



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS
GABINETE DA 5ª RELATORIA
Conselheira DORIS DE MIRANDA COUTINHO

- 1. Processo nº:** 1209/2020
- 2.** 7.DENUNCIA E REPRESENTAÇÃO
- Classe/Assunto:** 2.REPRESENTAÇÃO - CONTROLE CONCOMITANTE LICITAÇÕES/CONTRATOS ACERCA DO PROCESSO DO SICAP-LCO Nº: 498700 OBJETIVANDO CONTRATAÇÃO DE EMPRESA OU AUTARQUIA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTÍNUOS, COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA. CHARLES DIAS DA SILVA - CPF: 61781568120
- 3.**
- Responsável(eis):** PHELLIPE ESPIRITO SANTO - CPF: 03859544179
- 4. Origem:** TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS
- 5. Órgão vinculante:** PREFEITURA MUNICIPAL DE PALMEIRANTE
- 6. Distribuição:** 5ª RELATORIA

7. DESPACHO Nº 562/2020-RELT5

7.1. Cuida-se de representação formulada pela CAENG (Coordenadoria de Análise de Atos, Contratos e Fiscalização de Obras e Serviços de Engenharia), apontando a ocorrência de possíveis irregularidades consubstanciadas no Pregão Presencial nº 01/2020, tipo menor preço global ou taxa administrativa, promovida pelo Municipal de Palmeirante - TO, cujo objeto compreende a contratação de prestadora de serviços contínuos, com dedicação exclusiva de mão de obra, em atendimento às necessidades das Secretarias Municipais e dos Fundos Municipais de Palmeirante -TO, com valor total estimado de R\$ 5.023.207,92 (cinco milhões, vinte e três mil, duzentos e sete reais e noventa e dois centavos).

7.2. Realizado juízo positivo quanto à admissibilidade da Representação, através do Despacho nº 105/2020 (evento 3), determinou-se o diligenciamento das eventuais irregularidades identificadas pela unidade técnica (indicadas na Informação nº 21/2020, constante do evento 2), conforme transcrição contida no Despacho nº 233/2020-RELT5.

7.3. Procedida a citação e opostas as razões de defesa (evento 18), a Coordenadoria de Análise de Atos, Contratos e Fiscalização de Obras e Serviços de Engenharia, ao apreciar as alegações declinadas, por intermédio do Parecer Técnico nº 063/2020 (evento 20), considerou atendidos os apontamentos que motivaram o diligenciamento inicial, reiterando, contudo, a necessidade de realização de concurso público para o preenchimento das vagas que constituam demanda permanente do Município, a fim de se evitar a terceirização de mão-de-obra contínua de prestação de serviços públicos.

7.4. Em novo exame da matéria, empreendido mediante o Despacho nº 233/2020-RELT5, identifiquei posicionamento jurisprudencial do TCU no sentido de se vedar a participação de cooperativas em licitação quando observada a existência de subordinação entre os profissionais alocados para a execução dos serviços e a cooperativa (v. Acórdãos nº 975/2005 – Segunda Câmara e nºs 724/2006 e 2172/2005, ambos do Plenário), refletido no teor do enunciado da Súmula nº 281/TCU.

7.5. Nada obstante, à luz dos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 7º, in fine, 9º e 10 do CPC/2015) bem assim o princípio da não-surpresa, posterguei o exame da medida cautelar originalmente pleiteada, com vistas a oportunizar a manifestação antecedente dos responsáveis acerca deste apontamento. Contudo, devidamente intimados (eventos 22 e 23), não compareceram os responsáveis, conforme se extrai do Certificado de Revelia nº 255/2020 (evento 27).

7.6. Ainda, por intermédio do Expediente nº 7.158/2020, o Presidente da Câmara Municipal de Palmeirante – TO veiculou sugestão a esta Corte para que seja proferida tutela cautelar suspensiva do procedimento

licitatório, além de relatar o recebimento de denúncias acerca da atuação da cooperativa contratada relativamente ao descumprimento de dispositivos trabalhistas.

7.7. Com efeito, conforme se afere da Informação nº 21/2020-CAENG, corroborada pelos documentos acostados ao SICAP-LCO, o objeto da licitação foi adjudicado à sociedade CONTRATE – COOPERATIVA DE TRABALHO EM SERVIÇOS GERAIS (CNPJ nº 11.368.006/0002-13), única participante do certame, conforme extraído da ata de abertura e julgamento do Pregão Presencial nº 01/2020.

7.8. A jurisprudência firmada no âmbito do Tribunal de Contas da União e Superior Tribunal de Justiça, consoante outrora exposto, não admite a contratação de trabalhadores por meio de cooperativas de trabalho quando, pela natureza da atividade, houver subordinação, seja em relação ao tomador ou ao fornecedor dos serviços, tendo em vista que tais elementos destoam das finalidades e forma de constituição dessas pessoas jurídicas, entendimento que restou consolidado no enunciado da Súmula nº 281 da Corte de Contas Federal, bem como encontra supedâneo nos arts. 4º, inciso II e 5º, da Lei nº 12.690/2012. ^[1]

7.9. Conforme se observa nos autos, o instrumento convocatório tem por objeto a prestação do serviço, com dedicação exclusiva de mão de obra, em atendimento às necessidades das Secretarias Municipais e dos Fundos Municipais de Palmeirante – TO. Trata-se, desta feita, de serviço contínuo, destinado a atender 255 postos de trabalho nas Secretarias de Administração, Agricultura, Transporte, Meio Ambiente e Transporte, de Saúde, de Educação e de Assistência Social, pelo período de 12 (doze) meses (item 6.1 do termo de referência).

7.10. Colhe-se das cláusulas contratuais e do respectivo termo de referência, que os serviços a serem prestados são incompatíveis com a finalidade associativa das Cooperativas de Trabalho, porquanto pressupõe trabalho subordinado, pessoal e habitual. Nesse sentido, o edital lançado é claro ao dispor a necessidade de controle de jornada (item 12.3 do termo de referência); controle das funções e atividades desempenhadas (item 12.16 do termo de referência); de supervisão do serviço prestado.

7.11. Vale notar, ainda, que o serviço será prestado por, ao menos, 12 (doze) meses, abrangendo diversos trabalhadores, que, ao fim e ao cabo, trabalharão de modo ininterrupto para a Cooperativa e a Administração, denotando, para além da subordinação, a habitualidade e a impessoalidade.

7.12. Nesse diapasão, conquanto o art. 10, §2º, da Lei nº 10.690/2012, que dispõe sobre a organização e o funcionamento das Cooperativas de Trabalho, estabeleça que estas não podem ser impedidas de participar de procedimentos licitatórios que tenham por escopo os mesmos serviços, operações e atividades previstas em seu objeto social, o fato é que o art. 4º, II, e o art. 5º do mesmo diploma, veda a utilização de cooperativas de trabalho para intermediação de mão de obra subordinada, serviços que têm como pressuposto a relação de emprego. Veja-se:

Art. 4º A Cooperativa de Trabalho pode ser:

II – de serviço, quando constituída por sócios para a prestação de serviços especializados a terceiros, sem a presença dos pressupostos da relação de emprego.

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

7.13. É que tendo o cooperativismo como propósito a união de trabalhadores, pequenos empreendedores ou produtores, de forma voluntária e livre para, conjuntamente, com a formação da cooperativa, extraírem desta a agregação de valor à sua atividade, é certo que a prestação de serviços que, normalmente, exigem subordinação, pessoalidade e habitualidade, não se enquadram no âmbito do cooperativismo. Disso decorre a possibilidade de que a Administração-contratante, mesmo adimplente com as obrigações contratuais, venha a arcar com condenações trabalhistas, caso venha a ser reconhecida uma relação empregatícia entre os associados e a cooperativa e esta não consiga honrar com as verbas rescisórias, mormente diante do recebimento de denúncias a respeito do descumprimento de obrigações trabalhistas pela cooperativa contratada, reportado pelo Presidente da Câmara de Vereadores no Expediente nº 7158/2020. A emissão da tutela inibitória cautelar, desta feita, constitui cautela necessária a proteger a administração.

7.14. Evita-se, ademais, que as cooperativas sejam utilizadas de forma fraudulenta, valendo-se apenas de intermediação de mão de obra, a fim de sonegar o pagamento das obrigações trabalhistas, tributárias e previdenciárias (13º salário, férias, aviso prévio, Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, adicional de horas extraordinárias, salário maternidade, entre outros).

7.15. A este propósito, cumpre registrar orientação do Ministro Walton Alencar Rodrigues, por ocasião da prolação do Voto condutor do Acórdão nº 2260/2017-TCU-Primeira Câmara, ao ponderar que *“ainda que, em um primeiro momento, os valores ofertados pelas cooperativas pareçam economicamente vantajosos, não há que se falar em economicidade, mas, sim, em risco de relevante prejuízo financeiro para a administração pública advindo de eventuais ações trabalhistas”*. Assentou, ainda, que a *“administração pública não pode se valer da contratação de cooperativas de trabalho nos casos em que há risco de lesão a direitos trabalhistas, tendo em vista os princípios da moralidade, da legalidade e da economicidade, bem como a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, insculpidos nos arts. 1º, incisos III e IV, e 5º, caput, da Constituição Federal”*. O aresto proferido pela corte encerrou o seguinte entendimento:

A permissão à participação de cooperativas em licitação que envolvam terceirização de serviços com subordinação, pessoalidade e habitualidade afronta os arts. 4º, inciso II e 5º, da Lei nº 12.690/2012, a súmula TCU 281, o Termo de Conciliação Judicial entre a União e o Ministério Público do Trabalho, de 05/06/2003, e o art. 4º, da IN-SLTI/MPOG 02/2008. A aparente economicidade dos valores ofertados pelo licitante nesses casos não compensa o risco de relevante prejuízo financeiro para a Administração Pública advindo de eventuais ações trabalhistas. (Acórdão 2260/2017 – Primeira Câmara, Informativo de Licitações e Contratos nº 321, de 16/05/2017).

7.16. Outro não é o posicionamento desta Corte de Contas estadual, que, por ocasião do julgamento de Consulta formulada pelo prefeito de Porto Alegre do Tocantins, exarou a seguinte resposta, consubstanciada na Resolução nº 326/2019-TCE/TO-Pleno:

8.2.1. É possível efetuar a contratação de cooperativa para gerenciar a prestação de serviços de mão de obra nas áreas de saúde e serviços gerais no município?

A contratação de sociedades cooperativas somente poderá ocorrer quando, pela sua natureza, o serviço a ser contratado evidenciar 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, ou seja, o serviço contratado deverá ser executado obrigatoriamente pelos cooperados, vedada qualquer intermediação ou subcontratação. Ademais, não é possível a contratação de serviços que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do município (área fim), sob pena de violação ao disposto no art. 37, inciso II, da Constituição Federal. No entanto, os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios poderão ser executados de forma indireta (área meio).

(...)

9.13. Destaca-se que o objeto a ser contratado é a prestação de serviços, e não a contratação de mão de obra, para a qual a Administração Pública deverá realizar concurso público, conforme o inciso II, do art. 37, da Constituição Federal de 1988, sendo vedada a caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão de obra, conforme dispõe expressamente o art. 3º da Instrução Normativa nº 05/2017 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, que trata das regras e diretrizes do processo de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública Federal.

7.17. Revela-se prudente, desta feita, diante dos fatos ora analisados e das orientações coligidas, a expedição de medida cautelar a fim de suspender o andamento da contratação e, por conseguinte, dos pagamentos porventura devidos, até que se ultime o exame meritório, cabendo ao município, enquanto durar a suspensão, adotar medidas excepcionais visando à continuidade dos serviços de apoio operacional que viabilizam a regular prestação dos serviços nas Secretarias contempladas com o objeto licitado.

7.18. Nesta oportunidade, ante as razões ora expostas, impera determinar cautelarmente a retenção dos pagamentos remanescentes oriundos dos contratos administrativos provenientes do Pregão Presencial nº 01/2020, presentes os pressupostos ensejadores da tutela cautelar inibitória, na forma dos arts. 162, inciso II, do Regimento Interno desta Corte c/c art. 300, caput, do CPC/15, quais sejam, a probabilidade do direito (*fomus boni iuris*), manifestado na contratação irregular de sociedade cooperativa para prestação de serviços que demandam relação de subordinação entre a administração e os cooperados, e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*), decorrente da premência de se evitar prejuízos decorrentes do pagamento por serviços cujo fundamento mostra-se em desacordo com disposições legais e com a jurisprudência dos Tribunais Superiores e do TCU, mormente quanto à possibilidade de oneração dos cofres públicos decorrente de possível responsabilização subsidiária da Administração municipal por encargos trabalhistas inadimplidos pela cooperativa contratada.

7.19. A este propósito, não se questiona acerca da competência desta Corte de Contas para expedir medida cautelar de suspensão dos efeitos do contrato administrativo questionado, ante a recente manifestação da Corte Suprema em precedente firmado no âmbito do MS 35038 AgR/DF, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 12.11.2019, no qual reconhece o poder geral de cautela do Tribunal de Contas de impor suspensão dos repasses mensais decorrentes de contrato, como forma de assegurar o próprio resultado útil da futura manifestação da Corte. Confira-se, neste sentido, trecho da *ratio* exposta no voto condutor:

“Embora não possa, diretamente, sem prévia submissão da questão ao Congresso Nacional, determinar a sustação ou a anulação de contrato, o Tribunal de Contas da União, com respaldo no art. 71, IX, da Constituição da República, pode determinar às unidades fiscalizadas que adotem medidas voltadas à anulação de ajustes contratuais (...).

As atribuições constitucionais conferidas ao Tribunal de Contas da União pressupõem, volto a registrar, a outorga de poder geral de cautela àquele órgão. (...)

A articulação dessas duas compreensões, a saber, de que o TCU tem poder geral de cautela e de que pode determinar a ente fiscalizado a adoção de medidas para anular contrato, conduz, reitero, ao reconhecimento da legitimidade do ato impugnado [suspensão de pagamentos vinculados a contrato] e afasta, na espécie, configuração de ilegalidade ou de abuso de poder.

7.20. À luz dessas considerações, DECIDO:

7.21. Determinar, cautelarmente, nos termos do art. 19, da Lei nº 1.284/2001 c/c art. 162, caput e inciso II, do Regimento Interno deste TCE/TO, à Prefeitura de Palmeirante – TO, que **SUSPENDA OS PAGAMENTOS REMANESCENTES RELACIONADOS À EXECUÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Nº 08, 09, 10 e 11/2020**, oriundos do Pregão Presencial nº 01/2020, retendo os créditos porventura devidos à sociedade cooperativa CONTRATE – COOPERATIVA DE TRABALHO EM SERVIÇOS GERAIS (CNPJ nº 11.368.006/0002-13), pelo município de Palmeirante - TO, até o pronunciamento de mérito deste Tribunal de Contas, sob pena de aplicação de multa pelo descumprimento.

7.22. RECOMENDAR à Prefeitura Municipal de Palmeirante - TO, representada por seu gestor, Charles Dias da Silva, que adote as providências administrativas que entender cabíveis em relação as supostas irregularidades evidenciadas, acautelando-se na emissão de ordens de serviços a fim de evitar a caracterização de dano ao erário, de cujos atos posteriores praticados para afastar as irregularidades destacadas na instrução preliminar, se adotados, devem ser carreados a estes autos, até que este Tribunal delibere sobre a matéria;

7.23. Determinar à Secretaria do Plenário, para que:

a. Proceda, COM URGÊNCIA, considerando a possibilidade iminente de realização de novos pagamentos relacionados à execução dos contratos impugnados, a intimação senhores Charles Dias da Silva (CPF nº 617.815.681-20), gestor, e Phellipe Espírito Santos (CPF nº 038.595.441-79), pregoeiro, ambos de Palmeirante – TO, por e-mail, com confirmação de recebimento, encaminhando-lhes cópia digital desta decisão, com vistas a dar cumprimento à medida cautelar determinada, devendo-se comprovar, no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas a esta Corte;

b. publique a decisão no Boletim Oficial deste TCE, nos termos do art. 27 da Lei Estadual nº 1.284/2001 c/c art. 341, §3º, do R.I/TCE-TO, e art. 11, § 1º, da Instrução Normativa TCE nº

09/2003, para que surta os efeitos legais necessários, advertindo-se os responsáveis de que o prazo recursal inicia-se a contar da publicação;

- c. inclua na pauta da primeira sessão a ser realizada para o respectivo referendo pelo Plenário desta Casa;

7.24. Determinar ao Setor de Diligências que promova a CITAÇÃO dos senhores Charles Dias da Silva (CPF nº 617.815.681-20), gestor, e Phellipe Espírito Santos (CPF nº 038.595.441-79), pregoeiro, ambos de Palmeirante - TO para que, no prazo de 15 (quinze) dias, manifeste-se no mérito a respeito dos fatos articulados nessa representação, concernentes aos contratos decorrentes do Pregão Presencial nº 01/2020, em especial quanto aos pontos adiante alinhavados:

- a. Contratação irregular de sociedade cooperativa para prestação de serviço (mão-de-obra terceirizada) que demanda relação de subordinação (hierarquia) entre os cooperados e a respectiva cooperativa, bem como de pessoalidade e habitualidade, configuração mera intermediação de mão-de-obra subordinada, incompatível com o cooperativismo e em contrariedade ao que dispõe o art. 4º, inciso II e 5º, da Lei nº 12.690/2012, bem como ao teor da Súmula TCU nº 281 e a Resolução nº 326/2019-TCE/TO-Pleno, esta última com caráter normativo, por se tratar de resposta à Consulta formulada a esta Corte de Contas.
- b. Risco de prejuízo financeiro para a Administração Pública advindo de eventuais condenações trabalhistas, cuja responsabilidade possa recair sobre o ente político municipal, caso venha a ser reconhecida a relação empregatícia entre os cooperados e a cooperativa, e esta não conseguir honrar com as verbas rescisórias.

7.25. Advirta-se à responsável que o acatamento da suspensão cautelar tem caráter compulsório e sua inobservância os sujeitará a multa pelo não atendimento desta determinação, sem causa justificada, conforme preconizado no artigo 39, inciso IV, da Lei nº 1.284/2001 c/c artigo 159, inciso IV, do Regimento Interno deste Tribunal.

7.26. Esclareça-se à responsável que o processo tramita eletronicamente neste TCE/TO e que cópia da presente decisão estará integralmente disponível para acesso visando subsidiar as manifestações e elaboração da defesa.

7.27. Após o prazo de defesa, à CAENG para adotar as providências de instrução que entender necessárias a fim de melhor atingir o objetivo do presente processo.

[1] SÚMULA TCU 281: É vedada a participação de cooperativas em licitação quando, pela natureza do serviço ou pelo modo como é usualmente executado no mercado em geral, houver necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o contratado, bem como de possibilidade e habitualidade.

AGRAVO REGIMENTAL – SUSPENSÃO LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA – DEFERIMENTO – COOPERATIVA DE MÃO-DE-OBRA – LICITAÇÃO – TERMO DE ACORDO FIRMADO ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO E A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO – GRAVE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS CONFIGURADAS.

1. Na contratação de empresa comercial fornecedora de mão-de-obra pode a administração precaver-se do risco de pagar duas vezes por um mesmo serviço, exigindo, a cada liberação do pagamento pelos serviços contratados, a apresentação do comprovante de quitação da empresa para com as obrigações trabalhistas e previdenciárias de seus empregados, precaução impossível de ser tomada em se tratando de cooperativa, pois, nesse caso, não há reconhecimento prévio de vínculo empregatício entre o cooperado e a cooperativa que a obrigue ao pagamento de tais verbas. Ameaça de lesão à economia pública decorrente da possibilidade de, em contratando mão-de-obra cooperativada, vir a administração a ser condenada, em ação trabalhista, a pagar duas vezes por um mesmo serviço prestado, por não haver meios de acautelá-lo preventivamente.

(...)

3. Permanecendo válido termo de acordo firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a Advocacia Geral da União, pelo qual a União se obrigou a não contratar trabalhadores por meio de cooperativas de mão-de-obra para prestação de serviços ligados às suas atividades fim ou meio, quando o labor, por sua natureza, demandar execução em estado de subordinação, quer em relação ao tomador, quer em relação ao fornecedor de serviços, a inobservância dessa diretriz por quaisquer dos órgãos da administração pública federal, configura ameaça de lesão à ordem pública, aqui compreendida a ordem administrativa; 4. Agravo Regimental não provido. (AgRg na SS 1.352/RS, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/11/2004, DJ 09/02/2005, p. 165)

Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, GABINETE DA 5ª RELATORIA em Palmas, Capital do Estado, aos dias 19 do mês de junho de 2020.



Documento assinado eletronicamente por:

DORIS DE MIRANDA COUTINHO, CONSELHEIRO (A), em 22/06/2020 às 13:05:33, conforme art. 18, da Instrução Normativa TCE/TO N° 01/2012.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <https://www.tce.to.gov.br/valida/econtas> informando o código verificador **72788** e o código CRC 53E9DFB

Av. Joaquim Teotônio Segurado, 102 Norte, Cj. 01, Lts 01 e 02 - Caixa postal 06 - Plano Diretor Norte - Cep: 77.006-002. Palmas-TO.
Fone:(63) 3232-5800 - e-mail tce@tce.to.gov.br