

AS SOCIEDADES COOPERATIVAS E O TRATAMENTO PRIVILEGIADO CONCEDIDO ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (Lei Complementar nº 123/06 e Lei nº 11.488/07)

Por: *Jessé Torres Pereira Júnior*

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Autor, entre outras, das seguintes obras: Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública (7ª edição); Controle Judicial da Administração Pública: da Legalidade Estrita à Lógica do Razoável (2ª edição); Licitações de Informática; Da Reforma Administrativa Constitucional; Pregão Presencial e Eletrônico (em colaboração).

Por: *Marinês Restelatto Dotti*

Advogada da União lotada no Núcleo de Assessoramento Jurídico em Porto Alegre, RS CGU/AGU. Colaboradora na obra: Direito do Estado – Novas Tendências – Edição Especial/UFRGS. Especialista em Direito do Estado/UFRGS. Especializanda em Direito e Economia/UFRGS

1. Introdução

O regime jurídico das licitações da Administração Pública brasileira parece fadado a suportar permanente “conspiração” legislativa contra a consolidação de um sistema estável, apto a garantir o equilíbrio entre os interessados em ter acesso, disputando-as isonomicamente, às contratações de obras, bens e serviços pelo Estado.

A “conspiração” tornou-se ostensiva a partir da edição da Lei federal nº 8.666/93, cuja pretensão é a de estabelecer um sistema nacional de normas gerais, em tese destinado a viabilizar a implementação de princípios e a instituir um padrão de conduta jurídico-normativa na matéria, com validade e força cogente para todas as esferas e em todos os níveis da gestão pública brasileira (administração direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, estendendo-se o princípio da licitação aos convênios, no que cabível, e às entidades do chamado sistema S, para bem cumprir-se o disposto nos artigos 22, XXVII, e 37, XXI, da Constituição Federal de 1988).

Mas nenhum outro diploma normativo precedente, dentre os vários que a história da Administração Pública brasileira registra sobre o tema - passando pelo Código de Contabilidade Pública da União, de 1922, pelo Decreto-Lei nº 200/67 (Lei da Reforma Administrativa Federal) e pelo Decreto-Lei nº 2.300/86 (Estatuto Nacional das Licitações e Contratações) -, tem recebido tantas alterações quanto o da Lei nº 8.666/93, que, em menos de três lustros de vigência, convive com uma sucessão de normas ampliativas, supressivas ou modificativas, veiculadas por mais de uma dúzia de leis (média de uma por ano), em presumida busca de

dotar as licitações e contratações de nossa Administração de um padrão de eficiência e de eficácia que se possa considerar satisfatório e à prova de desvios.

Quando se imaginava, talvez, que o redesenho normativo houvesse atingindo patamar longo, com a criação da modalidade do pregão (Lei nº 10.520/02) - comprovadamente, após emprego que se tende a universalizar, capaz de elevar os índices de eficiência e de eficácia nas licitações em razão da racionalidade de seu procedimento, responsável por reduzir o tempo de processamento, os preços obtidos nos certames competitivos e a taxa de recorribilidade contra as decisões administrativas -, eis que nova formatação do cenário normativo recomeça aos 14 de dezembro de 2006, quando da edição da Lei Complementar nº 123, regulamentada pelo Decreto nº 6.204, de 05 de setembro de 2007, no âmbito da Administração Pública federal, concernente ao tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas de bens, serviços e obras.

Ao cumprir a Constituição da República quanto a garantir tratamento tributário, trabalhista, previdenciário, contábil e administrativo diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, a LC nº 123/06 a estas garante condições especiais de participação nas licitações e contratações. E mal se digeriu a novidade - ainda aguardando-se a sobrevivência de prometidas leis de regulamentação - e já outra se sobrepõe com a Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, cujo art. 34 manda aplicar “às sociedades cooperativas que tenham auferido, no ano-calendário anterior, receita bruta até o limite definido no inciso II do caput do art. 3º da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, nela incluídos os atos cooperados e não-cooperados, o disposto nos Capítulos V a X, na Seção IV do Capítulo XI, e no Capítulo XII da referida Lei Complementar”.

Vero é que, diante dos vários anteprojetos de leis que tramitam pelo Congresso Nacional, visando a alterar a estrutura da Lei nº 8.666/93 ou mesmo a substituí-la integralmente, a par das inúmeras modificações pontuais que se efetivaram desde a sua edição, a nenhum profissional do setor seria dado imaginar estável o sistema traçado pela chamada Lei Geral das Licitações e Contratações, sequer que ainda se possa falar de um “sistema”, tantas as alterações que o fragmentam e desdobram em sub-sistemas, como ocorre com o próprio pregão.

Não seria demais esperar-se, todavia, um mínimo de cuidado com o fim de evitarem-se modi-

ficações heterogêneas, que desafiam esforços ininterruptos de interpretação a cada novidade legislativa. A “conspiração” chega à obsessão porque, por mais que se altere a lei geral, os resultados continuam a despertar inquietação e dúvidas. É o que se passa com a extensão às sociedades cooperativas do regime diferenciado assegurado às microempresas e empresas de pequeno porte.

Embora ambas as categorias - microempresas e empresas de pequeno porte, de um lado, e cooperativas, de outro - contem com o reconhecimento da Carta Fundamental da República à sua relevância para a ocupação de grande número de pessoas na produção e na circulação de bens e serviços na economia nacional, o fato é que se trata de categorias ontologicamente desiguais: as microempresas e as empresas de pequeno porte se movem pelo impulso inerente a toda empresa, que é o da competição e do lucro; as cooperativas, na qualidade de sociedades de pessoas, se organizam e se movem por impulso de outra natureza, que é o associativismo, em que a cooperação se substitui à competição e não almeja o lucro da sociedade.

É dessa antinomia essencial que se pretendem ocupar as observações que se seguem, esforço de prospecção sobre a extensão, às cooperativas, do tratamento jurídico originalmente deferido às microempresas e empresas de pequeno porte. O objetivo é o de sinalizar para a assemelhação pretendida pela legislação e as possíveis assimetrias que dela poderão resultar.

2. Duplicidade de tratamento diferenciado?

A Lei Complementar nº 123/06, versando, como versa, sobre tratamento diferenciado assegurado no texto constitucional, estabelece normas gerais, vale dizer, a serem necessariamente cumpridas por todos os órgãos e entidades integrantes de todos os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. São normas destinadas a estabelecer: a) a apuração e o recolhimento de impostos e contribuições da competência dos entes integrantes da federação mediante regime único de arrecadação, incluindo as obrigações acessórias; b) o cumprimento simplificado de obrigações trabalhistas e previdenciárias, incluindo as obrigações acessórias; e c) o acesso ao crédito e aos mercados, estimulado por meio de preferência nas aquisições de bens e serviços pelos poderes públicos, tecnologia, associativismo e regras de inclusão.

A disciplina do acesso aos mercados, traçada no Capítulo V da LC nº 123/06, incentiva a participação das microempresas e das empresas de pequeno porte nas licitações, realizadas no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, mediante: 1º, a possibilidade de adiar-se a regularização da situação fiscal da empresa, quando verificada a existência de restrições, somente

como condição para a celebração do contrato – não quando da etapa de habilitação preliminar, como é a regra fixada pela Lei nº 8.666/93 para os licitantes em geral (o art. 4º do mencionado Decreto nº 6.204/07 enfatiza que “a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de contratação, e não como condição para participação na licitação”); 2º, preferência na contratação, quando houver empate ficto¹ com os valores de propostas/lances ofertados por outras entidades empresariais de maior porte; 3º, possibilidade, prevista no art. 47, de, nas contratações da União, dos Estados e dos Municípios, ser concedido tratamento diferenciado e simplificado em licitação exclusivamente destinada às empresas de pequeno porte e microempresas, quando importante para o desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, ou quando se caracterizar como fator de ampliação da eficiência de políticas públicas e fonte de incentivo à inovação tecnológica; 4º, ampliação, em determinadas situações, do tratamento diferenciado além das condições estabelecidas nos artigos 42 a 45, simplificando procedimentos específicos; 5º, a possibilidade, sob determinadas condições, de subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte pela licitante vencedora da licitação, bem como de a Administração fracionar o objeto em licitação com o fim de contratar com tais sociedades empresárias.

O art. 6º do Decreto nº 6.204/07 impõe aos órgãos e entidades contratantes integrantes da administração pública federal a realização de processo licitatório reservado, exclusivamente, à participação de microempresas e empresas de pequeno porte, desde que destinado a contratação de objeto cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), excepcionando-se a obrigatoriedade, devidamente justificada, quando: 1º, não houver o mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte, sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório; 2º, o tratamento diferenciado e simplificado para essas entidades empresariais não for vantajoso para a Administração ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado, assim considerada a contratação que resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência; 3º, a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos artigos 24 e 25 da Lei nº 8.666/93; 4º, a soma dos valores

¹ O art. 44 da LC estabeleceu uma espécie de empate ficto, quando a proposta ou lances ofertados pela empresa de pequeno porte ou microempresa apresentarem percentual acima da proposta ou lances ofertados pelas demais entidades empresariais participantes do certame: iguais ou até 10% (dez por cento) nas licitações convencionais (concorrência, tomada de preços e convite), e de até 5% (cinco por cento) na modalidade do pregão.

licitados, nos termos do disposto nos artigos 6º a 8º do Decreto, ultrapassar vinte e cinco por cento do orçamento disponível para contratações em cada ano civil; e 5º, o tratamento diferenciado e simplificado não for capaz de alcançar os seguintes objetivos, justificadamente: a) promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, b) ampliação da eficiência das políticas públicas, e c) o incentivo à inovação tecnológica. Norma que, por depender de vários conceitos jurídicos indeterminados, reclamará atenta interpretação, de futuro.

Ao ampliar as oportunidades de contratação - propósito do tratamento diferenciado e simplificado -, a LC nº 123/06 condiciona a participação de microempresas e empresas de pequeno porte ao cumprimento de requisitos, a saber:

- 1 definição das normas de regência em regulamento do respectivo ente público;
- 2 previsão expressa das condições de favorecimento no instrumento convocatório²;
- 3 houver o mínimo de três fornecedores competitivos, enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte, sediados local ou regionalmente, desde que capazes de atender às exigências estabelecidas no instrumento convocatório;
4. explicitação dos motivos (motivação fundada em razões de fato e de direito objetivamente aferíveis, que devem constar dos autos do processo administrativo pertinente) de ser economicamente vantajoso o tratamento diferenciado, no caso concreto.

Próprio que se syndique se tal regime e seus requisitos se compadecem com o perfil jurídico das sociedades cooperativas, que, muito antes das microempresas e empresas de pequeno porte, já contavam, como se verá, com legislação própria, assecuratória de tratamento diferenciado no concernente a encargos trabalhistas e previdenciários, que já as desonerava de modo suficiente para participarem de licitações em condições de vantagem, se confrontadas com as empresas em geral, sobre as quais incidem aqueles encargos. Mercê da Lei nº 11.488/07, art. 34, seriam as cooperativas beneficiárias de uma duplicidade de privilégios, que as colocaria em vantagem até mesmo em relação às microempresas e empresas de pequeno porte?

3. Tratamento diferenciado e princípio da igualdade

A LC nº 123/06, ao favorecer o acesso das empresas de pequeno porte e microempresas

às contratações públicas, assenta normas gerais de procedimento sempre que essas empresas participem de licitação. Concede-lhes tratamento diferenciado, em contraste com um dos princípios constitucionais norteadores das licitações e contratos do Estado, que é o de assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes (CF/88, art. 37, XXI).

Por definição, toda licitação visa a identificar a proposta mais vantajosa para a Administração, por isto que garante o acesso igualitário a todos os interessados. Portanto, o certame competitivo não pode, por princípio, ser manejado de sorte a incentivar a participação de determinadas categorias empresariais nos negócios públicos. O Estado não contrata com particulares visando a lucro, mas, sim, à satisfação do interesse público. Os participantes de uma licitação têm a legítima expectativa, com fundamento na Constituição e na legislação de regência, de que lhes serão asseguradas as mesmas oportunidades de contratar com o poder público.

O princípio da igualdade, nas licitações, implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas, também, o de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados, desde que atendam às condições que o ato convocatório reputou indispensáveis, justificadamente. A explicitação concreta do princípio da igualdade está no § 1º do art. 3º da Lei nº 8.666/93, cuja norma proíbe que o ato convocatório do certame admita, preveja, inclua ou tolere cláusulas ou condições capazes de frustrar ou restringir o caráter competitivo do procedimento licitatório e veda o estabelecimento de preferências ou distinções em razão da naturalidade, sede ou domicílio das licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para objeto do contrato.

O tratamento diferenciado outorgado às microempresas e empresas de pequeno porte, que a Lei nº 11.488/07 estendeu às cooperativas, deve enfrentar, destarte, a argüição de que conflita com o princípio da igualdade. Jessé Torres Pereira Junior vem de assim analisar a questão:

“A Lei Complementar nº 123/06, ao instituir o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, entendeu de dedicar seção (artigos 42 a 49) à disciplina do acesso dessas empresas às contratações da Administração Pública, destinando-lhes tratamento diferenciado em cumprimento ao disposto nos artigos 170, IX, e 179 da Constituição da República... cabe examinar a inspiração constitucional das inovações trazidas pela LC nº 123/06 e o disposto em seus artigos 47 a 49, que retratam o cumprimento, pelo Congresso Nacional, de política pública traçada pelo Documento Fundamental da República ... Eis o ponto nuclear da questão constitucional suscitada pela LC nº 123/06: o cumprimento de po-

² Consolidado pelo art. 10 do Decreto nº 6.402/07.

lítica pública. O tema já conta com expresso equacionamento pelo Supremo Tribunal Federal, que, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF, nº 45 MC-DF/2004, sendo relator o Min. Celso de Mello, desvendou-o de modo a sinalizar caminhos que se devem trilhar na compreensão e na aplicação do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, *verbis*: 'O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare* resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma

a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental (RTJ 185/794-

796, Pleno)... Cabe assinalar, presente esse contexto — consoante já proclamou esta Suprema Corte — que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política 'não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucionalmente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado' (RTJ 175/1.212-1.213)... Não deixo de conferir, no en-

tanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à 'reserva do possível' ..., notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatutais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais — além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização — depende, em gran-

de medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese — mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa — criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo,

arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. ~~C~~ampre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' — ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível — não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos

constitu-
cionais
impreg-
nados de
um senti-
do de es-
sencial
funda-
mentali-
dade ...

A meta
central
das
Constitui-
ções mo-
dernas, e
da Carta
de 1988
em parti-
cular, po-
de ser re-
sumida ...
na pro-
moção do
bem-estar
do ho-
mem, cu-
jo ponto
de partida
está em
assegurar
as condi-
ções de
sua pró-
pria dig-
nidade,
que inclui,
além da
proteção
dos direi-
tos indivi-
duais,
condições
materiais
mínimas
de exis-
tência. Ao
apurar os
elemen-
tos fun-
damen-
tais dessa
dignidade
(o mínimo
existenci-
al), estar-
se-ão es-
tabele-
cendo
exata-
mente os
alvos pri-
oritários
dos gas-
tos públi-
cos. Ape-
nas de-
pois de
atingi-los

é que se
poderá
discutir,
relativa-
mente
aos re-
cursos
remanes-
centes,
em que
outros
projetos
se deverá
investir. O
mínimo
existenci-
al, como
se vê, as-
sociado
ao esta-
beleci-
mento de
priorida-
des or-
çamentá-
rias, é
capaz de
conviver
produti-
vamente
com a re-
serva do
possível...
Vê-se,
pois, que
os condi-
ciona-
mentos
impostos,
pela cláu-
sula da
'reserva
do possí-
vel', ao
processo
de con-
cretiza-
ção dos
direitos
de se-
gunda ge-
ração - de
implanta-
ção sem-
pre one-
rosa -,
traduzem-
se em um
binômio
que com-
preende,
de um la-
do, (1) a
razoabili-
dade da
pretensão
individu-
al/social
deduzida

em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a

clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á - até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico - a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a to-

dos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado’.

“A vigente Constituição da República traçou inequívoca política pública em relação às microempresas e empresas de pequeno porte. Basta reler os seus artigos 170, IX (“A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: ... IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”) e 179 (“A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei”).

“À vista desses solares preceptivos, o primeiro dos quais (art. 170, IX) alterado pela Emenda Constitucional nº 6/95, verifica-se que o Poder Público retardou-se, por mais de uma década, em cumprir o dever jurídico deles decorrentes, o que somente veio a ocorrer pela edição da LC nº 123/06, que é lei complementar para conformar-se a outra exigência constitucional, qual seja a do art. 146, III, “d”, alínea esta acrescentada pela Emenda Constitucional nº 42/03, no sentido de caber à lei complementar a ‘definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte’.

“Toda política pública de assento constitucional, na interpretação da Corte guardiã da Constituição, tem prioridade sobre qualquer outra e deve ser implementada pelo Poder Público, relativamente aos direitos econômicos, sociais e culturais. Assegurar tratamento preferencial às microempresas e às empresas de pequeno porte era e é, destarte, prioritário, na medida em que corresponde a uma política pública traçada pela Constituição, na expectativa de lei complementar que a viesse definir. Tal o papel que a LC nº 123/06 veio desempenhar na ordem jurídica brasileira.

“O sentido de prioridade e de premência, conferido ao tema pela Constituição, decerto que se inspirou na realidade sócio-econômica. A Justificativa que encabeçou a remessa do projeto original de lei complementar, em janeiro de 2004, assinalava que ‘As receitas das micros e pequenas empresas, em 2001, totalizaram a quantia de R\$ 168 bilhões e 200 milhões, respectivamente. Um estudo realizado nessa mesma época constatou que cerca de um milhão e 100 mil dessas pequenas e mi-

croempresas eram do tipo empregadora, isto é, pelos menos uma pessoa estava registrada pela empresa como empregado, sendo os demais membros familiares ou sócios, ou seja, mais de 926 mil famílias diretamente envolvidas no negócio, com os seus membros participando da empresa na condição de proprietários ou sócios ... podemos perceber a importância das pequenas e microempresas no desenvolvimento de nossa economia e principalmente como fator de geração de emprego e distribuição de renda. Nessa linha, foi feita uma pesquisa em 37 países, em 2002, coordenada pela GEM- Global Entrepreneurship Monitor, projeto criado pela London Business School, da Inglaterra, e pela Babson School, nos Estados Unidos, coordenado no Brasil pelo Instituto Brasileiro de Qualidade e Produtividade do Paraná e Sebrae, em que o Brasil se destaca em sétimo lugar no ranking dos países com maior nível geral de empreendedorismo. A taxa brasileira da atividade empreendedora total, ou seja, a que indica a proporção de empreendedores na população de 18 a 64 anos de idade, foi de 13,5%, estimando-se em 14,4 milhões de empreendedores no país, dos quais 42% são mulheres’.

“Induvidoso que expressivo segmento de pessoas dependentes da existência e da atuação de microempresas e empresas de pequeno porte necessita, sob pena do perecimento destas, do tratamento diferencial prometido pela Constituição, nos termos que lei complementar haveria de definir, como definiu a LC nº 123/06. Se as medidas que esta acolheu serão, ou não, eficientes e eficazes para o fim de cumprir a política pública traçada na Constituição, é o que a implementação de suas disposições irá aquilatar. O que não se apresenta condizente com a realidade sócio-econômica e a ordem constitucional é resistir a tal tratamento, acoimando-o, desde logo, de inadequado. Pode ser que a aplicação das medidas definidas venha a assim evidenciar, no todo ou em parte. Mas tal não se saberá sem que o Estado empenhe os melhores esforços em executar, controlar e avaliar os resultados.

“Na seara específica das licitações e contratações da Administração Pública, há, como se verá adiante, dúvidas ponderáveis sobre a juridicidade, a inteligência e a pertinência das medidas propostas – basicamente, por ora, a possibilidade de corrigir defeitos na documentação fiscal e o direito de preferência para contratar, sob condições determinadas. Por outro lado, a estreiteza das disponibilidades orçamentárias estatais – insuficientes para atender a todas as prioridades constitucionais – avaliza a tentativa de estimular-se o empreendedorismo na criação de oportunidades de trabalho de que carece numeroso contingente de brasileiros, para os quais a empresa tradicional e o Estado não parecem reunir condições para empregar e garantir meios de desenvolvimento pessoal e coletivo, gerando frustrações individuais e o desvio de gerações de brasileiros para atividades marginais e marginalizantes, quando não ilícitas e destrutivas, como o noti-

ciário jornalístico cotidiano vem tornando notório.

Essas são as premissas da compreensão com que se deve recepcionar o disposto nos artigos 47 a 49 da LC nº 123/06. Traduz a cota de participação da Administração Pública no estímulo ao empreendedorismo, representado pelas microempresas e empresas de pequeno porte; um dos instrumentos desse estímulo está em dispensar-lhes tratamento diferenciado nas licitações e contratações de bens e serviços." (Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, p. 39-43, Ed. Renovar, 7ª, edição, 2007).

A indagação a fazer-se, em face dessas considerações, é a de se as cooperativas são, igualmente, objeto de política pública constitucional, justificadora de a elas se estender o tratamento diferenciado assegurado às microempresas e empresas de pequeno porte. Como se verá adiante, as cooperativas também estão sob o foco da Carta Política vigente, de sorte a serem sujeitas de política pública prioritária, tanto que figuram em nada menos que seis de seus preceptivos. Nada obstante serem sociedades de cooperação, não de competição, a Constituição atribui-lhes tanta relevância quanto atribui às microempresas e empresas de pequeno porte como instrumentos de política econômica.

O que cumpre verificar é se a estrutura jurídica de sociedades de cooperação pode ou deve receber o mesmo tratamento diferenciado destinado a sociedades de competição. E se, em caso afirmativo, será idêntico o modo de dar-se cumprimento ao tratamento. Além de perquirir-se se haveria preponderância de umas sobre as outras. Daí a utilidade, para os fins deste estudo, de repassarem-se, em brevíssima síntese, os principais aspectos do tratamento diferenciado de que cuida a LC nº 123/06.

4. Regularização de situação fiscal em presença de restrições

Segundo a Lei nº 8.666/93, a entrega de documentos em desacordo com as exigências editalícias dá motivo à inabilitação de qualquer licitante, sem distinção à conta de natureza jurídica ou de qualquer outra circunstância. O art. 43, § 1º, da LC nº 123/06 estipula que empresas de pequeno porte e microempresas - por força do art. 34 da Lei nº 11.488/07, também as cooperativas - podem participar de licitações e entregar os documentos referentes à habilitação no prazo assinado no edital, com a vantagem de, caso os documentos demonstrativos da regularidade fiscal contiverem irregularidade, serem admitidas a comprovar³ a regulariza-

ção posteriormente, no prazo de dois dias úteis, prorrogável por igual período. E o art. 42 determina que a comprovação da regularidade fiscal dessas empresas - por extensão, também das cooperativas - somente será exigida para efeito de assinatura do contrato.

O princípio da vinculação ao edital (art. 41 da Lei nº 8.666/93) veda à Administração descumprir as normas e condições nele estabelecidas, por isto que disposições que concedam condições e prazos diferenciados para regularização da situação fiscal devem estar expressamente previstas no ato convocatório.

Duas hipóteses se apresentam:

1ª, quando a menor proposta de preço for de microempresa ou empresa de pequeno porte, ou cooperativa, uma vez verificada a existência de restrições na documentação apresentada na fase de habilitação, para efeito de comprovação da regularidade fiscal, é permitida a regularização, cujo desatendimento, no prazo fixado, implicará a impossibilidade de contratação - que a LC nº 123/06 e o Decreto nº 6.204/07 rotulam, incidindo em erro conceitual, de decadência de direito; não se decai de direito algum pela singela razão de que não há direito à contratação, mas, apenas, direito de, havendo contrato, exigir-se a observância da ordem de classificação -, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 da Lei nº 8.666/93, sendo facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a assinatura do contrato, ou revogar a licitação;

2ª, quando da licitação participarem somente entidades empresárias não enquadráveis como microempresas ou empresas de pequeno porte, não incidirá o regime da LC nº 123/06, tramitando a licitação nos termos da Lei nº 8.666/93, caso utilizadas as modalidades convencionais (concorrência, tomada de preços ou convite), ou nos termos da Lei nº 10.520/02, se a modalidade licitatória for a do pregão, na forma presencial ou

ao momento em que o proponente for declarado vencedor do certame, prorrogável por igual período, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa. Especifica o citado Decreto que a declaração do vencedor ocorrerá no momento imediatamente posterior à fase de habilitação, no caso do pregão, e, nas demais modalidades de licitação, no momento posterior ao julgamento das propostas, aguardando-se os prazos de regularização fiscal para a abertura da fase recursal. A prorrogação do prazo para regularização da situação fiscal, ainda segundo o Decreto, deverá sempre ser concedida pela Administração quando requerida pelo licitante, a não ser que exista urgência na contratação ou prazo insuficiente para o empenho, devidamente justificado, em cumprimento ao princípio da motivação dos atos administrativos.

³ O Decreto nº 6.204/07 estabelece que, na fase de habilitação, deverá ser apresentada e conferida toda a documentação e, havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de dois dias úteis, cujo termo inicial corresponderá

eletrônica, sendo que para esta última a regulamentação se encontra no Decreto nº 5.450/05.

Indagar-se-ia, nessa segunda hipótese, se a participação de cooperativas na licitação, sem a participação de microempresas ou empresas de pequeno porte, atrairia a aplicação da LC nº 123/06. Não seria de todo descabido cogitar-se de resposta negativa, ao fundamento de que, inaplicável o regime da LC nº 123/06 pela ausência de microempresas ou empresas de pequeno porte na licitação, tampouco poderia incidir o da Lei nº 11.488/07, dado que este dependeria daquele, por extensão e simetria.

Tal interpretação não soa como adequada em confronto com o objetivo da Lei nº 11.488/07, que é o de criar regime especial de incentivos para o desenvolvimento da infra-estrutura. Imaginar que as cooperativas somente fariam jus ao tratamento diferenciado, assegurado às microempresas e empresas de pequeno porte, quando estas comparecessem ao prélio licitatório equivaleria - comparando-se os protagonistas do processo administrativo da licitação com os do processo judicial - a considerar as cooperativas como assistentes das micro e empresas de pequeno porte.

Não se trata, entretanto, de assistência, no sentido que se extrai dos artigos 50 e seguintes do Código de Processo Civil, segundo os quais o assistente atua como auxiliar da parte principal, exercendo os mesmos poderes e sujeitando-se aos mesmos ônus processuais porque tem interesse jurídico em que o resultado do processo seja favorável ao assistido. Em uma licitação, não há parte principal. Todos os concorrentes competem entre si na disputa que habilitará o vitorioso a contratar com a Administração. Esse objetivo traduz motivação antes econômica que jurídica, tanto da parte dos concorrentes, que querem prestar o serviço ou fornecer o bem mediante remuneração, quanto da Administração, que almeja ter o serviço prestado ou o bem fornecido por quem oferecer a proposta mais vantajosa.

Em verdade, as cooperativas, graças à extensão estabelecida pela Lei nº 11.488/07, têm direito e interesse próprios quando ingressam na licitação, estejam ou não presentes também microempresas e empresas de pequeno porte. O tratamento diferenciado que a LC nº 123/06 deferiu a estas, a Lei nº 11.488/07 estendeu àquelas, sem que umas dependam da presença das outras para que o tratamento diferenciado seja devido. A competição entre todas - empresas e cooperativas -, titulares do mesmo direito a tratamento diferenciado, é que cumprirá a finalidade enunciada pela Lei nº 11.488/07, de incentivo ao desenvolvimento da infra-estrutura.

5. O empate ficto

O art. 44 da LC nº 123/06 e o art. 5.º, §§ 1º e 2º, do Decreto nº 6.204/07 instituíram e disciplinaram a verificação de empate simulado ou ficto, somente arredável se se comprovar que as microempresas e empresas de pequeno porte incorreram em alguma das vedações do art. 3º, § 4º, da referida Lei Complementar. Esta elegeu, como critério de desempate, preferência na contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, preferência que não se aperfeiçoará caso se comprove a ocorrência de vedação legal; é que, então, não se poderá aplicar o tratamento diferenciado, somente devido às microempresas e empresas de pequeno porte que atendam às prescrições legais e não incidam em qualquer de suas vedações. Logo, também as cooperativas, cuja organização e operação demonstrem haver fraudado o perfil jurídico da sociedade de pessoas, não poderão invocar o tratamento diferenciado.

Instigante combinação de presunções jurídicas. A presunção do empate é absoluta (*juris et de jure*), ou seja, não comporta prova em contrário no pertinente ao fato do empate; mesmo sendo desiguais as propostas, a lei determina que devam ser consideradas empatadas, dentro dos limites que fixou. A presunção é relativa (*juris tantum*) quanto ao direito ao tratamento diferenciado; sempre será admissível comprovar-se que a empresa em presumida situação de empate não faz jus ao tratamento privilegiado porque desqualificada em cotejo com alguma das vedações do art. 3º, § 4º, da LC nº 123/06.

Afastada a hipótese de fraude, as micro e empresas de pequeno porte, bem como as cooperativas - por extensão determinada pela Lei nº 11.488/07 -, desde que suas propostas de preço sejam iguais ou superiores em até 10% (dez por cento) à proposta mais bem classificada, tratando-se de uma das modalidades licitatórias convencionais da Lei nº 8.666/93 (concorrência, tomada de preços ou convite), ou em até 5% (cinco por cento) superiores ao melhor preço, na modalidade licitatória do pregão (presencial e eletrônico), serão havidas em situação de empate com as empresas de maior porte e terão preferência ao contrato.

Não haverá o direito ao desempate quando somente as categorias empresariais favorecidas pela LC nº 123/06 participarem do certame, posto descaber o exercício de direito de preferência entre as próprias beneficiárias, assim como não haverá o direito ao desempate quando apenas participarem da licitação empresas não enquadradas como micro ou de pequeno porte, já que nenhuma nelas ostenta legitimidade para postular o tratamento preferencial. A pergunta, em face da extensão estabelecida pela Lei nº 11.488/07, será: e se houver empate entre microempresas ou empresas de pequeno porte e cooperativas, de quem será a preferência?

Aqui, também, não seria inverossímil a idéia de reservar-se o tratamento preferencial para as microempresas e empresas de pequeno porte, ao argumento de que as cooperativas se beneficiariam por extensão, não por direito próprio, em eventual disputa com o direito precedente daquelas empresas. Mas, como retro assinalado, tal compreensão pressuporia a existência de parte principal (as microempresas e empresas de pequeno porte) e secundária (as cooperativas, na qualidade de assistentes das empresas), no processo administrativo da licitação, o que não se concilia com a índole da competição licitatória, nem com a finalidade da Lei nº 11.488/07.

Assim, mesmo que do certame não participem microempresas ou empresas de pequeno porte, as cooperativas, que se apresentarem e preencherem os requisitos legais, farão jus ao desempate e terão preferência na contratação em disputa com empresas de maior porte, nos termos da LC nº 123/06. E, caso as empresas micro e pequenas se apresentem na competição, as cooperativas disputarão o contrato em igualdade de condições com elas, já que entre as beneficiárias do tratamento diferenciado não pode haver hierarquia, nem prelação.

A disputa entre cooperativas e microempresas ou empresas de pequeno porte, presentes na mesma licitação, se fará pelos preços reais que cotarem, sem intervalo de empate ficto, nem qualquer preferência. No plano teórico, a pergunta que intriga é: microempresas e empresas de pequeno porte terão condições de disputar preço com as cooperativas que a elas se nivelem no requisito da renda anual, estas já desoneradas de encargos trabalhistas e com ônus previdenciários reduzidos? Se a resposta for negativa, poderão resultar frustrados os objetivos da LC nº 123/06 quanto ao acesso daquelas empresas às contratações administrativas, inibidos que serão os seus efeitos pela aplicação da Lei nº 11.488/07. Somente a prática do tratamento legal diferenciado o revelará.

Anote-se que para a modalidade do prego, a LC nº 123/06 fixou o prazo de cinco minutos para o oferecimento de proposta em valor inferior ao da proposta ofertada pela licitante vencedora. O legislador não previu prazo e momento para a redução da proposta nas modalidades convencionais (concorrência, tomada de preços e convite); deverá constar do instrumento convocatório, porém augurando-se que cada ente público venha a editar norma uniformizadora desse prazo, com o fim de prevenir a inconveniência de a cada edital adotar-se um prazo e contá-lo segundo critérios variados.

6. O tratamento privilegiado estendido às cooperativas

O art. 34 da Lei nº 11.488/07 preceitua que “Aplica-se às sociedades cooperativas que tenham auferido, no ano-calendário anterior, receita

bruta até o limite definido no inciso II do caput do art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, nela incluídos os atos cooperados e não-cooperados, o disposto nos Capítulos V a X, na Seção IV do Capítulo XI, e no Capítulo XII da referida Lei Complementar”.

Deduz-se que as cooperativas que tenham receita bruta de até R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais), no ano-calendário anterior, terão direito aos seguintes benefícios:

- a) acesso aos contratos administrativos mediante tratamento diferenciado em termos de regularidade fiscal comprovável a posteriori e a empate ficto, quando participantes de licitações (artigos 42 a 49);
- b) simplificação das relações de trabalho (artigos 50 a 54);
- c) ação fiscalizadora de caráter orientador (art. 55);
- d) possibilidade de contratação de compras, bens e serviços, para os mercados nacional e internacional, por meio de consórcio (art. 56);
- e) estímulo ao crédito e à capitalização (artigos 57 a 63);
- f) estímulo à inovação (artigos 58 a 67);
- g) regras diferenciadas acerca do protesto de títulos (art. 73);
- h) acesso aos juizados especiais cíveis, visando à utilização dos institutos da conciliação prévia, da mediação e da arbitragem para a solução de seus conflitos (artigos 74 a 75).

Jessé Torres Pereira Junior destaca que “Diante das notórias restrições à participação, em certames licitatórios, de cooperativas de mão-de-obra, especialmente quando a execução do objeto a contratar não prescindia da subordinação típica das relações de emprego, estranhas à natureza jurídica das cooperativas (sociedades de pessoas em que cada profissional cooperado mantém sua autonomia), a extensão do regime diferenciado da LC nº 123/06 deixa dúvida ao se referir a ‘atos cooperados e não-cooperados’.

E esclarece: “Em face das diretrizes consolidadas na jurisprudência das Cortes de Controle Externo, tal referência não pode ser compreendida como uma autorização para que essas cooperativas contratem intermediação de mão-de-obra com a Administração. A melhor interpretação sobre o alcance da expressão ‘atos não-cooperados’ será a de que estes são os que as cooperativas praticam na gestão de seus fundos e do pessoal que opera os seus serviços internos na qualidade de empregados, de molde a que essa gestão se beneficie dos procedimentos simplificados de natureza tributária, concedidos às pequenas e microempresas” (Comentários cit., pág. 47).

6.1 Terceirização das atividades acessórias

Desde o Decreto-lei nº 200/67 que se positivou a distinção entre a atuação estatal no cumprimento de suas atividades inerentes (vinculadas

aos fins jurídicos do Estado, em caráter próprio e indelegável), daquela em que se desobriga de outras meramente acessórias (atividades-meio), terceirizáveis ao setor privado. Recorde-se a regra de seu art. 10:

“Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

(...)

c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

(...)

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

§ 8º A aplicação desse critério está condicionada, em qualquer caso, aos ditames do interesse público e às conveniências da segurança nacional”.

Denise Hollanda Costa Lima⁴ obtempera, acerca das características da terceirização, que “não se trata de mera transferência da gestão de recursos humanos à empresa terceirizada, visando simplesmente reduzir custos com pessoal, mantendo-se os mesmos vínculos que caracterizam a relação de emprego com os funcionários terceirizados, o que corresponde, na verdade, à atividade comumente denominada de locação de mão-de-obra. A terceirização, isso sim, pressupõe a prestação de serviços especializados por empresa alheia de forma autônoma, sem ingerência direta na administração das atividades ou sobre os profissionais nelas envolvidos”.

O Decreto nº 2.271, de 07 de julho de 1997, veio dispor sobre a contratação de serviços relacionados às atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que compõem a competência legal dos órgãos ou entidades da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, nos seguintes termos:

“Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipa-

mentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal”.

O decreto normativo tratou de coibir práticas irregulares na atividade estatal, como a pessoalidade da relação de trabalho e a subordinação direta dos empregados da entidade empresarial com a contratante, dispondo, em seu art. 3º, que as contratações no âmbito da Administração Pública federal serão compatibilizadas, exclusivamente, com a prestação de serviços, vedada, pelo art. 4º, inciso II, a caracterização do objeto como fornecimento de mão-de-obra.

6.2. Perfil jurídico das cooperativas

A Constituição da República quer claramente fomentar o desenvolvimento do modelo cooperativo, tanto que: o art. 5º, inciso XVIII, prevê a criação de cooperativas independentemente de autorização estatal, defesa a interferência desta em seu funcionamento; o art. 146, inciso III, alínea “c”, determina a competência da lei complementar para estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente a incidente sobre o ato cooperativo; os §§ 2º e 3º do art. 174 estabelecem que a lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo, devendo o Estado favorecer a organização da atividade garimpeira em cooperativas; o art. 187 determina que a política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente, o cooperativismo; e o art. 192, caput, com a redação da Emenda Constitucional nº 40/03, estipula que o sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, abrangerá as cooperativas de crédito.

Inequívoco, destarte, que as cooperativas constituem instrumento a que a Carta Fundamental dedica singular apreço para a consecução de políticas públicas em vários campos de atividades, gerais e específicos. Daí haver recepcionado a Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, que definiu a Política Nacional de Cooperativismo e instituiu o regime jurídico das sociedades cooperativas, de maneira a estruturá-las como sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídicas próprias, de caráter civil, constituídas para prestar serviços aos associados. Essência da qual decorre, por sinal, o fato de serem os próprios cooperados aqueles que devem executar a prestação dos serviços que a

⁴ LIMA. Terceirização na Administração Pública. As Cooperativas de Trabalho. Editora Fórum. p. 44.

cooperativa venha a contratar, inclusive com a Administração Pública.

O art. 1.093 do vigente Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) remete a disciplina das sociedades cooperativas às disposições de seu capítulo VII, ressalvada a legislação especial. Segue-se que o Código Civil assume o papel de lei geral, reservando à Lei nº 5.764/71 a função de lei especial. Com esse regime renovado pela lei civil não se harmoniza qualquer vedação à criação de cooperativas de trabalho, tendo por objeto qualquer gênero de serviço, operação ou atividade. E o art. 86 da Lei nº 5.764/71 não veda a possibilidade de prestação de serviços a terceiros, desde que pelos cooperados e de modo a atender aos objetivos sociais para os quais a cooperativa foi constituída.

Eis os balizamentos da nova lei civil para as cooperativas: a) variabilidade, ou dispensa, do capital social; b) concurso de sócios em número mínimo necessário a compor a administração da sociedade, sem limitação de número máximo; c) limitação do valor da soma de quotas do capital social que cada sócio poderá tomar; d) intransferibilidade das quotas do capital a terceiros estranhos à sociedade, ainda que por herança; e) quorum, para a assembléia geral funcionar e deliberar, fundado no número de sócios presentes à reunião, e não no capital social representado; f) direito de cada sócio a um só voto nas deliberações assembleares, tenha ou não capital a sociedade, e qualquer que seja o valor de sua participação; g) distribuição dos resultados, proporcionalmente ao valor das operações efetuadas pelo sócio com a sociedade, podendo ser atribuído juro fixo ao capital realizado; h) indivisibilidade do fundo de reserva entre os sócios, ainda que em caso de dissolução da sociedade; i) a responsabilidade ilimitada ou limitada dos sócios; j) aplicação subsidiária das disposições gerais a respeito das sociedades simples, contidas nos artigos 997 a 1.038 e respeitados os balizamentos do art. 1.094.

6.3. As cooperativas nas licitações para a contratação de serviços

Denise Hollanda Costa Lima⁵ informa que as cooperativas de trabalho tiveram um surpreendente crescimento quantitativo no País a partir da Lei nº 8.949, de 09 de dezembro de 1994, que introduziu parágrafo único no art. 442 da Consolidação das Leis Trabalhistas, sede de regra segundo a qual, 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.

Observa a autora que o conteúdo dessa norma não alterou substancialmente a ordem jurí-

dica vigente, em face do reconhecimento da relação de emprego quando presentes os pressupostos dos artigos 2º e 3º da Lei nº 5.452/43, todavia estimulou o desenvolvimento desse tipo de sociedade, sobretudo sob o impulso da promessa de redução de custos às empresas terceirizadoras, que passaram a ter, na contratação de cooperativas, alternativa viável para ganhar eficiência e competitividade. As cooperativas, a seu turno, passaram a ver nas licitações públicas, para a contratação de bens e serviços, importante fonte para a prática de atividade econômica em benefício de seus associados.

A par do crescimento dessas sociedades, inúmeras constituíram-se sob as normas vigentes, mas com características de verdadeiras entidades empresárias, perseguindo o lucro e executando atividades em estado de subordinação, tanto em relação ao tomador como em relação ao fornecedor de serviços.

A Administração Pública, ao mesmo tempo em que terceirizou a prestação de serviços considerados acessórios e complementares a suas atividades-fins, também por meio da contratação de cooperativas, deparou-se com a ilicitude de contratar possíveis “pseudocooperativas”, cujas atividades consistem na mera intermediação de trabalhadores, com características de pessoalidade e habitualidade na relação de trabalho, fraudando, assim, o ideário associativo de profissionais autônomos, que singulariza o modelo cooperativo.

Sobrevieram divergentes interpretações acerca da admissibilidade e das condições para a participação de cooperativas de prestação de serviços nas licitações.

Denise Hollanda⁶ compila os distintos posicionamentos sobre a matéria. De acordo com uma primeira corrente, uma vez preenchidos os requisitos usuais de habilitação, não há porque vedar a participação de cooperativas em licitações para a contratação de serviços. Ao se conferir tratamento restritivo a um tipo de instituição que foi incentivada pela própria Carta Magna, além de prejudicar potencialmente a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, objetivo primordial do procedimento licitatório, estar-se-á afrontando o princípio da isonomia e o caráter competitivo do certame.

Uma segunda corrente admite a participação de cooperativas nas licitações, mas entende que é necessário um procedimento especial em relação a elas, subdividindo-se, nesse ponto, os posicionamentos em três⁷ situações distintas:

⁶LIMA. Terceirização na Administração Pública. As Cooperativas de Trabalho. Editora Fórum. p. 81 a 87.

⁷ LIMA. Terceirização na Administração Pública. As Cooperativas de Trabalho. Editora Fórum. p. 84.

⁵ LIMA. Terceirização na Administração Pública. As Cooperativas de Trabalho. Editora Fórum. p. 53.

“a) deve-se exigir documentação especial referente à habilitação jurídica (art. 28 da Lei n.º 8.666/93), de modo que seja demonstrada, ao menos formalmente, a constituição regular da cooperativa em consonância com suas características básicas definidas na Lei n.º 5.764/71;

b) deve proceder-se à equalização das propostas, por analogia à situação prevista no art. 42, § 4º, da Lei n.º 8.666/93, tendo em vista respeitar a isonomia entre as licitantes;

c) a proposta de cooperativa deve ser acrescida, para efeito único de julgamento, de 15% em face da contribuição previdenciária diferenciada prevista na Lei n.º 8.212/91.”

6.4. Jurisprudência dominante

Remanescem divergências, na jurisprudência dos tribunais judiciais, acerca da admissão de cooperativas nas licitações para contratação de serviços. Tende a Administração Pública, nos editais de licitação, a não admitir a participação de cooperativas para a contratação de serviços, ao fundamento de que cabe prevenir a responsabilidade solidária de que cuida a Súmula nº 331-TST, item IV, nos casos em que a Justiça do Trabalho julgar fraudulenta a cooperativa de trabalho⁸, configurando-a como simples intermediadora de mão-de-obra, e quando a execução das atividades implicarem subordinação, habitualidade e pessoalidade.

Tais os argumentos expendidos pelo Ministério Público do Trabalho na Ação Civil Pública nº 01082-2002-020-10-00-0, 20ª Vara do Trabalho/DF, que resultou em termo de conciliação judicial firmado aos 05 de junho de 2003, entre este e a União, por intermédio da Advocacia-Geral, recebendo a cooperativa de mão-de-obra a seguinte definição: “(...) *aquela associação cuja atividade seja a mera intermediação individual de trabalhadores de uma ou várias profissões (inexistindo assim vínculo de solidariedade entre seus associados), que não detenham qualquer meio de produção e cujos serviços sejam prestados a terceiros, de forma individual (e não coletiva) pelos seus associados.*”

⁸ Sobre o assunto, prevalecem os ditames do Enunciado nº 331 do TST, específicos quanto à contratação de serviços terceirizados pela Administração Pública: “*a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional.*” Quanto aos direitos às verbas trabalhistas pelo empregado terceirizado, foi editado pelo TST o Enunciado n.º 363 (nova redação dada pela Resolução nº 121, de 21 de novembro de 2003), *verbis*: “*A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2.º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.*”

Dito termo apresenta um elenco de serviços cujas atividades representam subordinação dos agentes ao tomador ou à cooperativa, assim identificados:

“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.
- Parágrafo Primeiro – O disposto nesta Cláusula não autoriza outras formas de terceirização sem previsão legal.
- Parágrafo Segundo – As partes podem, a qualquer momento, mediante comunicação e acordos prévios, ampliar o rol de serviços elencados no *caput*.”

O Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão nº 1815/2003 - Plenário, pacificou o entendimento sobre o assunto, proferindo determinação nos seguintes termos:

“VISTOS, discutidos e relatados este autos de Representação, ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, com fulcro no § 1º do art. 113 da Lei nº 8.666/93, c/c inciso VII do art. 237 do Regimento Interno, em:

...

- 9.1. conhecer da presente Representação, por atender os requisitos do *caput* e do §1º do art. 113 da Lei nº 8.666/93, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;
- 9.2. acolher as razões de justificativa dos responsáveis;
- 9.3. determinar à Caixa Econômica Federal que:

9.3.1. nos futuros editais de licitação, defina a forma como os serviços serão prestados, nos seguintes moldes:

9.3.1.1. se, pela natureza da atividade ou pelo modo como é usualmente executada no mercado em geral, houver necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o contratado, bem assim de pessoalidade e habitualidade, deve ser vedada a participação de sociedades cooperativas, pois, por definição, não existe vínculo de emprego entre essas entidades e seus associados;

9.3.1.2. se houver necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o tomador de serviços, bem assim de pessoalidade e habitualidade, a terceirização será ilícita, tornando-se imperativa a realização de concurso público, ainda que não se trate de atividade-fim da contratante;

9.3.2. proceda a correção dos editais de concorrência nºs 019/2002, 021/2002, 027/2002 e 041/2002, de forma a definir o modo como os serviços devem ser executados pela contratada, tendo em vista o subitem 9.3.1. retro;”.

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão em sede de Agravo Regimental em Suspensão de Segurança, confirmando os termos do acordo firmado entre a União e o Ministério Público do Trabalho, nos termos do AgRg na SS 1352/RS – Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 2004/0063555-1, Corte Especial, Rel. Ministro Edson Vidigal (DJU de 09.02. 2005).

7. Conclusão

A Lei nº 8.949/94 deflagrou aumento significativo do número de sociedades cooperativas no País, ao acrescentar parágrafo único ao art. 442 da CLT, dispondo 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. As empresas terceirizadoras passaram a ter, na contratação dessa espécie de sociedade, alternativa para aumentar sua eficiência e competitividade.

O crescimento do número de cooperativas veio acompanhado do surgimento de “pseudo-cooperativas”, constituídas segundo a legislação vigente, mas com características de entidades empresárias, perseguindo o lucro e executando atividades correspondentes a intermediação de mão-de-obra, tida como ilegal e ilegítima.

Tal situação produziu reflexos no âmbito da Administração Pública, que, objetivando terceirizar suas atividades acessórias e complementares, deparou-se com a participação de sociedades cooperativas nos certames licitatórios e na execução de serviços, quando vencedoras dos certames, por meio de pessoal diverso dos cooperados, sem preservação do caráter de autonomia previsto na Lei nº 5.764/71, mas em estado de subordinação, tanto

em relação ao tomador como em relação ao fornecedor de serviços.

Formaram-se, na doutrina e no decisório dos tribunais, entendimentos divergentes acerca da admissão ou não de sociedades cooperativas nas licitações realizadas pelo poder público visando à contratação de serviços, predominando, na jurisprudência atual, inclusive da Corte de Contas da União, os fundamentos que presidiram acordo firmado entre a União, por intermédio da Advocacia-Geral, e o Ministério Público do Trabalho.

Em síntese, as sociedades cooperativas podem constituir-se segundo as normas previstas no vigente Código Civil e na Lei nº 5.764/71, ou seja, com configuração própria, tendo por objeto social a prestação de serviços ou a produção e comercialização de bens, desde que os executores das obrigações inseridas nos contratos que venham a celebrar sejam os próprios cooperados, sem a subordinação típica da relação patrão-empregado.

Às cooperativas que auferem receita bruta anual de até R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais) foram estendidos os benefícios deferidos às empresas de pequeno porte e microempresas pela LC nº 123/06, dentre os quais tratamento diferenciado quando participarem de licitações (notadamente, prazo para a emenda de irregularidades fiscais e empate ficto), regime a que fazem jus por direito próprio e independentemente da participação, no certame, de microempresas e empresas de pequeno porte.

Da mesma forma como o regime privilegiado não se poderá aplicar às microempresas e empresas de pequeno porte que incidam nas vedações do art. 3º, § 4º, da LC nº 123/06, também as pseudo cooperativas estarão dele excluídas.

Jessé Torres Pereira Junior faz ver que “Tratando-se de cooperativas, as possibilidades de desvios e mal entendidos aumentam geometricamente porque há uma antítese natural entre a estratégia da terceirização e o cooperativismo, que impende superar com engenho e técnica. A terceirização tem compromisso com resultados que enfrentem e suplantem a concorrência. O cooperativismo não pretende concorrer, mas servir-se da cooperação como mola propulsora de atividade econômica, irmanando em um propósito comum, sem deixarem de ser profissionais autônomos, aqueles que não conseguiram lugar nos processos econômicos empresariais, estruturalmente movidos pela concorrência...”

“Escolher o caminho da terceirização, e percorrê-lo tendo cooperativas como parceiras, deve enquadrar-se na moldura da eficiência e da eficácia. Não se trata de optar segundo convicções ou predileções pessoais. É imprescindível conhecer-se o perfil jurídico, econômico e administrativo

da solução (terceirizar) e de uma de suas ferramentas (cooperativa); contrastá-lo com as circunstâncias do caso concreto por meio de estudos e levantamentos pertinentes; elaborar-se o projeto básico por lei exigido e sujeitá-lo às análises críticas de ordem técnica e jurídica; afinal, verificar se, em determinado caso e suas circunstâncias, terceirizar é a solução que superiormente atende ao interesse público e, sendo, se será de melhor proveito entregar-lhe a respectiva execução a cooperativa fiel aos princípios que lhe conformam a gênese e o funcionamento, tal como os arrola Denise, extraindo-os da evolução histórica do cooperativismo – adesão livre, gestão democrática, cooperação, preço justo sem intermediação, neutralidade político-religiosa, desenvolvimento da educação, formação de reservas para o auto desenvolvimento, autonomia e independência frente às demais instituições de direito privado e entidades governamentais” (prefácio a *Terceirização na Administração Pública. As Cooperativas de Trabalho*, p. 13-14).

Sem tais cuidados, a extensão às cooperativas dos benefícios concedidos às microempresas e empresas de pequeno porte apenas multiplicará os desvios que os tribunais, judiciais e de contas, têm encontrado nos contratos com “pseudo cooperativas”.