



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS

PARECER n. 00002/2023/DECOR/CGU/AGU

NUP: 00688.001058/2022-11

**INTERESSADOS: DEPARTAMENTO DE ORIENTAÇÃO E COORDENAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS DA
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO - DECOR/CGU/AGU**

ASSUNTOS: LICITAÇÕES

EMENTA: LICITAÇÕES E CONTRATOS. SOCIEDADES COOPERATIVAS. POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES. TERCEIRIZAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE COOPERATIVAS PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N. 14.133/2021. EXISTÊNCIA DE TERMO DE CONCILIAÇÃO JUDICIAL NOS AUTOS DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA TRABALHISTA. ANÁLISE SOBRE A NECESSIDADE DE REVISÃO/REVOGAÇÃO DO TERMO DE CONCILIAÇÃO.

I - O art. 16 da Lei nº 14.133/2021 deve ser interpretado sistematicamente, e acordo com o arcabouço jurídico que envolve a matéria das Cooperativas, não prejudicando a validade do Termo de Conciliação firmado entre o Ministério Público do Trabalho - MPT e a Advocacia Geral da União - AGU.

II – Mesmo para as licitações sob a égide da Lei nº 14.133/2021, legítimo o entendimento de que a União deve se abster de celebrar contratos administrativos com cooperativas de trabalho nas hipóteses em que a execução dos serviços terceirizados, por sua própria natureza, demande vínculo de emprego dos trabalhadores em relação à contratada.

1. RELATÓRIO

1. Trata-se de solicitação, encaminhada através do DESPACHO nº 01675/2022/CONJUR-MTP/CGU/AGU, para que esta Consultoria-Geral da União se manifeste a respeito das repercussões do art. 16, da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, na participação de sociedades cooperativas nas licitações, especialmente acerca das condições de participação nos certames para a contratação de serviços terceirizados, com dedicação exclusiva de mão de obra, tendo em vista a existência de Termo de Conciliação firmado entre o Ministério Público do Trabalho - MPT e a Advocacia Geral da União - AGU, nos autos da Ação Civil Pública nº 01082-2002-020-10-00-0, que tramitou perante a 20ª Vara do Trabalho de Brasília/DF.

2. Inicialmente, o feito foi distribuído para a formulação dos esclarecimentos solicitados pela Exmo. Coordenador da Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos – CNMLC, Sr. Hugo Teixeira Montezuma Sales, através da Nota Jurídica n. 00003/2022/CNMLC/CGU/AGU, manifestação aprovada pelo Exmo. Diretor do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos, Sr. Victor Ximenes Nogueira, através do Despacho de Aprovação n. 00388/2022/DECOR/CGU/AGU (Seq. 3).

3. A suscitada dúvida foi explicada na aludida Nota jurídica, motivo pelo qual a transcreveremos, abaixo:

1. O presente feito foi aberto para discussão quanto às repercussões do art. 16 da Lei nº 14.133/21 na participação de cooperativas em certames licitatórios. O artigo em questão prevê o seguinte:

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.

2. Durante a égide da Lei nº 8.666/93, a prática, na Administração Pública Federal, espelhada nos modelos desta Câmara Nacional, era de que a decisão sobre vedação ou não de participação de cooperativa se daria a partir do objeto da licitação, sem prejuízo da análise de documentação apresentada pela própria entidade interessada, conforme o caso.

3. Nesse sentido é o art. 10 da IN SEGES/MP nº 5/2017:

Art. 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; e

II - que a gestão operacional do serviço seja executada de forma compartilhada ou em rodízio, em que as atividades de coordenação e supervisão da execução dos serviços e as de preposto, conforme determina o art. 68 da Lei nº 8.666, de 1993, sejam realizadas pelos cooperados de forma alternada ou aleatória, para que tantos quanto possíveis venham a assumir tal atribuição.

§ 1º Quando admitida a participação de cooperativas, estas deverão apresentar um modelo de gestão operacional que contemple as diretrizes estabelecidas neste artigo, o qual servirá como condição de aceitabilidade da proposta.

§ 2º O serviço contratado deverá ser executado obrigatoriamente pelos cooperados, vedada qualquer intermediação ou subcontratação.

4. Esse costume tem como fundamento principal o termo de conciliação, homologado judicialmente, relativo ao processo 01082-2002-020-10-00-0, o qual consta em anexo a esta manifestação.

5. Muito bem. Se a lei nº 8.666/93 era omissa quanto às regras de participação de cooperativas, a lei nº 14.133/21 não o é. O art. 16 trata a questão de forma aparentemente exauriente e, ao estabelecer condicionantes para a presença de cooperativas em licitações, sequer menciona a possibilidade de que o objeto da licitação seja fundamento suficiente para uma vedação geral e irrestrita. O mais próximo é o inciso IV, o qual prevê a necessidade de relação entre o objeto licitado e o da cooperativa interessada.

6. A superveniência de um regime licitatório que aborda expressamente a participação de cooperativas modifica o contexto em que firmado o termo de conciliação em anexo, com o potencial de gerar a sua revisitação. Sob o ponto de vista jurídico, a inexistência de omissão legal sobre o assunto pode retirar a própria possibilidade de se extrair a vedação geral contida no termo de conciliação, tornando-o ilegal. Já sob o ponto de vista pragmático, se a lei trata da questão expressamente, pode-se cogitar da exigência de requisitos/documentos de participação individuais, cobrados de cada cooperativa, o que retiraria a necessidade de uma vedação geral.

7. Vale destacar que, conforme PARECER n. 00002/2021/CNMLC/CGU/AGU, o entendimento e a política desta Câmara Nacional são de não importação automática de posicionamentos firmados quando do regime da Lei nº 8.666/93, caso não tenham fundamentação própria, ou se a nova lei abordar a questão de um modo distinto.

8. Não se revela impossível entender que as condições do art. 16 pressuporiam a admissibilidade de atuação das cooperativas na licitação, de forma regular conforme o objeto a ser contratado, possibilitando a argumentação de que certos objetos seriam absolutamente incompatíveis com o cooperativismo. Entretanto, a adoção de entendimento dessa natureza deve ser vista com muitas cautelas, em razão do art. 9º, I, "a" da Lei nº 14.133/21 (repetição do art. 3º, §1º, I da Lei nº 8.666/93) e tendo em vista o risco de inutilização do art. 16. A questão não é trivial.

9. Ademais, sob o ponto de vista pragmático, é necessário analisar as consequências da mudança de entendimento. Não se trata de um entendimento estritamente interno, mas sim um documento homologado judicialmente com assinatura de atores de vários órgãos: a necessidade ou não de provocação judicial para revisão do termo de conciliação deve ser analisada pelas instâncias competentes antes da tomada de qualquer ação para implementação de eventual novo posicionamento.

10. Além disso, ainda sob o mesmo parâmetro, há duas repercussões licitatórias que necessitariam ser vistas antes de qualquer modificação de entendimento, para que não haja sobressaltos na atuação administrativa. São elas:

- Em que momento, de que forma e a partir de que documentos, haverá a checagem dos requisitos do art. 16 para participação de cooperativas em licitações?

- Em sendo admissível a participação de cooperativas em contratações com dedicação exclusiva de mão-de-obra, que implicam na apresentação de planilha formação de custos, esta deveria ser ajustada para a participação desse tipo de entidade? Caso positivo, como?

11. Por todo o exposto, em razão do advento do art. 16 da Lei nº 14.133/21, opina-se pela solicitação de subsídios quanto a:

- Se o contexto normativo trazido na lei nº 14.133/21 realmente implica na obsolescência do Termo de Conciliação firmado;

- O modo de por em prática eventual novo entendimento sobre a matéria, considerando a existência de termo homologado judicialmente;

- O momento, a forma e os documentos a serem usados para checagem, durante o procedimento licitatório, do art. 16 da lei nº 14.133/21, independentemente da existência ou não de vedações gerais a priori;

- Eventuais modificações necessárias (ou não) em planilhas de formação de custos para a participação de cooperativas em contratações com dedicação exclusiva de mão-de-obra.

12. Sugere-se o encaminhamento dos autos, para manifestação quanto às matérias que julguem ser de sua atribuição, ao Departamento de Direitos Trabalhistas da Procuradoria-Geral da União, à Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Trabalho, e à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, solicitando-se a esta, desde já, que avalie a consulta à Secretaria de Gestão do Ministério da Economia.

4. Por sua vez, o Diretor do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos, através do Despacho de aprovação n. 00388/2022/DECOR/CGU/AGU, de maneira acertada, ponderou que, *“a temática possui complexos contornos no que diz respeito especificamente à (im)possibilidade jurídica de contratação de cooperativas para prestação de serviços contínuos em regime de dedicação exclusiva de mão de obra [...]”*, anexando aos autos o Parecer nº 96/2015/DECOR/CGU/AGU, o qual tratou da vigência do termo de conciliação judicial a que se refere a Nota n. 00003/2022/CNMLC/CGU/AGU.

5. Aprovando e reiterando a solicitação de esclarecimento firmada pela Nota Jurídica n. 00003/2022/CNMLC/CGU/AGU, o Despacho de Aprovação n. 00388/2022/DECOR/CGU/AGU encaminhou o feito para manifestação da Procuradoria-Geral da União, da Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Trabalho e Previdência e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, encarecendo a esta última que a respeito do tema também colha posicionamento da Secretaria de Gestão do Ministério da Economia.

6. Após, foram encaminhados os Ofícios n. 00088/2022/DECOR/CGU/AGU - Seq. 7 (À Procuradoria-Geral da União), 00090/2022/DECOR/CGU/AGU - Seq. 8 (À Consultoria Jurídica do Ministério do Trabalho e Previdência Social) e 00089/2022/DECOR/CGU/AGU - Seq. 9 (À Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional), reiterando a solicitação de subsídios, de ordem do Despacho n. 00388/2022/DECOR/CGU/AGU, com fins de instrução processual prévia à apresentação pela CGU/AGU de proposta para superação de controvérsia jurídica e uniformização de jurisprudência administrativa no âmbito da Advocacia-Geral da União.

7. Assim, no âmbito da Nota SEI n. 150/2022/CGLA/PGACD/PGFN-ME (Seq. 11 - SEI/ME - 28506224), da lavra do Procurador da Fazenda Nacional, Dr. José Américo Barbosa Filho, indicou-se que a Coordenação-Geral de Licitações e Atos Normativos em Contratação Pública - CGLA emitiu o Parecer SEI N. 12975/2022/ME (Seq. 11 - SEI/ME - 27961007), com o entendimento pela “manutenção integral do Termo de Conciliação Judicial”, sugerindo-se também o encaminhamento do Processo à Coordenação-Geral de Licitações e Atos Normativos em Contratação Pública.

8. Nesse sentido, tem-se que o Parecer SEI n. 12975/2022/ME, exarou a respectiva conclusão acerca da temática:

28. Mutatis mutandis, os questionamentos enfrentados pelo Parecer nº 00096/2015/DECOR/CGU/AGU têm o mesmo substrato lógico-argumentativo dos questionamentos ora apresentados, e, portanto, entendemos que as ponderações ali trazidas são também perfeitamente aplicáveis ao presente caso. A problemática subjacente é exatamente a mesma: não é admissível que a Administração contrate empresas prestadoras de serviços sob a fachada de cooperativas, uma vez que isso implicaria o risco de posterior reconhecimento de vínculo trabalhista dos “cooperados” com responsabilização da Administração Pública na forma da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

É o Parecer, com sugestão de encaminhamento do processo para a Secretaria de Gestão do Ministério da Economia - SEGES, a fim de que se manifeste, consoante o item 4 do DESPACHO n. 00388/2022/DECOR/CGU/AGU (27458741), devendo-se, após a manifestação, encaminhar o presente Processo para Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos da Consultoria-Geral da União - DECOR.

9. Em continuidade, foi exarada a Nota Técnica SEI n. 47601/2022/ME (Seq. 16 - SEI/ME - 28882364), da lavra da economista Scheyla Amaral, aprovada pelo então Secretário de Gestão, Dr. Renato Ribeiro Fenili. Convém apresentar a transcrição de trechos firmados na referida Nota Técnica:

23. Nesse viso, retomando-se os questionamentos formulados na Nota nº 00003/2022/CNML/CGU/AGU (SEI-ME 27458683), esta unidade técnica consigna:

- "Se o contexto normativo trazido na lei nº 14.133/21 realmente implica na [sic] obsolescência do Termo de Conciliação firmado;" e "O modo de por em prática eventual novo entendimento sobre a matéria, considerando a existência de termo homologado judicialmente";

(i) merece prosperar o entendimento de que "a superveniência da Lei nº 12.690, de 2012, e da Lei nº 12.349, de 2010, não prejudicou a plena vigência do Termo de Conciliação Judicial firmado entre a União e o Ministério Público do Trabalho, nos autos da Ação Civil Pública nº 01082-2002-020-10-00-0, que tramitou perante a 20ª Vara do Trabalho de Brasília/DF, restando incólume o entendimento de que a União deve se abster de celebrar contratos administrativos com cooperativas de trabalho nas hipóteses em que a execução dos serviços terceirizados, por sua própria natureza, demande vínculo de emprego dos trabalhadores em relação à contratada" - DESPACHO nº 00388/2022/DECOR/CGU/AGU que aprova a Nota nº 3/2022/CNMLC/CGU/AGU do Coordenador da Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos Administrativos do DECOR/CGU - item 13 desta Nota Técnica.;

(ii) assinala-se, s.m.j., que o Termo de Conciliação não padece de obsolescência frente à novel Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, mas se complementam, por regra, (i) porquanto a participação das cooperativas nos processos licitatórios e nas contratações diretas deve ser manejada com arrimo nas legislações que ancoram a sua constituição e o seu funcionamento, 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 - legislações essas enunciadas na referida Lei de Licitações, bem como no Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, que aprova a Consolidação da Lei do Trabalho (CLT); e (ii) o seu amparo - Termo de Conciliação - está jungido na Lei nº 5.764, de 1971, na Recomendação Para a Promoção das Cooperativas, aprovada na 90ª sessão da OIT – Organização Internacional do Trabalho, na Súmula 331 do TST, e não na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 - item 14 desta Nota Técnica.

- "O momento, a forma e os documentos a serem usados para checagem, durante o procedimento licitatório, do art. 16 da lei nº 14.133/21, independentemente da existência ou não de vedações gerais a priori;"

(i) consoante já explanado, não há que se falar em vedações gerais - itens 15 e 16 desta Nota Técnica. Em relação ao momento da checagem documental das cooperativas, esclarece-se que, a exemplo do que ocorre com as microempresas, será exigida declaração de que a cooperativa cumpre os preceitos do art. 16 da Lei nº 14.133, de 2021. Ainda, o agente de contratação deverá validar toda a documentação jurídica no momento da habilitação, com a demonstração pelo licitante da capacidade de exercer direitos e assumir obrigações, da existência jurídica da sociedade cooperativa aos moldes da legislação especial e, quando cabível, de autorização para o exercício da atividade a ser contratada (art. 66 da Lei nº 14.133, de 2021) - item 17 desta Nota Técnica.

- "Eventuais modificações necessárias (ou não) em planilhas de formação de custos para a participação de cooperativas em contratações com dedicação exclusiva de mão-de-obra."

(i) a planilha de custos e formação de preços é tão somente um modelo motivacional, e deve, de fato, estar adequada às necessidades do órgão contratante, bem assim à realidade do prestador do serviço a ser contratado. O modelo está passando por estudos internos para futura regulamentação dentro dos ditames da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, e será disponibilizado em manual técnico operacional, que poderá tratar das particularidades das sociedades cooperativas.

24. Não havendo mais pontos de relevo, conclui-se a presente Nota Técnica.

10. Logo em seguida, foi apresentado o Parecer n. 00384/2022/PGU/AGU (Seq. 20), de lavra da Advogada da União Dra. Clarissa Freire da Cunha Galvão, mantendo o entendimento a respeito da vedação de cooperativas de trabalho para contratos com dedicação exclusiva de mão de obra, lastreado nos seguintes apontamentos e conclusão:

26. Ratifica-se aqui o entendimento anterior deste DTB (PARECER n. 00002/2015/DTB/PGU/AGU - vide item 13) no sentido de que não se vislumbra a possibilidade de prestação dos serviços elencados na cláusula primeira, com exceção daqueles constantes da letra "h", sem a caracterização de relação de emprego, nos termos do art. 3º da CLT. São serviços que demandam relação de subordinação, especialmente porque se trata de serviços que demandam continuidade, ou seja, não eventuais, e com aproveitamento dos trabalhadores nos mesmos postos de trabalho, o que acaba conferindo pessoalidade ao serviço prestado. 27. Segue adiante julgado recente da Segunda Turma do STJ sobre o tema (maio/2022), que se coaduna com o disposto na cláusula primeira do Termo de Conciliação, no sentido de que a prestação de serviços de limpeza, reprografia, portaria, copeiragem, telefonia e recepção inevitavelmente pressupõe subordinação.

[...]

28. No referido acórdão, foi reafirmado o entendimento da Corte no sentido da inadmissibilidade da participação de cooperativas em processos licitatórios para contratação de mão-de-obra que, pela sua natureza, demande a 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.

29. Diante do exposto até o momento, entende-se que o Termo de Conciliação, salvo melhor juízo, não viola os arts. 9º e 16 da Lei 14.133/2021 e art. 10, §2º, da Lei 12.690/2012, pois, repita-se, não existe vedação genérica à contratação de cooperativas pela União e em se tratando de serviços cuja natureza demande a presença de elementos de uma relação de emprego, sequer se pode falar em cooperativa legítima.

30. Os referidos dispositivos devem ser interpretados de maneira sistemática e harmônica dentro do ordenamento jurídico, de modo que a conduta da Administração, ao restringir a participação de cooperativas em licitação cujo objeto seja a prestação de serviços que não possam ser prestados com autonomia e autogestão, está amparada pelo previsto nos arts. 2º, 4º, inciso II, 5º, da Lei 12.690/2012, art. 442, parágrafo único, da CLT. Adicionalmente, há que se lembrar que a Constituição Federal de 1988 consagrou o respeito a dignidade da pessoa humana e aos direitos sociais dos trabalhadores, consoante observa-se nos artigos 6º e 7º, sendo vedado o retrocesso social.

[...]

48. Em resposta à consulta encaminhada, conclui-se o seguinte:

a) Os Tribunais Superiores continuam reconhecendo a existência de fraude na contratação das cooperativas de acordo com a natureza do serviço contratado;

b) Considera-se que a leitura dos arts. 9º e 16, ambos da Lei 14.133/2021, e art. 10, § 2º, da Lei 12.690/2012 deve ser feita em harmonia com arts. 2º, 4º, inciso II, 5º, da Lei 12.690/2012, art. 442, parágrafo único, da CLT e Súmula 281 do TCU;

c) Entendendo-se por eventual alteração do entendimento sobre a contratação de cooperativas no âmbito da Administração, é recomendável o ajuizamento de ação declaratória revisional, com fundamento no art. 505, I, do CPC c/c art. 769 da CLT, para revisão dos termos do acordo celebrado entre a União e o MPT.

11. O Parecer supramencionado foi aprovado através do Despacho de Aprovação n. 00788/2022/PGU/AGU (Seq. 22), no qual se indicou que, não obstante a recente decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (RMS: 42046 AC 2013/0105664-0), não foi possível a realização de uma pesquisa mais detalhada para conhecer o posicionamento no âmbito dos Tribunais Regionais Federais, o que se entendeu ser necessária para melhor análise da matéria.

12. Ato contínuo, a Coordenadora Geral de Licitações, Contratos e Instrumentos Congêneres – CONJUR/MTP, emitiu a Nota Jurídica n. 01343/2022/CONJUR-MTP/CGU/AGU (Seq. 23), sustentando a manutenção do termo de conciliação firmado perante a Justiça do Trabalho frente à nova lei de licitações e contratos, conforme excertos abaixo:

12. Considera-se, pois, de difícil superação que as cooperativas, mesmo sob a lógica da nova lei, venham a participar de 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, ou seja, em que modelo de execução contratual exija entre outros requisitos, que: [...]

13. Quanto ao questionamento do alcance do Termo de Conciliação, não se considera que o mesmo venha a ser maculado pelo advento de uma nova normatização/procedimentalização em virtude do advento da Lei 14.133/2021, como consignado pela PGFN, posto que a participação das cooperativas nos certames deve observar o conjunto de normas que rege o seu funcionamento, notadamente a Lei 5.764, de 16 de dezembro de 1971, a Lei 12.690, de 19 de julho de 2021 e a Lei Complementar 130, de 17 de abril de 2009.

[..]

15. Considera-se oportuna a oitiva da SEGES do Ministério da Economia, diante de sua competência para disciplinar a procedimentalização e face a regulamentação expedida por referido órgão, materializada na IN SEGES 05/2017.

16. Face a competência do Ministério da Cidadania para tratar de cooperativismo e outras modalidades de associativismo, nos termos do art. 1º do Decreto 11.023, de 31 de março de 2022, sugere-se ao i. DECOR/CGU/AGU, verificar a conveniência/necessidade de que a Consultoria Jurídica de referida pasta ministerial também se manifeste sobre o teor do quanto demandado no DESPACHO nº 00388/2022/DECOR/CGU/AGU, de 22 de agosto de 2022 (Seq. 03)

13. Por fim, seguindo entendimento diverso, a Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos Administrativos - CNMLC/DECOR/CGU exarou nova manifestação através da Nota n. 00005/2022/CNMLC/CGU/AGU (Seq. 25) e, posteriormente, através do Parecer n. 00005/2022/CNMLC/CGU/AGU (Seq. 25), de relatoria do Procurador Federal Dr. Diego da Fonseca Hermes Ornellas de Gusmão, com as seguintes conclusões:

(i) deve ser considerado superado Termo de Conciliação Judicial homologado pela Justiça do Trabalho nos autos da ação civil pública nº 01082-2002-020-10-00-0, firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a União, por força edição da Lei nº 12.690, de 2012 e da Lei nº 14.133, de 2021;

(ii) cabe garantir às cooperativas a participação nas licitações promovidas pelo Poder Público, para qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, desde que previsto no seu Estatuto Social;

(iii) por se tratar de relação jurídica continuada, não viola a coisa julgada a aplicação da nova legislação para as novas licitações deflagradas com base na Lei 14.133, de 2021.

14. O referido Parecer levanta argumentação para indicar que não cabe sustentar que as normas trazidas pelas Leis nºs. 14.133/2021 e 12.690/2012 em nada inovaram sobre o regime das cooperativas, defendendo assim que o Termo de Conciliação celebrado entre o MPT e a União não pode mais prevalecer, merecendo uma leitura à luz do novo quadro normativo instaurado.

15. É o breve relatório.

2. DA COMPETÊNCIA DO DECOR

16. Preliminarmente, para o enfrentamento do tema em questão, impõe-se analisar se este se encontra dentro das atribuições deste Departamento.

17. A Constituição Federal (CRFB/88) dispõe que, "*a Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo*". Por sua vez, a Lei Complementar n.º 73/93 prescreve que é atribuição do Advogado-Geral da União fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal.

18. Assim, o Decreto federal n.º 11.328/2023 estabelece que à Consultoria-Geral da União compete "*assistir o Advogado-Geral da União no controle interno da legalidade dos atos da administração pública federal*" e impõe ao DECOR a competência para:

- I - analisar e propor soluções de controvérsias jurídicas para uniformização da jurisprudência administrativa;
- II - solicitar, se necessário, manifestações jurídicas de órgãos da Advocacia-Geral da União ou a ela vinculados para análise de processos;
- III - identificar e propor preventivamente a uniformização de orientação jurídica de questões relevantes e transversais existentes nos órgãos jurídicos da Advocacia-Geral da União, mediante a atuação de câmaras nacionais temáticas;
- IV - propor a edição de orientações normativas destinadas a uniformizar a atuação dos órgãos consultivos; e
- V - articular-se com os órgãos de representação judicial da União para a uniformização e a consolidação das teses adotadas nas atividades consultiva e contenciosa.

19. De todo o exposto, claro está que, no âmbito da Consultoria-Geral da União, ao DECOR compete a atuação no feito.

20. Destarte, passa-se a análise jurídica.

3. DA ANÁLISE JURÍDICA

21. Conforme registrado no relato acima, o cerne da questão envolve discussão quanto às *repercussões do art. 16 da Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos) na participação de sociedades cooperativas em certames licitatórios*, especialmente em relação as condições de participação nas licitações para a contratação de serviços terceirizados, com dedicação exclusiva de mão de obra, tendo em vista a existência de Termo de Conciliação firmado entre o Ministério Público do Trabalho - MPT e a Advocacia Geral da União - AGU, nos autos da Ação Civil Pública nº 01082-2002-020-10-00-0, que tramitou perante a 20ª Vara do Trabalho de Brasília/DF.

22. Nesse sentido, vale destacar os questionamentos pontualmente apresentados no âmbito da Nota n. 00003/2022/CNMLC/CGU/AGU. Vejamos:

- O momento, a forma e os documentos a serem usados para checagem, durante o procedimento licitatório, do art. 16 da lei nº 14.133/21, independentemente da existência ou não de vedações gerais *a priori*;
- Em sendo admissível a participação de cooperativas em contratações com dedicação exclusiva de mão-de-obra, que implicam na apresentação de planilha formação de custos, esta deveria ser ajustada para a participação desse tipo de entidade? Caso positivo, como?
- Se o contexto normativo trazido na lei nº 14.133/21 realmente implica na obsolescência do Termo de Conciliação firmado;
- O modo de por em prática eventual novo entendimento sobre a matéria, considerando a existência de termo homologado judicialmente.

23. Conforme dispõe Joel de Menezes Niehbur, "*a cooperativa é caracterizada pela reunião das forças de trabalho e recursos dos cooperados, que decidem com autonomia como executá-lo e como recebem e distribuem entre si os rendimentos dos seus trabalhos*". Nesse sentido, "*os cooperados não são empregados da cooperativa, eles são os próprios sócios dela, que se organizam e que se beneficiam com os frutos dos seus trabalhos*" (NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 5 ed. Revisada e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 736-737).

24. Nesse sentido, a Lei nº 5.764/1971, que "*Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências*" estabelece nos seus art. 3º e 4º:

Art. 3º 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. 4º 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:

[...]

25. Tendo em vista as peculiaridades que envolvem as cooperativas, especialmente o fato de que quem executa os trabalhos são os próprios cooperados, não existindo as mesmas obrigações e encargos que existiriam entre uma empresa e seus empregados, as cooperativas possuem legítimas vantagens competitivas nas contratações públicas, o que acabou favorecendo a ocorrência de fraudes. Nesse prumo, seguem as lições de Joel de Menezes Niehbur:

Por força dessas vantagens, infelizmente, constata-se no mercado a existência de falsas cooperativas. Trata-se de empresas que se constituem em fraude como se fossem cooperativas e, em vez de contratarem seus empregados de acordo com a legislação trabalhista, os fazem ingressar na cooperativa como se fossem cooperados. No entanto, eles não são verdadeiros cooperados, são empregados, que se sujeitam às ordens dos constituidores dessas falsas cooperativas.

É comum que essas empresas se apresentem nas licitações como cooperativas e sejam contratadas pela Administração. Arregimentam mão de obra e prestam os serviços. Repita-se que são cooperativas falsas, meras intermediadoras de mão de obra. É comum, também, que os falsos cooperados proponham ações trabalhistas contra as tais supostas cooperativas, pleiteando o reconhecimento da relação de emprego e o pagamento das verbas e encargos que lhe são devidos. Afora isso, pedem a condenação subsidiária da Administração Pública, com base na Súmula n. 331, do Tribunal Superior do Trabalho. A Administração é, com frequência, condenada, o que lhe impinge prejuízo significativo, porque, além de pagar os valores contratados para a suposta cooperativa, ainda acaba arcando com verbas trabalhistas que não sabia serem devidas. Se soubesse, não contrataria as supostas cooperativas.

Como não é fácil ou simples distinguir uma cooperativa legítima de uma cooperativa falsa, que atua em fraude, a Administração passou a evitar a contratação de cooperativas. Muitos editais passaram, pura e simplesmente, a proibir a participação de cooperativas, quaisquer que fossem.

26. Diante da realidade apresentada acima, anos atrás, o Ministério Público do Trabalho e a Advocacia-Geral da União firmaram Termo de Conciliação, nos autos da Ação Civil Pública nº 01082-2002-020-10-00-0. Assim, restou pactuado no referido Termo de Conciliação que a União deveria se abster de celebrar contratos administrativos com cooperativas de trabalho nas hipóteses em que a execução dos serviços, por sua própria natureza, demanda subordinação dos trabalhadores em relação à pessoa jurídica contratada pela Administração.

27. O termo de conciliação apontou serviços terceirizados em que se reconhecia a impossibilidade de execução mediante "genuínas" cooperativas. Vejamos:

Cláusula Primeira - A UNIÃO abster-se-á de contratar trabalhadores, por meio de cooperativas de mão-de-obra, 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 dos serviços, constituindo elemento essencial ao desenvolvimento e à prestação dos serviços terceirizados, sendo eles:

- a) – Serviços de limpeza;
- b) – Serviços de conservação;
- c) – Serviços de segurança, de vigilância e de portaria;
- d) – Serviços de recepção;
- e) – Serviços de copeiragem;
- f) – Serviços de reprografia;
- g) – Serviços de telefonia;

- h) – Serviços de manutenção de prédios, de equipamentos, de veículos e de instalações;
- i) – Serviços de secretariado e secretariado executivo;
- j) – Serviços de auxiliar de escritório;
- k) – Serviços de auxiliar administrativo;
- l) – Serviços de office boy (contínuo);
- m) – Serviços de digitação;
- n) – Serviços de assessoria de imprensa e de relações públicas;
- o) – Serviços de motorista, no caso de os veículos serem fornecidos pelo próprio órgão licitante;
- p) – Serviços de ascensorista;
- q) – Serviços de enfermagem; e
- r) – Serviços de agentes comunitários de saúde.

28. Segundo o Termo de Conciliação, a União se comprometeu a prever, nos seus editais de licitação, disposições claras sobre a natureza dos serviços para admitir, ou não, a participação de cooperativas, sendo permitida a contratação de cooperativas desde que, obviamente, sejam "genuínas", ou, em outras palavras, desde que os serviços efetivamente sejam executados sem os elementos que configuram a relação de emprego e desde que o objeto licitado não esteja inserido no rol dos serviços arrolados acima.

29. Em linha similar, o Tribunal de Contas da União editou a Súmula nº 281 que prevê que *"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"*.

30. Além disso, a celebração do referido Termo de Conciliação, conforme consta da Nota n. 00003/2022/CNMLC/CGU/AGU, orientou o trabalho da Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos Administrativos - CNMLC, influenciando a inclusão, nos modelos expedidos por aquela unidade, de orientações para que *"a decisão sobre vedação ou não de participação de cooperativa se daria a partir do objeto da licitação, sem prejuízo da análise de documentação apresentada pela própria entidade interessada, conforme o caso"*.

31. Em seguida, visando disciplinar as cooperativas de trabalho, de modo a evitar que as cooperativas "genuínas" fossem prejudicadas, foi publicada a Lei nº 12.690/2012. O art. 2º da citada Lei qualifica como Cooperativa de Trabalho *"a sociedade constituída por trabalhadores para o exercício de suas atividades laborativas ou profissionais com proveito comum, autonomia e autogestão para obterem melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho"*.

32. São admitidas duas espécies de cooperativas de trabalho: as cooperativas de produção e as cooperativas de serviço. A cooperativa de produção é aquela constituída por sócios que contribuem com o trabalho para produção em comum de bens, detendo a cooperativa os meios de produção, a qualquer título. A cooperativa de serviço é aquela constituída por sócios para a prestação de serviços especializados a terceiros, sem a presença dos pressupostos da relação de emprego.

33. Ocorre que a Lei nº 12.690/2012 admite, em seu art. 10, que a Cooperativa de Trabalho adote por objeto social qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, desde que previsto no seu Estatuto Social. Nesse sentido, o § 2º do art. 10 dispõe que *"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"*.

34. Assim, diante dessa regra que proíbe tal impedimento, surgiram questionamentos quanto a licitude das restrições outrora implementadas na prática das licitações, no que diz respeito às cooperativas de serviços participantes de certames para a contratação de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra.

35. Tal questão exige reflexão sistemática, tendo em vista que o art. 5º da Lei nº 12.690/2012 proíbe expressamente que as cooperativas sejam usadas como meras intermediárias de mão de obra subordinada. Ademais, o art. 9º impõe que o contratante da Cooperativa de Trabalho *"responde solidariamente pelo cumprimento das normas de saúde e segurança do trabalho quando os serviços forem prestados no seu estabelecimento ou em local por ele determinado"*.

36. Nessa linha, a Lei nº 12.690/2012 manteve *"a justa preocupação do Poder Público com a utilização indevida do formato jurídico admitido pelo nosso ordenamento às cooperativas, para burla aos direitos dos trabalhadores envolvidos, com reflexos de responsabilização para a Administração Pública contratante"* (TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de Licitações Públicas Comentadas. 13 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 145).

37. Para além, ressalta-se que o citado Termo de Conciliação foi referência para a regulamentação estabelecida pelo art. 10 da IN nº 5/2017, segundo a qual a natureza do serviço (objeto da licitação) tem um papel determinante na possibilidade ou não de cooperativas participarem de certames licitatórios. Vejamos:

Art. 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; e

II - que a gestão operacional do serviço seja executada de forma compartilhada ou em rodízio, em que as atividades de coordenação e supervisão da execução dos serviços e as de preposto, conforme determina o art. 68 da Lei nº 8.666, de 1993, sejam realizadas pelos cooperados de forma alternada ou aleatória, para que tantos quanto possíveis venham a assumir tal atribuição.

38. Outrossim, segundo o normativo, quando admitida a participação de cooperativas, estas deverão apresentar um modelo de gestão operacional que contemple as diretrizes estabelecidas no seu art. 10, o qual servirá como condição de aceitabilidade da proposta. Além disso, "o serviço contratado deverá ser executado obrigatoriamente pelos cooperados, vedada qualquer intermediação ou subcontratação".

39. Quando permitida a participação de cooperativas, a Instrução Normativa nº 05/2017 indica ainda requisitos específicos, para fins de habilitação:

10.5. Sendo permitida a participação de cooperativas, o ato convocatório deve exigir na fase de habilitação (para efeito de qualificação):

- a)** a relação dos cooperados que atendem aos requisitos técnicos exigidos para a contratação e que executarão o contrato, com as respectivas atas de inscrição e a comprovação de que estão domiciliados na localidade da sede da cooperativa, respeitado o disposto no inciso XI do art. 4º, inciso I do art. 21 e §§ 2º a 6º do art. 42 da Lei nº 5.764, de 1971;
- b)** a declaração de regularidade de situação do contribuinte individual (DRSCI) de cada um dos cooperados relacionados;
- c)** a comprovação do capital social proporcional ao número de cooperados necessários à prestação do serviço;
- d)** o registro previsto no art. 107 da Lei nº 5.764, de 1971;
- e)** a comprovação de integração das respectivas quotas-partes por parte dos cooperados que executarão o contrato;
- f)** comprovação do envio do Balanço Geral e o Relatório do exercício social ao órgão de controle, conforme dispõe o art. 112 da Lei nº 5.764, de 1971; e
- g)** os seguintes documentos para a comprovação da regularidade jurídica da cooperativa:
 - g.1.** ata de fundação;
 - g.2.** estatuto social com a ata da assembleia que o aprovou;
 - g.3.** regimento dos fundos instituídos pelos cooperados, com a ata da assembleia que os aprovou;
 - g.4.** editais de convocação das três últimas assembleias gerais extraordinárias;
 - g.5.** três registros de presença dos cooperados que executarão o contrato em assembleias gerais ou nas reuniões seccionais; e
 - g.6.** ata da sessão que os cooperados autorizaram a cooperativa a contratar o objeto da licitação.

40. Nota-se que, apesar de não ter sido produzida para regulamentar as licitações e contratos decorrentes do regime da Nova Lei de Licitações, foi autorizada a aplicação da IN nº 05/2017, no que couber, para a realização dos processos de licitação e de contratação direta de serviços de que dispõe a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, conforme verificado no art. 1º da Instrução Normativa SEGES/ME nº 98, de 26 de dezembro de 2022.

IN nº 98/2022

Art. 1º Fica autorizada a aplicação da Instrução Normativa nº 5 de 26 de maio de 2017, que 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, no que couber, para a realização dos processos de licitação e de contratação direta de serviços de que dispõe a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.

41. Pois bem, agora cabe analisar o fundamento legal indicado na Nova Lei de Licitações (art. 16), que suscita questionamentos quanto a eficácia e validade das restrições contidas no Termo de Conciliação celebrado entre a União e o Ministério Público do Trabalho.

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.

42. Da leitura do dispositivo, nota-se que a Lei nº 14.133/2021, diferentemente da Lei nº 8.666/1993, indica expressamente as condicionantes para a participação das cooperativas nas licitações.

43. Realmente, uma vez que a Lei nº 14.133/2021 trouxe tal regramento acerca da participação das cooperativas nas licitações, não mencionando qualquer restrição quanto ao objeto da licitação em que cooperativas possam participar ou não, há fundamento para dúvida e incerteza quanto à eficácia do Termo de Conciliação firmado entre o MPT e a AGU, tendo em vista, principalmente, o disposto no art. 9º, inciso I, alínea "a" da Lei nº 14.133/2021 (repetição do art. 3º, §1º, I da Lei nº 8.666/93).

Art. 9º É vedado ao agente público designado para atuar na área de licitações e contratos, ressalvados os casos previstos em lei:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos que praticar, situações que:

a) comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório, inclusive nos casos de participação de sociedades cooperativas; (grifo nosso)

44. Contudo, não parece adequado presumir que a regra disposta pela Nova Lei teve o condão de invalidar o regramento anteriormente construído pelo tema, até porque não parece existir relação de contradição e sim de complementariedade.

45. Apesar da redação legal trazida pela Lei nº 14.133/21 (art. 16) e da disposição prevista no seu art. 9º, inciso I, alínea "a", parece evidente que continua a persistir a necessidade de uma visão pragmática em relação à participação das cooperativas em certames licitatórios específicos, como ocorre na hipótese de contratação de serviços terceirizados com dedicação exclusiva de mão de obra.

46. Inegável a existência de falsas cooperativas, que na verdade são empresas que adotam ilegitimamente tal regime jurídico, mesmo estabelecendo relação de subordinação com os trabalhadores atuantes na execução da atividade contratada, mas que figuram temporariamente como cooperados. Tal embuste costuma ser detectado posteriormente pela Justiça Trabalhista, o que pode gerar a responsabilização trabalhista do tomador dos serviços.

47. Essa realidade existia e continua existindo. Dessa forma, fundamental compreender que a vedação do Termo de Conciliação decorre da própria essência dos serviços, não se tratando de vedação *genérica* à participação de cooperativas em licitação.

48. A Cláusula Primeira do termo prevê expressamente que a União deve abster-se de contratar cooperativas apenas *"quando o labor, por sua própria natureza, demandar execução em estado de subordinação, quer em relação ao tomador, ou em relação ao fornecedor dos serviços, constituindo elemento essencial ao desenvolvimento e à prestação dos serviços terceirizados"*.

49. Como sabido, as circunstâncias que caracterizam a execução dos aludidos serviços terceirizados, previstos no Termo de Conciliação, revelam que sua execução demanda, por sua própria natureza, que haja uma **relação de subordinação, com personalidade, habitualidade e onerosidade**, elementos típicos do vínculo empregatício, na forma dos arts. 2º, 3º e 9º da CLT:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

50. Como indicado anteriormente, *"o objetivo do termo de conciliação é evitar contratações de cooperativas de mão de obra para prestação de serviços que, por sua natureza, possam vir a caracterizar relação de emprego, caracterizando fraude pelo desvirtuamento da natureza da sociedade cooperativa e, consequentemente, prejuízos ao erário"* (PARECER n. 00384/2022/PGU/AGU).

51. Vale reiterar, conforme indicado nos arts. 2º e 5º da Lei 12.690/2012, que não há de se falar em cooperativa se a execução do serviço demanda relação de subordinação com o fornecedor ou tomador do serviço, tendo em vista que é da própria essência desse tipo de sociedade que os serviços sejam prestados com **autonomia e autogestão**.

Art. 2º Considera-se Cooperativa de Trabalho a sociedade constituída por trabalhadores para o exercício de suas atividades laborativas ou profissionais com proveito comum, autonomia e autogestão para obterem melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho. (grifo nosso)

Art. 5º A Cooperativa de Trabalho não pode ser utilizada para **intermediação de mão de obra subordinada**.

52. Nesse diapasão, o parágrafo único do art. 442 da CLT dispõe que *"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"*. Realmente, a existência de vínculo empregatício ou de estrita subordinação descaracteriza a natureza da relação cooperativa e torna ilegítima a utilização de sua formatação jurídica, algo identificado de maneira evidente em alguns serviços terceirizados com dedicação exclusiva de mão de obra.

53. Acerca da temática, o Parecer n. 00384/2022/PGU/AGU apresentou julgado recente da Segunda Turma do STJ (maio/2022) *"que se coaduna com o disposto na cláusula primeira do Termo de Conciliação, no sentido de que a prestação de serviços de limpeza, reprografia, portaria, copeiragem, telefonia e recepção inevitavelmente pressupõe subordinação"*. Vejamos trecho do referido julgado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE MÃO DE OBRA. CLÁUSULA EDITALÍCIA QUE VEDA A PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVA. NECESSIDADE DE SUBORDINAÇÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. I. Trata-se de Agravo interno ajuizado contra decisão que julgara recurso interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/73. II. Na origem, trata-se de Mandado de Segurança coletivo impetrado pelo Sindicato e Organização das Cooperativas Brasileiras no Estado do Acre - OCB/AC, contra ato praticado pela Procuradora-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Acre, a qual incluiu, em edital de licitação, cláusula que restringe a participação das sociedades cooperativas. O Tribunal a quo denegou a segurança, concluindo que, "é lícito restringir a participação de Cooperativas em licitações da Administração Pública quando a necessidade da contratação demandar de mão-de-obra em caráter de subordinação jurídica", consignando, ainda, que, no caso, "como se trata de contratação de mão-de-obra que, pela natureza do seu labor pressupõe a incidência de subordinação, não poderia combinar, de forma legal, com o tipo de serviço que as Cooperativas podem oferecer, tudo isto por motivo de vedação legal contida na recente Lei nº 12.690/2012". III. De fato, "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" (STJ, REsp 1.204.186/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 29/10/2012). No mesmo sentido: STJ, RMS 25.097/GO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 12/12/2011; REsp 1.185.638/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 10/09/2010; AgRg no REsp 960.503/RS, Rel. Ministro HERMAN

BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 08/09/2009; AgRg no REsp 947.300/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 16/12/2008. IV. Agravo interno improvido.

(...)

O MP/AC pretende realizar a 'contratação de serviços terceirizados através dos cargos de agente de portaria, agente de suporte operacional, artífice, auxiliar de limpeza, auxiliar de serviços diversos, copeiro, jardineiro, operador de fotocopiadora, atendente e telefonista'. A Lei nº 12.690/2012 garante a participação das Cooperativas em procedimentos de licitação pública, quando estes tenham por escopo os mesmos serviços, operações e atividades previstas em seu objeto social.

Neste caso, todavia, como se trata de contratação de mão-de-obra que, pela natureza do seu labor pressupõe a incidência de subordinação, não poderia combinar, de forma legal, com o tipo de serviço que as Cooperativas podem oferecer, tudo isto por motivo de vedação legal contida na recente Lei nº 12.690/2012, qual seja:

(...)

Pois bem, da leitura dos dispositivos em tela, ficou claro observar que as Cooperativas de Trabalho têm como principal característica a ausência de subordinação.

A nova Lei veio reforçar a inviabilidade do chamado 'serviço terceirizado' mediante Cooperativas de Trabalho, seja de maneira formal ou não, uma vez que, as Cooperativas não podem oferecer trabalho que funcione como espécie de intermediação de mão-de-obra subordinada.

Portanto, inexistente possibilidade das Cooperativas de Trabalho se habilitarem em licitação para a contratação de mão-de-obra pela Administração Pública quando o trabalho, por sua natureza, demandar necessidade de subordinação, quer em relação ao tomador, ou em relação ao fornecedor dos serviços.

(...)

Desta feita, não há nulidade na restrição contida no item 03.03 do edital do pregão nº 039/2012, que guarda relação direta com o objeto do certame, é razoável e está em conformidade com a legislação vigente' (fls. 214/216e).

(...)

(STJ - AgInt no RMS: 42046 AC 2013/0105664-0, Data de Julgamento: 02/05/2022, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/05/2022)

"No referido acórdão, foi reafirmado o entendimento da Corte no sentido da inadmissibilidade da participação de cooperativas em processos licitatórios para contratação de mão-de-obra que, pela sua natureza, demande a 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".

54. É importante compreender que o Termo de Conciliação admitiu a licitude de contratação de *cooperativas genuínas* pela Administração para prestação de serviços quando estes não estejam incluídos no rol elencado na sua cláusula primeira, tendo em vista que tais serviços, pela própria natureza, foram considerados passíveis de caracterização de relação de emprego:

Cláusula Terceira - A UNIÃO obriga-se a estabelecer regras claras nos editais de licitação, a fim de esclarecer a natureza dos serviços licitados, determinando, por conseguinte, se os mesmos podem ser prestados por empresas prestadoras de serviços (trabalhadores subordinados), cooperativas de trabalho, trabalhadores autônomos, avulsos ou eventuais;

Parágrafo Primeiro - É lícita a contratação de genuínas sociedades cooperativas desde que os serviços licitados não estejam incluídos no rol inserido nas alíneas "a" a "r" da Cláusula Primeira e sejam prestados em caráter coletivo e com absoluta autonomia dos cooperados, seja em relação às cooperativas, seja em relação ao tomador dos serviços, devendo ser juntada, na fase de habilitação, listagem contendo o nome de todos os associados. Esclarecem as partes que somente os serviços podem ser terceirizados,

restando absolutamente vedado o fornecimento (intermediação de mão-de-obra) de trabalhadores a órgãos públicos por cooperativas de qualquer natureza. (grifos nossos)

55. Em suma, não há impedimento absoluto à participação das cooperativas em procedimentos de licitação. Todavia, naqueles casos em que sua atuação tem se demonstrado ilegítima, como se dá na intermediação de mão de obra subordinada (atividade vedada pela própria Lei nº 12.690/2012), parece-nos admissível a restrição à participação de cooperativas ou mesmo a manutenção das pertinentes exigências habilitatórias para sua participação no certame.

56. Não se trata de "impedimento" à participação de cooperativas nas licitações, mas sim da manutenção de exigências imbuídas da função de identificar a ilegítima intermediação de mão de obra subordinada. Tal realidade não mudou com as regras definidas pela Lei nº 14.133/2021, e continua exigindo medidas normativas para coibir o desvirtuamento deste importante segmento cooperativo.

57. Entre outros fatores, esta argumentação leva em conta a questão do risco de responsabilização da Administração Pública, tendo em vista a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho (itens IV e V):

Súmula nº 331 do TST

[...]

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

58. Assim, caso seja reconhecida em juízo a irregularidade na intermediação de mão de obra, torna-se certa a condenação da União em responsabilidade subsidiária pela caracterização da fraude na contratação de cooperativa. Vejamos alguns acórdãos do TST sobre a questão:

AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CULPA IN VIGILANDO . TEMA Nº 246 DO STF. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA . O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, ao julgar o mérito do RE 760931/DF, fixou a seguinte tese a respeito da impossibilidade de transferência automática da responsabilidade subsidiária ao integrante da Administração Pública: "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93". A egrégia SBDI-1/TST, em sua composição completa, na sessão do dia 04/06/2020, ao julgar o processo TST-E-RR-992-25.2014.5.04.0101, de Relatoria do Ministro Augusto César Leite de Carvalho, decidiu, por maioria, vencido este Relator, que havendo menção no acórdão regional de que a fiscalização operada pelo tomador não se revela suficiente para garantir o cumprimento das obrigações contratuais, há que se entender pela prevalência da culpa in vigilando e a consequente responsabilização subsidiária do ente público. Assim, na hipótese dos autos, o e. TRT não transferiu automaticamente à Administração Pública a responsabilidade subsidiária, à míngua de prova robusta da caracterização de culpa in vigilando. Ao contrário, consignou que os elementos de prova apresentados comprovam não ter havido fiscalização dos encargos trabalhistas devidos pela empresa contratada, havendo registro do descumprimento de obrigações regulares. Agravo não provido.

(...)

No caso concreto, houve tanto culpa "*in eligendo*", como "*in vigilando*" do Estado do Acre.

"*In eligendo*" porque o Estado do Acre, malgrado tenha feito licitação para contratação de empresa para terceirizar prestação de serviços, descumpriu as próprias regras do certame, porquanto o contrato firmado estipulava que a prestação de serviços deveria ser efetuada por

empresa com empregados regidos pela CLT, o que, de plano, excluiria a contratação de uma cooperativa de prestação de serviços. Principalmente porque **demonstrada que a cooperativa era uma fraude para frustração de direitos trabalhistas, tanto que houve expressa reconhecimento do vínculo empregatício em juízo.**

(...)

(TST - Ag: 5105520205140403, Relator: Breno Medeiros, Data de Julgamento: 09/02/2022, 5ª Turma, Data de Publicação: 11/02/2022)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA SOB A ÉGIDE DA LEI 13.467/2017. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, V, DO TST. CONDUTA CULPOSA. ÔNUS DA PROVA. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA. O recurso de revista contém o debate acerca do reconhecimento da responsabilidade subsidiária da entidade pública, tema objeto de decisão em ação declaratória de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, ADC 16, e da Súmula 331, V, do TST, que detém transcendência política, nos termos do art. 896-A, § 1º, II, da CLT. Transcendência reconhecida. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, V, DO TST. CULPA IN VIGILANDO EVIDENCIADA. REQUISITOS DO ART. 896, § 1º-A, ATENDIDOS. Ao reconhecer a constitucionalidade do artigo 71 da Lei 8.666/93 (ADC 16, julgada pelo STF em 24/11/2010), a Suprema Corte não afastou inteiramente a responsabilidade dos entes estatais tomadores de serviços pela fiscalização do correto cumprimento da legislação trabalhista e previdenciária na vigência do contrato administrativo. A despeito de o § 1º do artigo 71 da Lei 8.666/93 afastar a responsabilidade objetiva da Administração Pública pelo simples inadimplemento das empresas contratantes, subsiste, no entanto e em consonância com o STF, a possibilidade de o Estado ser responsabilizado quando, no caso concreto, verifica-se a culpa in vigilando do tomador de serviços a partir de conduta específica da entidade pública. Não se teria adotado, portanto e por via transversa, a teoria de irresponsabilidade total do Estado. Conforme fixou a SBDI-I ao julgar o E- RR-992-25.2014.5.04.0101, DEJT de 07/08/2020, a comprovada tolerância da Administração Pública quanto ao não cumprimento de obrigações trabalhistas devidas ao longo da relação laboral, mantendo o curso do contrato administrativo como se estivesse cumprido o seu conteúdo obrigacional e fosse irrelevante a apropriação de energia de trabalho sem a justa e digna contraprestação, não se confunde com o mero inadimplemento de dívida trabalhista porventura controvertida, episódica ou resilitória, que não gera, como visto e em atenção ao entendimento do STF, responsabilidade subsidiária. **O acórdão regional consignou que "os documentos colacionados pelo ente público, por si, não comprovam o exercício de efetiva fiscalização da prestadora de serviços. E, repise-se, cuidou-se de uma intermediação por meio de cooperativa irregular, de modo que até os direitos trabalhistas básicos foram sonegados, com a conivência do órgão público." No presente caso, portanto, o Tribunal Regional registra a premissa fática - insuscetível de reforma nesta esfera recursal - no sentido de que a responsabilidade subsidiária do recorrente advir da contratação de cooperativa fraudulenta, registrando ainda a ocorrência de desrespeito os direitos trabalhistas decorrentes da prestação de serviços. A jurisprudência atual desta Corte Superior é no sentido de reconhecer a conduta faltosa da administração pública quando contrata cooperativa que não preenche os requisitos impostos pela lei para ser reconhecida como tal, a justificar sua responsabilização em caráter subsidiário na forma da Súmula 331, V, do TST. Logo, não sendo o caso de condenação subsidiária com base no mero inadimplemento da empresa contratante, e em atenção à diretriz preconizada na Súmula 126 do TST, entende-se que a decisão regional, ao manter a responsabilização subsidiária, está em sintonia com o item V da Súmula 331 do TST. Agravo de instrumento não provido.**

(TST - AIRR: 1009261420175010204, Relator: Augusto Cesar Leite De Carvalho, Data de Julgamento: 15/06/2022, 6ª Turma, Data de Publicação: 20/06/2022)

59. No âmbito do Direito do Trabalho, prevalece o valor axiológico de proteção aos direitos dos trabalhadores e da primazia da realidade. Dessa forma, ainda que formalmente haja um vínculo de trabalho cooperativo, o parágrafo único do art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho, e art. 90 da Lei nº 5.764/1971, não são obstáculos jurídicos ao reconhecimento da relação de emprego, nas hipóteses em que devidamente demonstrados os seus elementos caracterizadores (PARECER Nº 00096/2015/DECOR/CGU/AGU).

CLT

Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à 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.

LEI Nº 5.764/1971

Art. 90. Qualquer que seja o tipo de cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados

60. Como bem ponderado pelo Parecer n. 00384/2022/PGU/AGU, a contratação de cooperativas realmente pode trazer certa economicidade, tendo em vista seus privilégios tributários, trabalhistas e previdenciários, todavia, "deve prevalecer o respeito à legalidade, prevalência do interesse público e à prevenção de riscos posteriores ao erário".

Independente da validade e eficácia atual do referido Termo de Conciliação, impõe-se à Administração cautela e obediência aos parâmetros legais necessários para contratação de cooperativas para prestação de serviços de mão de obra, a fim de evitar futura condenação judicial do ente público em responsabilidade subsidiária. Ou seja, **ainda que revistos os termos do acordo, permanecerá incólume a obrigação de não contratação de cooperativas para prestação de serviços que possam vir a caracterizar eventual relação de emprego com a tomadora ou prestadora de mão de obra.** (Parecer n. 00384/2022/PGU/AGU)

61. A potencial vantagem econômica seria ilusória, pois além de prejudicar uma concorrência leal, geraria um quadro em que a provável responsabilização trabalhista posterior induziria a vultosos prejuízos ao erário.

62. A Lei nº 14.133/2021 claramente objetiva assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a justa competição, contudo, necessário estabelecer contornos adequados para que a participação das cooperativas possa ser feita de forma segura, nos objetos compatíveis, de modo a não caracterizar mecanismo para fraudar o caráter competitivo da licitação.

63. Como mencionado anteriormente, em que pese a IN SEGES nº 5/2017 tenha sido formulada para uma normatização procedimental anterior à nova Lei de Licitações, a IN SEGES/ME nº 98/2022 definiu a sua aplicação, no que couber, para a realização dos procedimentos licitatórios e de contratação direta de serviços de que dispõe a Lei nº 14.133/2021.

64. Assim, considera-se de difícil superação que as cooperativas, mesmo sob a lógica da nova lei, venham a participar de modo geral dos 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, ou seja, em que modelo de execução contratual exija 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.

65. Dessa forma, o art. 16 da Lei nº 14.133/2021 deve ser interpretado sistematicamente, de acordo com o arcabouço jurídico que envolve a matéria das Cooperativas, não tendo o condão de afastar a aplicabilidade do Termo de Conciliação firmado entre Ministério Público do Trabalho - MPT e a Advocacia Geral da União - AGU.

66. Por fim, em relação ao momento e forma da checagem documental das cooperativas, certamente será exigida declaração de que a cooperativa atende as determinações do art. 16 da Lei nº 14.133/2021, com posterior validação de toda a documentação no âmbito da habilitação jurídica, onde o licitante deverá demonstrar, conforme determinado pelo art. 66 da Lei nº 14.133/2021, a capacidade de exercer direitos e assumir obrigações, a existência jurídica da sociedade cooperativa nos moldes da legislação especial e, quando cabível, apresentar autorização para o exercício da atividade a ser contratada.

4. CONCLUSÃO

67. Diante de todo o exposto, como proposta de uniformização do tema, defendemos que o art. 16 da Lei nº 14.133/2021 deve ser interpretado sistematicamente, e acordo com o arcabouço jurídico que envolve a matéria das Cooperativas, não prejudicando a vigência do Termo de Conciliação firmado entre o Ministério Público do Trabalho - MPT e a Advocacia Geral da União - AGU.

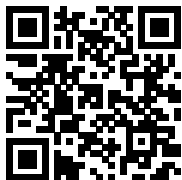
68. Nesta linha, legítimo o entendimento de que a União deve se abster de celebrar contratos administrativos com cooperativas de trabalho nas hipóteses em que a execução dos serviços terceirizados, por sua própria natureza, demande vínculo de emprego dos trabalhadores em relação à contratada, nos termos definidos pelo Termo de Conciliação Judicial homologado pela Justiça do Trabalho nos autos da ação civil pública nº 01082-2002-020-10-00-0, firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a União.

À consideração superior.

João Pessoa, 27 de janeiro de 2023.

RONNY CHARLES LOPES DE TORRES
ADVOGADO DA UNIÃO

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688001058202211 e da chave de acesso d1c793aa



Documento assinado eletronicamente por RONNY CHARLES LOPES DE TORRES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1068336773 e chave de acesso d1c793aa no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RONNY CHARLES LOPES DE TORRES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 31-01-2023 14:45. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.
