A LEGALIDADE DA PARTICIPAÇÃO DAS COOPERATIVAS NO PROCESSO LICITATÓRIO

MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS

I — Da consulta;— II — Considerações iniciais;— III — Da contratação de serviços pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional – Decreto nº 2.271/97; IV — Do ministério público e o termo de acordo firmado na 10ª região e a união federal; V — Da natureza jurídica das cooperativas de trabalho; VI — A licitação e a cooperativa; VII — Da Súmula 331 do TST e as outras cortes; VIII — Conclusão

I — Da consulta

Consulta-nos a COOPERATIVA ..... sobre a possibilidade jurídica das Cooperativas participarem de Licitações Públicas, e se o acordo firmado entre o Ministério Público da 10ª Região e a UNIÃO FEDERAL nos autos da Ação Civil Pública nº 01082-2002-10-000-0, em trâmite perante a 20ª Vara do Trabalho — Brasília — DF, proposta pelo Ministério Público do Trabalho em face da UNIWAY COOPERATIVA DE PROFISSIONAIS LIBERAIS LTDA,. UNIWORK COOPERATIVA DE TRABALHO LTDA. e a UNIÃO FEDERAL, possui o condão de impossibilitar a participação das Cooperativas, em todo o território nacional, em certames licitatórios promovido por entes de direito público em geral.

II — Considerações iniciais

O presente tema não é novo e desperta fortes considerações doutrinárias e jurisprudenciais de duas correntes apaixonadas, que utilizando-se de seus conheci-

mentos técnico-jurídicos defendem pontos de vista diversos, contra e a favor das Cooperativas participarem de licitações públicas.

Fruto da oposição, quanto à legalidade das Cooperativas participarem de concorrência pública, o Ministério Público do Trabalho vem utilizando-se de meios jurídicos/administrativos para tentar impedir, de todas as formas, a participação dos entes cooperados nas licitações, utilizando-se, em determinados casos, de força pouco recomendável, eis que oficiando para órgãos públicos, sem que haja decisão judicial capaz de vincular os aludidos órgãos, determinando que não sejam contratadas as Cooperativas, por entender que ocorre fraude à legislação laboral.

Todo poder é freado pelo direito e pelo princípio da legalidade, tempero ideal para a frutificação de um Estado Democrático de Direito.

Sob o manto da lei é que o seu fiscal possui o dever de agir, sendo condenados excessos ou sentimentos pessoais, que quase sempre contaminam a atuação do homem público.

Assim, sob a couraça da legalidade, deve o MP, através dos caminhos jurídicos corretos, tentar fazer valer a sua posição, sem baixar determinações administrativas que não possuem condão jurisdicional, no sentido de impedir a participação das cooperativas no democrático processo licitatório.

A terceirização — contratação de empresa especializada para realizar determinada atividade — tem se mostrado eficaz nos mais diversos setores, como o financeiro, telecomunicações, engenharia, gráfico, dentre outros.

Os motivos que levam as empresas privadas a aderir à terceirização são bem simples: redução de custos e aumento de eficiência na prestação de serviços.

Grandes empresas, corporações, fábricas etc, utilizam-se das empresas terceirizadas, incluindo-se, nesse contexto, as cooperativas, que nada mais são do que uma organização ou sociedade, constituída por várias pessoas, visando melhorar as condições econômicas de seus associados, possibilitando ao contratante buscar uma redução dos seus custos com qualidade e eficiência na prestação de serviços elencados como necessários.

Essa experiência é vitoriosa no campo privado, não despertando refutação contra essa assertiva.

Sucede que quando se faz a mixagem — para o setor público — da necessária terceirização, se constata uma forte oposição por parte do Ministério Público do Trabalho, relembrando os tempos em que determinados segmentos da sociedade eram contra as privatizações das empresas públicas, como se este ato pudesse trazer prejuízo ao erário ou criar dano ao mercado de trabalho.

Ora, o grande receio do Ministério Público do Trabalho é que as Cooperativas participem da licitação, como se fosse um pecado capital a simples participação no certame público.

Ou, em outras palavras, o que é bom para o empresário privado, que procura na cooperativa o necessário parceiro para diminuir os custos do seu negócio com uma excelente e vital eficiência nos serviços delegados, não é bom para o ente público, que deverá pagar mais caro e ter um serviço que não possui a credencial da eficiência.

Essa visão nos parece estrábica, pois nada mais democrático do que todas as empresas, cooperativas ou não, participarem do processo de licitação, para que dentro de um padrão de melhor preço e qualidade de serviço, possam prestar serviços para o ente público. Esse procedimento é lícito e necessário para o ente público, que através do princípio da economicidade irá escolher o que melhor lhe atende, dentro do requisito preço e eficiência do serviço a ser contratado. Se o melhor contratado é uma Cooperativa, ou não, será respondido pela Licitação, que é o grande foro de debates sobre a questão.

Agora, no presente momento, onde vigora o mercado competitivo, cabe aos interessados em serem contratados pelo Poder Público demonstrarem que são melhores opções, através de suas propostas de trabalho e preços.

Após as presentes colocações iniciais, passaremos a analisar a *quaestio*.

III — Da contratação de serviços pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional — Decreto nº 2.271/97

O Ministério Público do Trabalho foca a sua divergência à contratação das cooperativas que fornecem mão-de-obra e serviços técnicos aos órgãos públicos por entender que é vedado o respectivo serviço por se caracterizar atividade fim ou de meio do tomador do serviço.

Pois bem, para adentrar nesse tema, necessário se faz que se analise quais são os limites da Contratação Pública, para após tecer comentários sobre os procedimentos adotados pelos representantes do *parquet* trabalhista.

A Reforma Administrativa ministrada pelo Governo do General Castelo Branco, através do Decreto-Lei nº 200, de 25/2/67, introduziu no ordenamento jurídico pátrio a possibilidade de a administração pública federal descentralizar algumas de suas atividades através da contratação de terceiros, como se demonstra da leitura do art. 10, § 7º do citado comando legal, *verbis*:

> "*Art. 10 — A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.*
>
> .....
>
> *§ 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.*"

O preceito legal é bem claro, não criando obstáculo para a contratação, sempre que possível, de particulares, para o atingimento dos fins percorridos pelos entes de direito público, "desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução."

E o Poder Público, fiel à descentralização de seus serviços, encontrou no particular o parceiro ideal para alcançar suas metas, com melhor preço e com a garantia de ter a devida qualidade do serviço contratado.

Com o encolhimento do Estado, após vários e vários anos em que era considerado um gigante adormecido, a sociedade vem presenciando, cada vez mais, a participação do particular como concessionário de serviço público ou prestador de serviço, pois foi o único caminho visível para o devido crescimento da nação, além de se preconizar a eficiência dos até então combalidos serviços públicos.

Esses serviços prestados diretamente pela Administração Pública eram obsoletos, necessitando o Estado de pesado investimento e de uma imensa folha de servidores, que em muitos casos eram escolhidos por políticos e contratados pela CLT.

O constituinte atual, atento a esta grave situação, criou fórmula hábil que interditou o "cabide de empregos" no seio do serviço público, pois condicionou a admissão do servidor público a aprovação em concurso público de títulos e provas, e passou a utilizar mais o particular para atingir os fins públicos.

Ao impedir o ingresso do apadrinhado em seus quadros, enxugando, via de conseqüência, despesas desnecessárias, o constituinte pioneiramente estimulou o cooperativismo e outras forma de associativismo, para que esses entes associativos, juntamente com as outras empresas privadas, pudessem buscar no seguimento particular a devida cooperação na prestação de serviços de suas necessidades, pelo preço mais competitivo e viável.

Eis a dicção do art. 174, § 2º da CF:

> "*Art. 174 — Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo esta determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.*
>
> .....
>
> *§ 2º — a lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.*" (g.n.)

Apoio a que alude o § 2º do art. 174, da CF é estímulo, ou seja, a lei não deverá restringir ou engessar as cooperativas ou outras formas associativas, do contrário será inconstitucional.

O objetivo do constituinte é bem definido, tendo em vista que o apoio e estímulo ao cooperativismo gera uma alternativa bem real para que elas, submetendo-se a critérios previamente estabelecidos, possam prestar serviços aos entes públicos, na forma da tão decantada descentralização a que alude o § 7º, do art. 10, do Decreto-Lei nº 200/67.

Mas as dúvidas permaneciam para o Ministério Público do Trabalho, que entendia, como ainda entende, que há fraude na contratação de mão-de-obra terceirizada pelos entes cooperativos. O Governo anterior, do Presidente Fernando Henrique Cardoso, baixou o Decreto nº 2.271/97, com o objetivo de regulamentar a contratação pública e não dar margem a fortuitas interpretações.

Nessa moldura, assim está grafado o artigo inaugural do citado Decreto 2.271/97:

"*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.*"

O *caput* do transcrito artigo 1º é uníssono em permitir que o ente público federal execute seus objetivos indiretamente, com a ajuda de particulares, e aí se incluem as cooperativas, para as atividades materiais, acessórias, instrumentais ou complementares.

Atividade, segundo De Plácido e Silva,[1] significa a "soma de ações, de atribuições, de encargos ou de serviços desempenhados pela pessoa (...) Mas, em sentido estrito, em uso no Direito Administrativo, entende-se a efetividade no exercício de cargo ou função."

Pois bem, atividades materiais acessórias, aduzidas pela lei, está a configurar a licitude da contratação de mão-de-obra para o exercício de uma obrigação pública suplementar (acessória) que a expressão "material" é derivada do latim *materialis* e exprime toda coisa que tem corpo, é corpórea, em oposição ao que é espiritual. A acessoriedade narrada se afina com o artigo 92 do atual Código Civil, que regula o tema, segundo o qual "principal é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente" e "acessório é aquele cuja existência pressupõe a do principal."

Na mesma retórica, o *caput* do art. 1º, do Decreto nº 2.271/97 assegura, portanto, a execução indireta das atividades instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade federal.

Esta interpretação decorre do próprio sentido literal da norma, que, a seguir, elenca em seus dois parágrafos as seguintes determinações:

"*Art. 1º (omisis)*
§ 1º — As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informativa, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta 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."

Após a presente leitura, através de uma interpretação sistemática, se verifica que o § 1º, do artigo inaugural do Decreto nº 2.271/97, declina as hipóteses *preferenciais* de execução indireta dos órgãos públicos federais, sem contudo, estipular das hipóteses taxativas. Ou, em outras palavras, preconiza o § 1º, do art. 1º, do Decreto nº 2.271/97 que, de forma prioritária, os entes públicos deverão promover a contratação de terceiros para as seguintes atividades: conservação, limpeza, segu-

1 De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, atualizado por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho, 22ª ed., 2003, Forense, p. 158.

rança, vigilância., transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações.

Essas situações, como já dito, não excluem outras hipóteses, tendo em vista que elas são elencadas como uma forma de priorizar a contratação indireta e não para proibir a utilização de outros serviços por parte do ente público federal. Pensar de modo diverso é o mesmo que alterar o ordenamento legal, pois nas coisas claras cessam as interpretações, como diziam os Romanos, desde as priscas eras.

O parágrafo segundo não impede que haja a contratação de particulares para a execução indireta de atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade pública, exceto se autorizado por lei ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

A grande polêmica em que o Ministério Público do Trabalho se ancora para construir a sua estrábica visão é a redação do artigo 4°, II e IV, do multicitado Decreto, assim redigido:

> "*Art. 4° — É vedado a inclusão de disposição nos instrumentos contratuais que permitam:*
>
> .....
>
> *II — Caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão-de-obra;*
>
> .....
>
> *IV — Subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante.*"

Mão-de-obra, segundo De Plácido e Silva[2] é:

> "*Mão-de-obra. Assim se entende, na execução de qualquer trabalho ou obra, o esforço pessoal ou a ação pessoal do trabalhador ou operário, sem que se tome em conta o material empregado corresponde ao serviço simplesmente, necessário à feitura da obra, que se quer executar.*
> *A mão-de-obra tanto se entende a que é executada normalmente, como a mecânica. Em quaisquer dos casos, a mão-de-obra exprime somente o serviço para a execução do trabalho ou da obra, não se computando nele o que necessário para que seja executado.*"

Após a leitura do art. 4° e seus incisos II e IV, do Decreto n° 2.271/97, bem como da definição de mão-de-obra, se não tiver o intérprete cuidado em aferir a real extensão da norma, se chegará a conclusão que a contratação pública ficará muito limitada, pois a utilização dos serviços indiretos estariam relegados a algumas espécies, contrariando frontalmente o § 7°, do art. 10, do Decreto-Lei n° 200/67.

Ou seja, serviços como conservação, limpeza, segurança, vigilância, copeiragem, reprografia, telecomunicações, e manutenção de prédios, por exemplo, pela

2 De Plácido e Silva, *cit. ant*, p. 891.

leitura isolada e fortuita do art. 4°, incs. II e IV, do citado Decreto n° 2.271/97, não poderão ser contratados pelo Poder Público, tendo em vista a utilização quase única de mão-de-obra. Sendo certo, que tal assertiva não corresponde a realidade dos fatos, pois o texto legal não restringe a utilização de mão-de-obra por parte do ente público, pois do contrário, o artigo 4°seria conflitante com art. 1° do mesmo Decreto que permite a mão-de-obra empregada nas atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, que utilizam necessariamente, de mão-de-obra especializada não contratados com os entes públicos diretamente, tendo como previsão legal, como dito, o art. 1° do Decreto n° 2.271/97.

Assim, o Ministério Público do Trabalho ao defender a leitura isolada do art. 4° e dos seus incisos II e IV do Decreto n° 2.271/97, se esquece que estes contratos de mão-de-obra são mistos, pois o objeto é uma determinada prestação de serviços com a sua execução feita pelo trabalho dos contratados externos (mão-de-obra).

Tanto é assim, que o próprio inciso II do art. 4° diz claramente que o objeto não pode ser a caracterização exclusivamente como fornecimento de mão-de-obra, pois, comungando da hóstia do também art. 1°, do mesmo texto legal, permite contratações que são eminentemente fornecidas com a mão-de-obra terceirizada.

O caráter híbrido dos contratos administrativos se encaixa nos moldes do artigo inaugural do Decreto n° 2.271/97, tendo em vista que a utilização de mão-de-obra não é vedada, e sim a caracterização dela como objeto do ajuste (contrato).

Pensar de modo diferente seria o mesmo que invalidar as contratações públicas, tendo em vista que os tomadores do serviço necessitam do particular a devida cooperação técnica/administrativa para o atingimento de uma determinada finalidade pública. Na maioria das vezes é na mão-de-obra qualificada que o ente público encontra a realização de uma necessidade instransponível.

Tanto é assim, que ninguém discute que o particular pode fornecer o serviço de mão-de-obra ao ente público, cingindo-se a controvérsia, para o MPT, somente quanto a licitude da cooperativa participar da seleção para a efetiva contratação.

Por essa razão é que o § 7°, do art. 10, do Decreto-Lei n° 200/67, procurou o trabalho indireto como uma das soluções da descentralização administrativa do Estado, sem restrição quanto a personalidade jurídica do particular.

O caráter misto do contrato administrativo põe por terra a desfocada visão de que a contratação de mão-de-obra é ilícita.

Se este fosse realmente o espírito da norma regulamentadora, o que se especula por amor ao debate, o Decreto n° 2.271/97 não poderia colidir com o § 7°, do art. 10, do Decreto Lei n° 200/67, tendo em vista que texto regulamentar só pode ser utilizado como norma para a fiel execução da Lei e não para reformá-la ou até mesmo alterar a sua redação embrionária, na forma do art. 84, IV da CF.

Se a interpretação administrativa da Lei, que vier a consubstanciar-se em Decreto Executivo, divergir do sentido e do conteúdo da norma legal, que o ato secundário pretendeu regulamentar, seria projetado *ultra legem*, possuindo, via de conseqüência, o pecado original da inconstitucionalidade.

Nesse sentido, o STF[3] ao julgar a ADIMC 996/DF colocou limites do poder regulamentar contido no Decreto nº 861/93, que versava sobre o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor — SNDC:

> "— *Se a interpretação administrativa da lei que vier a consubstanciar-se em decreto executivo divergir do sentido e do conteúdo da norma legal que ao ato secundário pretendeu regulamentar, quer porque tenha permanecido citra legem, quer, ainda, porque tenha investido contra legem, a questão caracterizará, sempre, típica crise de legalidade, e não de inconstitucionalidade, a inviabilizar, em conseqüência, a utilização do mecanismo processual da fiscalização normativa abstrata.*
>
> — *O eventual extravasamento, pelo ato regulamentar, dos limites a que materialmente deve estar adstrito poderá configurar insubordinação executiva aos comandos da lei. Mesmo que, a partir desse vício jurídico, se possa vislumbrar, num desdobramento ulterior, uma potencial violação da Carta Magna, ainda assim estar-se-á em face de uma situação de inconstitucionalidade reflexa ou oblíqua, cuja apreciação não se revela possível em sede jurisdicional concentrada.*"

Essa matéria é pacificada nos Tribunais Superiores, não merecendo maiores digressões nesta oportunidade.

Todavia, ainda que se admita, com uma ginástica de raciocínio excessiva, que o art. 4º, II, do Decreto 2.271/97 não invade o texto regulamentado, esbarraria a norma regulamentar no § 2º, do art. 174 da CF, em razão da obrigatoriedade da Lei (norma primária) de estimular o cooperativismo e outras formas de associativismo. Assim, a norma secundária (Decreto 2.271/97) não poderia impedir algo que a norma primária é obrigada a apoiar, sob pena de continuar percorrendo a trilha da inconstitucionalidade.

O caráter misto da contratação de mão-de-obra (objeto + prestação de serviços) por si só retira do intérprete a conclusão de invalidação do art. 1º, do Decreto nº 2.271/97 pelo seu inc. II. Do art. 4º. Não existe restrição ao fornecimento de mão-de-obra, apenas não poderá haver a sua caracterização exclusiva. Uma contratação de situações descritas no § 1º, do artigo 1º do citado Decreto nº 2.271/97, mesmo sendo fornecido através de mão-de-obra qualificada, o objeto da contratação pode ser: conservação, limpeza, vigilância, transportes, informativa, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações.

Como o aludido parágrafo diz textualmente que essas situações deverão ser, prioritariamente, utilizadas da mão-de-obra do particular, as hipóteses narradas não são taxativas, o que significa dizer que o Poder Público está autorizado a contratar outros serviços indiretos, dependendo sempre do seu interesse.

3 STF, ADIMC 996/DF, Rel.: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Decisão: 11.03.91, Ement. Jurisp. V. 1743-02, p. 221. *DJ* de 06.05.94, pp. 10.648.

Não se vislumbra no Decreto nº 2.271/97 o verdugo das cooperativas como tem divulgado o Ministério Público do Trabalho, pelas razões já desenvolvidas no presente tópico.

Por fim, a subordinação dos empregados da Contratada à administração contratante a que alude o inc. IV, do art. 4º do Dec. 2.271/97 também não se aplica às cooperativas, pois seus associados não possuem vínculo empregatício com as mesmas, descaracterizando, por completo, a figura da subordinação do empregado.

O cooperado não participa do contrato administrativo como um empregado da cooperativa ao qual ele está vinculado, tendo em vista que a cooperativa de trabalho ou de serviços é formada por "trabalhadores autônomos que oferecem a terceiros, sem exclusividade, os serviços profissionais do grupo ou de seus membros individualmente, sem perderem sua liberdade de aceitação das tarefas."[4]

Dirimindo bem essa questão, o STJ, ao julgar questão tributária sobre cooperativas médicas, deixou bem delineado que a relação jurídica do serviço é firmada entre o cooperado e a cooperativa:

> "*3. Os médicos, não obstante situados como cooperados, prestam serviços a terceiros em nome da Cooperativa, como autônomos, e dela recebem diretamente os honorários fixados em tabela genérica.*
>
> *4. As pessoas mantém vínculos de associação com as cooperativas não efetuam pagamento de honorários aos médicos. Pagam, de modo fixo, mensalmente, determinada quantia à Cooperativa para que essa administre e ponha à disposição os serviços oferecidos.*
>
> *5. A relação jurídica do serviço é firmada entre, no caso, o médico e a Cooperativa. Essa supervisiona, controla e remunera os serviços prestados pelo profissional...*"

A natureza jurídica das cooperativas se encontra perfeitamente delineada no artigo 4º da Lei nº 5.764/71:

> "*Art. 4º — As cooperativas são sociedades de pessoas, como forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeita a falência, constituída para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características (...)*"

Portanto, quando for contratada uma cooperativa, por inexistir figura do empregado e sim do cooperado, jamais estará presente a restrição do inc. IV, do art. 4º do Decreto nº 2.271/97. Ao *contrario sensu*, quando se tratar de empresa privada, que possui certamente em seus quadros os necessários empregados, a realidade é bem diferente, em razão dela, pela regra do art. 3º da CLT, ter a obrigação de exercer a subordinação dentre outras obrigações com os obreiros que lhe estão vinculados. Essa regra jurídica é direcionada para a empresa particular que não possui feições de cooperativas, pelas razões expostas.

4 Valentim Carrion, *Cooperativas — Autenticidade e Falsidade*, Revista LTR nº 63-02/167.

Não existe, via de conseqüência, óbice legal para a contratação de cooperativa em geral, inclusive a que fornece a necessária mão-de-obra para o ente de direito público, como visto da interpretação do Decreto nº 2.271/97.

IV — Do ministério público e o termo de acordo firmado na 10ª região e a união federal

Nos autos da Ação Civil Pública nº 01082, o Ministério do Trabalho elencou a UNIWAY COOPERATIVA DE PROFISSIONAIS LIBERAIS LTDA., UNIWORK COOPERATIVA DE TRABALHO LTDA. E UNIÃO FEDERAL no pólo passivo, perante a 20ª Vara do Trabalho de Brasília/DF, aduzindo que a contratação de cooperativa para a prestação de serviços de interesses dos entes de direito público caracteriza uma indevida intermediação de mão-de-obra, através de falso cooperativismo, além do envolvimento da União na prática do merchandage trabalhista. Apesar de ser inusitado o procedimento, o Ministério Público do Trabalho, representado por seu Procurador Geral, Dr. Guilherme Mastrichi Basso, pela Vice-Procuradora Geral do Trabalho, Dra. Guiomar Rocha Gomes, pelo Procurador-Chefe da PRT da 10ª Região, Dr. Brasilino Santos Ramos e pelo Procurador do Trabalho, Dr. Fabrício Leal Cardoso, e a UNIÃO, representada pelo Procurador-Geral da União, Dr. Moacir Antônio Silva Machado, pela Sub Procuradora Regional da União, Dra. Hélia Maria de Oliveira Bottero e pelo Advogado da União, Dr. Mário Luiz Guerreiro, acordaram, que dentre outras coisas, a União Federal iria se abster de contratar 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 ao estado de subordinação, quanto aos seguintes serviços terceirizados:

— serviços de limpeza;
— serviços de conservação;
— serviços de segurança, vigilância e de portaria;
— serviço de recepção;
— serviços de copeiragem;
— serviços de reprografia;
— serviços de telefonia;
— serviços de manutenção de prédios, de equipamentos, de veículos e de instalações;
— serviços de secretariado e secretariado executivo;
— serviços de auxiliar de escritório;
— serviços de auxiliar administrativo;
— serviços de Office-boy (contínuo);
— serviços de digitação;
— serviços de assessoria de imprensa e de relações públicas;
— serviços de motorista, no de os veículos serem fornecidos pelos próprio órgão licitante;
— serviços de ascensorista;
— serviços de enfermagem;
— serviços de agentes comunitários de saúde.

Pela cláusula segunda da referida "conciliação unilateral", pois as cooperativas não foram partes nessa avença, ficou estabelecido:

> "*Cláusula Segunda — Considera-se cooperativa de mão-de-obra, aquela associação cuja atividade precípua 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.*"

Esse acordo foi homologado pelo MM Juízo da 10ª Vara do Trabalho do Distrito Federal, que acolheu o pleito contra as duas Cooperativas que participaram da lide em questão, com o seguinte dispositivo final:

> *Ante o exposto, na reclamatória trabalhista que MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO move em desfavor de UNIWAY COOPERATIVA DE PROFISSIONAIS LIBERAIS LTDA., UNIWORK COOPERATIVA DE TRABALHO LTDA. e UNIÃO, rejeito as preliminares argüidas, julgo EXTINTO O FEITO COM JULGAMENTO DE MÉRITO (art. 269, III do C PC) relativamente aos pedidos formulados em desfavor da UNIÃO, em face do acordo de fls. 613/620 e PROCEDENTES EM PARTE os demais pedidos formulados em face da primeira e segunda requeridas, condenando-as a:*
>
> a) *absterem-se de fornecer mão-de-obra de trabalhadores a pessoas jurídicas de direito público, sob pena de pagamento de multa no valor de R$ 10.000,00, por trabalhador intermediado*;
>
> b) *a pagarem, solidariamente, indenização por dano moral coletivo, ora fixada em R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).*
>
> *Os valores objeto da condenação serão revertidos em favor do Fundo de Amparo ao Trabalhador-FAT.*
>
> *Tudo nos termos da fundamentação supra, que passa a fazer parte integrante do presente dispositivo.*
>
> *Incidem juros e correção monetária, na forma da lei, a partir da data da propositura da ação.*
>
> *Em face da natureza indenizatória das verbas objeto da condenação, não há contribuição previdenciária a recolher .*
>
> *Custas, pelas requeridas, no importe de R$ 10.000,00, calculadas sobre R$ 500.000,00, valor atribuído à condenação e para este fim fixado.*
>
> *Intimem-se as partes. Nada mais.*
>
> *MÔNICA RAMOS EMERY*
> *Juíza do Trabalho Substituta*"

Na fundamentação do r. *decisum* singular, a eminente Magistrada afirma que o Ministério Público do Trabalho atribui à causa o valor R$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais)

Ora, preliminarmente, se verifica que a UNIÃO FEDERAL firmou um acordo ao qual não poderia, por falta de poderes para o Procurador Geral da União, a teor da Lei nº 9.469/97.

Isto porque, como colocado na sentença da 10ª Vara do Trabalho do DF, o valor da causa foi de R$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), sendo certo que o artigo 1º da Lei nº9.466/97 retira os poderes do Advogado Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais que acordarem em lides que excedam o valor da causa de R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais), *litteris:*

> *Art. 1º — O Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais), a não-propositura de ações e a não-interposição de recursos, assim como requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para a cobrança de créditos, atualizados, de valor igualou inferior a R$1.000,00 (mil reais), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou opoentes, nas condições aqui estabelecidas."*

O parágrafo primeiro do citado artigo é expresso em determinar a nulidade do acordo ou da transação se a causa envolver valor superior a R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais) e não tiver a expressa autorização do Ministro de Estado ou titular da Secretaria da Presidência da República afeta:

> *"§ 1º — Quando a causa envolver valores superiores ao limite fixado no caput, o acordo ou a transação, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República cuja área de competência estiver afeto o assunto, no caso da União, ou da autoridade máxima da autarquia, da fundação ou da empresa pública."*

Como visto, *sob pena de nulidade*, a AGU não pode firmar acordo ou transação em processos cujo valor da causa seja superior a R$ 50.000,00, exatamente para permitir que o Ministro de Estado, ou do Titular da Secretaria da Presidência da República a cuja área de competência estiver afeto o assunto, possam avaliar ou não da conveniência e oportunidade da avença.

In casu, o acordo firmado já nasceu visceralmente nulo, por falta de competência dos que lhe subscreveram.

Agregue-se a este grave fato, que a exclusão das entidades cooperativas do certame licitatório retira do Estado a oportunidade de receber os melhores serviços, por um preço mais competitivo.

Ou seja, o ato da AGU fere o princípio da economicidade, por limitar, contra a Lei nº 8.666/93, participantes de certame licitatório, além de afrontar ao art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.469/97, que exige o *ad referendum* das nominadas autoridades superiores.

Além do mais, para que fosse levado a efeito a transação, caso estivesse dentro da alçada legal (R$ 50.000,00), os órgãos vinculados pelo aludido acordo deveriam demonstrar a vantagem econômica para a UNIÃO, sob pena de outra grave e intransponível nulidade do ajuste.

A necessidade do estudo de viabilidade econômica é condição *sine qua non* para legitimar a UNIÃO FEDERAL a acordar sobre qualquer demanda, tendo em vista que os seus direitos são indisponíveis, só perdendo essa característica em algumas hipóteses.

No caso ora em debate, não houve estudo econômico quanto aos benefícios da UNIÃO FEDERAL em impedir as Cooperativas de participarem das licitações públicas. Pelo contrário, o acordo não traz benefícios para o Estado, pois como vetor de uma concorrência, o princípio da isonomia na licitação deve ser seguido fielmente, para que todas as empresas e cooperativas que possuam capacitação técnica possam participar do certame, visando o Estado obter o melhor preço na contratação.

Nessa vertente, o professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes[5] averba:

> "Não só a firme possibilidade de sucumbência, quanto a vantagem de acordo devem ficar demonstrados no processo, aspecto esse de natureza técnica a ser analisado pelos órgãos envolvidos."

Não bastassem essas graves irregularidades, que são insanáveis, as cooperativas não subscreveram essa natimorta transação, demonstrando que não podem ser penalizadas ou subtraídas de licitações por um acordo do qual não são signatárias.

A sentença que homologa uma conciliação ou transação possui força de título executivo judicial, a teor do art. 584, III, do CPC:

> "*Art. 584 — São títulos executivos judiciais*:
> .....
> *III — a sentença homologatória de conciliação ou transação, ainda que nessa matéria não posta em Juízo;*"

Sendo título judicial, acordo só surte efeitos para as partes que o subscrevem, não beneficiando e nem prejudicando terceiros, como ensina o art. 472 do CPC:

> "*Art. 472 — A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros.*" (g.n.)

5 Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, *Boletim de Direito Administrativo*, Ano XVI, nº 02, fevereiro de 2000, p. 110/112.

Não participando as cooperativas da transação firmada pelo Ministério Público do Trabalho com a União Federal, não há que se falar em validade da anti-isonômica restrição da participação em certame público.

Assim, a *res judicata* não se estende ao terceiro, que não aderiu à transação, como pacificado pelo STF:

> "*A res judicata não se estende a terceiros que não foi parte no processo.*"[6]
>
> "*Não há que falar em coisa julgada se os litigantes não participarem da ação.*"[7]

A transação *sub oculis*, como visto, é nula de pleno direito, por padecer de vários vícios, que são insanáveis, a saber:

> — o agente público incapaz subscreveu a transação, que por abranger causa cujo valor é de R$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), não possuía poderes para tal fim;
>
> — não foi justificada a economia da União Federal na não contratação das cooperativas, sendo necessário este estudo para consumar qualquer transação pública;
>
> — as cooperativas não podem se beneficiar e nem se prejudicar de uma transação que não subscreveram (art. 472, do CPC).

Não bastassem tamanhas irregularidades perpetradas pelos dois órgãos públicos já declinados, também não se pode perder de mira que "acordos" celebrados em ações civis públicas não transcendem a territoriedade, ou seja, só são válidos para o Estado da Federação onde foram estabelecidos.

Assim sendo, caso não tivesse as nulidades já declinadas, a transação feita pelo MPT e a União não poderia ser elastecida para fora da base territorial de Brasília.

Comungando desta hóstia, o Dr. Luis Eduardo Pimenta Pereira, Juiz Federal Substituto da 26ª Vara Federal/RJ, nos autos do MS nº 2003.51.01.015967-7, ao enfrentar o presente tema, deixou consignado no seu despacho que deferiu a liminar postulada por uma cooperativa contra o acatamento de um determinado órgão público federal ao natimorto acordo em tela:

> "*No que tange a decisão proferida em Ação Civil Pública no Distrito Federal, entendo plausível, em exame superficial, a tese de que seus efeitos somente se dariam no âmbito do órgão judicial prolator da mesma, o que não abrangia o Estado do Rio de Janeiro.*"

Como visto, por vários aspectos jurídicos a transação é nula, não radiando efeito algum, mas, se radiasse, seria limitada ao território no qual foi respectivamente firmada a transação.

6 STF, RE nº 83.359-SP, Rel. Min. Bilac Pinto, Pleno, RT 488/273.

7 STF, RE nº 83.358-SP, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, *DJ* de 15.4.77, p. 2.2350.

Nessa moldura, qualquer termo de ajuste firmado em sede de inquérito civil, com base no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85, também se afigura como ilegal, pois é baseado em uma sentença homologatória de uma transação natimorta.

Especificamente sobre ajuste firmado no Estado de São Paulo, o Des. Federal, Dr. Baptista Pereira, deferiu efeito suspensivo ativo em agravo de instrumento, onde invalidou termo de ajuste tendente a brecar a participação de cooperativas em certames licitatórios:

> "*Quando o Ministério Público do Trabalho resolve apurar possíveis fraudes à legislação trabalhista praticadas por empresas que contratam cooperativas de trabalhadores, não só estas empresas, mas também as cooperativas, devem ser investigadas; já que, se há fraude, esta é realizada em conjunto, por ambas, num esquema. E já que âmbar são investigadas, ambas devem ser consultadas em eventual compromisso de ajustamento de conduta, até porque conduta é conjunta.*
>
> *Se a idéia dos termos é remediar a conduta vista como lesiva, natural que eles tratem da conduta como um todo.o tratamento parcial não só resta ineficaz como, nesse caso, resta até mesmo ofensivo a direitos. O termo proposto pela Procuradoria do Trabalho, direcionando apenas para as empresas contratantes, não só não remedeia a situação no tocante às cooperativas, como ainda acaba prejudicando-as enquanto terceiras (lembrando-se, de forma extrajudicial).*
>
> *Isso porque concentrando esforços sobre as empresas, a Procuradoria as impele a não mais negociar com cooperativas, atingindo negativamente estas últimas, portanto, a sem que elas tenham oportunidade de discutir os termos do compromisso, (subtraindo assim o consenso necessário à legitimidade de medida que não goza da irresistibilidade própria à jurisdição).*
>
> *Não se pode admitir o que está acontecendo na prática com a agravante. Atos concretos estão sendo tomados contra ela, sem que ela tenha oportunidade de se manifestar, um termo acordado por terceiros tem efeitos negativos principalmente sobre ela. Para sanar a irregularidade desta situação, ou se inclui a cooperativa nos termos, para que ela possa negociar a melhor forma de prevenir o litígio judicial, ou já se passa para o inquérito e a própria ação, para que aí ela possa discutir o processo mesmo como terceira interessada, e aí o Juiz possa ordenar a medida cabível.*
>
> *Ante o exposto, defiro o efeito suspensivo, para que os compromissos sejam suspensivos até que sanados da forma supra.*"

Tanto a transação judicial hostilizada alhures, como os ajustes dela decorrentes não são aplicáveis para as cooperativas, pelas razões já declinadas, que sofrem uma das mais injustas e ilegais perseguições por parte do Poder Público, que deveria, por obrigação constitucional, ser o seu guardião.

V — Da natureza jurídica das cooperativas de trabalho

Definimos, em outra oportunidade,[8] a Cooperativa como sendo a sociedade de pessoas de cunho econômico, sem fins lucrativos, criada para prestar serviços aos sócios, de acordo com os princípios jurídicos próprios e mantendo seus traços distintivos intactos.

As Cooperativas podem ser de contribuições pecuniárias, de trabalho ou de serviços.

O artigo 86, da Lei nº 5.764/71, estipula claramente que as cooperativas "poderão fornecer bens e serviços a não associados, desde que tal faculdade atenda aos objetivos sociais e estejam de conformidade com a presente lei."

A Cooperativa de trabalho ou de serviços é formada, segundo Valentim Carrion,[9] por "trabalhadores autônomos que oferecem a terceiros, sem exclusividade, os serviços profissionais do grupo ou de seus membros individualmente, sem perderem sua liberdade de aceitação das tarefas."

Atendendo o seu objetivo social, pode a cooperativa fornecer bens e serviços a terceiros, restando evidenciado a possibilidade dela ser contratada por terceiros, inclusive pela Administração Pública, para o exercício das atividades enumeradas no art. 1º, § 2º, do Decreto nº 2.271/97.

As Cooperativas são equiparadas a empresa para fins de aplicação do custeio da previdência social (art. 12, parágrafo único do Decreto nº 3.048, de 6.5.99 — Regulamento da Previdência Social).[10]

Apesar da prestação de serviços de mão-de-obra das cooperativas serem combatidas pelo MPT, que não percebe que nessas situações são firmados contratos mistos, como já averbado anteriormente, existe divergência dentro do próprio órgão fiscal da lei, como se verifica do entendimento do Procurador do Trabalho Cícero Virgulino da Silva Filho,[11] que atesta, de forma magistral, que o principal motivo de existência das Cooperativas, está na colocação da mão-de-obra ociosa de seus cooperados no mercado de trabalho, tendo como fundamento primordial gerar trabalho:

> *Cooperativas são reuniões de pessoas, que tendo interesses e necessidades comuns e não podendo individualmente atendê-las, reunem-se para, em conjunto, possibilitar a consecução de seus anseios mediante a ajuda mútua. Por outro lado, "é inquestionável, que as cooperativas de trabalho têm por objetivo primeiro, senão único, a colocação da mão-de-obra ociosa de seus*

8 Mauro Roberto Gomes de Mattos, *Contrato Administrativo*, 2ª ed., Ed. América Jurídica, p. 687.

9 Valentim Carrion, "*Cooperativas de Trabalho — Autenticidade e Falsidade*", *in* Revista LTR nº 63-02/167, LTr, fevereiro/99.

10 Nesse sentido segue o RESP nº 299388/SC, STJ, Rel. Min. José Delgado, 1ª T., *DJ* de 30/04/2001, p. 128.

11 Cícero Virgulino da Silva Filho, "*Cooperativa Laboral: Sócio ou Empregado?*", *in* Site Oficial do MPT — www.pgt.mpt.gov.br

associados no mercado de trabalho — concorrendo de forma indireta, ainda que a este objetivo visceralmente vinculado, por força e em decorrência de sua funcionalidade no mercado, para a salvação de empresas em crises; para o desenvolvimento da descentralização produtiva; para por em prática os denominados novos nascimentos de emprego; em síntese, para por em marcha uma filosofia voltada no direcionamento de uma luta contra a exclusão social —, sendo esta colocação o interesse e a necessidade dos cooperativados que deve ser atendida e suprida pela cooperativa", seja na modalidade de vinculação do associado ao tomador de serviço por tempo indeterminado, — caso em que entendemos que entre o associado e o tomador de serviço se estabelece um vínculo de natureza empregatícia, passando o sócio da cooperativa a ser empregado, tecnicamente falando, do tomador de serviço, que na realização deste negócio jurídico ocupará a posição de empregador, o que atinge, também, e com plenitude, o objetivo da cooperativa de trabalho; "seja mediante a colocação temporária da mão-de-obra ociosa dos associados, à disposição de terceiros, com quem firma a cooperativa contrato de natureza civil para a prestação de serviços, serviços, esses, que podem ser simples obras, ou tarefas determinadas, cujos elementos, não se nega, pode vir a ser identificador da relação de emprego, mas, que, também, não descarta a sua identidade com a prestação do serviço laboral do autônomo mediante a simples empreitada, modalidade que não guarda nenhuma relação com a natureza laboral do serviço subordinado qualificativo e identificador do trabalho regido pelas leis trabalhistas. Nessa situação, é que se encontra o trabalho temporário prestado pelas cooperativas, através de seus sócios, àqueles que com ela firmam contratos, cujo objeto é a prestação de labor para realização de obra ou tarefa, atingindo, assim, também, a sua finalidade institucional." Uma terceira hipótese ainda — como de forma predominante se observa no Estado espanhol —, através de verdadeiras empresas de produção cujos laboradores são os próprios sócios da entidade.

Não se pode esquecer, porém, por ser primordial e fundamental, que a cooperativa de trabalho associado, além de — como as demais — resultar da affectio societatis, motivo pelo qual são constituídas em função das pessoas que a compõem e do fato de ser dupla a participação do cooperado nas figuras de sócio e ao mesmo tempo de usuário dos serviços a que se destinam prestar a sociedade cooperativa — A COLOCAÇÃO DA MÃO-DE-OBRA OCIOSA DOS SÓCIO NO MERCADO DE TRABALHO —, "tem uma característica ímpar, que a distingue de todas as demais espécies de cooperativas e que, se não conseguirmos alcançar este entendimento básico, preliminar, elementar e primário, jamais poderemos conceber a existência de cooperativas de trabalho, porque, como tem predominado na prática judiciária brasileira e, também, conforme infere-se das decisões conflitantes do judiciário espanhol, o sócio da entidade será considerado empregado desta, o que nao corresponde à realidade. Essa característica peculiar das

cooperativas de trabalho e que as distingue das demais, consiste, exatamente, no destinatário das atividades de labor prestadas por seus sócios integrantes. Enquanto as demais cooperativas têm por objetivo e finalidade a prestação de serviços aos próprios associados, a cooperativa de trabalho no Estado brasileiro tem por objetivo primordial a colocação da mão-de-obra ociosa dos sócios que a integram, à disposição de terceiros. Esta é que é a diferença marcante existente entre a cooperativa de trabalho e as demais espécies de cooperativas e se não conseguirmos entender este aspecto, negaremos, sempre, a possibilidade de sua existência, porque sempre consideraremos o sócio-trabalhador, como um empregado da entidade". Assim, o usuário do serviço da cooperativa de trabalho será o sócio — no particular de que sua mão-de-obra que encontra-se fora do mercado de trabalho e que será, pela cooperativa, posta no circuito produtivo —, conquanto, não obstante, o resultado do serviço pelo sócio prestado, não seja, a princípio, dirigido ao próprio sócio, e, sim, a terceiros.

(...)

Não se há, pois, jamais, de se entender que os sócios que formam as sociedades de cooperativas de trabalho, sejam delas empregados, figuras que são totalmente divorciadas e distintas."

Como visto, não existe fraude à legislação laboral a prestação de serviço de mão-de-obra por parte de cooperativas aos entes de direito público.

Pelo contrário, através da passagem legislativa da Lei nº 8.949/1994, foi de curial importância para a ratificação da legalidade do movimento das cooperativas, que obtiveram nos acréscimos ao parágrafo único do art. 442 da CLT, a redação necessária que afasta o vínculo empregatício do cooperado com a entidade ou empresa que se utiliza ou contrata serviços de uma cooperativa.

Assim, pela atual redação do comando legal multicitado, o associado da cooperativa não possui vínculo empregatício nem com a cooperativa e tampouco com a tomadora dos serviços.

VI — A licitação e a cooperativa

A licitação, que na vigência do artigo 3º, do Decreto-Lei nº 2.300/86, já buscava a obtenção da proposta mais vantajosa para o tomador do serviço, passou, no texto da Lei nº 8.666/93, a ter uma finalidade de, conjugada com a garantia da observância do princípio da isonomia, contidos nos artigos 5º e 37, XXI da CF, reger o certame.

Em sua obra "*Licitação e Contrato Administrativo*",[12] o professor Eros Roberto Grau, afirma que:

12 Eros Roberto Grau, *Licitação e Contrato Administrativo — (Estudos sobre a Interpretação da Lei)*, Malheiros, 1995, p. 14.

"*A licitação está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso — o melhor negócio — e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração.*"

No mesmo sentido, diz Raul Armando Mendes:[13] "para que o princípio da igualdade ou da isonomia prevaleça no procedimento licitatório, é necessário que a Administração se mantenha imparcial, neutra, alheia aos interesses dos proponentes, para objetivar apenas o mais idôneo e com a proposta mais vantajosa para o contrato."

Pois bem, seguindo essa vertente, o art. 3° da Lei n° 8.666/93, impõe:

"*Art. 3° — A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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.*"

Visando manter eficaz a presente norma, os Tribunais vêem neutralizando cláusulas editalícias restritivas que inibem a participação ampla dos interessados:

"*Licitação. Edital. Cláusula restritiva. Não podem prevalecer as cláusulas em edital de processo licitatório que visem a limitar o número de concorrentes, por força de exigências não autorizadas no ordenamento específico, cuja inspiração é de permitir a ampla oportunidade a todos que estejam capacitados à execução do trabalho.*" [14]

"Contrato. Cláusulas restritivas estabelecidas no Edital Licitatório, ocasionando o comparecimento de apenas uma proponente. Estipulação, no contrato, de prazo diverso daquele previsto no instrumento convocatório, para execução da avenca. Feridos princípios licitatórios fundamentais." [15]

"Licitação. Edital. Princípios. Lei n° 8.666/93. 1 — São princípios que regem a licitação, nos termos do artigo 3° da Lei n° 8.666/93, entre outros, o da igualdade e o da publicidade. O primeiro impede a discriminação entre

13 Raul Armando Mendes, *Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos*, Saraiva, 1991, p. 9.

14 TRF, Remessa *Ex-Officio* n° 101.586, Rel. Willian Petterson, 2ª T., *RDA* 160:187.

15 TCE/SP, TC —37.380/026/92, Rel. Cons. Eduardo Bittencourt Carvalho, *DO* de 15.10896, vol. 106, n° 197, p. 1.

os participantes e o segundo impõe a divulgação dos atos e instrumentos do procedimento licitatório, entre eles do edital. 2 — Recurso conhecido e provido parcialmente."[16]

Em abono aos julgados citados, o STJ construiu jurisprudência rígida sobre o tema em foco, impossibilitando discriminações subjetivas:

Administrativo. Mandado de Segurança. Licitação. Vinculação ao Edital. Afastamento de Critério Subjetivo na Apreciação de Recurso Administrativo. Ilegalidade do Ato Inabilitador de Concorrente. Constituição Federal. Arts. 50, II, 37 e incs.XXI e LV, 84, III.

Lei nº 6.404/76. Lei 8.666/93. Lei nº 8883/94. Lei nº 8.987/95. Súmula 473/STF. 1. Habilitação técnica reconhecida pela via de critérios objetivos não pode ser derruída por afirmações de índole subjetiva, contrapondo-se às avaliações vinculadas às disposições editalícias. A legislação de regência louva os critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório (§ 10, art. 44, Lei nº 8.666/93; art. 14, Lei 8.987/95).

2. O processo licitatório inadmitindo a discriminação, desacolhe ato afrontoso ao princípio da isonomia, numa clara proibição do abuso de poder por fuga à vinculação ao Edital. Ato, decorrente de expressas razões recursais, desconhecendo-as para fincar-se em outras de caráter subjetivo, fere o princípio da legalidade. No caso não se compõe a discricionariedade sob os albores do interesse público, conveniência e oportunidade.

3. *Segurança concedida parcialmente.*"[17]

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. TELEFONIA CELULAR. LEGALIDADE.

1. NO PROCESSO LICITATÓRIO A COMISSÃO ESTÁ SUBORDINADA AO PRINCIPIO DE QUE OS SEUS JULGAMENTOS SÃO DE NATUREZA OBJETIVA, VINCULADOS AOS DOCUMENTOS APRESENTADOS PELOS LICITANTES E SUBORDINADOS A CRITERIOS DE RIGOROSA IMPARCIALIDADE.

2. O JUDICIÁRIO DO FINAL DO SECULO XX, MAIS DO QUE O JUDICIARIO DOS ANOS QUE JA SE PASSARAM, ENCONTRA-SE VOLTADO PARA FENOMENOS QUE ESTÃO ALTERANDO O ATUAL ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO, ONDE A VONTADE DOS QUE ATUAM COMO AGENTES PUBLICOS HA DE SER SUBORDINADA, COM MAIS INTENSIDADE, A LEI INTERPRETADA SUA FUNÇÃO DE VALORIZAR OS DIREITOS SUBJETIVOS DOS CIDADÃOS E DAS ENTIDADES COLETIVAS QUE SE ENVOLVEM COM

16 TJ/DF, Rel. Des. Haydevalda, 1ª T., AGI-0008377/97-DF, *DJ* de 22.10.97, p. 25.376.

17 STJ, MS nº 5289, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, 1ª S., *DJ* de 21.9.98, p. 42, *in* RSTJ vol. 0112, p. 25.

SERVIÇOS CONCEDIDOS OU PERMITIDOS A SEREM PRESTADOS A SOCIEDADE. NÃO DEVE SER, PORTANTO, ANCORADOURO PARA PRESTIGIAR DESVIOS COMPORTAMENTAIS QUE, POR VIA DE ATOS ADMINISTRATIVOS, IMPORTEM EM DISTORÇÃO ABSOLUTA DA REALIDADE.

3. POSIÇÃO DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO APOIADA PELA AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA, QUE ENTENDE EXISTIR UMA TERCEIRA EMPRESA ENVOLVIDA EM CONSÓRCIO FORMADO, SEM QUALQUER PROVA DOCUMENTAL EXISTENTE NOS AUTOS. FICÇÃO.

4. NÃO HÁ COMO SE PRESTIGIAR, EM UM REGIME DEMOCRÁTICO, SOLUÇÃO ADMINISTRATIVA QUE ACENA PARA IMPOSIÇÃO DA VONTADE PESSOAL DO AGENTE PÚBLICO E QUE SE APRESENTA COM DESVIRTUADORA DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA IMPESSOALIDADE, DA IGUALDADE, DA TRANSPARÊNCIA E DA VERDADE.

5. MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO, A UNANIMIDADE." [18]

"ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EDITAL. CLÁUSULA RESTRITIVA. DECRETO-LEI Nº 2300/86 (ART. 25, PARÁGRAFO 2, 2, 1ª PARTE).

1. A EXISGÊNCIA EDITALÍCIA QUE RESTRINGE A PARTICIPAÇÃO DE CONCORRENTES, CONSTITUI CRITÉRIO DISCRIMINATÓRIO DESPROVIDO DE INTERESSE PÚBLICO, DESFIGURANDO A DISCRICIONARIEDADE, POR CONSUBSTANCIAR 'AGIR' ABUSIVO, AFETANDO O PRINCÍPIO DA IGUALDADE.

2. RECURSO IMPROVIDO." [19]

Sobre o tema, tivemos a oportunidade, em consonância com os julgados declinados, de grafar:[20]

> "*É de suma importância a regra isonômica no certame licitatório, onde a igualdade será o marco decisivo a possibilitar que todos os concorrentes se submetam às regras previamente estabelecidas, com o fim de selecionar a melhor proposta para o tomador do serviço.*
>
> *Não seria verossímil que através de manobras realizadas por comissões de licitações os concorrentes fossem alijados da disputa por intolerância ou tratamento díspares, e inconcebíveis por parte dos agentes públicos.*

18 Stj, ms Nº 5.287/df, Rel. Min. José Delgado, 1ª Seção, *DJ* de 9.03.98, p. 4).

19 STJ, REsp nº 43856-RS, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, 1ª T., *DJ* de 4/9/95, p. 27804).

20 Mauro Roberto Gomes de Mattos, *Licitações e seus Princípios na Jurisprudência*, Ed. Lumen Juris, p. 139.

O processo licitatório tem que ser o mais cristalino possível, com vistas a possibilitar que todos os concorrentes se submetam à seleção desejada, sendo nulos os 'fatores estranhos', considerados por comissão julgadora ilegal, visto ser defeso preferências ou escolhas pessoais nas licitações."

Por outro lado, a Lei nº 8.666/93 não traz nenhuma recomendação que impossibilite a participação de cooperativas nas licitações, bem como a Lei nº 5.764/71, que disciplina as cooperativas, também não veda e nem restringe a participação delas em procedimentos que visem a sua contratação na Administração Pública.

Para participar da licitação, o interessado deverá seguir a liturgia do art. 27, da Lei nº 8.660/93, que estipula:

"*Art. 27 — Para a habilitação nas licitações exigir-se dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:*

I — habilitação jurídica;

II — qualificação técnica;

III — qualificação econômico-financeiro;

IV — regularidade fiscal."

Na feliz ótica do ilustre Antônio Roque Citadini:[21] "A habilitação é a fase do procedimento licitatório em que a Administração verifica quais proponentes estão aptos a participar da disputa licitatória. Por disposição constitucional e legal, o participante deve comprovar, nesta etapa, que possui as condições mínimas exigidas para disputar uma contratação pública, isto é, ter qualificação jurídica, técnica, econômico-financeira e encontrar-se em situação regular com o fisco."

Todavia, a Lei de Licitação não traz em seu bojo recomendação expressa de quem não pode participar da licitação, pois basta cumprir os requisitos da habilitação jurídica, técnico, econômico-financeiro e regularidade fiscal, para estar apta a participação do certame.

Ao dispor, textualmente, que as exigências serão exclusivamente aquelas elencadas no art. 27, da Lei nº 8.666/93, procurou o legislador não criar barreiras desnecessárias, abrindo a possibilidade para todos os interessados participarem do certame, inclusive as cooperativas.

As cooperativas, por terem uma forma própria de organização, não podem ficar alijadas da licitação. Ao contrário, elas como os outros participantes do certame, deverão concorrer em igualdade de condições.

21 Antonio Roque Citadini, *Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas*, 2ª ed., Max Limonad, p. 215.

In casu, se constata que a lei permite que todos, sem exceção, se submetam ao certame, desde que tenham a sua habilitação deferida, através do critério objetivo traçado pelo multicitado artigo do Estatuto das Licitações.

Pois bem, em relação à habilitação jurídica, o interessado deverá apresentar, se constituído sob a forma de sociedade civil, a inscrição do ato constitutivo, acompanhada de prova da diretoria em exercício (art. 28, IV), e, se sociedade comercial, o ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado.

Ora, a Lei nº 5.764/71 não se choca com o Lei nº 8.666/93, possuindo dispositivos que permitem que as cooperativas estabeleçam relação contratual com outras pessoas (de direito público ou não) não associadas, a saber:

- O art. 5º permite às sociedades cooperativas adotar por objeto qualquer gênero de serviço, operação ou atividade;

- Em abono ao artigo anterior, a Lei 5.764/71 traz no artigo 86, a determinação expressa de que "as cooperativas poderão fornecer bens e serviços a não associados...", desde que o exercício dessa faculdade atenda aos objetivos sociais e não colida com a lei.

Verificada a possibilidade jurídica, deve a cooperativa demonstrar a capacidade técnica, que é aquela que obriga o licitante deixar cristalino que pode executar o contrato, demonstrando experiência no seu mister,[22] exemplificando quais foram os trabalhos ou serviços similares ao disputado na concorrência pública.

A capacidade econômica é aquela que demonstra que financeiramente o contratado comprova ter meios econômicos para suportar os encargos da obrigação a ser assumida, quando da prestação do serviço.

Cumpridos estes requisitos legais, não há como cercear-se o interessado em participar do certame. Aliás, é da autorizada visão do art. 3º da Lei nº 8.666/93, que se extrai a convicção que a licitação destina-se a garantir a observância da isonomia, onde o maior número possível de participantes que comprovem possuir qualificação mínima exigida por lei, têm o direito impostergável de participar do procedimento licitatório, sem exceções ou discriminações.

Portanto, em conformidade com o ordenamento jurídico declinado, é de se ressaltar que, na forma do respectivo estatuto social da cooperativa, ela pode praticar tanto atividade comercial como a atividade industrial de mercado, que são atividades externas e não apenas atos cooperativos internos entre seus associados ou cooperados,[23] não existindo nenhum óbice à participação de certames. O que importa, na seara da concorrência é saber se os interessados estão aptos juridicamente, ou seja, se encaixam perfeitamente nas exigências legais estipuladas pelo legislador.

22 "Deve demonstrar os conhecimentos exigidos para cumprir com a obrigação a que se apresenta." (Renato Lopes Becho, *A participação de Cooperativas nas Licitações da Administração Pública*, RDA 224:64.

23 Cf. TC-MG, Consulta nº 439155, Rel. Cons. Fued Dib, *in* "Interesse Público", *Especial Licitação e os Tribunais de Contas, Ed.* Nota 10, 2001, p. 81.

Pelo simples fato de ter a forma jurídica de uma cooperativa, não se afigura como lícito à Comissão de Licitação, ou até mesmo ao instrumento convocatório, criar barreiras ou dificuldades, com o intuito de afastá-la da concorrência.

Aliás, esta também é a opinião do magistrado paulista, Renato Lopes Becho:[24]

> "*Diante desse quadro, consideramos que fica muito difícil afastar as cooperativas das licitações pelo só motivo de serem criadas com essa forma jurídica.*"

Marçal Justen Filho[25] também defende a participação de cooperativa em licitação desde que o objeto licitado se enquadre na atividade direta para o qual ela foi constituída.

Dúvidas não existem que a cooperativa, por possuir personalidade jurídica, se estiver apta juridicamente à convocação, cumprindo requisitos da habilitação poderá participar do certame licitatório em igualdade de condições com os demais concorrentes interessados.[26]

Ou seja, dada a sua natureza, a própria Constituição Federal destaca a importância ao fomento às Cooperativas, conferindo, inclusive, tratamento distinto com se verifica nos artigos 5°, XVII, 146, III, *c*, e 174, § 2°. Do comando constitucional sobressai a conclusão lógica da impossibilidade de redação de sua participação nas licitações.

Nesse sentido, o ilustre magistrado e mestre magistrado e mestre, Jessé Torres Pereira Junior[27] doutrina:

> "*A lei n° 8666/93 é omissa quanto à participação de cooperativas em licitações. Fosse esse argumento relevante, como parece pensar a impugnante ao dizer que as exigências do edital não estão expressamente previstas na Lei, e dever-se-ia vedar a participação de cooperativas em licitações, tese que, por sinal, conhece adeptos. Os editais de licitação do Tribunal de justiça deste Estado a têm recusado, firmes na premissa de que não cabe à Administração negar às cooperativas o incentivo que a Constituição da*

24 cit. ant., RDA 224:65.

25 Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 7ª ed., Dialética, p. 316.

26 "Terceirização de serviços públicos. Atividade-meio. Contratação de Cooperativa. Possibilidade. Licitação obrigatória. Impossibilidade de Terceirização de Serviços Públicos. Possibilidade de contratação de pessoal através de cooperativa, apenas para o desempenho de funções que não impliquem o exercício de prerrogativas públicas, ou seja, que .sejam atividades acessórias ou complementares em relação ao serviço público. As demais funções deverão ser exercidas por servidores públicos legalmente investidos no cargo." (TCE/PR, TC-293.673/97, Rel. Cons. Rafael Iatamo, *in* BLC n° 9, set/98, p. 452).

27 Jessé Torres Pereira Junior, "A possibilidade da Participação de Cooperativas em Certames Licitatórios e a Documentação Relativa à Licitação Jurídica", *in* ILC n° 67, setembro de 1999, p. 700.

República lhes assegura, encontrando. ademais, no art. 12, IV, da Lei nº 8.666/93, fundamento genérico para sua admissão aos certames."

Com o mesmo brilho, segue o posicionamento de Marcos Juruena Villela Souto,[28] aduzindo que não existe vedação legal para a participação da Cooperativa no certame:

"*Não existe nenhuma vedação. Ao contrário, expressa é a admissão de cooperativas quando desenvolvam atividades para terceiros não associados, como se vê no artigo 86 da citada Lei, as cooperativas poderão fornecer bens e serviços a não associados desde que, tal faculdade atenda aos objetivos sociais e esteja em conformidade com a Lei E mister esclarecer que, nos termos do artigo 111 a essa Lei a receita auferida com essas atividades é considera como renda tributável.*

Portanto, aí, a cooperativa está equiparada a uma pessoa jurídica de direito privada que presta atividades econômicas no mercado."

Filiamo-nos a estes posicionamentos, tendo em vista entender que é lícita a contratação pública para serviços terceirizados, que poderão ser desempenhados por entidades que se organizam sob a forma jurídica de cooperativa ou não. Não vejo como ser combatida a terceirização das necessidades eleitas pela Administração Pública, em razão do art. 37, XXI, da Constituição Federal permitir ao Estado a contratação de empresas ou pessoas que não pertença aos seus quadros, mediante licitação pública, destinado a preservar a igualdade, a publicidade e a impessoalidade. Pensar de modo diverso é negar a validade da faculdade discricionária do Poder Público em promover o certame público para suprir as suas necessidades vitais, via terceirização, que poderá ser implementada por cooperativa ou por outra pessoa jurídica.

A desmistificação desta matéria vem encartada no art. 18, § 1º da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), *litteris:*

"*§ 1º — Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como 'Outras Despesas de Pessoal.*"

A mão-de-obra permitida, via terceirização é aquela que poderá vir de várias formas, dentre as quais a empreitada de serviços por meio de interposta pessoa desde que o objeto dessa prestação seja uma atividade-meio e não o fim da tomadora do serviço e a franquia.

O Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira do TCU, quando do julgamento do Proc. 4908/95,[29] em alto e bom som afirmou:

28 Marcos Juruena Villela, *Licitações e Contratos Administrativos*, 3ª ed., Esplanada, p. 700.

29 TCU, Processo TC nº 4.908/95, Rel. Min. Paulo Affonso Martins de Oliveira, julg. 11.9.96, *RDA* 206361.

"*Quando uma empresa terceiriza um serviço, sempre uma atividade-meio, ela contrata outra empresa para realizar aquela atividade, por sua conta e risco, interessando à empresa tomadora dos serviços o resultado, o produto, a tempo e modo, independentemente de quais ou quantos funcionários a empresa contratada empregou.*"

Este bem lançado posicionamento, corrobora o que foi dito anteriormente pelo eminente Newton Saratt, tendo em vista ser defeso ao Estado contratar, via locação de mão-de-obra, pessoas para desempenharem a função de fiscalização, policiamento, repressão, etc, em razão da indelegabilidade de funções estatais (atividade fim).

Necessário se faz a interpretação sistemática deste comando legal com a CLT e a Lei nº 8.666/93, para se aferir se a contratação de mão-de-obra terceirizada é lícita ou não.

O inc. II, do art. 6º, da Lei nº 8.666/93, define serviços como:

"*toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnicos-profissionais.*"

As obras e serviços poderão ser executados indiretamente nos seguintes regimes elencados no inciso II, do art. 10, da Lei de Licitações:

"*a) empreitada por preço global;*
b) empreitada por preço unitário;
c) (vetado);
d) tarefa;
e) empreitada integral."

E, para que não paire dúvida sobre os serviços técnicos profissionais especializados, o art. 13, da Lei nº 8.666/93, fixa os trabalhos relativos a:

"*I — estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;*
II — pareceres, perícias e avaliações em geral;
III — assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
IV — fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
V — patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
VI — treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
VII — restauração de obras-de-arte e bens de valor histórico.
VIII — (vetado)".

Por fim, cabe trazer ao debate a sempre oportuna intervenção do ilustre Professor Marcos Juruena, que com o seu invulgar brilho estatuiu:

"Se, numa licitação, apresenta-se a cooperativa com atos constitutivos registrados perante o órgão federal e devidamente levados a registro numa junta comercial, existem ali, dois atos administrativos que têm, de acordo com a melhor doutrina do Direito Administrativo, uma presunção de veracidade, de legalidade e legitimidade. Enquanto não é cassado o registro da cooperativa, ela existe com base na livre adesão de pessoas que resolvera, compô-la.

Portanto, não parece cabível a discussão de que a Administração Pública contrata com cooperativas para burlar direitos de servidores públicos ou de empregados públicos. Essa é uma opção mais uma vez ditada à luz do princípio da economicidade e, além dele, hoje, dentro de uma realidade triste, qual seja, a não-existência de recursos públicos para suportar o funcionamento do Estado, nos moldes em que ele está estruturado. Essa realidade é inafastável, agrade ou não."

Destarte, entendemos que a Administração Pública pode contratar Cooperativas para o atingimento das suas finalidades, não existindo vedação legal que ampare conclusão diversa da presente. O princípio da economicidade, na contratação, via terceirização, fica prestigiado, independentemente se o vencedor do certame é ou não empresa com personalidade jurídica de cooperativa. Não resta dúvida que a corrente divergente, composta por ilustres nomes, não nos empolgou.

VII — Da Súmula 331 do TST e as outras cortes

Não obstante das razões já discorridas, os que defendem posicionamento divergente do nosso, se ancoram também, no que vem estatuído na Súmula 331 do TST, como se fosse a verdadeira "camisa de força" contra a contratação de cooperativas.

A mencionada Súmula 331 do TST assim estabelece:

"I — A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário.

II — A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, indireta ou fundacional.

III — Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância, de conservação e limpeza, como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta.

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

Em primeiro lugar, Súmula não é Lei, não dando azo ao confronto com o texto normativo, como dito pelo Des. Fed. Sérgio D'Andreia Ferreira:[30]

> "Com efeito, como salientado pelos réus, Súmula não é lei, e, portanto, seu enunciado não pode servir de supedâneo rescisório."

Por não ser lei, a Súmula 331/TST não pode alterar ou revogar texto de lei.

Nessa órbita, se constata que para as licitações públicas este verbete não é aplicável por vigorar o § 1° do art. 71, da Lei n° 8.666/93, que garante a imunidade do tomador do serviço quando o contratado se tornar indevidamente quanto aos encargos trabalhistas.

> "*Art. 71 — O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.*
>
> *§ 1° — A inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública e responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.*"

Portanto, no campo da contratação pública, a Súmula n° 331/TST deverá ser interpretada com as devidas cautelas.

Seguindo-se, portanto, essa corrente, o TST[31] se pronunciou:

> "*Administração Pública. Responsabilidade subsidiária. Ante o que dispõe o item II do Enunciado 331/TST e o art. 71 da Lei n° 8.666/93, não se aplica aos Órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional a orientação constante do item IV do Enunciado 331/TST.*"

Não bastassem essas sólidas razões, o Enunciado 363/TST, tornou definitivo, até que haja uma alteração, o entendimento de que o trabalhador que postular o vínculo empregatício com a Administração Pública, após a promulgação da atual CF, somente poderá ser admitido mediante prévia aprovação em concurso público.

> "*A contratação de Servidor Público, após a Constituição de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no seu artigo 37, II e § 2°, somente conferindo-lhe direito ao pagamento dos dias efetivamente trabalhados segundo a contraprestação pactuada.*"

30 TRF — 2ª Região, A. REScisória n° 0165/91.02.06962-0), Rel. Des. D'Andreia Ferreira, Pleno, *DJ* de 17.10.91.

31 TST, 5ª T., Rel. Min. Rider Nogueira de Brito, RR-358.982/1997-9, *DJU* de 31.03.00, p. 184.

Após a edição deste verbete, a contratação tida como nula no seio do serviço público não gera efeitos financeiros, à exceção dos dias trabalhados. O posicionamento da Maior Corte Trabalhista, em se tratando de vínculo laboral com o Poder Público, afasta a aplicação da Súmula 331/TST, uma vez que nesta hipótese é imperativa a realização prévia do Concurso Público.

Não resta dúvida que o TST fulminou a responsabilidade do pagamento das verbas rescisórias da mão-de-obra trabalhadora contratada pelo Poder Público sem a prévia aprovação em concurso público. Por igual, o vínculo trabalhista também não se configura, pois o tomador do serviço, mesmo que seja mão-de-obra, precedida de licitação, fica imune à responsabilidade solidária.

Esta orientação retira a possibilidade subsidiária do ente público, a que alude o item IV da Súmula 331 do TST, no caso do inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador.

Como o § 2°, do art. 37 da CF declara nula a contratação feita ao arrepio do inc. II, do mesmo artigo (concurso público), a única responsabilidade laboral do poder público será a de efetuar, no caso de inadimplência do empregador, o pagamento dos dias trabalhados.

Por outro lado, este fenômeno da contratação de mão-de-obra não é exclusivo das Cooperativas, levando-se em consideração que elas concorrem, em igualdade de condições, com outras empresas, em busca da melhor oferta para o tomador do serviço, tendo em conformidade com o ato convocatório.

Voltando a nossa rota, o TCU julgou representação feita pelo Juiz do Trabalho da 1ª Junta de Conciliação e Julgamento da Comarca de Niterói, contra a Universidade Federal Fluminense — UFF, pelo fato de ter contratado uma empresa que não pagou os encargos a que estaria obrigada à Seguridade Social. Nessa oportunidade, decidiu a Col. Corte de Contas, seguinte o voto do Min. Homero Santos,[32] em síntese, o seguinte:

> "*Por outro lado, dispositivos do citado Decreto-Lei, bem como da atual Lei de Licitações (n° 8.666/93), retiram expressamente a responsabilidade da Administração por encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais do contratado, resultantes da execução do contrato.*
>
> *Dessa forma, os litígios que porventura venham a ocorrer entre o contratado e terceiros serão resolvidos entre as partes, sem acarretar qualquer ônus à Administração.*"

Instado a se pronunciar novamente, o TCU[33] respondeu a uma representação formulada por um determinado licitante, que se insurgiu contra a classificação de cooperativa, tendo como lícito os procedimentos:

32 TCU, TC-575.104/95, Min. Homero Santos, *DOU* de 30.07.96, p. 14.193.

33 TCU, Rel. Min. Walter Alencar, Decisão n°. 556/1999, Pleno, DOU de 02.09.99, p. 7.080.

"*Representação formulada por licitante. Art. 113, § 1º, da Lei nº. 8.666/93. Alegação de descumprimento do edital e de aceitação de preços inexequíveis. Justificativas apresentadas. Legalidade dos procedimentos. Execução plena do contrato. Improcedência. Ciência aos interessados. Arquivamento.*"

No seu voto condutor, o eminente Min. Walter Alencar afastou a quebra do princípio da isonomia, bem como o argumento de que os preços contratados seriam inexeqüíveis:

"*Em relação ao acatamento de preços inexeqüíveis, pela não-observância do piso salarial (item b), procede a argumentação exposta no parecer jurídico, no sentido de que não é cabível exigir observância ao piso salarial, em razão de não existir vínculo empregatício entre a cooperativa e seus associados, haja vista a expressa disposição contida no art. 442, parágrafo único, da Consolidação das Leis Trabalhistas. Ademais, a execução plena do contrato comprova a improcedência das alegações de que os preços eram inexeqüíveis. No tocante ao desrespeito ao princípio da isonomia (item c), considero que a previsão de equalização dos tributos é suficiente para assegurar tratamento igualitário entre os licitantes. Assim, entendo não comprovadas as irregularidades noticiadas na presente representação.*"

Para arrematar, a 1ª Seção de Dissídios Individuais do TST baixou a Orientação Jurisprudencial nº 85, onde estabelece textualmente que "a contratação de servidor público, após a CF/88, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no artigo 37, II, da CF/88, sendo nula de pleno direito, não gerando nenhum efeito trabalhista, salvo quanto ao pagamento do equivalente aos salários dos dias efetivamente trabalhados."

Portanto, no campo da contratação pública, fica claro que não existe o óbice da responsabilidade solidária da Administração Pública quando contrata a cooperativa, após o certame licitatório, pois a CF não admite a caracterização de vínculo empregatício, sem a submissão ao salutar princípio do concurso público.

Em abono ao que foi dito, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região,[34] julgou como viável a participação das cooperativas no certame licitatório:

"Administrativo. Licitação. Cooperativas. Participação. Viabilidade. 1. Mantida a sentença que julgou procedente o pedido e concedeu a segurança permitindo a participação de cooperativa em concorrência pública, pois o art. 9º da Lei nº. 8.666/93 não faz as restrições pretendidas pela Administração. 2. Por outro lado, a Constituição Federal de 1988 (art. 174, § 2º) estabelece princípio de estímulo ao cooperativismo e outras formas de associativismo, devendo ser prestigiada, desta forma, a licitação que observou o princípio em comento. 3. Apelação e remessa oficial improvidas."

34 TRF, 4ª Região, AMS nº 2000.71.02.000758-2-RS, 3ª Turma, Relª. Desª. Fed. Marga Inge Barth Tessler, unânime, DJU de 21.11.01.

Assim sendo, o fundamento da caracterização da ilegalidade da contratação da cooperativa, por afrontar ao texto consolidado na Súmula nº. 331/TST, fica prejudicado, como já amplamente discorrido.

VIII — Conclusão

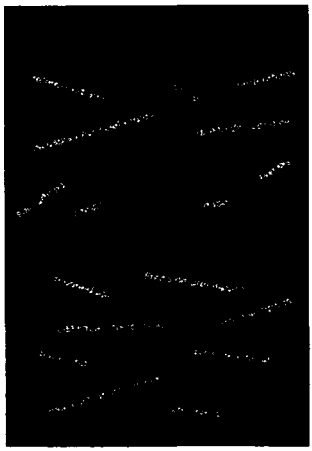
Após a presente explanação, concluímos que o acordo firmado entre a UNIÃO FEDERAL e o Ministério Público do Trabalho é nulo de pleno direito, por ter sido subscrito por agente incapaz, dentre outros vícios, não radiando efeitos para as cooperativas.

Esse natimorto "acordo" não possui força para impossibilitar a participação das Cooperativas em certame licitatório promovido por entes de direito público em geral.

Rio de Janeiro, 29 de julho de 2003.

Elementos de Direito Urbanístico

Ricardo Pereira Lira



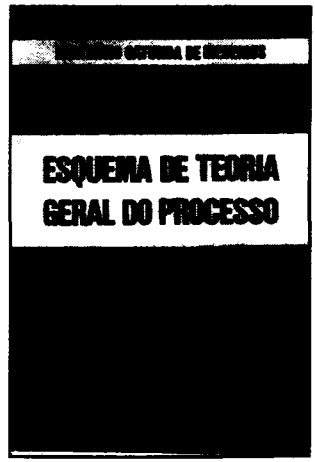
Esta coletânea oferece o leque das perspectivas do ordenamento jurídico brasileiro desde as origens coloniais até o tratamento na vigente Constituição. Não é apenas um ensaio descritivo do direito nacional, mas uma valiosa apresentação crítica dos rumos e objetivos de uma política legislativa que procure valorizar a qualidade de vida no campo e na cidade. É direcionada aos legisladores e aos juízes que, por dever de ofício, cada qual em sua área própria, têm a missão precípua de tornar realidade os pressupostos de uma sociedade equânime e solidária.

Ref. 0147 **Brochura** **400 págs.**
Form. 14x21 **1997**

Esquema de Teoria Geral do Processo

Hortencio Catunda de Medeiros

Revela-se neste livro forte personalidade intelectual e autonomia mental, que já se haviam feito notar na interessante tese "Recursos Atípicos" e em artigos doutrinários de acentuada contribuição pessoal. Oferece ainda conhecimento introdutório ao estudo das ciências particulares do processo, exaltando o processo civil e o penal. Se a síntese esclarece melhor o pensamento, aqui o estudante encontrará a primeira noção dos conceitos básicos da processualística.



Ref. 0029 **Cartonado** **154 págs.**
Form. 14x21 **1998** **3ª ed.**