



Indicação nº 31/2018 - Cooperativas de trabalho. Licitação. Limitação de acesso ao certame público.

Divergência relativa ao parecer exarado pelo i. relator, Dr. Luiz Fernando Aragão.

INCONSTITUCIONALIDADE DO ATO Nº 254/2002 DO TRT/RJ. INEXISTÊNCIA. A Administração do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, com esteio no Ato nº 254/2002 veda, em seus editais, a participação de cooperativas nas contratações de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, por imanente a presença, nesses casos, dos elementos fático-jurídicos caracterizadores da relação de emprego, mormente a subordinação, o que faz também em estrita observância ao teor da Súmula nº 281 da Corte Federal de Contas e em ressonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: cooperativa; licitação; contrato administrativo; responsabilidade subsidiária; administração pública; vedação à participação de certame licitatório; Súmula nº 281 do TCU.

Reconheça-se, de início, que há entendimento, por parte do Departamento de Consultoria da Advocacia Geral da União¹, sem efeito vinculante para a Administração Pública, no sentido da necessidade de se garantir às cooperativas a participação nas licitações promovidas pelo Poder Público, para qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, desde que previsto no seu Estatuto Social, desde que haja observância aos ditames da Lei nº 12.690/2012 (dispõe sobre a organização e o funcionamento das Cooperativas de Trabalho) e aos da Instrução Normativa nº 05/2017 SEGES/MPDG² (dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional).

Lado outro, não resta dúvida de que há enorme risco de a responsabilização subsidiária da Administração Pública, enquanto tomadora de serviços, seja afirmada quando **a contratada se utiliza do trabalho subordinado encoberto pelo nome de cooperado**, o que, como é de notório conhecimento, é bastante comum. Neste caso, o tomador, mesmo sendo ente público, demonstra sua falta de vigilância, pois ajuda a acobertar a fraude, sendo, portanto, responsável subsidiário.

¹ - Parecer nº 113/2013/GT-MINUTAS/CGMADAM/PFE-INSS/PGF/AGU e de nº 01/2014/CPLC/DEP/PGF/AGU.

² - No caso, os respectivos pronunciamentos da AGU referiram-se à IN 02/2008 SLTI/MPOG, que, entretanto, foi revogada e substituída pela IN 05/2017 SEGES/MPDG.



É o caso típico cristalizado pela Súmula nº 1 do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, vejamos:

SÚMULA Nº 1

Cooperativa. Fraude. Vínculo de emprego. Responsabilidade subsidiária da administração pública. Quando arregimenta, de forma fraudulenta, associados para prestar serviços a terceiros, a cooperativa distancia-se de seu escopo, transmutando a relação jurídica mantida com o pseudocooperado em autêntico contrato de emprego, **implicando a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, beneficiária direta pela prestação laboral do trabalhador, ainda que a contratação haja ocorrido com base na Lei de Licitações.**

Releva, de igual modo, referenciar o Termo de Conciliação Judicial ajustado entre o Ministério Público do Trabalho e a AGU, formulado na Ação Civil Pública nº 01082-2002-020- 10-00-0, 20ª Vara do Trabalho/Distrito Federal, por meio do qual, na esfera federal, **a União comprometeu-se a coibir a contratação das cooperativas de mão de obra pelos órgãos públicos federais para a prestação de serviços ligados às suas atividades-fim ou meio, quando o labor, por sua própria natureza, demandar execução em estado de subordinação, quer em relação ao tomador, ou em relação ao fornecedor dos serviços**, constituindo elemento essencial ao desenvolvimento e à prestação dos serviços terceirizados, sendo eles:

“a) – Serviços de limpeza; b) – Serviços de conservação; c) – Serviços de segurança, de vigilância e de portaria; d) – Serviços de recepção; e) – Serviços de copeiragem; f) – Serviços de reprografia; g) – Serviços de telefonia; h) – Serviços de manutenção de prédios, de equipamentos, de veículos e de instalações; i) – Serviços de secretariado e secretariado executivo; j) – Serviços de auxiliar de escritório; k) – Serviços de auxiliar administrativo; l) – Serviços de office boy (contínuo); m) – Serviços de digitação; n) – Serviços de assessoria de imprensa e de relações públicas; o) – Serviços de motorista, no caso de os veículos serem fornecidos pelo próprio órgão licitante; p) – Serviços de ascensorista; q) – Serviços de enfermagem; e r) – Serviços de agentes comunitários de saúde.”

Avulta destacar que a motivação para tal ajustamento patrocinado pelo *Parquet* foi bastante abrangente, senão vejamos: 1) **Toda relação jurídica de trabalho cuja prestação laboral não eventual seja ofertada pessoalmente pelo obreiro, em estado de subordinação e mediante contraprestação pecuniária, será regida obrigatoriamente pela Consolidação das Leis do Trabalho** ou por estatuto próprio, quando se tratar de relação de trabalho de natureza estatutária, com a Administração Pública; 2) A legislação consolidada em seu ARTIGO 9º, comina de nulidade absoluta todos os atos praticados com o intuito de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação da lei trabalhista; 3) As sociedades cooperativas, segundo a Lei n. 5.764, de 16.12.1971, ARTIGO 4º, "(...) são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de

natureza civil, não sujeitas à falência, constituídas para prestar serviços aos associados”;

4) As cooperativas podem prestar serviços a não associados somente em caráter excepcional e desde que tal faculdade atenda aos objetivos sociais previstos na sua norma estatutária, (ARTIGO 86, da Lei n. 5.764, de 16.12.1971), aspecto legal que revela a patente impossibilidade jurídica das cooperativas funcionarem como agências de locação de mão-de-obra terceirizada; 5) A administração pública está inexoravelmente jungida ao princípio da legalidade, e que a prática do merchandage é vedada pelo ARTIGO 3º, da CLT e repelida pela jurisprudência sumulada do C. TST (En. 331); 6) Os trabalhadores aliciados por cooperativas de mão-de-obra, que prestam serviços de natureza subordinada à UNIÃO embora laborem em situação fática idêntica a dos empregados das empresas prestadoras de serviços terceirizáveis, encontram-se à margem de qualquer proteção jurídico-laboral, sendo-lhes sonogada a incidência de normas protetivas do trabalho, especialmente àquelas destinadas a tutelar a segurança e higidez do trabalho subordinado, o que afronta o princípio da isonomia, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (arts. 5º, caput e 1º, III e IV da Constituição Federal); 7) Num processo de terceirização o tomador dos serviços (no caso a administração pública) tem responsabilidade sucessiva por eventuais débitos trabalhistas do fornecedor de mão-de-obra, nos termos do Enunciado 331, do TST, o que poderia gerar graves prejuízos financeiros ao erário, na hipótese de se apurar a presença dos requisitos do ARTIGO 3º, da CLT na atividade de intermediação de mão-de-obra patrocinada por falsas cooperativas; 8) O teor da Recomendação Para a Promoção das Cooperativas aprovada na 90ª sessão, da OIT – Organização Internacional do Trabalho, em junho de 2002, dispondo que os Estados devem implementar políticas nos sentido de: "8.1.b Garantir que as cooperativas não sejam criadas para, ou direcionadas a, o não cumprimento das Leis do trabalho ou usadas para estabelecer relação de emprego disfarçado, e combater pseudocooperativas que violam os direitos dos trabalhadores velando para que a Lei trabalhista seja aplicada em todas as empresas."

Ora, como é de curial sabença, um dos maiores problemas que a Administração Pública brasileira enfrenta em suas contratações de **prestação serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra**³ é a sua responsabilização subsidiária pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador-contratado, bastando, para tal, restar evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora, sendo que a

³ A conceituação dos Serviços com Regime de Dedicação Exclusiva de Mão de Obra é dada pelo art. 17 da IN 05/2017: "Art. 17. Os serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra são aqueles em que o modelo de execução contratual exija, dentre outros requisitos, que: I - os empregados da contratada fiquem à disposição nas dependências da contratante para a prestação dos serviços; II - a contratada não compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos; e III - a contratada possibilite a fiscalização pela contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos. Parágrafo único. Os serviços de que trata o caput poderão ser prestados fora das dependências do órgão ou entidade, desde que não seja nas dependências da contratada e presentes os requisitos dos incisos II e III.

ocorrência envolvendo cooperativas como entidades terceirizada responde por boa parcela dessa questão.

A fim de proteger o erário, o Tribunal de Contas da União reforçou o que decidido na Ação Civil Pública nº 01082-2002-020- 10-00-0, e, então, mitigou a possibilidade de contratação das cooperativas pela Administração Pública de forma não exaustiva, segundo a seguinte inteligência:

SÚMULA Nº 281

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.

Fundamento Legal:

- Decreto-Lei nº 5.452/1943, art. 442, parágrafo único;
- Lei nº 8.666/1993, art. 3º, § 1º, inciso I
- Lei nº 5.764/1971, art. 86

De igual sorte, como bem asseriu o juiz federal Luiz Norton Baptista de Mattos em sua decisão relativa ao Mandado de Segurança Coletivo impetrado pela OCB/RJ – Federação e Organização das Cooperativas Brasileiras do estado do Rio de Janeiro (processo 0106605-73.2015.4.02.5101), o Superior Tribunal de justiça possui inteligência pacificada no sentido de que “é legal a vedação à participação de cooperativas em processos licitatórios para contratação de mão de obra quando o labor, por sua natureza, demandar necessidade de subordinação, ante os prejuízos que podem advir para a Administração Pública caso o ente cooperativo se consagre vencedor no certame e não cumpra suas obrigações, como se vê:

—ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COM LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA - VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS - RAZOABILIDADE DA EXIGÊNCIA EDITALÍCIA - INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. 1. É fato público e notório que a legislação trabalhista e previdenciária é implacável com os tomadores de serviço, atribuindo-lhes, inclusive, a condição de responsáveis pelo pagamento de salários e tributos não recolhidos. 2. A Corte Especial pacificou entendimento segundo o qual é inadmissível a participação de cooperativas em processos licitatórios para contratação de mão de obra quando o labor, por sua natureza, demandar necessidade de subordinação, ante os prejuízos que podem advir para a Administração Pública caso o ente cooperativo se consagre vencedor no certame e não cumpra suas obrigações. Precedentes. 3. Recurso especial provido. (STJ. RESP 201001406624. Relatora: Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, j. 29/10/2012)

—PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AFRONTA AOS

ARTS. 515 E 540 DO CPC. INEXISTÊNCIA. LICITAÇÃO. COOPERATIVA. CONTRATAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. NECESSIDADE DE ESTADO DE SUBORDINAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Lei Maior. Isso não caracteriza ofensa aos arts. 515 e 540 do CPC. Neste sentido, existem diversos precedentes desta Corte. Precedente. 2. Depreende-se dos autos que o objetivo do Pregão SEFAZ/GO n. 15/2005, de acordo com o edital de fls. 91/119, é a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de mão-de-obra terceirizada na função de auxiliar técnico administrativo. 3. **Esta Corte Superior pacificou entendimento segundo o qual é impossível a participação das cooperativas em processo licitatório para contratação de mão-de-obra, quando o labor, por sua natureza, demandar necessidade de estado de subordinação ante os prejuízos que podem advir para o patrimônio público, caso o ente cooperativo se consagre vencedor no certame.** Precedentes. 4. Na espécie, ganha relevância, ainda, o fato de que existe acordo entre a União e o Ministério Público do Trabalho, o qual, muito embora não vincule a recorrente no sentido de vetar a contratação de cooperativas, traz as mesmas razões jurídicas para inadmitir a contratação de cooperativa para fornecimento de mão de obra. 5. Recurso ordinário em mandado de segurança parcialmente provido. (STJ, ROMS nº 25097, rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. 01/12/2011)

—ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DAS COOPERATIVAS DE TRABALHO. 1. **A Corte Especial do STJ decidiu pela impossibilidade de participação das cooperativas em processo licitatório para contratação de mão-de-obra, quando o labor, por sua natureza, demandar necessidade de estado de subordinação ante os prejuízos que podem advir para o patrimônio público, caso o ente cooperativo se consagre vencedor no certame.** 2. Agravo Regimental provido. (STJ, AGRESP nº 960503, rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 01/09/2009).

A jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região amolda-se ao entendimento do STJ:

— DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. EVIDENTE

SUBORDINAÇÃO JURÍDICA. IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS NO CERTAME. TERMO DE



AJUSTE DE CONDUTA FIRMADO ENTRE O MPT E AGU.
RECURSO PROVIDO.

1 - No caso dos autos, a UNIÃO FEDERAL interpôs recurso de apelação objetivando a modificação da r. sentença que concedeu a segurança à OCERJ no sentido de suspender a vedação quanto a participação de cooperativas no procedimento de licitação promovido pelo MAST.

2 - Para tanto, aduz que a por força do termo de ajuste de conduta firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a UNIÃO FEDERAL, não poderia contratar cooperativas em licitação que tenha por objeto a prestação de trabalho subordinado.

3 - De fato, **a vedação da participação de cooperativa, de mister aplicação procedimentos licitatórios com objeto desta natureza, não constitui, portanto, afronta ao princípio constitucional da isonomia, posto que traduz apenas um instrumento defensivo contra possível dano ao erário público.**

4 - Remessa necessária e apelo providosl.(TRF-2ª Região, AMS nº 54725, rel. Des. Fed. Theophilo Miguel, 7ª Turma, j. 12/08/2009)

—ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. IMPEDIMENTO À PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVA DE TRABALHO. POSSIBILIDADE. ACORDO FIRMADO ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO E A ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. VALOR DA CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS. ART. 20, § 4º, DO CPC.

1) **Não se sustenta a tese do apelante OCERJ, que ventila a existência de um injusto —tratamento não isonômico— entre as cooperativas e as demais sociedades empresárias, por parte do acordo guerreado entre o MPT e a AGU.** Tais entidades são de natureza diversa entre si, como restou sobejamente explicitado no decisor, ao fincar o caráter de subordinação hierárquica ínsito às sociedades empresárias, mas ausente nas cooperativas. Essa desigualdade, portanto, impõe o tratamento normativo desigual que lhes é conferido, justamente por imperativo do princípio da isonomia.

2) Precedentes: STJ, Corte Especial, AgRg na Suspensão de Segurança nº 1352, DJ 9/2/05; TRF 2ª Região, 8ª T. Esp., AMS 53952, DJ 28/6/05.

3) Quanto ao apelo da União, não merece acolhimento o recurso, tendo em vista que o valor de honorários fixado, qual seja, cinco por cento sobre o valor atualizado da causa, encontra-se consentâneo com as peculiaridades do caso concreto, bem como com o enquadramento normativo aplicável, qual seja o § 4º, do art. 20, do CPC, bem como as alíneas do § 3º, do mesmo artigo.

4) Nego provimento a ambas as apelações. (TRF-2ª Região, AC nº 434624, rel. Des. Fed. Poul Erik Dyrland, 8ª Turma, j. 03/02/2009).“

A já referenciada Instrução Normativa nº 05/2017, do Ministério do Planejamento, também contempla disposições específicas sobre a contratação de cooperativas, cuja transcrição, por si, é suficiente para caracterizar a inviabilidade do que alvitrado pelo parecer ora guerreado, vejamos:

Dos Serviços Prestados por Cooperativas e Instituições Sem Fins Lucrativos

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

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

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

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

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

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

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

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



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

Convém inclusive lembrar que os órgãos da Administração Pública do Poder Executivo devem seguir os modelos de Termo de Referência e de Editais da Advocacia Geral da União, disponíveis no seguinte endereço eletrônico: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/270265. Ditos modelos contêm notas explicativas sobre cláusulas a serem inseridas ou retiradas do edital, a depender do tipo e forma da prestação dos serviços. Para tanto, nos modelos de editais que tratam de serviços continuados, com ou sem dedicação exclusiva de mão de obra, apresentam os seguintes destaques, conforme a seguir transcrito:

"Nota explicativa: O órgão licitante deve analisar com cautela as características do serviço que pretende contratar, especialmente quanto às diversas obrigações dos trabalhadores que executarão os serviços, para verificar se, no caso concreto, as tarefas seriam passíveis de execução com autonomia pelos cooperados, sem relação de subordinação, seja entre a cooperativa e os cooperados, seja entre estes e a Administração, nos termos do artigo 10, I, da Instrução Normativa SEGES/MPDG nº 05, de 2017.

Em caso positivo, a participação de cooperativas no certame será permitida, devendo ser observados os requisitos de habilitação previstos no item 10.5 do Anexo VII-A da IN nº 5/2017. **Do contrário, deve ser vedada.**

Súmula 281 do TCU: 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.

Lembramos que, caso se proíba a participação de cooperativas, as demais disposições do Edital devem ser adaptadas a esta nova condição." (g.n.)

De efeito, a relação entre a Administração Pública, tomadora de serviços, e a contratada efetiva-se por meio, respectivamente, da atuação da fiscalização administrativa - prevista pelo art. 67 da Lei nº 8.666/93⁴ - com o preposto – cf. art. 68 também da Lei nº 8.666/93⁵ -, e este último é quem, de fato, exerce o poder de comando, o poder diretivo, em relação às atividades desenvolvidas pelos empregados no curso da **prestação de serviços em regime de dedicação exclusiva de mão de obra**. Logo, ao

⁴ - *Caput* do Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

⁵ - Art. 68. O contratado deverá manter preposto, aceito pela Administração, no local da obra ou serviço, para representá-lo na execução do contrato.

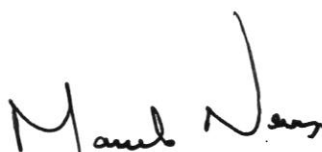
menos dentro dessa modalidade de prestação de serviços, não há como se possa cogitar da contratação de cooperativas, eis que jamais pode haver subordinação entre o cooperativado coordenador (“preposto”) e os demais cooperativados prestadores de serviços, sob pena de fraude ao genuíno cooperativismo. Ora, o Ato nº 254/2002, da Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, apenas determina “que os editais de licitação para contratar serviços ou mão de obra, de natureza não eventual, cuja execução envolva ou pressuponha elementos caracterizadores da relação de emprego [leia-se, serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra], sejam adequados para admitir somente trabalhadores que estejam regidos pela legislação trabalhista”, e, desse modo, com espeque nessa norma e também no indigitado entendimento sumulado do TCU, a Administração do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região veda, em seus editais, a **participação de cooperativas nas contratações de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra**, por imanente a presença, nesses casos, dos elementos fático-jurídicos caracterizadores da relação de emprego, como anteriormente demonstrado, mormente a subordinação.

A própria Lei nº 12.690/2012 dispõe, expressamente, em seu art. 5º, que a **Cooperativa de Trabalho não pode ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada**.

CONCLUSÃO

Em face do exposto, conclui-se que o Ato nº 254/2002, da Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, encontra-se em plena consonância com o ordenamento jurídico, escoimado de qualquer vício de constitucionalidade.

Rio de Janeiro, 05 de dezembro de 2018.



Marcelo José das Neves