

A PARTICIPAÇÃO DAS COOPERATIVAS NAS LICITAÇÕES

JOSÉ RICARDO BRITTO SEIXAS PEREIRA JÚNIOR

*Advogado da União, Consultoria Jurídica do
Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão*

Sumário: 1. Introdução – 2. Das Cooperativas – Conceito, Natureza e Finalidade – Regime Jurídico – 3. Possibilidade de participação das Cooperativas nas Licitações – 4. Particularidades e restrições da participação das Cooperativas em Licitações – 5. Riscos para a administração na contratação de Cooperativas – 6. Conclusão – 7. Bibliografia

1. Introdução

A participação das cooperativas nas licitações é tema que ainda aflige os advogados públicos em suas manifestações na esfera consultiva e atualmente é assunto fustigante no âmbito do contencioso em virtude de ações judiciais propostas por cooperativas ou suas associações, que postulam a anulação do Termo de Conciliação Judicial celebrado em 05 de junho de 2003, entre o Ministério Público do Trabalho -MPT e Advocacia Geral da União - AGU, nos autos do Processo 01082-2002-020-10-00-0, que tramitou perante a Vigésima Vara do trabalho de Brasília-DF, e que “*veda a contratação de cooperativas 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 de serviços”, com o escopo de assegurar a participação destas sociedades em todas as licitações.

Este trabalho, longe de ser algo inusitado, visa auxiliar os colegas em suas manifestações, indicando o fundamento jurídico que autoriza a participação das cooperativas nos procedimentos licitatórios, descrevendo algumas particularidades que devem ser apontadas nos editais e nos contratos, indicando as restrições de participação nos termos do Termo de Conciliação acima referenciado e os riscos que a contratação das cooperativas pode acarretar ao Poder Público.

2. Das Cooperativas – Conceito, Natureza e Finalidade – Regime Jurídico

O conceito legal de sociedade cooperativa é encontrado na Lei n.º 5.764, de 16 de setembro de 1971, diploma que define a Política Nacional de Cooperativismo e institui o regime jurídico destas sociedades. Segundo esse diploma:

Art. 3.º 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.

Art. 4.º As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características:

Art. 86. As cooperativas poderão fornecer bens e serviços a não associados, desde que tal faculdade atenda aos objetivos sociais e estejam de conformidade com a presente lei.

Nestes termos, pode-se afirmar que cooperativa é sociedade civil que não tem finalidade mercantil, própria das atividades empresariais, cujo escopo é obter vantagens econômicas para seus associados, não para a própria entidade.

Explana Pontes de Miranda:

“O método de atividade, na sociedade cooperativa, consiste na prática de

atos que diminuam o custo da produção, de jeito a haver vantagem para os sócios que levem à obtenção de melhor preço para os produtos, pois que os produtores são os sócios”.¹

A despeito da finalidade da sociedade cooperativa prestar serviços aos associados, a Lei n. 5.764/71 em seu art. 86 facultou o fornecimento de bens e serviços pelas cooperativas desde que atenda aos objetivos sociais.

Malgrado a possibilidade de exercício de atividade econômica, é traço característico da cooperativa a inexistência de vínculo empregatício entre ela e seus associados, nos termos do art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 442. Contrato de Trabalho é o acordo tácito ou expresso correspondente a relação de emprego.

Parágrafo único. Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.

Ante a inexistência de vínculo empregatício, a cooperativa fica desobrigada a arcar com os encargos trabalhistas que são aplicáveis às outras empresas, bem como fica isenta do desconto de 11% (onze por cento) do valor bruto de sua fatura a título de contribuição para a Seguridade Social, previsto no art. 219 do Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999.

1 PONTES de Miranda. *Tratado de Direito Privado*.

Com tamanha isenção fiscal, as empresas cooperativas têm a possibilidade de formular a proposta mais vantajosa nas licitações, sendo, geralmente, as vencedoras dos certames.

3. Possibilidade de participação das cooperativas nas licitações

Ante o privilégio tributário das cooperativas, a doutrina passou a analisar a possibilidade de as cooperativas participarem das licitações sob o argumento de que o princípio da igualdade estaria sendo violado na medida em que foi conferido tratamento tributário privilegiado a estas sociedades cooperativas não extensivo às outras espécies de sociedades que participam de licitações.

Para o deslinde da questão, devemos arrolar algumas normas da Lei n. 8.666/93 que serão necessárias para a elucidação de questões pertinentes ao tema. Citamos o art. 3º, *caput*, e § 1º, inc. I, da Lei de Licitações, porquanto o legislador decidiu exemplificar os princípios que a Administração Pública deverá observar na condução dos procedimentos licitatórios, não obstante os já consagrados princípios previstos no ordenamento jurídico constitucional.

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade,

JOSÉ RICARDO BRITTO SEIXAS PEREIRA JÚNIOR

da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da proibição administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos. (grifo nosso)

§ 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 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; (grifo nosso)

Dispondo sobre os princípios da licitação, a norma supracitada é aquela que traduz os valores de todo o procedimento licitatório e lhe dá fundamentação, devendo, portanto, a atividade do administrador ser pautada, em especial, pelos princípios da isonomia, da seleção da proposta mais vantajosa, da legalidade e do caráter competitivo do certame. Dentre esses, assegura-se ao princípio da isonomia proeminência sobre os demais, uma vez que é inconcebível num processo de licitação pública a existência de tratamento diferenciado entre os licitantes que se encontram em posição de igualdade, o que frustraria todo o processo competitivo.

O art. 9º da Lei n. 8.666/93 contém norma proibitiva quanto à participação nas licitações. Pela melhor hermenêutica, normas proibitivas, via de regra, se constituem em exceções

e devem ser interpretadas restritivamente, de forma estrita, enquanto que os direitos se interpretam ampliativamente. Em licitações, a regra é que a participação no certame é direito de todos os interessados e deve, segundo esse princípio, ser entendida de maneira a ampliar a disputa. Por isso tudo, não cabe ao intérprete distinguir onde a lei não distingue.

Deste modo, a indicação das pessoas enumeradas no art. 9º deve ser interpretada como um rol taxativo, não podendo o intérprete ampliar o campo de restrições previsto na Lei de Licitações.

Citando Ivan Barbosa Rigolin²: “Entendemos que a lei de licitações não permite ao poder público ingressar em particularidades desta ou daquela espécie de sociedade, como os encargos a que cada qual se sujeita, ou como quanto à natureza de cada uma, para o fim de a priori impedir a participação de quem quer que seja”.

Deste modo, não há que se falar em inobservância do princípio da igualdade, se houver participação das cooperativas nas licitações, haja vista que uma das premissas da licitação é oportunizar a todos os interessados a possibilidade de participar do procedimento.

Inexistindo fundamento jurídico que proíba a participação das

cooperativas nas licitações, alguns doutrinadores do quilate de Toshio Mukai³ defendem a tese de que, se houver cooperativa participando da licitação, deve ser aplicado o § 4º, do art. 42 da Lei n. 8.666/93, referente à equalização das propostas previstas para as licitações internacionais.

Explica Toshio Mukai: “Quando indagados sobre tal questão temos posicionado no sentido de para que seja cumprido o princípio fundamental da igualdade haverá que se efetuar a equalização das propostas, somando-se à propostas da cooperativa, os tributos que recaem, na hipótese, sobre os preços das empresa”.

Para esta corrente doutrinária, a participação das cooperativas nas licitações só pode ser autorizada, se for feita a equalização das propostas, que consiste na desconsideração de todas as vantagens tributárias inerentes às sociedades cooperativas, com a finalidade de atender ao princípio da igualdade, aplicando-se analogicamente o art. 42, § 4º da Lei n. 8.666/93.

Discordamos deste entendimento. A vedação à participação de sociedades cooperativas nas licitações ou a imposição de qualquer gravame, como o proposto por Toshio Mukai, deve ser interpretado de forma estrita, não se admitindo restrições a direitos por analogia, haja vista que a Lei de Licitações determinou que o art. 42,

2 IVAN Barbosa Rigolin. Teoria e prática das licitações e contratos, pág 25

3 TOSHIO Mukai. Cooperativas não podem participar de licitações públicas. Revista Consulex, 2001.

§ 4º é aplicável nas licitações internacionais, não se referindo às propostas de sociedades cooperativas.

Explicana Sidney Bittencourt⁴: “Parece-nos totalmente descabida a tentativa de equalizar propostas em edital visando à neutralização dos benefícios outorgados pela Constituição e pela Lei para as cooperativas, por entendermos que, se o princípio é o da livre iniciativa e a Constituição Federal estabeleceu estas distinções, não cabe ao agente público, ao elaborar os editais ou julgar recursos, estabelecer distinções, negando esse tratamento beneficiado às cooperativas.”

Complementa Marcos Jurena Vilella Souto⁵: “O fato é que, ao administrador público, em razão dos princípios da legalidade, da livre iniciativa e da isonomia, não cabe desigualar uma situação que o constituinte resolveu desigualar”.

Por esses motivos, entendemos que a participação das cooperativas deve ser ampla e irrestrita, não havendo que se falar em impossibilidade de participação ou equalização das propostas. Se o legislador deferiu a estas sociedades tratamento tributário privilegiado, a Administração não pode ceifar este privilégio, sob pena de abdicar de uma das finalidades da licitação, que é obter a melhor

proposta, o negócio mais vantajoso, frustrando o caráter competitivo do certame.

4. Particularidades e restrições da participação das Cooperativas em licitações

Ultrapassada a polêmica sobre a participação de sociedades cooperativas nas licitações e a impossibilidade da aplicação do art. 42, § 4º da Lei n. 8.666/93 com a finalidade de equalizar as propostas, desconsiderando o tratamento tributário diferenciado deferido às cooperativas, descreveremos algumas particularidades que devem ser apontadas nos editais e nos contratos, relacionados à participação das cooperativas.

Inicialmente devemos abordar a elaboração do edital. Na maioria das vezes os editais são omissos no que tange à participação das cooperativas, o que pode levar a eventuais problemas, carecendo somente de mera especificação sobre a participação ou não das cooperativas.

Como descrito no capítulo anterior, inexistente dispositivo legal que vede a participação das cooperativas, contudo, a Advocacia-Geral da União firmou Acordo com o Ministério Público do Trabalho em que se comprometia a não contratar cooperativas

4 SIDNEY Bittencourt. *Questões Polêmicas Sobre Licitações e Contratos Administrativos*. 2001. p 133-134

5 MARCOS Jurena Vilella Souto. *Igualdade e Competitividade em Face de Participação de Cooperativas nas Licitações*.

para os serviços que tenham subordinação direta, o que caracterizaria o vínculo empregatício. Tal medida visa combater as fraudes ao regime trabalhista e preservar a União de possíveis demandas, haja vista a sua responsabilidade sucessiva por eventuais débitos trabalhistas nos termos do Enunciado n. 331, do Tribunal Superior do Trabalho.

Deste modo, com intuito de prevenir eventuais alegações sobre a participação ou não de cooperativas na licitação, sugere-se que as minutas dos editais prevejam expressamente a participação ou não destes tipos de sociedade.

Para as contratações que exijam subordinação direta e, exemplificadas no termo de acordo acima referenciado, ante a inexistência de norma legal que proíba a contratação, deve constar do edital a impossibilidade de participação das cooperativas em virtude do referido acordo, que é vinculativo e com eficácia de título judicial nos termos dos artigos 831, parágrafo único, e 876, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.

Caso a participação de cooperativas na licitação não esteja vedada, a Consultoria Jurídica encarregada de analisar a minuta do edital deve atentar para algumas particularidades.

A primeira particularidade diz respeito à habilitação das cooperativas.

Sobre a habilitação, transcrevemos a lição de Samuel Mota de Souza Reis⁶: “No que tange à fase de habilitação, a Lei n. 8.666/93 exige, exclusivamente, dos interessados, documentação relativa à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômica financeira, regularidade fiscal e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. Importa ressaltar que quanto à documentação relativa à habilitação jurídica, o art. 28, inc. IV, da lei de Licitações, preceitua que, no caso de sociedades civis, será necessária a apresentação do ato constitutivo, acompanhada da prova da diretoria em exercício. Verifica-se, portanto, que a Lei de Licitações autoriza expressamente o ingresso de sociedades civis nos certames licitatórios, e, nestes termos deve ser recebida a documentação jurídica das cooperativas com a apresentação de seu estatuto e últimas atas da assembléia geral”.

Deste modo, além da qualificação técnica, qualificação econômica financeira, regularidade fiscal, na habilitação jurídica, após ser exigido o ato constitutivo, acompanhado da prova da diretoria em exercício, deve ser comprovado que o fornecimento de bens e serviços atendem aos objetivos sociais, nos termos do art. 86 da Lei n. 5.764/61.

A segunda particularidade diz respeito ao artigo 22, inciso IV, da Lei n. 8.212, de 24 de junho de 1991

6 SAMUEL Mota de Souza Reis. A participação de cooperativas em licitações

que criou obrigação tributária para as empresas, os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta e fundacional que contratarem cooperativas na alíquota de 15% (quinze por cento) sobre o valor bruto da nota fiscal, relativamente aos serviços prestados pelos cooperados.

Solange Afonso de Lima e Ricardo Alexandre Sampaio⁷ explanam:

“Apesar de não fazer parte da contraprestação a ser conferida às cooperativas de trabalho, o que significa dizer que não incorporam os valores da proposta comercial que esta oferecerá, por óbvio, conclui-se que a Administração não poderá tão-somente considerar o valor proposto pela remuneração dos serviços a serem prestados, pois seu ônus com a contratação será superior a este.

Nesse caso, o critério de julgamento pelo menor preço não deve ser entendido somente como a menor remuneração para a contratada mas sim como o menor preço advindo pela contratação pela Administração. O menor preço a ser considerado é aquele que representa o menor desembolso para a Administração, incluindo assim, os valores a serem pagos como contraprestação pelos serviços prestados, bem como todos os ônus advindos da contratação, tais como taxas, contribuições previdenciárias ou outras obrigações que a lei determinar.”

Neste termos, sugerimos aos colegas que façam constar nos editais de licitação a necessidade de cons-

tar da proposta das cooperativas o acréscimo de 15% previsto na Lei n. 8.212/91 e que, caso não conste da proposta, será avaliado para fins de julgamento.

Deve ser esclarecido que a alíquota de 15% está restrita aos serviços prestados pelos cooperados. Deste modo, se a proposta contiver outras discriminações, como insumos, fardamento, etc..., a alíquota não poderá incidir sobre o total da proposta, mas tão-somente sobre os serviços exclusivamente prestados pelos cooperados.

No tocante aos contratos firmados com sociedades cooperativas, estes devem conter cláusulas que obriguem a prestação dos serviços contratados exclusivamente pelos cooperados.

Tal exigência visa evitar a prática do *merchandise*, em que a cooperativa passaria a ser intermediária de mão-de-obra, tornando o Poder Público co-responsável pelos débitos trabalhistas e previdenciários.

5. Riscos para a administração na contratação de Cooperativas

Com o intuito de aproveitar os benefícios fiscais relativos às cooperativas, algumas empresas têm se travestido nestas espécies de sociedade, mantendo relação de emprego com os supostos cooperados. Esses trabalhadores, aliciados por cooperativas de mão-de-obra, que prestam serviços de natureza subordinada à

7 As propostas apresentadas pelas cooperativas e seu verdadeiro ônus para a Administração. ILC, N. 76, Ed. Zênite, Junho 2000.

União, embora laborem em situação fática idêntica à dos empregados das empresas prestadoras de serviços terceirizáveis, encontram-se a margem de qualquer proteção jurídica laboral, o que pode acarretar responsabilidade sucessiva ou solidária da União por eventuais débitos trabalhistas ou previdenciários nos termos do art. 71, §2º da Lei n. 8.666/93 e do Enunciado n. 331 do TST.

Por esses dispositivos, a Administração responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da lei n. 8.112/91 e subsidiariamente pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas.

Deste modo, cabe a Administração atentar para a existência de relação de emprego entre os cooperados e as cooperativas, notadamente para a vedação contida no Termo de Conciliação Judicial celebrado entre a AGU e o MPT, com o intuito de resguardar a Administração de eventuais demandas judiciais.

Caso algum colega seja instado a se manifestar em demandas judiciais que postulem a anulação do referido acordo, deve atentar que este acordo não veda a participação de cooperativas nas licitações. Pelo contrário, este acordo proíbe, com a devida razão, a participação de empresas que tentam burlar o sistema trabalhista e previdenciário ao se travestirem de sociedades cooperativas.

6. Conclusão

Assim, pode-se concluir que é possível a participação de cooperativas nas licitações, em virtude do princípio da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa, não havendo fundamento jurídico para a aplicação do art. 42, § 4º, da Lei de Licitações.

Feita esta premissa, durante o procedimento licitatório, a Administração deve se abster de contratar cooperativas para os serviços que exijam subordinação direta sob pena de responder solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato e subsidiariamente pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas.

Do mesmo modo, a Administração deve atentar para o fato de que a contratação de sociedades cooperativas implica uma obrigação tributária contida no artigo 22, inciso IV, da Lei n. 8.212/91, devendo ser levado em conta o acréscimo de 15% (quinze por cento) relativo aos serviços prestados pelos cooperados, no momento do julgamento das propostas.

7. Bibliografia

REIS, Samuel Mota de Souza. A participação de cooperativas em licitações. Jus Navigandi. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4916>. Acesso em: 20 de junho de 2005.

COPOLA, Gina. Cooperativas podem participar de licitações. Boletim de

Licitações e Contratos - Fevereiro de 2002.

BITTENCOURT, Sidney. A questão da equalização dos preços oferecidos por cooperativas em licitações públicas. Jus Navigandi. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4626>. Acesso em: 20 de junho de 2005.

_____. Questões Polêmicas Sobre Licitações e Contratos Administrativos. 2001. p 133-134.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Cooperativas em Licitação - Podem Participar. Teoria e Prática das Licitações e Contratos.

_____. Teoria e prática das licitações e contratos, pág 25.

HUPSEL, Edite Mesquita. Participação de cooperativas em licitações públicas - Quando essa participação é ilegal. Tese aprovada no XXVII Congresso nacional de Procuradores do Estado, outubro de 2001. Mukai, Toshio. Cooperativas não podem participar de licitações públicas. Revista Consulex, 2001.

SOUTO, Marcos Jurena Vilella. Igualdade e Competitividade em Face de Participação de Cooperativas nas Licitações.