

PARECER Nº 1951/2011 DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA SOBRE O PROJETO DE LEI Nº 0467/11

Trata-se de projeto de lei, de autoria do nobre Vereador Aurélio Nomura, que visa permitir a participação de cooperativas de mão de obra em licitações e contratações promovidas pela Administração Direta e Indireta do Município de São Paulo.

De acordo com o projeto, somente estaria vedada a participação de cooperativas nas contratações pelo Poder Público na hipótese da execução do contrato envolver prestação de trabalho não eventual por pessoas físicas, com relação de subordinação ou dependência.

O projeto merece prosperar, na forma do substitutivo ao final sugerido.

O debate em torno da participação de cooperativas em licitações tem origem no possível desvirtuamento da cooperativa, isso é, na utilização da roupagem jurídica de cooperativa com o intuito de burlar normas trabalhistas. A discussão é embasada em decisões recentes dos Tribunais pátrios, bem como na interpretação do ordenamento jurídico vigente.

Em princípio, a Lei Federal nº 8.666/93, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, não proíbe a participação de cooperativas em licitações. Ao contrário, a participação das cooperativas é, inclusive, incentivada. Confira-se:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010).

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)". (destaques nossos).

Não bastasse, reza a Carta Magna Brasileira, em seu art. 174, § 2º: "A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo".

O problema é que, algumas vezes, há atuação irregular de cooperativa, caracterizando verdadeira relação de trabalho com os cooperados, porém sem o devido pagamento dos encargos trabalhistas incidentes.

Nessa hipótese, a fim de evitar prejuízo aos cofres públicos, melhor seria afastar da participação nos certames as cooperativas que se encontrassem nessa situação.

Com efeito, a fim de evitar que a Administração Pública tenha que arcar com encargos trabalhistas, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 1.141.763-RS, entendeu ser lícita a vedação à participação de cooperativas de trabalho em licitações para a contratação de serviços que exijam, por sua natureza, relação de subordinação ou dependência, haja vista a ausência de vínculo empregatício entre cooperativas e seus cooperados.

Também o Tribunal de Contas da União, no acórdão 724/2006, decidiu que a Administração Pública Federal deveria se abster de contratar sociedades cooperativas quando houver necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o contratado, bem como pessoalidade e habitualidade, em decorrência do

reconhecimento, pela Justiça do Trabalho, de vínculo empregatício diretamente com a Administração Pública Federal.

A doutrina corrobora o supraexposto. Observe-se:

Ensina Marçal Justen Filho (in "Comentários à lei de licitações e contratos administrativos", 8ª edição, Dialética, São Paulo, 2001, p. 316):

"Essas considerações permitem afirmar que é possível e viável a participação de cooperativa em licitação quando o objeto licitado se enquadra na atividade direta e específica para a qual a cooperativa foi constituída. Se, porém, a execução do objeto contratual escapar à dimensão do 'objeto social' da cooperativa ou caracterizar atividade especulativa, haverá atuação irregular da cooperativa. Será hipótese de sua inabilitação."

No mesmo sentido, confira-se os dizerem de José dos Santos Carvalho Filho (in "Manual de Direito Administrativo", 23ª edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, p. 307):

"Habilitação

...

O primeiro aspecto diz respeito à regularidade formal do candidato, sobretudo no que diz respeito à sua personalidade jurídica. Então, urge exibir, conforme o caso, a carteira de identidade, o contrato social, sua inscrição no registro próprio etc. Na habilitação jurídica se discute também a questão da possibilidade jurídica de participar do certame; sob esse aspecto foi vedada a participação de cooperativas de mão de obra por caracterizar-se a hipótese como recrutamento de pessoal dissimulado e ilegal." (grifamos)

Com vistas à proteção da Administração Pública, foram editados Decretos Municipal e Estadual afastando as cooperativas dos certames, com o objetivo de evitar possível prejuízo ao erário decorrente do pagamento de encargos trabalhistas aos cooperados.

De fato, encontra-se em vigor o Decreto Municipal nº 52.091, de 19 de janeiro de 2011, que veda a participação de cooperativas em licitações e contratações nos casos que especifica.

O referido Decreto é semelhante ao Decreto Estadual nº 55.938, de 21 de junho de 2010, editado no Estado de São Paulo.

Entretanto, ditos Decretos são deveras restritivos e acabam por afastar cooperativas que atuam de acordo com a lei e cuja participação nas licitações e contratações com o Poder Público há de ser incentivada, nos termos da Lei Federal aplicável e, bem assim, da Constituição Federal.

Em razão disso, um ano após a edição do mencionado Decreto Estadual, o Governador do Estado de São Paulo houve por bem dar nova redação ao artigo 1º do Decreto Estadual nº 55.938, de 21 de junho de 2010, permitindo a participação de cooperativas nas licitações, desde que a execução dos serviços não envolva a prestação de trabalho não eventual por pessoas físicas, com relação de subordinação ou dependência, e também exigindo o registro das cooperativas nos seus órgãos competentes.

Destarte, o artigo 1º do Decreto Estadual nº 55.938, de 21 de junho de 2010, passou a ter a seguinte redação:

"Artigo 1º - Admitir-se-á a participação de sociedades cooperativas nas licitações promovidas pela Administração Direta e Indireta do Estado de São Paulo, observadas as disposições deste decreto.

§ 1º - O disposto no "caput" não se aplica aos casos em que a execução do objeto envolva a prestação de trabalho não eventual por pessoas físicas, com relação de subordinação ou dependência, em face da contratante.

§ 2º - Caberá ao órgão jurídico das Secretarias de Estado e Autarquias fazer observar, por ocasião do exame de editais de licitação, o disposto neste decreto, cumprindo-lhe ainda determinar a inclusão das seguintes exigências:

1. registro da sociedade cooperativa perante a entidade estadual da Organização das Cooperativas Brasileiras, nos termos do artigo 107 da Lei federal nº 5.764, de 14 de julho de 1971;

2. indicação, pela sociedade cooperativa, de gestor encarregado de representá-la com exclusividade perante o contratante;

3. rescisão imediata do contrato administrativo na hipótese de caracterização superveniente da prestação de trabalho nas condições a que alude o § 1º deste artigo”.

O projeto ora em análise pretende exatamente alterar o teor do Decreto Municipal nº 52.091, de 19 de janeiro de 2011, conferindo-lhe redação idêntica à do Decreto Estadual nº 55.938, de 21 de junho de 2010, com a nova redação dada pelo Decreto Estadual nº 55.938, de 21 de junho de 2010.

A intenção é regulamentar a participação das cooperativas nas licitações, estabelecendo requisitos que devem ser observados com vistas à maior proteção da Administração Pública, sem, contudo, impedir que participem dos certames.

O projeto é amparado pela Constituição Federal, art. 30, I, e 174, § 2º, pela Lei Federal nº 8.666/93, pela Lei Orgânica Municipal, art. 13, I, e art. 129.

Por se tratar de matéria sujeita ao quórum de maioria simples para deliberação, é dispensada a votação em Plenário, cabendo tal prerrogativa às Comissões Permanentes, na forma do art. 46, inciso X, do Regimento Interno desta Casa.

Pelo exposto, somos PELA LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE, na forma do substitutivo ao final sugerido, para adequá-lo à melhor técnica de elaboração legislativa.

SUBSTITUTIVO Nº DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA AO PROJETO DE LEI Nº 0467/11.

Permite a participação das cooperativas de mão de obra em licitações e contratações promovidas pela Administração Direta e Indireta do Município de São Paulo, e dá outras providências.

A Câmara Municipal de São Paulo DECRETA:

Art. 1º Admitir-se-á participação de sociedades cooperativas nas licitações promovidas pela Administração Direta e Indireta do Município de São Paulo, observadas as disposições desta Lei.

§ 1º O disposto no “caput” deste artigo não se aplica aos casos em que a execução do objeto envolva a prestação de trabalho não eventual por pessoas físicas, com relação de subordinação ou dependência, em face de contratante.

§ 2º Deverão ser incluídas nos editais de licitação as seguintes exigências:

I - registro da sociedade cooperativa perante a entidade estadual da Organização das Cooperativas Brasileiras, nos termos do artigo 107 da Lei federal nº 5.764, de 14 de julho de 1971;

II - indicação, pela sociedade cooperativa, de gestor encarregado de representá-la com exclusividade perante o contratante;

III - rescisão imediata do contrato administrativo na hipótese de caracterização superveniente da prestação de trabalho nas condições a que alude o § 1º deste artigo.

Art. 2º As despesas com a execução desta Lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Sala da Comissão de Constituição, Justiça e Legislação Participativa, 14/12/2011.

Arselino Tatto – PT – Presidente

Abou Anni – PV – Abstenção

Adilson Amadeu – PTB – Relator

Adolfo Quintas - PSDB

Aurélio Miguel – PR

Dalton Silvano - PV

Florianio Pesaro – PSDB

José Américo - PT