



Acórdão 00466/2023-1 - 1ª Câmara

Processo: 06288/2022-1

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PMLT - Prefeitura Municipal de Laranja da Terra

Relator: Rodrigo Coelho do Carmo

Representante: MARCOS ANTONIO MANSOR

Responsável: JOSAFÁ STORCH, PAULO CESAR PALACIO, DANILO GONCALVES DORNELAS

**CONTROLE EXTERNO - FISCALIZAÇÃO -
REPRESENTAÇÃO - PREFEITURA MUNICIPAL
DE LARAJA DA TERRA - PARTICIPAÇÃO DE
COOPERATIVAS - APLICABILIDADE SÚMULA
281, STF - ARQUIVAR.**

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO:

I - RELATÓRIO

Trata-se de Representação, com pedido de medida cautelar, face ao Edital de Licitação, Pregão Presencial 016/2022, da Prefeitura Municipal de Laranja da Terra, cujo objeto *contratar empresa especializada para prestação de serviços de transporte nos bairros urbanos e rurais, destinado ao atendimento dos alunos da rede pública de ensino (Municipal/Estadual) do município de Laranja da Terra, pelo*

período de 12 (doze) meses, em trajeto denominados rotas, descritas nas especificações, através de veículos adequados para transporte escolar, com motoristas e monitores que atendam às condições de habilitação e qualificação constantes nas normas e regulamento federal, estadual e municipal, a serem compostos nos apontamentos do edital de licitação, sendo possível à atualização durante a execução do objeto licitado, decorrendo de acréscimos ou supressão de alunos, escolas, pontos de embarque e alteração de itinerários, no ano letivo de 2022/2023.

Antes de se pronunciar acerca da admissibilidade da Denúncia/Representação, por intermédio da Decisão Monocrática TC 826/2022, notifiquei os gestores do Município para se manifestarem acerca dos fatos noticiados.

Após a notificação ter sido atendida, providenciou-se juntada de justificativas e de documentos apresentados, e por meio do despacho TC 33.276/2022, momento o qual conheci da Representação, e encaminhei os autos à SEGEX.

Em sede de Instrução Técnica Conclusiva 3428/2022-2 se concluiu pela improcedência da Representação, entendimento acompanhado pelo Ministério Público de Contas 01795/2023-7:

4 – PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, submetemos à consideração superior a seguinte proposta de encaminhamento:

4.1 – Nos termos alinhavados nesta peça, considerar a **improcedência** da presente Representação, embasado no art. 329, § 3º do Regimento Interno dessa Corte de Contas (RITCEES), aprovado pela Res. TC 261/2013.

4.2 – Embora não se tenha tratado de solicitação de medida cautelar, por prudência, sugere-se dar ciência ao Representante do teor da Decisão proferida, embasado no art. 306, § 7º do RITCEES.

4.3 - Arquivar os presentes autos após trânsito em julgado.

É o que importa relatar.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Em breve síntese, narra o Representante que em sessão ordinária da **Comissão Permanente de Cooperativismo da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo**, esteve presente representantes da **Organização das Cooperativas Brasileiras do Espírito Santo (OCB/ES)** e da **Cooperativa de Transporte da Região Sudoeste Serrana (COOPATAC)** que prestou serviço por 16 anos ao município de Laranja da Terra. Todavia, findado o contrato, teria o **Pregão Presencial 16/2022** proibido diretamente a participação de cooperativas, com base na **Súmula 281 do Tribunal de Contas da União (TCU)**, onde foi alegado a necessidade de subordinação do motorista no serviço de transporte escolar.

A equipe técnica e Ministério Público de Contas entendeu que a súmula em comento está vigente faz uma década, e, não se tem evidências de que tenha sido considerada inconstitucional ou ilegal.

Assim, a princípio, quando o jurisdicionado adotou a opção de vedar participação de cooperativas no certame o fez com observância a posicionamento de órgãos de controle externo (no caso, TCU com sua súmula que este Tribunal entendeu válida e vigente), de forma que, por razões de posicionamentos anteriores e em obediência aos termos da LINDB (para responsabilização) deve levar ao entendimento que a presente representação merece ser julgada por improcedente.

Pois bem.

Observa-se, que mesmo na vigência da súmula, e com jurisprudência firme nas vedações à participação de cooperativa, o Tribunal de Contas da União, vinha fazendo uma leitura a partir da Lei 12.690/2012:

8.Como mencionado na instrução, **a jurisprudência deste Tribunal efetivamente veda 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 (**súmula TCU 281**).

9. Neste caso específico, porém, é de se levar em conta que os editais condicionaram a participação de cooperativas à inexistência de relação de subordinação entre elas e os cooperados e à prestação dos serviços em caráter coletivo e com absoluta autonomia dos cooperados, situação que impede, de antemão, deduzir que se trata de relação de emprego ou de intermediação irregular de mão de obra (arts. 4º, inciso II, e 5º da Lei 12.690/2012).

10. E as pregoeiras da ECT negaram provimento às impugnações da representante com questionamentos semelhantes aos ora formulados a este Tribunal, sob diversos argumentos, entre eles os de que: i) a forma pela qual os serviços objeto dos certames são prestados não caracteriza relação de subordinação, pessoalidade, habitualidade e dependência entre o cooperado e a cooperativa, ou entre o cooperado e o tomador de serviço; e ii) o serviço de transporte de cargas não está incluído entre aqueles relacionados no termo de conciliação judicial celebrado entre a União e o Ministério Público do Trabalho, em 5/6/2003, no qual houve o comprometimento de não contratação de trabalhadores por meio de cooperativas nas hipóteses de os serviços demandarem a execução em estado de subordinação (peça 2, p. 29/30, e peça 10, 56/64).

11. Várias disposições dos atos convocatórios levam à conclusão a respeito da possibilidade de terceirização dos serviços em tela junto a cooperativas, até porque englobam o fornecimento dos veículos necessários para transporte urbano da carga postal, os quais, no caso de cooperativas, devem ser, via de regra, de propriedade do cooperado, aceitando-se apenas, excepcionalmente, veículos que estejam em sua posse desde que comprovado com contrato de locação e/ou arrendamento (subitem 5.3.1 da minuta de contrato - peça 3, p. 29, entre outras).

ACÓRDÃO-Acórdão 2777/2017-Plenário – DATA DA SESSÃO: 06/12/2017
– RELATOR: ANA ARRAES

Com o advento das Leis 12.349/2010 e 12.690/2012, entendo que, inaugurou-se, um novo regramento jurídico acerca das cooperativas, o qual requer a revisão da Súmula 281 do Tribunal, isso porque as referidas legislações são posteriores aos procedimentos que respaldaram a criação da súmula. Sendo inclusive este o encaminhamento dado pelo Relatora Ana Arraes, no Acórdão 2777/2017-Plenário, em que a mesma traz à baila, fundamentações jurídicas e específicas do caso concreto, o qual ao fim permite a participação da cooperativa no referido certame.

Trata-se de uma excelente abordagem, no entanto, parece ainda não resolver a questão, isso porque, a participação da cooperativa, fica atrelada as condicionantes e a elaboração do edital com especificações para que não a restrinjam. Como no presente caso concreto.

No ano de 2019, esse posicionamento, até então sem divergências, foi enfrentado pelo Tribunal de Contas da União, no Acórdão 2.463/2019 – TCU – 1ª Câmara,

Relator Bruno Dantas. **O relator a época entendeu como descabida a vedação** “apriorística da participação das cooperativas de trabalho em licitações, e encaminhou a referida decisão para a sua Comissão de Uniformização de Jurisprudência, a fim de que a Súmula 281 fosse revisitada¹”

Nesse sentido o Ministro Bruno Dantas, **entendeu que o contexto em que foi assinado o Termo de Conciliação entre o Ministério Público do Trabalho e a União** (2003), bem como em que se proferiram os precedentes que embasaram a Súmula TCU 281 (2003 a 2006), **é bem diferente do atual**. Fazendo constar no Acórdão 2.463/2019, que na 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”.

Nesse intento, é oportuno considerar que o teor da Súmula 281, TCU é discutível, apesar de não ter sido efetivamente alterada, eis que quando “editada já vigia a Lei 12.349/2010, que inseriu no art. 3º, §1º, I, da Lei 8.666/1993, vedação expressa a qualquer tentativa de cercear a participação de cooperativas em contratações públicas” (ZAGATTO,2022).

Esclareço: 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;

¹ ZAGATTO, Thiago. Cooperativas em contratações públicas e a amplitude da responsabilidade subsidiária da Administração Pública. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2020/06/24/cooperativas-em-contratacoes-publicas-e-a-amplitude-da-responsabilidade-subsidiaria-da-administracao-publica/>. Acesso em: 05/07/2022.

Dessa forma, entendo que a lei proibiu explicitamente a inserção de cláusulas no edital visando impedir a participação de cooperativas. A Lei 12.349/2010 inverteu a lógica para que a exclusão de cooperativas de certames passasse a ser exceção.

Aliás, a participação de sociedades cooperativas nas licitações públicas não é apenas permitida, mas estimulada pelo Poder Público, conforme se infere da leitura do art. 34 da Lei Federal nº 11.488/2007, cujo teor estabelece que as benesses garantidas às microempresas e empresas de pequeno porte sejam também estendidas às sociedades cooperativas como forma de incentivar esse tipo de organização.

Passo a entender que a regra, é que a participação de cooperativas, conforme estabelecida no §2º do art.10 da lei 12.690/12: '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 que é vedada é a contratação de cooperativas fraudulentas, aquelas que se caracterizam como intermediadoras de mão-de-obra, conforme previsão do art. 5 da lei 12.690/12.

A fiscalização e o acompanhamento da execução dos serviços, previstos no projeto básico, é mais um elemento que concorrerá ao controle da legalidade, evitando-se que eventuais desvios possam dar vazão a intermediações de mão-de-obra, com a precarização das relações de trabalho e burlas à legislação trabalhista.

Têm-se que a principal crítica das cooperadas a Súmula 281, é que o contexto em que foi criado não é mais o que hoje é evidenciado, bem como, o fato de hoje o seu texto legal permitir uma presunção de subordinação jurídica, permitindo uma proibição sem maiores elementos da participação das mesmas nos certames licitatórios.

Por fim, no intuito de reforçar o direito das cooperativas participarem das licitações, o **artigo 10 da Lei nº 12.690/12**, prevê expressamente que **a cooperativa de trabalho não poderá ser impedida de participar de procedimentos de licitação**

pública “que tenham por escopo os mesmos serviços, operações ou atividades previstas em seu objeto social”.

Sendo assim, é evidente o avanço legislativo naquilo que diz respeito às cooperativas, essa Lei reconhece as especificidades e singularidades das mesmas e principalmente, confere arcabouço legal para evitar fraudes de terceiros que visem se aproveitar dessa forma societária.

O que se destaca de tal fato, é que as cooperativas, cientes da reviravolta jurisprudencial do Tribunal de Contas da União, e revestidas em suas prerrogativas, recorrerão ao judiciário e aos tribunais de contas sempre que uma impedição editalícia lhes for imposta.

Ao gestor público, carente de segurança jurídica, se valerá das disposições dos artigos 22 e 24 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que obrigam aos órgãos controladores a reconhecerem, “na avaliação da regularidade de determinado ato administrativo praticado, as condições fáticas, as dificuldades reais dos gestores e as orientações gerais da época em que o ato foi praticado” (ZAGATTO,2022).

Desta feita, quanto ao presente caso acolho as justificativas apresentadas, tendo em vista que o gestor atuou em conformidade com o disposto na Súmula 281, STF, bem como, nos recentes julgados desta Corte de Contas.

Quanto ao pedido de rescisão do contrato decorrido do Pregão Presencial 0016/2020 e realização de nova licitação, entendo que nessa fase processual seria um prejuízo a mais para a Administração, no entanto, expeço recomendação para que em próximas licitações permitam em edital a participação de cooperativa, quando as mesmas atenderem aos requisitos expressos no edital e em lei.

III – QUANTO A UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA SUSCITADA NA ITC 3428/2022

Em sede de instrução o nobre auditor entendeu que as divergências travadas nesta Corte de Conta, principalmente diante da discussão aos autos da TC 2792/2020, seria o momento oportuno para que seja suscitada uma uniformização de jurisprudência (art. 356 do RITCEES).

Ouso discordar, isso porque, a nova Lei de Licitações – Lei nº 14.133/2021, agora em plena vigência, vez que se findou o prazo de transição em abril deste ano, inovou a legislação anterior e **fez constar em seu artigo 16, disposições a respeito da participação das cooperativas, nos procedimentos licitatórios. Vejamos:**

Art. 16. Os profissionais organizados sob a forma de cooperativa poderão participar de licitação quando:

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.

Ou seja, quando atendidos aos critérios não há que se falar em proibição de participação de cooperativa, e ainda reforça as disposições do artigo 5º da Lei 12.690/2012, em que não deve haver subordinação entre os cooperados, evitando-se, assim, a intermediação de mão de obra.

IV – CONCLUSÃO

Em suma, **não se pode contratar cooperativa para que prestem serviços a serem executados cujo modo de ação exija as condições próprias de um vínculo de emprego, isto é, subordinação (hierarquia), pessoalidade e**

habitualidade (jornada de trabalho) dos trabalhadores. Nesses casos, trata-se, portanto, de emprego precário e estariam atuando como verdadeiras empresas, infringindo as normas vigentes.

Ocorre, que o constante movimento de representações/ações judiciais é exatamente o fato de constar em edital, desde logo, a vedação a participação de cooperativa, por presunção que o objeto se daria através de subordinação, e assim violaria o disposto no artigo 5º da Lei nº 12.690/2012.

Ou seja, aquilo que deveria ser objeto de exame casuístico e de condições subjetivas, passou a ser tratado objetivamente como uma vedação. Portanto, o melhor entendimento é que o gestor deve permitir a participação das cooperativas nas licitações, se a mesma comprovar atender aos requisitos fixados em edital.

Diante do exposto, **divergindo dos entendimentos técnico e ministerial**, VOTO no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de ACÓRDÃO que submeto à sua consideração.

RODRIGO COELHO DO CARMO

Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO TC-466/2023:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão da Primeira Câmara, ante as razões expostas, em:

1.1. Procedência da Representação, nos termos do art. 95, inciso II, c/c art. 99, §2º, ambos da Lei Complementar 621/2012.

1.2. Acolher as razões de justificativa apresentada pelos **Sr. Josafa Storch, Paulo Cesar Palacio e Danilo Gonçalves Dornelas**, nos termos do voto.

1.3. Recomendar ao atual gestor, ou a que vier sucedê-lo, que permita a participação de cooperativas em seus procedimentos licitatórios, desde que preencham aos requisitos em lei.

1.4. Dar ciência ao Representante e ao(s) interessados do teor da decisão tomada por este Tribunal de Contas.

1.5. Remeter os autos ao Ministério Público de Contas, após a confecção deste Acórdão nos termos do art. 62, parágrafo único da LC 621/2012;

1.6. Arquivar os autos nos termos do art. 330, IV, da Resolução nº 261/13, Regimento Interno do TCEES.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 19/05/2023 – 17ª Sessão Ordinária da 1ª Câmara.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sebastião Carlos Ranna de Macedo (presidente), Rodrigo Coelho do Carmo (relator) e Sérgio Aboudib Ferreira Pinto.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Presidente

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

Relator

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA

Em substituição ao procurador-geral

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

Subsecretária das Sessões