIOLAÇÕES CONSTITUCIONAIS E DE LEGISLAÇÃO FEDERAL LEGAIS

As cooperativas podem participar de licitação, pois foi a própria Constituição Federal que lhes conferiu tratamento diferenciado (artigos 5º, XVIII e 146, III, “c” e no art. 174, § 2º).

Marcos Juruena Villela Souto sustenta explicitamente tal posição em sua obra *Direito Administrativo Empresarial*, no Capítulo 1, item 2, “Terceirização e Cooperativas”³⁰.

²⁸ PERSIANI, Mattia. *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*. II *Dirito Del Lavoro*, Roma, ott/1998.

²⁹ SILVA, Otavio Pinto e. *Op. cit.* p. 105.

³⁰ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Concessões*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pg. 332/340.

Quanto às cooperativas, trata-se de forma de organização legitimada e incentivada pela Constituição, fruto da opção pelo princípio da livre iniciativa.

A Lei de Licitações não explicita que entidade pode participar de licitação: ocorre o oposto, no art. 9.º, explicitando a exceção.

A cooperativa não recebe privilégios fiscais; há hipóteses de não incidência por não se colocar nas situações definidas como fato-gerador.

Não se deve presumir que toda a cooperativa é fraudulenta e que visa à sonegação de obrigações trabalhistas; **quando está em jogo um trabalho de equipe, há direção, que não se confunde com subordinação trabalhista.**

Além do mais, a fraude não se presume e sim se prova. Uma vez que não há juízo de valor acerca da Cooperativa impetrante, não se deve presumi-la como intermediadora de mão-de-obra.

O art. 86 da Lei n.º 5.764/71 admite a prestação de serviços a não associados desde que tal faculdade atenda aos objetivos sociais e estejam em conformidade com tal diploma legal.

O Princípio da Isonomia está consagrado desde o art. 5º, caput, da CF "**todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza**". Também está disperso por vários outros dispositivos constitucionais, tendo em vista a preocupação da Carta Magna em concretizar o direito a igualdade."

In casu, entretanto, há restrição ilegal da atividade econômica das cooperativas. O art. 3º da Lei Federal nº 5.764/71 assim dispõe: "Art. 3º Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o

exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro.”

Importa notar que o dispositivo de lei federal acima não faz qualquer restrição ao tipo de atividade econômica é lícita ao cooperativismo. Nem aduz que os cooperadores necessitam ser “absolutamente autônomos” para execução de seus serviços. O dispositivo resta violado, portanto.

Tal restrição não é oponível às demais espécies societárias ou às sociedades em geral. Senão, veja-se o que o próprio TST aduz em seu conhecido **Enunciado de Súmula n° 331:**

“Contrato de prestação de serviços. Legalidade - Inciso IV alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n° 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de **serviços de vigilância** (Lei n° 7.102, de 20.06.1983) e **de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.**

IV - 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 haja participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).” (grifamos)

Considerando, inclusive, que não existem Inconstitucionalidades no próprio texto constitucional (Teoria da Inexistência de Inconstitucionalidades na Constituição), a tutela de um desses valores não pode certamente redundar na supressão do outro: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como **fundamentos: (...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (...).**”

Os valores da Livre Iniciativa e Livre Exercício da Atividade Econômica são reforçados na Constituição, quando trata da Ordem Econômica:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e **na livre iniciativa**, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IV - Livre concorrência;

(...)

Parágrafo único. É assegurado a todos o **livre exercício de qualquer atividade econômica**,

independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

No mesmo capítulo, preceitua o Estímulo ao Cooperativismo. Esse dispositivo também violado em razão da decisão que mantém a vigência de redação de acordo que desestimula o cooperativismo:

“Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. (...)

§ 2º - A lei **apoiará e estimulará** o cooperativismo e outras formas de associativismo.”

A inconstitucionalidade do afastamento imotivado da Cooperativa recorrente vai além dos ditames acima, ferindo também o art. 37, inciso XXI da Carta Magna, *verbis*:

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

XI - ressalvados os casos específicos 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 a garantia do cumprimento das obrigações.”

O artigo 22 em seu inciso XXVII também ampara o pedido da recorrente, vejamos:

“Compete privativamente à União legislar sobre:

Normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no artigo 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, parágrafo 1º, II, *verbis*:

A Lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços dispõe sobre:

....

III- licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da Administração Pública.

Dentre outros dispositivos já citados, o acordo fere também a lei 10.520/2002 e a Lei das Licitações e Contratos - Lei 8.666/93, que regulamenta o art. 37, XXI, da Constituição Federal, instituindo normas para licitação e contratos da administração Pública e dá outras providências.

Art. 9º. da Lei 10.520/2002:

“Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei no. 8.666, de 21 de junho de 1993.”

Aliado a todo esse poder constitucional, ampara o pedido de reforma o diploma acima, que regulamenta as Licitações Públicas em seus arts. 1º., 3º. e 9º.

Não pode o poder público desmerecer o Cooperativismo, pois a própria Constituição Federal de 1988, reconheceu e ordenou a proteção ao mesmo, acreditando nesta forma peculiar associativista, vejamos:

“Art. 5º. (...) XVIII quando ao cuidar dos direitos e deveres individuais e coletivos proclama que a criação na forma da lei de cooperativas independe de autorização sendo vedada a interferência estatal em seu fundamento.”

A rigor, a Constituição comanda o fomento às cooperativas - o que certamente não se coaduna com qualquer interpretação legislativa que conduzam seu alijamento ao relevante mercado dos contratos com Administração Pública:

“Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.
(...)”

§ 2º - A **lei apoiará e estimulará o cooperativismo** e outras formas de associativismo.”

A única **interpretação constitucional** cabível, portanto, é aquela que demonstre que o Cooperativismo estará apoiado e estimulado. Através de uma interpretação sistemática, percebe-se que os inúmeros dispositivos que tratam do cooperativismo e dos procedimentos licitatórios, não indicam qualquer *mens legis* no sentido de impedir as Cooperativas de participarem de licitações.

Doutrinariamente também merece total reconhecimento quanto a matéria, não podendo ser as cooperativas preteridas do sistema de licitação. Os diplomas legais reconhecem as cooperativas como sociedades civis, dotadas de capacidade jurídica, aptas assim a exercitar os direitos e contrair obrigações, o que em síntese, significa que elas podem celebrar contratos.

Para "Sidney Bittencourt", em sua Obra sobre licitações e contratos administrativos, *verbis*:

"não se vislumbra óbice legal na participação de sociedades cooperativas nos procedimentos licitatórios, até porque a Lei de Licitação admite a participação das cooperativas, enquanto sociedades civis. Insta acrescentar que, demonstrando interesse em participar dos certames, os fins e objetivos das cooperativas devem ser compatíveis com o objeto da licitação e restar devidamente comprovado que possuem os requisitos mínimos exigidos pelos respectivos instrumentos convocatórios."

Para Hely Lopes Meirelles, em sua obra de Direito Administrativo Brasileiro, a respeito da matéria, no sentido de que:

"(...) igualdade entre os licitantes é princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, que através de

cláusulas que, no edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento, faccioso, que desiguale os iguais ou igual os desiguais (art. 3 parágrafo 1º.).

O desentendimento a esse princípio constitui a forma mais insidiosa de desvio de poder, com que a administração quebra a isonomia, razão pela qual o judiciário tem anulado editais de julgamentos em que se descobre a perseguição ou o favoritismo administrativo, sem nenhum objetivo ou vantagem de interesse público.

Confirmando esse entendimento, a doutrina (Celso Antônio Bandeira de Mello, Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz) tem sustentado que "o princípio da igualdade consiste em assegurar regramento uniforme as pessoa que não sejam entre si diferenciáveis por razões lógicas e substancialmente (...) afinadas com eventual disparidade de tratamento" porquanto "o que se repele é a desigualdade injustificada."

Em brilhante trabalho sobre o princípio da isonomia nos procedimentos licitatórios, Joel de Menezes Niebuth - em sua obra Princípio da isonomia pública, p. 107-108, esclarece, consoante a melhor doutrina, que a grande finalidade que dá ensejo ao certame "é a busca do melhor e mais vantajoso contrato para a administração pública e a garantia de equidade na consecução do procedimento. Estes dois fatores traduzem os princípios da eficiência e da isonomia."

Esses dois princípios, ainda segundo o autor "conquanto pareçam conflitantes, sob a competitividade se confundem, para completar, verbis:

"Destarte, a isonomia e a eficiência caminham juntas, permeando o princípio da competitividade.

É por esse princípio que ambas se unem, formando a essência da licitação pública.

A competitividade tem condão de juntar a isonomia e a eficiência. Sem isonomia não há competitividade e, no mesmo plano, sem competitividade não há eficiência.”

Não poderíamos deixar de citar mais um brilhante de Hely Lopes Meirelles, em recente obra atualizada, sob a coordenação do Professor Eurico Andrade Azevedo, Licitação e contrato administrativo - 13°. Edição Malheiros, 2002. Após discorrer com o brilhantismo que lhe é peculiar, passa a tratar especificamente do tema Cooperativismo:

“Mais recentemente tem-se indagado sobre a possibilidade de as cooperativas participarem de licitações, uma vez que se trata de sociedades especiais...”

“Tais circunstâncias, contudo, não impedem as cooperativas de participarem das licitações promovidas pelo poder Público. O princípio da igualdade, que rege as licitações, não diz respeito à condição jurídica dos licitantes, mas sim as obrigações estabelecidas para sua participação no certame.

Acrescente-se ainda que a restrição a participação de cooperativas em licitação é forma de restringir o caráter competitivo da licitação com violação do artigo 3º parágrafo 1º, inciso I da lei 8.666/93 podendo, inclusive, tal conduta ser enquadrada criminalmente no artigo 90 do Estatuto Licitação (frustrar mediante qualquer expediente, o caráter competitivo da licitação. Pena de 2 a 4 anos, além de multa).

DA CONTRARIEDADE AO INTERESSE PÚBLICO

O objetivo da licitação é o atendimento do melhor interesse público, através da participação do maior número de licitantes aptos a prestar o serviço pelo menor preço, de forma a possibilitar a universalidade de participação.

E, no caso em comento, O MAIOR PREJUDICADO É A PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, UMA VEZ QUE O MENOR PREÇO OFERTADO FOI PELA COOPERATIVA VENCEDORAA.

ASSIM, O AFASTAMENTO ILEGAL DA PETICIONÁRIA AFRONTA DIRETAMENTE O INTERESSE PÚBLICO.

III - CONCLUSÃO

Requer-se, ante o exposto, a **TOTAL IMPROCEDÊNCIA dos recursos interpostos** pelas empresas MASTER SERVIÇOS EIRELI - EPP e NORTEXPRESS TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA, mantendo íntegra a habilitação da recorrida COOPERATIVA DE TRABALHO TROPICAL PARQUET.

Termos em que pede deferimento.

Rio de Janeiro, RJ, 21 de junho de 2023.



COOPERATIVA DE TRABALHO TROPICAL PARQUET

CNPJ: 12.922.132/0001-50

Joelma Brasil Lima - Presidente

Ronaldo Gaudio - OAB/RJ 116.213