



A Participação de Cooperativas em Licitações Públicas

Giovanna Augusta Moura Adjafre
Especialista em Controle Externo

A participação de cooperativas em licitação não é tema inédito, mostrando-se, entretanto, assunto por demais polêmico e inúmeros são os posicionamentos a respeito. Contínuas são as discussões judiciais sobre as consequências da contratação de cooperativas no aspecto trabalhista. Por outro lado, essa espécie societária mostra-se como uma alternativa de combate ao desemprego, ganhando relevante papel no contexto sócio-econômico

Vários óbices são apontados pelos partidários da tese de que às cooperativas é vedada a participação em licitações públicas.

À luz dos princípios da **isonomia** e da **competitividade**, foi a questão examinada, cujas conclusões se encontram a seguir.

A imprevisão legal da participação de tais sociedades nas licitações públicas no próprio Estatuto das Licitações não tem o condão de, *per se*, afastar essas organizações dos certames. A regra, em princípio, é a ampla participação de todos os interessados, a teor do artigo 3º, §1º, I da Lei nº 8.666/93. As exceções encontram-se em seu artigo 9º.

A vedação à participação irrestrita de todos os interessados encontra-se vinculada tão-somente à comprovação de exigências relativas à qualificação técnica, econômica, jurídica e fiscal, nos termos do artigo 27 daquela lei, constituindo a fase da habilitação, devendo aqueles, até esse momento, ser tratados com isonomia.

Negar a participação de cooperativas, já no edital, por sua natureza singular, viola os preceitos estabelecidos no artigo 28, IV, da Lei nº. 8.666/93, considerando que estas são reconhecidas como sociedades civis, dotadas de capacidade jurídica, aptas a exercer direitos e contrair obrigações.

Não procede, igualmente, o alijamento das cooperativas, sob a alegação de que elas apresentam propostas mais vantajosas em face dos privilégios de natureza tributária, previdenciária e trabalhista a elas concedidos, o que ocasionaria, segundo seus defensores,

violação ao princípio da igualdade.

Nas palavras de Siqueira Castro, citado por Niebuhr (2000, p. 54), "é errôneo supor que a regra constitucional impede que se estabeleçam desigualdades jurídicas entre os sujeitos de direito. Isto porque o fenômeno da criação legislativa importa inevitavelmente em classificar pessoas, bens e valores segundo toda sorte de privilégios fáticos (...)".

In casu, os privilégios foram concedidos pelo próprio Texto Constitucional vigente.

A despeito da não-incidência de encargos de natureza tributária, as sociedades cooperativas arcam com outros encargos próprios, decorrentes do associativismo, como por exemplo, o Fundo de Reserva e o Fundo de Assistência Técnica, Educacional e Social-FATES. Ademais, essa não-incidência não ocorre de forma irrestrita, principalmente quando se trata de cooperativas que prestam serviços a terceiros, sobre as quais incidem Imposto de Renda, PIS, COFINS e ISS.

No aspecto previdenciário, a Lei nº. 9.876/99 impôs a obrigatoriedade de os contratantes de cooperativas recolherem 15% sobre o valor da fatura referente aos serviços prestados por seus cooperados, onerando neste percentual a sua proposta. Por outro lado, nos termos do Decreto nº. 3.048/99, os cooperados são considerados autônomos, contribuindo individualmente em 20% do salário de contribuição, percentual equiparado àquele incidente sobre as empresas não-cooperativas (contribuição patronal e dos empregados).

Sob a óptica trabalhista, a teor do artigo 90 da Lei do Cooperativismo, combinado com o parágrafo único do artigo 442 da CLT, está excluído, pelo menos em tese, o vínculo empregatício entre a cooperativa e seus cooperados e entre estes e o tomador de seus serviços. Como consequência, estariam as sociedades cooperativas isentas de recolhimentos referentes aos encargos sociais próprios do vínculo celetista, que oneram em cerca de 111,5% a contratação de empresas mercantis.

Reside, portanto, no aspecto trabalhista a vantagem de maior magnitude concedida às cooperativas, vindo a permitir a vitória dessas sociedades nos certames licitatórios, principalmente naqueles de menor preço.

Mesmo assim, ao contratar uma cooperativa, se constituída em conformidade com os fundamentos do Cooperativismo, estará a Administração atingindo duplamente o interesse público, ao homologar proposta com preço mais vantajoso e fomentar a atividade cooperativista, em cumprimento ao preceito constitucional.

No que se refere especificamente às cooperativas de trabalho, a discussão torna-se mais acirrada já que elas são alvo de muitos questionamentos no âmbito da Justiça laboral,

com repercussão direta na sua contratação pelo Poder Público ante a possibilidade de responsabilização subsidiária, nos termos do inciso IV do Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Decerto, o espírito do Cooperativismo, incentivado pelo legislador pátrio como forma de amenizar os problemas advindos do desemprego, foi deturpado por aqueles que enxergaram no parágrafo único do artigo 442 da CLT, introduzido pela Lei nº. 8.949/94, a possibilidade de terceirização de suas atividades, livres de custos trabalhistas e previdenciários.

Como consequência - consoante expresso preliminarmente neste escrito - proliferaram as falsas cooperativas de trabalho, as chamadas **cooperativas de mão-de-obra**, por se caracterizarem como mera intermediadora de força de trabalho. A sua contratação oculta verdadeira relação de emprego, fundada na habitualidade, pessoalidade, subordinação e onerosidade, nula se analisada à luz da previsão contida no artigo 9º da CLT, conforme decidem freqüentemente os tribunais trabalhistas, em situações nas quais se evidencia uma relação de caráter empregatício e não societário.

Aqui incorre a Administração Pública em maior risco, pois, ao contratar cooperativa fraudulenta (de mão-de-obra), o tomador-Estado responderá subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas não honradas pela empresa interposta, *in casu*, a cooperativa, considerando que o verdadeiro empregador é aquele beneficiado com a prestação laboral, nos termos do artigo 2º da CLT.

Sabe-se que a responsabilização do ente público, com supedâneo no Enunciado 331, não ocorre somente em relação às cooperativas, mas a qualquer um que contrate com a Administração Pública, quando se tornam inadimplentes para com os seus empregados. Ocorre que, nesses casos, o administrador público pode exercer, no decorrer do contrato, seu dever de vigilância, cobrando a comprovação dos recolhimentos cabíveis à relação empregatícia. Os riscos de responsabilização, todavia, ganham dimensões gigantescas quando se trata de cooperativas, porque, até que se comprove o vínculo, estas sociedades estão livres dos encargos a ele inerentes.

Ademais, quando falsas cooperativas de trabalho se protegem sob o manto do Cooperativismo para obtenção de vantagens de ordem trabalhista, os seus princípios estão sendo desvirtuados, ensejando a intervenção estatal prevista no art. 93 da multicitada Lei nº. 5.764/71.

Pelo princípio da legalidade, deve a Administração, pelos órgãos competentes, alijar não apenas dos certames mas também da própria sociedade, as cooperativas de caráter fraudulento, as chamadas cooperativas de mão-de-obra, onde inexistem os princípios e as características intrínsecas ao Cooperativismo.

A sua exclusão representa, de fato, implantação de política pública, considerando que o apoio e o estímulo previstos na Carta Magna referem-se às verdadeiras sociedades cooperativas.

Nestes casos, sim, resta caracterizada ofensa ao princípio da isonomia, na medida em que as propostas ofertadas serão díspares: de um lado, a empresa que está sujeita às obrigações trabalhistas, fiscais e previdenciários e, em tese, cumpre-as; de outro a falsa cooperativa, beneficiadas com algumas não-incidências de tributos, reduzindo seus custos e, consequentemente, concorrendo com preços menores do que aquela.

Ainda que haja defensores da impropriedade na responsabilização da Administração com supedâneo no inciso IV do Enunciado 331 do TST, considerando a sua colisão com o mandamento insculpido no artigo 71 da Lei nº. 8.666/93 e, ainda, com o verbete 363 também do TST, na prática, o Ministério do Trabalho, de ordinário, impõe à Administração o cumprimento de obrigações de natureza trabalhista não honradas pela empresa interposta, ao verificar a ilegalidade destas cooperativas no que se refere a sua constituição e funcionamento.

O Termo de Conciliação Judicial celebrado entre a União e o Ministério Público do Trabalho, com o objetivo de não mais serem contratadas cooperativas de mão-de-obra pelo Poder Público Federal para realização de trabalho subordinado, ainda que limitado em seu alcance, foi importante passo para sedimentar nova cultura no sentido de coibir práticas fraudulentas e amparar a classe trabalhadora.

Igualmente louvável foi a deliberação do Tribunal de Contas da União, referência nacional na jurisprudência administrativa, que, revendo seu posicionamento anterior, consolidou, na esfera federal, entendimento pela impossibilidade de coexistirem trabalho subordinado e Cooperativismo numa mesma relação jurídica, dando caráter normativo à decisão.

É verdade que medidas liminares são concedidas pela Justiça não trabalhista, no sentido de permitir a participação de cooperativas em licitações realizadas pelos órgãos federais, cujos editais contenham, em obediência ao citado Termo de Conciliação Judicial e à decisão normativa do TCU, cláusulas restritivas a essa participação.

Entende-se, porém, que, em obediência ao princípio da legalidade, pode-se acentuar que, mesmo considerando as limitações do alcance do Termo Judicial e, ainda, que não haja disposições legais que restrinjam a participação de cooperativas em procedimentos licitatórios, é dever do administrador agir com cautela.

Ao contratar em flagrante violação às disposições da legislação trabalhista, age o

administrador público com duvidosa boa-fé, pois *a priori* é sabedor de que a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, instância máxima da Justiça laboral, é categórica no sentido da responsabilização subsidiária da Administração Pública pelos encargos trabalhistas inadimplidos pela contratada, *in casu*, a cooperativa, seja pelo seu não-recolhimento, seja por incorrer em ilegalidade perante a ordem jurídica, como forma de burlar os direitos da classe obreira.

Tenciona-se, no entanto, deixar assente a idéia de que não se pode generalizar. A depender do objeto a ser licitado, legal e também legítima pode ser a participação de entes cooperativistas em licitações públicas.

Nas palavras de Hupsel (2002), na contratação de fornecimento de bens produzidos pelas cooperativas e de prestação de serviços que não de intermediação de mão-de-obra (como, por exemplo, por tarefa), legal e por demais vantajosa é a participação dessas sociedades, porque nessa situação não há como se configurar burla aos direitos dos trabalhadores.

Afastada a fraude e o risco de responsabilização subsidiária, a participação desses entes vai ao encontro dos princípios da igualdade e da competitividade, ao ampliar o universo de licitantes a todos os interessados e, ainda, da economicidade, ao permitir que proposta mais vantajosa venha a ser adjudicada.

Para responder objetivamente se as sociedades cooperativas podem ser alijadas das licitações públicas sem que haja colisão entre os princípios que regem a atuação da Administração Pública, em especial o da isonomia e o da competitividade, pode-se assimilar que:

1) todos que desejam contratar com a Administração Pública têm assegurada igualdade de direitos perante ela (isonomia), vedado o estabelecimento de condições que signifiquem preferências em favor de alguns licitantes, em detrimento dos demais.

2) O Poder Público deve limitar-se a fixar exigências relevantes e pertinentes ao objeto específico da licitação, restritas à qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações contratuais, como forma de se observar o princípio da ampliação do universo de licitantes (competitividade).

3) A Administração Pública não pode afastar licitantes que legalmente estejam disponíveis no mercado, nem estabelecer distinções artificiais para neutralizar os benefícios atribuídos a determinada categoria que se pretende legal e constitucionalmente estimular.

4) A lei não restringe, em tese, a atuação dos diversos ramos de cooperativas nem a sua contratação por terceiros, incluindo-se a Administração Pública, contudo todas elas devem

atender aos mandamentos legais afetos ao Cooperativismo, sob pena de se verem descaracterizadas e, por consequência, impedidas de se valerem da tutela legal em vigor como parece acontecer nos casos de cooperativas de mão-de-obra.

Concluindo, pode-se afirmar que a questão longe está de ser pacificada no âmbito doutrinário e até mesmo jurisprudencial. Mais discussões deverão ser suscitadas. O que não se pode negar é a necessidade premente de mudanças na legislação trabalhista e no próprio estatuto das cooperativas, no sentido de se adequarem a nova realidade jurídica, assim como a edição de lei complementar aludida na Constituição Federal, como forma de disciplinar o apoio e o estímulo do Estado ao Cooperativismo.

Advirão, assim, ações qualitativas e de indiscutível eficácia para consolidar e permitir o desenvolvimento auto-sustentável das sociedades cooperativas.

O certo é que as fraudes devem ser estirpadas para que sejam privilegiadas aquelas cooperativas imbuídas do verdadeiro espírito de cooperação, alternativas que são à exclusão social.



Referências Bibliográficas:

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 1995.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 5 de outubro de 1988. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2004

_____. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 06 de outubro de 2003

_____. Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 06 de outubro de 2003.

_____. Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971. Define a política nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 06 de outubro de 2003.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2001

_____. Lei nº 8.883, de 8 de junho de 1994. Altera dispositivos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 06 de outubro de 2003.

_____. Lei nº 8.949, de 9 de dezembro de 1994. Acrescenta parágrafo ao art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) para declarar a inexistência de vínculo empregatício entre as cooperativas e seus associados. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 06 de outubro de 2003.

_____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 06 de outubro de 2003.

_____. Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 06 de outubro de 2003.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Novo Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 06 de outubro de 2003.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. Portaria nº 925, de 28 de setembro de 1995. Dispõe sobre a fiscalização do trabalho na empresa tomadora de serviço de sociedade cooperativa. Disponível em: <[Http://www.mte.gov.br/empregador/fiscatrab/legislacao/portarias/conteudo/port_925.asp](http://www.mte.gov.br/empregador/fiscatrab/legislacao/portarias/conteudo/port_925.asp)> Acesso em 06 de outubro de 2003.

_____. Ministério Público do Trabalho. Termo de Conciliação Judicial, de 05 de junho de 2003. Disponível em <http://www.pgt.mpt.gov.br/noticias/2003/06/n213_anx1.html> Acesso em 22 de novembro de 2004.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Enunciado nº 331. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/basesjuridicas>> Acesso em 06 de outubro de 2003.

BUCCI, Maria Paula Dallari, SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos; HADDAD, Luis Gustavo. Participação de Sociedades Cooperativas em Licitações. **Boletim de licitações e contratos**. São Paulo:NDJ, 1999.

CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle; FERRAZ, Sérgio. **Dispensa e inexigibilidade de licitação**. 2. ed. São Paulo: RT, 1992.

FONTES, Ana Lúcia Berbert. Estudo sobre a regularidade da participação das cooperativas nas

licitações públicas. **Revista PGE**, Fortaleza: nº. 23, p. 2-22, 1997.

HUPSEL, Edite Mesquita. Participação de cooperativas em licitações públicas quando essa participação é ilegal. **Informativo de licitações e contratos**. Curitiba: nº. 101, jul., 2002. Disponível em: <<http://www2.visywork.com.br/Empresas/Zenite/ilc.nsf>>. Acesso em 06 de outubro de 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2000.

MATOS, Mauro Roberto Gomes de. O contrato Administrativo e as cooperativas. **Informativo de Licitações e Contratos**. Curitiba: n. 103, mar. 2003. Disponível em <<http://www2.visywork.com.br/Empresas/Zenite/ilc.nsf>>. Acesso em 18 de junho de 2004.

_____. A legalidade da participação das cooperativas no processo licitatório. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: n.233, p. 387-417, jul./set.2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994

_____. **Licitação e contrato administrativo**. 9.ed. São Paulo: RT, 1990

MORAIS, Dalton Santos. A proibição de licitar e contratar com a Administração Pública Federal às cooperativas de mão-de-obra. **Informativo de Licitações e Contratos**. Curitiba: n. 426, maio 2004. Disponível em <<http://www2.visywork.com.br/Empresas/Zenite/ilc.nsf>>. Acesso em 18 de junho de 2004.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Princípio da isonomia na licitação pública**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2000.

NÓBREGA, Airton Rocha. Sociedades cooperativas nas licitações públicas. **Jus Navegandi**, Teresina: a. 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3574>>. Acesso em: 01 fev. 2004.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública**. 3.ed., São Paulo: Renovar, 1995

_____. A possibilidade da participação de cooperativas em certames licitatórios e a documentação relativa à habilitação jurídica. **Boletim de Licitações e Contratos**. São Paulo:

n. 67, set. 1999.

PINHO, Diva Benevides. O Cooperativismo no Brasil: da vertente pioneira à vertente solidária. São Paulo: Saraiva, 2004.

REIS, Samuel Mota de Souza. A participação de cooperativas em licitações. **Jus Navegandi**, Teresina: a.8, n. 238, 2 mar. 2004. Disponível em: <http://www.1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4916>. Acesso em: 27 jun. 2004.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Cooperativas em Licitações Podem participar. **Boletim de licitações e contratos**. São Paulo: NDJ, n.1, p. 25-27, jan. 2002.

_____; BOTTINO, Marcos Tullio. **Manual prático das licitações: Lei nº 8.666/93**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999

SANTANA, Jair Eduardo. Cooperativas e Licitação. **Informativo de licitação e contratos**. Curitiba: n. 87, maio de 2001. Disponível em <<http://www.zenite.com.br>> Acesso em 06 de outubro de 2003

SILVA, Solange Afonso da; SAMPAIO, Ricardo Alexandre. As propostas apresentadas pelas cooperativas e seu verdadeiro ônus para a administração. **Informativo de licitações e contratos**. Curitiba: v.7, n.76, p.484-486, jun.2000. Disponível em <<http://www2.visywork.com.br/Empresas/Zenite/ilc.nsf>>. Acesso em 12 de junho de 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Vilella. Igualdade e competitividade em face de participação de cooperativas nas licitações. **Informativo de licitações e contratos**. Curitiba: Zênite, n. 48, p. 102-103, 1998.

_____. Licitações e Contratos Administrativos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 2001.

TEIXEIRA JÚNIOR, Amílcar Barca; CIOTTI, Lívio Rodrigues. **Cooperativas de trabalho na administração pública**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.