



OPINIÃO

Os requisitos na nova Lei de Licitações para a participação de cooperativas

23 de abril de 2021, 18h09

Por Guilherme Carvalho e Luiz Felipe Simões

No dia 1º do corrente mês, entrou em vigor a Lei nº 14.133/2021, que veio para substituir a antiga Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993), bem como a Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão) e os artigos 1º a 47-A da Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas — RDC).

Embora a nova Lei de Licitações já esteja em vigor, o seu artigo 193, II, estabeleceu o prazo de dois anos de transição até que aqueles outros regimes jurídicos sejam definitivamente revogados. Até lá, as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais de União, estados, Distrito Federal e municípios poderão optar por utilizar uma ou outra legislação em seus processos de licitação.



Uma das inovações trazidas pela Lei nº 14.133/2021 diz respeito à participação de cooperativas em certame licitatório, cujas condições foram estabelecidas pelo legislador no artigo 16: *"I - a constituição e o funcionamento da cooperativa observarem as regras estabelecidas na legislação aplicável, em especial a Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, a Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012, e a Lei Complementar nº 130, de 17 de abril de 2009; II - a cooperativa apresentar demonstrativo de atuação em regime cooperado, com repartição de receitas e despesas entre os cooperados; III - qualquer cooperado, com igual qualificação, for capaz de executar o objeto contratado, vedado à Administração indicar nominalmente pessoas; IV - o objeto da licitação referir-se, em se tratando de cooperativas enquadradas na Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012, a serviços especializados constantes do objeto social da cooperativa, a serem executados de forma complementar à sua atuação"*.

Enquanto os incisos I e II do artigo 16 acima tratam de aspectos formais da cooperativa, os dois últimos chamam a atenção para a necessidade de um olhar atento quanto ao objeto da licitação. Mais especificamente, deve ser verificado se o objeto que se pretende contratar guarda conformidade com o objeto social da cooperativa (inciso IV) e se ele pode ser executado por *"qualquer cooperado, com igual qualificação"* (inciso III).

Quanto ao primeiro aspecto (inciso IV do artigo 16), parece não haver dúvida de que só deve ser admitida no certame a participação de cooperativas cujos estatutos e objetos sociais prevejam ou estejam de acordo com o objeto demandado pela Administração. Esse entendimento advém do próprio conteúdo do artigo 10, §2º, da Lei nº 12.690/2012 [1], 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"*.

Já quanto ao segundo aspecto (inciso III do artigo 16), o legislador não foi suficientemente claro (*"qualquer cooperado, com igual qualificação, for capaz de executar o objeto contratado"*). Bastaria ele ter incorporado ao texto legal, como o fez em relação a outros temas, dois dispositivos da Instrução Normativa Seges-MPDG nº 5/2017 [2] que versam sobre as condições para a contratação de cooperativas: *"Artigo 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; [...] § 2º O serviço contratado deverá ser executado obrigatoriamente pelos cooperados, vedada qualquer intermediação ou subcontratação"*.

Este último dispositivo, aliás, está em perfeita sintonia com o artigo 5º da Lei nº 12.690/2012, o qual veda, de forma expressa, a *"utilização de cooperativa como intermediadora de mão de obra subordinada"*. Isso porque é próprio do cooperativismo a inexistência de vínculo de emprego, uma vez que o trabalho é prestado de forma cooperada e não subordinada. A configuração desse vínculo macula, portanto, a própria essência do cooperativismo.

Visa-se com isso a coibir fraudes, vedando, terminantemente, a intermediação de mão de obra sob o subterfúgio das cooperativas de trabalho. Essa prática abusiva se revela como meio degradante de prestação de trabalho, uma vez que o trabalhador presta serviços em condições próprias de emprego, privado dos direitos reconhecidos pela Constituição Federal e pela legislação trabalhista.

As cooperativas de intermediação de mão de obra apresentam mera aparência de cooperativas, uma vez que, não obstante formalizem-se como tal, obedecendo aos requisitos legais para tanto, substancialmente não o são, pois o trabalhador cooperado que presta serviços pessoais e subordinados a terceiros nada mais é do que empregado. Sua força de trabalho transfere lucro aos tomadores, o que é compatível com o vínculo de emprego, mas não com o cooperativismo. Trata-se, portanto, de emprego precário, porque não protegido pelos direitos sociais que lhe seriam inerentes.

O sobredito artigo 5º da Lei nº 12.690/2012 não criou regra autônoma, suficiente para afastar, em qualquer hipótese, a existência de vínculo entre trabalhador e cooperativa. Por isso, é mister atentar para o modo (modelo) como o serviço deverá ser prestado à Administração, de forma a impedir a utilização de cooperativas como instrumento de burla a direitos trabalhistas.

Em termos práticos, não se pode contratar cooperativa para a prestação de serviços cujo modo de execução demande requisitos próprios da relação de emprego, isto é, subordinação (hierarquia), pessoalidade e habitualidade (jornada de trabalho) dos trabalhadores. Nessas situações, referidas sociedades atuariam, na verdade, como empresas, violando as normas vigentes.

É o caso típico dos contratos de serviços contínuos prestados mediante dedicação exclusiva da mão de obra, nos quais se evidencia, por força da Súmula-TST nº 331 e agora do artigo 121, §2º, da Lei nº 14.133/2021, a responsabilidade subsidiária do ente público contratante por encargos trabalhistas não adimplidos pela contratada, caso evidenciada a sua conduta culposa na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado. E existem várias decisões da justiça laboral, inclusive no próprio TST, que atribuem à Administração Pública a responsabilidade subsidiária pelos encargos trabalhistas não pagos pelas cooperativas consideradas fraudulentas.

Donde se conclui que as cooperativas não podem acudir a certames licitatórios para prestar serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, cujas características encontram-se bem delineadas no artigo 6º, XVI, da Lei nº 14.133/2021: "*Aqueles cujo modelo de execução contratual exige, entre outros requisitos, que: a) os empregados do contratado fiquem à disposição nas dependências do contratante para a prestação dos serviços; b) o contratado não compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos; c) o contratado possibilite a fiscalização pelo contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos*".

A permissão à participação de cooperativas em licitações que envolvam terceirização de serviços prestados com subordinação, pessoalidade e habitualidade afronta a Lei nº 12.690/2012 e a Lei nº 14.133/2021, além obviamente de expor a Administração ao risco de ser demandada judicialmente a honrar, subsidiariamente, obrigações trabalhistas exsurgidas na vigência do contrato administrativo e que são típicas de uma relação de emprego. Nesses casos, a aparente economicidade dos valores ofertados pela cooperativa na licitação não compensa o risco de relevante prejuízo financeiro para a Administração advindo de eventuais ações trabalhistas, relativas aos empregados dedicados (cedidos) à execução contratual.

Sob a ótica principiológica, a vedação à participação de cooperativas em certame que tenha por objeto a prestação de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra assegura: 1) o princípio da isonomia, ao não permitir que entidades que se escusem de cumprir as obrigações trabalhistas concorram em condições desiguais com empresas regularmente constituídas; 2) o princípio da legalidade estrita, ao evitar a burla às normas sociais relativas à organização do trabalho, que ocorre sempre em desfavor do obreiro; 3) o princípio da economicidade, ao reduzir o risco de condenação judicial com respaldo na Súmula-TST nº 331 e agora com base no artigo 121, §2º, da Lei nº 14.133/2021.

[1] Dispõe sobre a organização e o funcionamento das cooperativas de trabalho.

[2] 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.

Guilherme Carvalho é advogado do escritório Guilherme Carvalho & Advogados Associados, doutor em Direito Administrativo, mestre em Direito e Políticas Públicas e ex-procurador do Estado do Amapá.

Luiz Felipe Simões é advogado, pós-graduado em controle externo, mestrando em Direito Administrativo e auditor de controle externo do TCU.

Revista **Consultor Jurídico**, 23 de abril de 2021, 18h09