

## O CONTRATO ADMINISTRATIVO E AS COOPERATIVAS

*Mauro Roberto Gomes de Mattos*

*Advogado no Rio de Janeiro. Vice Presidente do Instituto Ibero Americano de Direito Público – IADP, Membro da Sociedade Latino-Americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social, Membro do IFA – Internacional Fiscal Association. Conselheiro efetivo da Sociedade Latino-Americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social. Comendador da Ordem do Mérito Judiciário do Trabalho admitido no Conselho em agosto/95. Agraciado com a Comenda da Ordem Ministro Silvério Fernandes de Araújo Jorge, no Grau Máximo (Grã-Cruz).*

### I – DO SURGIMENTO DAS COOPERATIVAS

As Cooperativas ganharam forma com o nascimento dos Sindicatos, que podiam organizá-las.

E o primeiro Texto Legal que fez remissão a essa possibilidade jurídica foi o Decreto 979, de 6 de janeiro de 1903, que ao facultar aos profissionais da agricultura e indústrias rurais a organização de sindicatos para a defesa de seus integrantes, expressamente, no seu art. 10, fez a seguinte alusão:

“Art. 10 – A fusão dos sindicatos nos casos de organização de caixas rurais de crédito agrícola e de cooperativas de produção ou de consumo (de sociedade de seguros, assistência, etc.) não implica responsabilidade direta dos mesmos nas transações, nem os bens nelas empregados ficam sujeitos à liquidação judicial, sendo a liquidação de tais organizações regida pela lei comum das sociedades civis.”

Posteriormente, o Decreto nº 1637, de 5 de janeiro de 1907, veio para fortalecer o cooperativismo no seio sindical, pois refere-se à criação de sindicatos profissionais e sociedades cooperativas, sendo certo que o item “c” do seu art. 3º permitia às entidades sindicais se “organizar em seu seio e para os seus membros, instituições de mutualidade, previdência e cooperação de toda a sorte, constituindo essas, porém, associações distintas e autônomas, com inteira separação de caixas e responsabilidade.

Pela dicção do art. 10º do citado diploma legal, as sociedades cooperativas podiam ser anônimas, em nome coletivo ou comandita, regidas pelas leis que regulam esses tipos de sociedades, com as devidas modificações surgidas pelo texto em tela.

Após alguns anos de reflexão, foi baixado o Decreto nº 22.239, que reformou as disposições do Decreto nº 1.637/1907 relativas as sociedades cooperativas, sendo estipulado no seu artigo inaugural:

“Art. 1º - Dá-se o contrato de sociedade cooperativa quando sete ou mais pessoas naturais, mutuamente, se obrigam a combinar seus esforços, sem capital fixo predeterminado, para lograr fins comuns de ordem econômica, desde que observem, em sua formação, as prescrições do presente Decreto.”

Esta “virada de página legal” foi de suma importância para o crescimento do cooperativismo em nosso país, tendo em vista que foram criados conceitos que até então eram inexistentes para o aludido segmento.

Nessa moldura, o art. 2º do citado texto legal deixou bem nítido que as sociedades cooperativas são de pessoas e não de capitais, de forma jurídica *sui generis*, que se distinguem das demais sociedades pelos pontos elencados naquele Decreto.

Assim, o § 2º do art. 16 do Decreto *sub examem* foi bem taxativo quando:

“§ 2º - É permitido às Cooperativas adotar por objeto qualquer gênero de operações ou de atividades na lavoura, na indústria, no comércio, no exercício das profissões e todos e quaisquer serviços de natureza civil ou mercantil, podendo ser ou não, lucrativo, contanto que não fira a lei, a moral e os bons costumes.”

Por sua vez, o art. 21 classifica as sociedades cooperativas como:

“Art. 21 – As sociedades cooperativas podem se classificar nas seguintes categorias principais: cooperativas de produção agrícola, de produção industrial, de trabalhos (profissional ou de classe), de beneficiamento de produtos, de compras em comum, de consumo, de abastecimento de crédito, de seguros, de construção de casas populares, cooperativas editoriais e de cultura intelectual, cooperativas escolares, cooperativas mistas, cooperativas centrais, cooperativas de cooperativas (federações).”

Nessa balada, o art. 24 define as cooperativas de trabalho sob o seguinte enfoque:

“Art. 24 – São cooperativas de trabalho aquelas que constituídas entre os operários de uma determinada profissão ou ofício, ou de ofícios vários de uma mesma classe, têm como finalidade primordial melhorar os salários e as condições de trabalho pessoal de seus

associados, e, dispensando a intervenção do patrão ou empresário, se propõem a contratar, a executar obras, tarefas, trabalhos ou serviços, públicos ou particulares, coletivamente por todos ou por grupos de alguns.”

Deixando de lado o presente comando legal, é de se abrir parênteses para registrar o surgimento do Decreto nº 23.611, de 20 de dezembro de 1933, que ao revogar o Decreto Legislativo nº 979/1903 facultou a instituição de consórcios profissionais cooperativos.<sup>1</sup>

Com a vinda do Decreto nº 24.647, de 10 de julho de 1934 houve a revogação do Decreto nº 22.239, de 19 de dezembro de 1932, sendo estabelecido bases e princípios novos para a cooperação profissional e também para a cooperação social.

Em 1º de agosto de 1938, foi baixado o Decreto-Lei nº 581, que dispõe sobre o registro, fiscalização e assistência de sociedades cooperativas, revogando o Decreto nº 23.611/1933 e 24.647/34; e vigora o Decreto nº 22.239/1932.

Com a mesma intensidade, os anos foram marcantes para a criação de novas regras para o cooperativismo como um todo, a saber:

✍ Decreto-Lei nº 926, de 5 de dezembro de 1938 – Versa sobre a constituição, funcionamento e fiscalização das sociedades cooperativas de seguros;

✍ Decreto nº 6.980, de 19 de março de 1941 – Foi por este instrumento legal que foi aprovado o Regulamento para a fiscalização das sociedades cooperativas, estabelecido no Decreto-Lei nº 581/1938;

✍ Decreto-Lei nº 5.893, de 10 de outubro de 1943 – dispõe sobre a organização, funcionamento e fiscalização das cooperativas;

✍ Decreto-Lei nº 6.274, de 14 de fevereiro de 1944 – modifica algumas disposições do Decreto-Lei nº 5.893/1943;

✍ Decreto-Lei nº 8.401, de 19 de dezembro de 1945 – Revoga os Decretos-Leis nºs 5.983, de 19 de outubro de 1943 e 6.274, de 14 de fevereiro de 1944, exceto as disposições dos arts. 104 e 118, e seus parágrafos, vigorando o Decreto-Lei nº 581/1938, o Decreto nº 22.239/1932;

✍ Decreto-Lei nº 59, de 21 de novembro de 1966 – Criou o Conselho Nacional do Cooperativismo, revogando todas as leis anteriores<sup>2</sup> e permitindo as cooperativas a adoção de qualquer gênero de serviços, operações ou atividades (art. 5º);

---

<sup>1</sup> Prescrevia o § 2º do artigo 14 do Decreto 23.611/1933. “É atribuição primitiva dos consórcios profissionais cooperativos a organização de cooperativas de qualquer espécie.”

<sup>2</sup> O artigo 4º ficou assim redigido: “As cooperativas, qualquer que seja sua categoria ou espécie, são entidades de pessoas com forma jurídica própria, de natureza civil, para a prestação de serviços ou execução de atividades sem finalidade lucrativa, não sujeitas à falência, distinguindo-se das demais sociedades pelas normas e princípios estabelecidos na presente lei.”

✍ Decreto nº 60.597, de 19 de abril de 1967 – regulamentou o Decreto-Lei nº 59/1966;

✍ Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971 – define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas.

✍ Decreto nº 3.084, de 6 de maio de 1999 – institui o novo regulamento dos benefícios da Previdência Social, onde inclui como segurado da Previdência Social os associados das cooperativas de trabalho (art. 9º, inc. IV).

Após esta síntese apertada dos comandos legais que deram suporte ao fortalecimento do cooperativismo, a Constituição Federal de 1988, arts. 3º, I e 174, § 2º, determina que a lei apóie e estimule o cooperativismo e outras formas de associativismo.

Fica cristalino que as autoridades públicas não poderão abolir e desestimular o funcionamento de um ente que possui a personalidade jurídica de Cooperativa, pelo contrário, deverão apoiar e criar condições que possibilitem o desenvolvimento regular nos entes cooperados.

Destaca-se, por oportuno, o art. 5º, XVII, também do Texto Maior, que afasta a interferência estatal no surgimento e no funcionamento das Cooperativas:

“A criação de associações e, na forma da lei, a de Cooperativas, independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento.”

A Constituição Federal reservou outros dispositivos em seu corpo, todos possuindo a mesma direção, ou seja, o estímulo à formação e ao desenvolvimento das entidades cooperativas.

## **II – NATUREZA JURÍDICA**

As sociedades cooperativas nasceram no início do Século XIX, tendo como suporte o solidarismo:

“A solidariedade, cujo lema é ‘um por todos e todos por um’, visou a se contrapor ao individualismo capitalista, ainda mais acirrado nos seus primórdios.”<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Iara Alves Cordeiro Pacheco, *Cooperativas de Trabalho x Intermediação de Mão-de-Obra*, in *Síntese Trabalhista* nº 85, jul/96, Ed. Síntese, p. 15.

São associações de pessoas que se agrupam, para em conjunto, atingirem determinado fim econômico apesar de não possuírem fins lucrativos.

Feliz foi a conceituação do ilustre Juiz Federal da 3ª Região, Dr. Renato Lopes Becho:<sup>4</sup>

“As Cooperativas são associações de pessoas que se unem para atingir determinado fim específico, organizando um empreendimento com características diversas das demais pessoas jurídicas, tanto civis como comerciais.

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

Valentim Carrion,<sup>5</sup> em curtas, porém sólidas palavras, emite o seguinte conceito:

“Conceituamos a cooperativa como a associação voluntária de pessoas que contribuem com seu esforço pessoal ou suas economias, a fim de obter para si, as vantagens que o agrupamento possa propiciar.”

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

Na primeira hipótese, as cooperativas de contribuições pecuniárias podem ser de crédito (empréstimos em condições mais vantajosas do que as do mercado), de produção agropecuária, em forma de consórcios (de bens de consumo ou de veículos) e das habitacionais.

Por sua vez, 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.”<sup>6</sup>

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, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeita a falência,

---

<sup>4</sup> Renato Lopes Becho, *A Participação de Cooperativas nas Licitações da Administração Pública*, in RDA nº 224:51.

<sup>5</sup> Valentim Carrion, “Cooperativas de Trabalho – Autenticidade e Falsidade”, Revista LTR nº 63-02/167.

<sup>6</sup> Valentim Carrion, “Cooperativa de Trabalho – Autenticidade e Falsidade”, in Revista LTR nº 63-02/167, Ed. LTR, fevereiro/99).

constituída para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características:

I – adesão voluntária, com número ilimitado de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços;

II – violabilidade do capital social, representado por quotas-partes;

III – limitação do número de quotas-partes do capital para cada associado, facultado, porém, o estabelecimento de critérios de proporcionalidade, se assim for mais adequado para o cumprimento dos objetivos sociais;

IV – inacessibilidade das quotas-partes do capital a terceiros, estranhos à sociedade;

V – singularidade de voto, podendo as cooperativas centrais, federações e confederações de cooperativas, com exceção das que exerçam atividade de crédito optar pelo critério da proporcionalidade;

VI – “quorum” para o funcionamento e deliberação da Assembléia Geral baseado no número de associados e não no capital;

VII – retorno das sobras líquidas do exercício, proporcionalmente às operações realizadas pelo associado, saldo deliberação em contrário da Assembléia Geral;

VIII – indivisibilidade dos Fundos de Reserva e de Assistência Técnica, Educacional e Social;

IX – neutrabilidade política e discriminação religiosa, racial e social;

X – prestação de assistência aos associados, e, quando prevista nos estatutos, aos empregados da cooperativa;

XI – área de admissão de associados limitada às possibilidades de reunião, controle, operações e prestação de serviços.”

Deixando de lado a natureza jurídica das Cooperativas, não se pode deixar de realçar que elas poderão adotar por objeto qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, a teor do que vem estatuído no art. 5º da Lei 5.764/71.

As sociedades cooperativas poder ser classificadas em: I) singulares; II) centrais ou federações ou, III) confederações.

A própria lei declinada, através da dicção dos incisos, I, II e III, do art. 6º faz a seguinte definição sobre as citadas classificações:

I – singulares, as constituídas pelo número mínimo de 20 (vinte) pessoas físicas, sendo excepcionalmente permitida a admissão de pessoas jurídicas que tenham por objeto as mesmas ou correlatas atividades econômicas das pessoas físicas, ainda aquelas sem fins lucrativos;

II – cooperativas centrais ou federações de cooperativas, as constituídas de, no mínimo, 3 (três) singulares, podendo, excepcionalmente, admitir associados individuais;

III – confederações de cooperativas, as constituídas, pelo menos, de 3 (três) federações de cooperativas centrais, da mesma ou de diferentes modalidades.”

Outrossim, diz o artigo 7, que as cooperativas singulares se caracterizam pela prestação direta de serviços aos associados.

Deixando de lado a Lei nº 5.764, urge salientar que através da passagem legislativa da Lei nº 8.949/1994, foi de curial importância para a proliferação do movimento das cooperativas, que obtiveram imperioso acréscimo ao parágrafo único do art. 442 da CLT, tendo em vista que afasta o vínculo empregatício do cooperado com a entidade ou empresa que se utiliza ou contrata os serviços de uma cooperativa.

Assim, pela nova redação do comando legal multicitado, o associado da cooperativa não possui vínculo empregatício nem com a cooperativa e tampouco com a tomadora dos serviços.<sup>7</sup>

### **III – O CONTRATO ADMINISTRATIVO E A COOPERATIVA**

Muita discussão tem sido levada a efeito sobre a licitude da contratação pública de cooperativa, após a participação vitoriosa em certame licitatório.

Para se chegar a uma conclusão legítima sobre este impasse iremos destacar o texto legislativo aplicável à matéria, para após externarmos nossa opinião sobre a legalidade ou não da contratação de cooperativa precedida do procedimento licitatório promovido por órgão público.

A Lei nº 8.666/93 não traz nenhuma recomendação que impossibilite a participação de cooperativas nas licitações. Por igual, a Lei 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.

---

<sup>7</sup> Sobre o assunto, Newton Sarat e Rogério Pires Moraes teceram os seguintes comentários: “A partir de então, a cooperativa passou a ter a real possibilidade de dirigir sua atuação para o mercado, pois viu-se reduzido significativamente o risco de o cooperado ser considerado empregado da empresa contratante.” (Cooperativa de Trabalho – Um diferencial Inteligente, Ipsis Litteris Editora, 1997, p. 29)

Por este singelo argumento, por si só, não seria suficiente para concluir-se que a cooperativa estaria legitimada para submeter-se à licitação pública, pois o silêncio da lei não é suficiente para possibilitar no direito público, a tomada de decisões, pois o administrador público, está atrelado ao princípio da legalidade, onde a lei é o freio de desmandos e permite que o administrado cobre do Poder Público, a tomada de atos vinculantes aos comandos legais existentes (império da lei).<sup>8</sup>

Nessa moldura, para participar da licitação, os interessados deverão cumprir o que vem estatuído no art. 27 da Lei nº 8.666/93, e apresentar documentação relativa a: habilitação jurídica; qualificação técnica; qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal.

Todavia, a Lei de Licitação não traz em seu bojo recomendação expressa de quem pode ou não participar da concorrência. Ela apenas cria etapas para os interessados, que previamente sejam habilitados à participar do certame.

Surge, assim, na habilitação, contida no art. 27 da Lei nº 8.666/93, a condição para o participante se tornar apto<sup>9</sup> em continuar no certame, se submetendo as demais fases da concorrência.

A Lei em questão não veda a participação de todos os brasileiros ou estrangeiros em situação de regularidade.

Falamos sobre o assunto em nosso *Licitações e Seus Princípios na Jurisprudência*.<sup>10</sup>

“A regra igualitária que deve nortear o processo licitatório tem como ‘foco de mira’ possibilitar o maior número de habilitados interessados, aumentando a salutar competição, com o afastamento de exigências demasiadamente rigorosas, que só possuem o feito de liminar a disputa.

Não é esse o interesse público, que antes de mais nada será cultuado quando a Administração, seguindo a lei, permitir que haja o maior número de participantes no certame.”

---

<sup>8</sup> “El significado estricto del principio de legalidad alude, como antes señalamos a la forma específica en que la Administración se encuentra sometida a las normas con rango de ley: una forma bastante diversa de la paralela sujeción a las mismas de los sujetos privados.” (Juan Afonso Santamaría Pastor, *Principios del Derecho Administrativo*, vol. I, 3ª ed., Editorial Centro de Estudios Romón Areces S.A., 2000, Madrid, ps. 91/92.

<sup>9</sup> Tivemos a oportunidade de deixar registrado o seguinte: “Na habilitação é que se constata a aptidão dos licitantes, sendo que o artigo 27 da Lei 8.666/93, ao discorrer sobre a habilitação nas licitações, exige dos interessados documentação relativa a habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal.” (Mauro Roberto Gomes de Mattos, *Licitações e seus Princípios na Jurisprudência*, Ed. Lumen Juris, 1999, p. 173.

<sup>10</sup> Mauro Roberto Gomes de Mattos, ob. cit. ant., p. 173.



Em igual sentido, Antônio Roque Citadini,<sup>11</sup> no seu consagrado *Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas*, consignou:

“A Administração deve proporcionar condições para que o maior número possível de participantes tenha conhecimento e acesso ao certame, razão pela qual, deve exigir nesta fase apenas comprovação das condições que lhe assegure não estar realizando um procedimento temerário, com participantes que não preencham as qualificações mínimas exigidas por lei.”

O direito de contratar com a Administração Pública é garantido a todos quantos preenchem os requisitos elencados pelo art. 27, da Lei nº 8.666/93: idoneidade (habilitação jurídica); qualificação técnica (performance técnica) e condições econômico-financeira capaz de garantir a execução do contrato.

Em feliz passagem, Marçal Justen Filho, diz que o “direito de licitar se subordina ao preenchimento de certas exigências, previstas na lei e no ato convocatório. Essas exigências se referem quer à pessoa do licitante quer à proposta por ele formulada.”<sup>12</sup>

Após a presente passagem doutrinária, não há como negar que a Lei de Licitação traz no seu corpo a possibilidade de todos os interessados participarem da concorrência, devendo, para tanto, se enquadrarem nos requisitos constantes no ato convocatório, que sempre que possível será o mais aberto, sem a presença de cláusulas restritivas ou recomendações que inibam o maior número de concorrentes. O espírito do certame é trazer para a concorrência o maior número de concorrentes<sup>13</sup> que tenham a capacidade jurídica, técnica e financeira mínima para contratar com o poder público, sem exigências fortuitas ou restritivas da competição.

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

*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

---

<sup>11</sup> Antonio Roque Citadini, *Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas*, ob. cit. ant., p. 246.

<sup>12</sup> Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 2000, Ed. Dialética, p. 302.

<sup>13</sup> Visa a concorrência pública fazer com que o maior número de licitantes se habilitem para o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de coisas e serviços mais convenientes a seus interesses. Em razão desse escopo, exigência demasiadas e rigorosismo inconstitucionais com a boa exegese da lei devem ser arredados. Não deve haver nos trabalhos nenhum rigorosismo e na primeira fase da habilitação deve ser de singeleza o procedimento licitatório.” (TJ-RS, Ag. 11363, RDP 14:240, *apud*, Aspectos Jurídicos da Licitação, Adilson Abreu Dallari, Saraiva, 4ª ed., 1997, p. 115.

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 5.764/71 não se choca com o Lei 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,<sup>14</sup> exemplificando quais foram os trabalhos ou serviços similares ao disputado na concorrência pública.

A capacidade econômica é aquela que demonstra que financeiramente o contrato 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,<sup>15</sup> 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.

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 afasta-la da concorrência.

---

<sup>14</sup> “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.

<sup>15</sup> 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.

Aliás, esta também é a opinião do magistrado paulista, Renato Lopes Becho.<sup>16</sup>

“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<sup>17</sup> 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, como tal se estiver apta juridicamente à convocação, cumprindo requisitos da habilitação poderá participar do certame licitatório em igualdade de condições com os demais concorrentes interessados.<sup>18</sup>

#### **IV – A COOPERATIVA INSTITUÍDA COM A FINALIDADE ESPECÍFICA DE PROMOVER A COLOCAÇÃO, NO MERCADO DE MÃO-DE-OBRA DOS PRÓPRIOS ASSOCIADOS OU A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A TERCEIROS COM EQUIPAMENTOS OPERADOS PELOS PRÓPRIOS ASSOCIADOS PODE CONTRATAR COM ÓRGÃOS PÚBLICOS?**

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, através da Consulta nº 439155 – Relator Cons. Fued Dibb, Pleno de 2/4/97,<sup>19</sup> feita pelo Prefeito Municipal de Timóteo, sobre a legalidade de contratação de cooperativa após procedimento licitatório promovido por Órgão Público, deliberou que o “ente público não poderá, obviamente contratar serviços prestados por cooperativa destinada à colocação, no mercado, de mão-de-obra dos seus associados.” Este posicionamento não é isolado, decorrendo da corrente que entende que as Cooperativas não são concebidas para contratar com terceiros (que não sejam cooperados), formando vínculo empregatício diretamente com o tomador do serviço.

No seu voto condutor, o eminente Cons. Fued Dibb concluiu que as cooperativas legalmente constituídas “com objetivos sociais definidos, dentre as suas atividades, a prestação de serviços a terceiros, a comercialização de mercadorias ou a industrialização de produtos não estão impedidos de contratar com órgão público, desde que não se destinem à colocação, no mercado, de mão-de-obra dos seus associados e desde que atendam a todas as

---

<sup>16</sup> cit. ant., RDA 224:65.

<sup>17</sup> Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 7ª ed., Dialética, p. 316.

<sup>18</sup> “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 nº 9, set/98, p. 452).

<sup>19</sup> *In Interesse Público Especial – Licitação e os Tribunais de Contas*, apresentação do Cons. Helio Saul Mileski, ed. Nota Dez, 2001, p. 83.

exigências legais no processo administrativo instaurado para esse fim, em igualdade de condições com os demais concorrentes.” (g.n.)

Ao divergir desse entendimento, o Cons. Moura e Castro, na mesma sessão de julgamento pediu vistas do procedimento, e apresentando o seu voto *a posteriori*, tornou-se o vencedor, onde foi fixado que a Cooperativa não pode participar de nenhuma licitação pública:

*Premissa venia*, discordo do posicionamento adotado pelo Conselheiro Fued Dib, por entender que a sociedade cooperativa, seja qual for a natureza do serviço por ela prestado, está impedida de participar de procedimento licitatório e, via de consequência, contratar com o Poder Público.”

Em seu posicionamento, o Cons. Moura e Castro trouxe como suporte o voto do eminente Sérgio F. Quintella, Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, proferido no processo nº 102.825-6/97, referente à concorrência nº 03/96, cujo objetivo era a contratação, pela Secretaria de Estado de Saúde, de Cooperativa para prestação de serviços médicos no Hospital Estadual Rocha Faria, que também considerou impossível a utilização de cooperativas para contratação de mão-de-obra por parte do Estado, por fugir aos fins e contrariar a legislação que as criou, gerando responsabilidade do tomador (Estado) “na eventual sonegação dos direitos trabalhistas e previdenciários dos profissionais prestadores de serviço, a teor da Súmula 331 do TST, e, ainda, a evidência de que a subordinação ‘dos cooperados’ ao tomador de serviços, configura a contratação de mão-de-obra por interposta pessoa.”

Nessa vertente, o Cons. Moura e Castro incorpora as seguintes colocações aventadas pelo seu colega de Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Quintella:

“Assim, ao demonstrar os riscos para o Contratante, o caro Conselheiro faz alguns comentários e traz à colação pronunciamentos da Justiça do Trabalho que muito enriquecem o nosso estudo, a saber:

“Há evidentes riscos para o Contratante (Estado) de que a Justiça do Trabalho considere ilegal ou fraudulenta a contratação de mão-de-obra através da Cooperativa, camuflando a verdadeira relação de trabalho. Assim se pronuncia o TRT – 4ª R., RO nº 7789.

‘Cooperativa – Relação de emprego. Quando o fim almejado pela cooperativa é a locação de mão-de-obra de seu associado, a relação jurídica revela uma forma camuflada de um verdadeiro contrato de trabalho.’

O Dr. Juiz Jorge Luiz Souto Maior, em estudo sobre cooperativas, discorre:

‘As cooperativas de produção (ou mesmo de trabalho), agasalhadas por nosso sistema jurídico, pressupõem que os instrumentos da produção estejam na posse dos cooperados, além de terem estes *total*

*disponibilidade quanto produto do seu trabalho.* Ou seja, várias pessoas podem unir esforços para, com o trabalho conjunto e sem fins lucrativos, suprir uma necessidade que lhes era comum.

O trabalho e o resultado desse trabalho executado são usufruídos pelos cooperados, não por terceiros. Não há, por assim dizer, a possibilidade de comercialização desse trabalho, pois do contrário estar-se-ia diante de uma sociedade comercial como outra qualquer, não de uma cooperativa..

As cooperativas, portanto, apesar de ter evidentes objetivos empresariais, pois *visam à melhoria das condições de vida dos seus associados, não podem ser constituídas* com o único propósito de colocar mão-de-obra a serviço de outrem” (grifo meu).

Impossível traduzir como benefício a simples remuneração dos serviços prestados, não havendo conseqüentemente, dessa forma, nenhuma distinção entre a empresa privada e a cooperativa.

A sentença do MM Juiz Alexandre A. de Menezes , da 63 J CJ do Rio de Janeiro (07.03.97), na reclamação trabalhista em que uma cooperada (Autora) moveu contra sua Cooperativa (Ré), estabelece:

“Com relação ao trabalho realizado pela autora como cooperada IPLANRIO, através da intermediação de mão-de-obra pela Ré, a fraude é clara, pois a cooperativa de serviços não preenche os requisitos do cooperativismo.

Todavia, o vínculo de empregado é com a Tomadora, IPLANRIO, pois era esta que controlava e remunerava o serviço da autora, e não a Ré, que quando muito poderia ser responsável solidariamente em razão da fraude, fato este incluído no rol dos atos ilícitos.

Mas, a real empregadora não era a Ré, pois a *empresa pública para não contratar diretamente, evitando assim o concurso público, utiliza-se da fraude ou falsa cooperativa.*

Razão pela qual este juízo não reconhecendo a relação de emprego entre a Autora e a Ré julga improcedente os pedidos” (grifo meu).

No processo supracitado, aquele Magistrado transcreve parte do trabalho elaborado pela Dra. Iara Alves Cordeiro Pacheco, Juíza do Trabalho da 15ª Região:

“De acordo com a Lei 5.764/71 as cooperativas de trabalho não podem atuar como intermediadoras de mão-de-obra, sendo inócua o parágrafo único do art. 442 da CLT.

A intermediação de mão-de-obra, conforme a Súmula 331 do TST, somente é possível quando se tratar de serviços especializados ligados

à atividade-meio e desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação, garantida a responsabilidade subsidiária do Tomador de serviço no caso de inadimplemento da empresa interposta” (grifo meu).

*Simili modo*, merece atenção especial a explanação feita sobre o tema pelo Conselheiro Quintella, frente à questão da terceirização e, via de consequência, da Súmula 331 do TST, e com apontamento e Deliberação nº 178, do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro. Vejamos:

Ainda que não exista definição legal de terceirização, há farta literatura esclarecedora sobre o tema. Segundo o Dr. Sérgio Pinto Martins em seu livro *A terceirização e o Direito do Trabalho*, Editora Malheiros, 2ª edição, define-se terceirização como sendo:

“... a possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode envolver tanto a produção de bens, como de serviços.”

Esta Corte de Contas, através da Deliberação TCE nº 178, de 10.03.94, estabeleceu:

“Art. 3º. Entende-se por terceirização a contratação de pessoa jurídica de direito público ou privado, objetivando a prestação de serviços vinculados exclusivamente à atividade-meio do contratante, de acordo com o disposto no Enunciado nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, e precedida de licitação” (grifo meu).

E ainda:

“Art. 5º. É nula a contratação em que foi constatada relação de pessoalidade ou subordinação direta entre o contratante e pessoa física empregada pela contratada, sendo também inadmissível a concessão direta ou indireta, a empregado da contratada, de vantagens e/ou benefícios estatutários ou trabalhistas auferidos pelos servidores da contratante” (grifo meu).

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 de serviços, salvo no caso de trabalho temporário.

II – A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com 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, bem 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.

Assim sendo, o relatório elaborado pelo Conselheiro Moura e Castro, passou a ser o ponto de vista vencedor do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, no sentido de ser negado às Cooperativas o direito da participação de certames públicos.

Como já dito no início das nossas colocações, a matéria *sub oculis* é polêmica e envolve os mais apetitosos debates, trazendo ao leitor a oportunidade de se saborear com a riqueza de subsídios desenvolvidos pelas correntes que defendem o ponto de vista já declinado do TC/MG e os que discordam deste autorizado posicionamento.

Particularmente discordo do que foi decidido tanto pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais como pelo Estado do Rio de Janeiro, por entender que não existe vedação legal capaz de impedir que a cooperativa participe do processo licitatório.

Visa a licitação garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa, sendo processada e julgada em estrita conformidade com, dentre outros, o princípio da legalidade, o que nos leva a concluir que a Administração Pública para excluir as cooperativas do certame, terá que ter norma expressa nesse sentido, pois a Lei nº 8.666/93 não fixa o elenco de pessoas jurídicas ou físicas que estão aptas ou não para participarem de concorrência.

Já foi visto anteriormente que as Cooperativas poderão fornecer bens e serviços a não-associados, desde que tal faculdade atenda aos seus objetivos sociais, consoante determinação expressa do art. 86 da Lei nº 5.764/71, cabendo esclarecer que nos termos do seu art. 111, a receita auferida deverá ser estipulada.

Ora, a Lei nº 5.764/71 não veda a participação da cooperativa em pleitos administrativos, sendo certo, que a Lei nº 8.666/93 também permite que todos os interessados que tenham a habilitação deferida no certame público possam concorrer entre si, visando a contratação pública.

Para qualquer interessado participar de uma licitação, ele deverá lograr a habilitação, ou seja, demonstrar que possui capacidade técnica, jurídica e financeira par fazer frente aos seus encargos, independentemente da sua personalidade jurídica.

A condição *sine qua non* para a participação no certame licitatório, portanto, é ter deferida a habilitação com a comprovação de que o interessado possui condições suficientes para se submeter as regras da concorrência, em igualdade de condições entre os concorrentes.

Aliás, outra não poderá ser a interpretação, tendo em vista que se houvesse lei que vedasse a participação da cooperativa no seio da concorrência pública, hipótese que não ocorre, ela seria inconstitucional, por agredir o que vem contido no § 2º do art. 174, da CF:

“Art. 174 – (...)

§ 2º - A Lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.”

O constituinte moderno deixou bem cristalino que o legislador ordinário deverá, de todas as formas, apoiar e incrementar a expansão do cooperativismo. E uma das formas é a participação nos certames licitatórios.

Assim, desprocede a crítica de que descabe a contratação da cooperativa por parte do poder público.

Enfrentando a outra crítica, qual seja: contratação de cooperativas quando o serviço é prestado aos não associados burla a legislação trabalhista, também não merece guarida, como será discorrido.

A contratação de mão-de-obra por parte do Poder Público, não afronta a Constituição Federal, tendo em vista que ela colocou à disposição do tomador do serviço a oportunidade de selecionar candidatos mediante concurso público, como regra para a concretização de vínculo jurídico com o servidor contratado para o preenchimento de cargo ou emprego público criado por lei, sendo que a outra situação totalmente diferente, é a contratação da prestação de serviço mediante licitação, onde o menor preço é a melhor técnica será decisiva para a proclamação do vitorioso do certame, sem a caracterização de um vínculo com a Administração Pública.

O ilustre Procurador do Estado do Rio de Janeiro e consagrado doutrinador, Marcos Juruena,<sup>20</sup> discorrendo sobre a matéria, assim se posicionou:

“Quando não existem cargos ou empregos públicos criados, há possibilidade de obtenção desses serviços por meio da contratação da empresa ou de um prestador de serviço. Nos termos da Lei Maior, a opção do administrador público tem natureza discricionária, à luz, mais uma vez, do princípio da economicidade. Ao administrador público cabe decidir se seleciona a pessoa do prestador do serviço, mediante concurso público, ou se contrata uma empresa prestadora de serviço público por licitação. Ambos privilegiam o mérito, a competição, a igualdade e a publicidade. Trata-se, portanto, de opção discricionária.

Comungando desse entendimento, Newton Saratt e outros<sup>21</sup> deixaram registrado:

---

<sup>20</sup> Marcos Juruena Villela Souto, *Igualdade e Competitividade em face de Participação nas Licitações*, in ILC nº 48, fevereiro/98, p.97.

<sup>21</sup> Newton Saratt, Adriano Dutra da Silveira, Arlindo Daibert e Rogério Pires Moraes, *Quarteirização*, Badejo Editorial, 2000, p. 92.



“No campo dos serviços, hoje o Estado passa da antes tímida inserção de um pequeno elenco em que se incluíam vigilância, limpeza, conservação e transportes à utilização com maior desenvoltura da terceirização, para contratar especialistas, executar projetos e desenvolver tarefas acessórias.

Neste ponto, discute-se, sem motivo, a ofensa ao princípio constitucional do concurso público, que estaria sendo fraudado pela utilização da mão-de-obra de estranhos aos quadros de servidores em tarefas que a estes deveriam ser entregues. Trata-se de uma visão distorcida do fenômeno. São exclusivas de servidores públicos, sem que possam ser desempenhados por pessoas estranhas ao quadro, apenas as atividades que a ninguém mais, a não ser ao Estado, o ordenamento autorize a execução. Estas são suas atividades vocacionais, conforme os exemplos citados acima (polícia, fiscalização, controle social, legislação e justiça), as quais incumbe a ele privativamente realizar como expressão do poder com que foi constituído e que nesse mesmo Estado encontram a sua única forma de execução.”

Me filio 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,<sup>22</sup> em alto e bom som afirmou:

---

<sup>22</sup> 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 n.º 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 n.º 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 n.º 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, desde que não seja atividade-fim do ente público, 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.

#### **V- DIVERGENCIAS DE DECISÕES JUDICIAIS NÃO INIBEM A LEGALIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONTRATAR COOPERATIVAS PARA O ATINGIMENTO DE SUAS FINALIDADES**

No tópico anterior, tivemos a preocupação de antes de emitir o nosso juízo de valor sobre a presente *quaestio* deixar bem clara a posição contrária a nossa, que aferroada a uma corrente jurisprudencial, fixou barreiras para a contratação de cooperativas no seio do serviço público.

Inobstante as vigorosas razões, tomamos rumos diferentes, em razão de não comungarmos com o enfoque dos entendimentos trazidos a colação pela corrente da qual divergimos.

O grande argumento defendido pela posição da qual discordamos é que a Cooperativa não foi criada para servir aos que não figuram nos seus quadros associativos e que a Súmula 331 do TST ao breca a contratação de mão-de-obra por empresa interposta, trouxe a responsabilidade subsidiária do tomador do serviço, quando o empregador incumpre as suas obrigações laborais.

Quanto ao primeiro argumento, discorremos no tópico anterior as nossas razões de discordância, fulcradas, entre outras, nos arts. 5 e 86, da Lei nº 5.764/71, que possibilitam aos entes cooperados a prestação de serviços aos seus não associados.

Por outro lado, quanto à Súmula 331/TST, igualmente entendemos que ela não se coloca como freio às nossas razões, pois o inc. IV, destaca o princípio da atividade-meio como uma das possibilidades da contratação de trabalhadores por empresa interposta.

Independentemente deste fato, a Súmula 331/TST, para a contratação pública, deverá ser interpretada com temperamentos.

Isto porque, a Súmula 331 do TST colide com o artigo 71 da Lei nº 8.666/93, e com o verbete 363, também do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

Para uma melhor análise, mister se faz transcrever os comandos declinados, iniciando-se com o Enunciado 331 do TST, *verbis*:

“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.”

A presente súmula afronta texto legal, pois o ente de direito público quando contrata por força de resultado em processo licitatório, está respaldado pelo § 1º, do art. 71, da Lei nº 8.666/93, que garante a imunidade do tomador do serviço quando o contratado se tornar inadimplente quanto aos encargos trabalhistas:

“Art. 71 – O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º - 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.”

Como já dito, no campo da contratação pública o verbete 331/TST deverá ser interpretado com as devidas cautelas.

Muito clara é a lição do Texto Legal contido na lei de licitações, não dando margem para divagações, pois a Súmula não é Lei<sup>23</sup> e nem pode ser invocada como tal para impedir a radiação imediata do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

Pior do que isto é o texto da Súmula 331/TST servir como parâmetro para obstar a aplicação do citado do art. 71 da Lei 8.666/93.

Atento a este fato, a 3ª Turma do TRT-1ª Região,<sup>24</sup> no julgamento de um Recurso Ordinário enfrentou a presente questão, seguindo o voto do Relator do feito:

“Da ilegalidade passiva *ad causam* da Recorrente. Razão lhe assiste. A recorrente contratou a primeira reclamada mediante licitação prévia, em estrita obediência aos ditames da Lei nº 8.666/93. E o art. 71 da referida Lei exclui qualquer responsabilidade da empresa contratante por qualquer débito trabalhista da empresa contratada. E as regras não podem ser suplantadas por disposições de enunciados.”

Seguindo-se, portanto, essa corrente, o TST<sup>25</sup> se pronunciou:

“Administração Pública. Responsabilidade subsidiária. Ante o que dispõe o item II do Enunciado 331/TST e o art. 71 da Lei nº 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.”

---

<sup>23</sup> O Exmo. Des. Federal do TRF – 2ª Região, Des. Sérgio D’Andrea no julgamento da Ação Rescisória nº 0165 (91.02.06962-0), Pleno, DJ de 17/10/91, em curtas porém sólidas palavras deixou registrado: “Com efeito, como salientado pelos réus, Súmula não é lei e, portanto, seu enunciado não pode servir de supedâneo rescisório.”

<sup>24</sup> TRT-1ª Região, 3ª T., Rel. Juiz Paulo Botelho, citado no artigo de Carlos Marcos Batista de Melo, “Os Enunciados nºs 331, IV e 363 do CTST – UMA, “Visão Crítica ante a Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública”, in LTR 65-11/1339.

<sup>25</sup> TST, 5ª T., Rel. Min. Rider Nogueira de Brito, RR-358.982/1997-9, DJU de 31/03/00, p. 184.

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 § 2º, somente conferindo-lhe direito ao pagamento dos dias efetivamente trabalhados segundo a contraprestação pactuada.”

Após a edição deste verbete, a contratação tida como nula no seio do serviço público não gera efeitos financeiros, à exceção dos dias trabalhados.<sup>26</sup> 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 § 2º, 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.

Todavia, tivemos a preocupação de deixar bem esclarecida a questão jurisprudencial, que serviu de suporte para a formação da corrente contrária à nossa visão, para dar oportunidade ao leitor tomar o seu rumo, pois a questão é controvertida e existem posicionamentos doutrinários/jurisprudenciais conflitantes.

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 dela 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,<sup>26</sup> em síntese, o seguinte:

---

<sup>26</sup> TCU, TC-575.104/95, Min. Homero Santos, *DOU* de 30/07/96, p. 14.193.

“Por outro lado, dispositivos do citado Decreto-Lei, bem como da atual Lei de Licitações (nº 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.”

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 ela 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,<sup>27</sup> julgou como viável a participação das cooperativas no certame licitatório:

Assim sendo, o fundamento da caracterização da ilegalidade da contratação da cooperativa; por afrontar ao texto consolidado na Súmula 331/TST, fica prejudicado, como já amplamente discorrido.

## CONCLUSÃO

Em uma economia globalizada, onde a Administração Pública Gerencial busca os resultados das suas finalidades, com o menor custo, o Estado possui a faculdade de contar com a participação de terceiros, que poderá ser um ente organizado sob a forma de cooperativa, ou não, pois o Brasil não adotou o princípio do exclusivismo, podendo elas prestarem serviços aos não associados, desde que precedido do processo licitatório, caso a competição seja viável.

Por igual, também nas hipóteses de inexigibilidade ou dispensa de licitação, previstas nos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666/93, se enquadram também na possibilidade da contratação direta da cooperativa. Não é pelo fato de ser cooperativa que o poder público não estaria legitimado em proceder a contratação desejada. Desde que o fundamento da contratação tenha como base o procedimento licitatório ou o estipulado pela lei, a cooperativa estará apta para contratar com o Estado.

---

<sup>27</sup> TRF, 4ª Região, MAS nº. 2000.71.02.0000758-2-RS, 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Maga Inge Barth Tessler, unânime, DJU de 21.11.01.

Concluimos que as cooperativas podem participar das licitações e, se ao final conseguirem lograr êxito, ser contratadas pelo Poder Público.