

Gerência de Licitações/SEGER

Informativo n.º 001/2019

Data: 02/01/2019



Participação de Cooperativas em licitações

O Decreto 3.139-R/2017, que regulamenta a participação de cooperativas em licitações, foi alterado pelo Decreto 4.067-R/2017, tendo este último, dentre outros assuntos ou questões, suprimido o §2º do art. 1º, cuja redação era a seguinte:

§2º Se, para a execução do objeto contratual, for necessária a prestação de serviço de natureza subordinada, por pessoas físicas, com relação de dependência, não se admitirá a participação de cooperativas na respectiva licitação.

Diante dessa supressão, a Gerência de Licitações formulou consulta à PGE para obter orientações sobre o impacto da exclusão desse parágrafo na instrução e condução dos procedimentos licitatórios.

A manifestação exarada pela PGE foi a seguinte (com grifos no original):

Estabelecido este parâmetro, desde já afirmo que **a supressão da antiga redação pelo novo Decreto não teve o condão de afastar o posicionamento sedimentado pela PGE e pelos Tribunais no sentido de não ser permitida a participação de cooperativas em processos licitatórios quando o serviço que se pretende contratar necessariamente envolver relação de subordinação entre a contratada e o trabalhador.**

[...]

Com esse raciocínio, a regra se forma no sentido de viabilizar a participação de cooperativas em procedimentos licitatórios, por ser vedado aos agentes públicos prever nos atos convocatórios cláusulas que restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do certame, inclusive no caso de sociedades cooperativas (art. 3º, §1º, inc. I, da Lei de Licitações). A exceção fica por conta das contratações cujo objeto envolva o exercício de atividade que demande a existência de vínculos de emprego/subordinação desses profissionais com a pessoa jurídica contratada (cooperativa), bem como dispensam os elementos de habitualidade e pessoalidade.

Nesse cenário, cabe ao Gestor da Pasta, juntamente com seu corpo técnico, analisar as circunstâncias fáticas envolvidas na elaboração do Termo de Referência e, conseqüentemente, Licitação, atentando-se à vedação/exceção acima apresentada.

Portanto, têm-se que a alteração do Decreto 3.139-R/2017 não muda o posicionamento jurisprudencial firmado quanto às hipóteses em que não deve ser permitida a participação de cooperativas em licitações.

Por fim, disponibilizamos a manifestação da PGE, para ciência.

Em 02/01/2019

**GERÊNCIA DE LICITAÇÕES
GELIC/SUBAD/SEGER**



PGJ/ES	555
GABINETE	
Fls. Nº:	53540360
Nº Processo	
R.:	555

Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Processo N.º: 53540360

Interessada: SEGER

Assunto: Consulta. Decreto n° 4.067-R/2017 que alterou o Decreto n° 3.139-R/2017.

À SEGER,

Novamente os autos são submetidos à análise desta PGE em razão do encaminhamento de fl. 108, para "*conhecimento, análise e manifestação jurídica acerca das alterações, em especial a alteração feita no § 2º, do art. 1º do Decreto n° 3.139-R/2012*", trazidas pelo Decreto n° 4.067-R/2017.

Muito embora não seja possível extrair de forma clara e precisa a consulta realizada pela SEGER à fl. 108, importa realizar alguns esclarecimentos quanto à participação de cooperativas nas licitações realizadas pela administração pública diante das alterações promovidas pelo Decreto n° 4.067-R/2017.

Ao meu sentir, o ponto central a ser esclarecido é saber se a exclusão do §2º do Decreto n° 3.139-R/2012, pela nova redação dada pelo Decreto n° 4.67-R/2017, permite, por consequência, *a participação de cooperativas em licitações cujo a execução do objeto seja a prestação de serviço de natureza subordinadas, por pessoas física, com relação de dependência (redação excluída com o nova marco regulatório).*

Estabelecido este parâmetro, desde já afirmo que, **a supressão da antiga redação pelo novo Decreto não teve o condão de afastar o posicionamento sedimentado pela PGE e pelo Tribunais no sentido de**

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: http://www.pge.es.gov.br



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

não ser permitida a participação de cooperativas em processos licitatórios quando o serviço que se pretende contratar necessariamente envolver relação de subordinação entre a contratada e o trabalhador.

Nesse sentido são precedentes da PGE os processos administrativos de nº 76193578, 75095785, 81134789, 70596743, dentre outros.

A proibição de participação de cooperativas em certames cujo objeto é a prestação de determinados serviços tem amparo no entendimento do Tribunal de Contas da União, consolidado no enunciado da Súmula n.º 281 a seguir transcrito:

“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.”

Este entendimento foi acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça conforme demonstra o seguinte julgado:

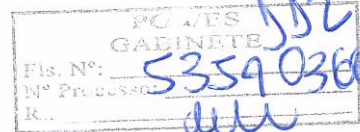
“ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COM LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA - VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS - RAZOABILIDADE DA EXIGÊNCIA EDITALÍCIA - INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE.

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.

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Precedentes.

3. Recurso especial provido."

(REsp 1204186/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2012, DJe 29/10/2012)

Portanto, o impedimento de participação de cooperativas em processos licitatórios depende de o serviço que se pretende contratar necessariamente envolver relação de subordinação entre a contratada e o trabalhador. Quanto ao tema ora em análise, elucidativo é o excerto doutrinária a seguir transcrito:

"... a dificuldade ou o impedimento à participação das cooperativas em licitações não decorre da situação jurídica mais ou menos favorecida destas últimas em relação às empresas. O impedimento está relacionado à relação jurídica que se estabelece entre o trabalhador e o contratado pelo poder público. Se a relação de trabalho importar na aplicação das regras da CLT, não se deve permitir que a prestação do serviço seja feita sob o regime cooperativo." (FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 6ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015. p. 317)

Inclusive, o Tribunal de Contas da União reconheceu a legalidade de edital em que se admitiu a participação de cooperativas, posto que o objeto da licitação não consistia na contratação da mão-de-obra a constituir a essência do objeto contratual, mas sim de prestação de serviço de transporte que pode ser prestado pelo cooperado sem que se caracterize relação de subordinação (TCU – Plenário - Acórdão n.º 1795/2005 – Rel. Min. Ubiratan Aguiar – Data da Sessão 09/11/2005).

Com esse raciocínio, a regra se forma no sentido de viabilizar a participação de cooperativas em procedimentos licitatórios, por ser vedado aos agentes públicos prever nos atos convocatórios cláusulas que restrinjam ou



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

frustrem o caráter competitivo do certame, inclusive no caso de sociedades cooperativas (art. 3º, §1º, inc. I, da Lei de Licitações). A exceção fica por conta das contratações cujo objeto envolva o exercício de atividade que demande a existência de vínculos de emprego/subordinação desses profissionais com a pessoa jurídica contratada (cooperativa), bem como dispensam os elementos da habitualidade e pessoalidade.

Nesse cenário, cabe ao Gestor da Pasta, juntamente com seu corpo técnico, analisar as circunstâncias fáticas envolvidas na elaboração do Termo de Referência e, conseqüente, Licitação, atentando-se à vedação/exceção acima apresentada.

Feitos tais esclarecimentos, devolvo os autos à origem, sem prejuízo de ser possível a formulação de nova consulta, obedecendo-se à diretriz do Enunciado CPGE nº 10.

Vitória, 22 de outubro de 2018.


ALEXANDRE NOGUEIRA ALVES

Procurador-Geral do Estado

RECEBIDO EM
22/10/2018

Amanola
17h00

Gabinete / P.G.E.
Encaminhe-se a(o)

Em: 22/10/18

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: http://www.pge.es.gov.br