

Brasília, 18 de janeiro de 2008

Ao
Ministério da Educação
Comissão de Licitação

Prezados senhores,

Conforme consta no edital do Pregão Eletrônico N°. **02/2008**, a ser realizado no dia 22 de janeiro de 2008, das condições gerais para participação: "**a não proibição da participação de Cooperativas**", sendo o objeto da presente licitação, a contratação de empresa especializada para prestação de serviços de transporte a fim de atender as necessidades do MEC em Brasília e de suas Representações nos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo, inerentes ao deslocamento de servidores a serviço, observada a Classificação dos veículos na Categoria Classe IV – Serviço e demais disposições contidas no Termo de Referência – Anexo I do Edital.

Não temos qualquer laivo de dúvida que os serviços em comento estão revestidos de pessoalidade, subordinação e tantos outros requisitos próprios da relação de trabalho. Não fosse assim, não existiria um imenso número de cláusulas editalícias exigindo diversos requisitos dos motoristas alocados, bem como há necessidade de cumprimento de horário específico, o que configura a habitualidade necessária ao vínculo citado.

O TCU, nos autos do acórdão 963/2004 – plenário, assim deliberou:

63. Considerando a sua relevância para o exame das matérias que versam sobre a restrição à participação de cooperativas em licitação, cumpre registrar o atual posicionamento desta Corte acerca da questão, o qual se encontra em consonância com o Termo de Conciliação Judicial no qual a União se compromete a não mais contratar cooperativas de mão-de-obra cujos trabalhadores desempenhem funções sob o regime de subordinação, sendo apenas admissível a contratação de entes cooperados genuínos para a prestação de determinados serviços.

64. Por oportuno, reproduzimos, abaixo, trecho do Voto que subsidiou o Acórdão **1815/2003** - Plenário, exarado pelo Exmo. Ministro-Relator Benjamin Zymler nos autos do TC 016.860/2002-0:

'Diante desse novo quadro, não pode o Tribunal ignorar a jurisprudência trabalhista. Tampouco pode impelir órgão ou entidade da Administração Federal a descumprir o termo de conciliação celebrado, que possui força de decisão judicial e cuja desconstituição depende de ação rescisória.'

65. Citamos ante o exposto, que o Tribunal conferiu caráter normativo ao Acórdão em tela, **determinando à Caixa Econômica Federal que proíba a participação de cooperativas nas suas licitações, caso haja, na prestação dos serviços, elementos caracterizadores de vínculo empregatício (subordinação, pessoalidade e habitualidade).**

Os requisitos essenciais necessários para a configuração do vínculo de emprego são os seguintes: remuneração (onerosidade); subordinação; pessoalidade; continuidade (habitualidade); e alteridade. Remuneração significa trabalho **em troca de salário normalmente fixo e sempre periódico** (por hora, dia, semana, quinzena, mês, etc.); subordinação liga-se ao **recebimento e cumprimento de ordens dadas pelo patrão; pessoalidade é a impossibilidade de haver substituição do empregado;** continuidade **é a condição de não ser eventual**, trabalhando em dias e horários determinados e alteridade relaciona-se ao fato do empregado não assumir o risco do negócio em que trabalha, ou seja, prestar serviços por conta alheia.

Os requisitos do contrato de trabalho estão previstos no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

O tema é tranquilo, no qual se perquire a possibilidade de participação das Cooperativas em licitações públicas, que, no confronto com outras empresas, as deixa em posição privilegiada, quando integram embates licitatórios.

Preliminarmente, lembra-se que o objetivo primordial da Licitação é a busca da melhor proposta para um contrato com a Administração Pública, que se traduz, principalmente, na cotação do **menor preço**, dentre outras condições que são dadas a partir do objeto pretendido pelo Poder Público. Em segundo lugar, informa-se que a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), silenciou quanto à temática, ou seja, sobre a possibilidade de participação de Cooperativas nas licitações, o que motivou controvérsias de todo tipo, inclusive discussões acerca do Princípio Constitucional da Isonomia, aqui desobedecido, quando do confronto das propostas apresentadas, toda vez que Cooperativas participam de licitações, lado a lado com outras interessadas, o que, igualmente, farpeia a Lei 8.666/93, já que esta proíbe expressamente a participação de licitantes em condições desiguais. Assim preceitua o art.3º, par. 1º, da citada lei:

"Art. 3º - 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.

§ 1º - É vedado aos agentes públicos:

(...)

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.

§ 2º **Em igualdade de condições**, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços: " (Grifo Nosso)

A Lei 5.764/71 (que define a Política Nacional de Cooperativismo) art. 4º, ao conceituar as Cooperativas, determinou que estas seriam constituídas para prestarem serviços aos seus associados. Abaixo o texto legal:

"As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, **constituídas para prestar serviços aos associados (...)**"

Já o artigo 86 da mesma norma, utilizado como forma de defesa das Cooperativas toda vez que se tenta afastá-las do embates licitatórios, preceitua que tais entidades poderão prestar serviços a não associados, porém, data venia, **SOMENTE em caráter excepcional (NÃO EVENTUAL)**, e desde que tal faculdade atenda aos objetivos sociais previstos na sua norma estatutária. Vejamos o citado dispositivo;

"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".

O citado artigo revela, ressalvado o mais sábio entendimento, a patente impossibilidade jurídica das Cooperativas funcionarem como agências de locação de mão-de-obra terceirizada (o que acontece, diuturnamente, como no caso em apreço). Em relação a esse mérito não se deve olvidar que a Legislação Consolidada, em seu art.9º, comina de nulidade absoluta todos os atos praticados com o intuito de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação da lei trabalhista.

Nesse tocante é bom que se esclareça que os trabalhadores que prestam serviços às Cooperativas, encontram-se desprotegidos de qualquer tutela jurídica, já que a estes não são aplicáveis as regras trabalhistas mais comuns, mormente as que dizem respeito à segurança do trabalho subordinado. Ora, interesse da Administração é, exatamente, o contrário, ou seja: que os empregados subordinados às empresas contratadas tenham todas as garantias do emprego, outorgadas pela legislação celetista.

Outro ponto de relevo é a questão da **RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA**, que incide sobre o Estado ao acordar com seus contratados, inclusive com as Cooperativas, quando for o caso, no tocante às obrigações trabalhistas. É verdade que a Lei de Licitações deixou expresso o sentido de que as obrigações trabalhistas assumidas pelo contratado **NÃO SE TRANSFEREM PARA A ADMINISTRAÇÃO**, art. 71, abaixo transcrito, o que colide frontalmente com o Enunciado nº 331, do Superior Tribunal do Trabalho, modificado pela Resolução nº 96/2000 (Diário Oficial de 18.09.2000), que passou a considerar o poder público, quando tomador dos serviços cooperados, como **RESPONSÁVEL SUBSIDIÁRIO DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS**. Transcrevem-se os textos mencionados: Vejamos o artigo 71 e § 1º da citada norma que positiva o seguinte;

Lei 8.666/93 – "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 a 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. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 28.4.95)" (Grifo Nosso).

Enunciado nº 331/ Resolução 96/2000 –

"O Inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador implica **responsabilidade subsidiária do tomador de serviços**, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos **órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista**, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial". (Grifo Nosso).

O conflito entre esse enunciado e o artigo 71, §1º da lei nº 8.666/93, **VEM SE RESOLVENDO EM FAVOR DO ENUNCIADO**, reconhecendo o Judiciário a Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública quanto as obrigações trabalhistas, (v.g. RO nº 0702-50 de 01.05.99, TRT da 5ª região; RO nº 0772-50 de 01.17.99, TRT da 5ª região, entre outros).

Denota-se, assim, que os riscos para a Administração, na contratação de cooperativas como intermediárias de mão-de-obra, são patentes, diante da responsabilidade subsidiária que é imposta ao Poder Público, podendo gerar graves prejuízos financeiros ao Erário, (na hipótese de se apurar a presença dos requisitos do art. 3º da CLT na atividade de intermediação de mão-de-obra patrocinada por falsas Cooperativas).

Em conformidade com o entendimento aqui exarado, expõem-se a seguir posicionamentos técnicos-jurídicos dos Tribunais pátrios, começando pelo emitido no **Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, ao responder a Consulta nº 439,195, submetida àquela corte:

"Cooperativa. Participação em Licitação. Impossibilidade de contratação com o poder público. Infringência do art. 37, inc. XXI, da CF. As

vantagens decorrentes da redução de custos financeiros e sociais próprios da relação empregado-empregador fazem da cooperativa concorrente privilegiada frente aos outros licitantes, o que agride o princípio da isonomia, pedra angular da competição."

A conclusão da corte de Contas foi, também, no sentido de não haver previsão legal que possibilite a participação de Cooperativas nas licitações, propugnando pela impossibilidade de suas contratações pelo Poder Público, "seja qual for a natureza da atividade que ela exerça." 1[1]

A Procuradoria do Estado da Bahia, em valioso trabalho de Ana Lúcia Berbet Fontes, assim se posiciona:

"Assim, é defeso à Administração, ainda que com propósitos não reprováveis moralmente, admitir, em procedimentos licitatórios, sociedades, as quais, em razão de sua natureza jurídica, gozem de privilégios fiscais não estendidos às demais espécies de sociedades. A participação de cooperativas, nos certames licitatórios fere o princípio da igualdade e, por via de consequência, o da fiel observância do procedimento licitatório, que veda a participação de concorrentes em condições desiguais".2[2]

A Jurisprudência pátria contribui para o assunto, nos seguintes termos:

A cooperativa, na sua essência, visa a ajuda mútua dos associados, e não de terceiro. Fornecer mão-de-obra sob o manto de cooperativa de trabalhadores, é burlar à lei trabalhista (RO nº1.523/87 – 5ªRegião. Rel. Juiz José Pedro de Camargo R. de Souza)

Cooperativa. Relação de Emprego. Quanto 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 (TRT da 4ª Região – RO nº7.789).

1[1] BLC abril 99, p.204-208

2[2] FONTES, Ana Lúcia Berbet. Estudo sobre a regularidade da participação das cooperativas nas licitações públicas. Revista PGE, nº 23,1997. p. 2-22.

Importante esclarecer que **a presente posição** é exarada no intuito de substituir os primeiros posicionamentos sobre o assunto, que alvitavam pela possibilidade de participação das Cooperativas nas licitações, desde que as propostas fossem equalizadas, o que colocaria todas as participantes de um torneio em pé de igualdade. Na realidade, o chamado "custo/benefício" ocorrente, quando uma Cooperativa é contratada, trabalha em desfavor do Poder Público, que sai, sempre lesado (é o que acontece, infelizmente, no dia a dia), o que justifica, plenamente, a decisão de não mais aceitar estas "sociedades" como partes das relações contratuais públicas, solução, aliás, que não é isolada, tendo em vista que noutras esferas da Federação e em vários Tribunais, semelhantes contratos são, há muito, evitados.

O **ACORDO** assinado entre o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO e a ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO** (em 05.06.2003), cuja cópia está anexa, que tem por fim impedir a contratação de trabalhadores por meio de Cooperativas de mão de obra, homologado pelo Juiz da 20ª Vara do Trabalho de Brasília, do qual foram testemunhas os Presidentes das Associações Nacionais dos Procuradores do Trabalho (ANPT), dos Magistrados da Justiça do Trabalho, (ANAMATRA) e dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE), embora não obrigue a esfera estadual, serve de fundamento para a tese aqui defendida, na proporção que esclarece que a questão é de âmbito nacional e precisa ser resolvida.

Forçoso é reconhecer que na própria especificação dos serviços constantes no Termo de referência consta a descrição de disponibilidade de 12 veículos com motorista nos horários estabelecidos pela mesma.

No mesmo termo de referencia, consta que os serviços serão executados por motoristas idôneos e tecnicamente capacitados, ora, se não há subordinação, habitualidade, porque a necessidade de inserir estas e outras exigências no termo de referência?

Do mesmo modo registre-se o que estipula o contido do mesmo termo de referência, referindo-se aos motoristas do Ministério da Educação que deverão **ser fixos,** assim, resta caracterizada a habitualidade e subordinação expressamente proibidas pelo Termo de conciliação Judicial firmado pela União. O referido dispositivo ainda alerta quanto a não possibilidade de rotatividade quanto aos motoristas, logo, resta mais que claro a essência da subordinação e habitualidade, condições previstas no artigo 3º da norma consolidada.

Necessário, contudo, registrar a recente decisão do TRF da 01ª região, que no bojo do AG 2005.01.00.026028-4/DF, **cuja parte é a própria cooperativa recorrida,** assim expôs com peculiar clareza o insigne relator :

Cinge-se a controvérsia sobre a possibilidade de cooperativas participarem de licitação.

É de registrar que o item 7.2.2 do edital do Pregão 01/2005 do Ministério da Educação, que tem por objeto a contratação de **empresa especializada em serviços de transporte para a disponibilização de veículos com motoristas, com o escopo de suprir as necessidades do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE** (...) já proibia a participação de "Sociedades Cooperativas, em face do Termo de Conciliação Judicial, datado de 05/06/2003, firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a União", sendo que, in casu, a Cooperativa Recorrida foi desclassificada, pelo seguinte fundamento:

A Sociedade Cooperativa foi desclassificada uma vez que o subitem 7.2.2 do item 7 (DAS CONDIÇÕES PARA PARTICIPAÇÃO), não permitir a participação de entidades dessa natureza em face do Termo de Conciliação Judicial, de 05/06/2003, firmado entre o Ministério Público e a União.

Por sua vez, o aludido termo de Conciliação assim estabelece:

Cláusula Primeira – a UNIÃO abster-se-á de contratar trabalhadores, por meio de cooperativas de mão-de-obra, para a prestação de serviços ligados às suas atividades-fim ou meio, quando o labor, por sua própria natureza, demandar execução em estado de subordinação, quer em relação ao tomador, ou em relação ao fornecedor dos serviços terceirizados, sendo eles:

(...)

No contexto da causa, ainda que a licitação em comento tenha por objetivo, também, o fornecimento de veículos, abrange a contratação de mão-de-obra terceirizada não eventual e em caráter de subordinação, na medida em que busca, conjuntamente, a contratação de motoristas, razão por que a participação de cooperativas no certame, sem dúvida, acarretaria concorrência desleal, dado que, nessa condição, ficam elas com maior possibilidade de oferecer melhores preços, uma vez que não se submetem aos encargos trabalhistas previstos em lei .

A propósito veja-se que, ao deferir o pedido de efeito suspensivo, o Relator então convocado, Juiz Federal Manoel José Ferreira Nunes, utilizou-se das seguintes razões:

Na apreciação inicial desta espécie recursal, impõe-se verificar, a teor do art. 558 do CPC, se estão presentes, simultaneamente, os requisitos necessários à concessão do efeito suspensivo, quais sejam, a relevância na fundamentação e o risco de lesão grave e de difícil reparação a pretensão do Agravante.

Em tal perspectiva verifico que concorrem, no contexto da causa, ambos os pressupostos legais mencionados.

A questão relativa à estruturação e organização interna das entidades cooperativas tem sido alvo de acirrada polêmica, que resulta, em especial, da circunstância peculiar do funcionamento das cooperativas, as quais, via de regra, não preenchem os requisitos legais no campo das normas atinentes às relações laborais e de proteção ao trabalho, cabendo, por isso mesmo, averiguar ou investigar, rigorosamente, em cada caso, se a sociedade cooperativa cumpre toda a disciplina legal criada pelo ordenamento jurídico para funcionar como prestadora de serviços.

Ressalte-se, também, que o tema tem sido objeto de alargado questionamento, na medida em que as sociedades cooperativas, segundo o art. 4º da Lei 5.764/71, são "constituídas para prestar serviços aos associados", sendo controvertida a possibilidade jurídica de as cooperativas funcionarem como verdadeiras agências de locação de mão-de-obra terceirizada, em situação em que o cooperativado presta serviços à Administração Pública, na qualidade de subordinado e mediante contraprestação pecuniária, sem, no entanto, reger-se pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Acerca do tema em debate, a Sexta Turma desta Corte, em processo análogo, relatado pela Desembargadora Federal Maria Isabel Galloti (AG nº 2003.01.00.023353-0/DF, DJ de 17.11.2003), decidiu desautorizar a participação de cooperativa em procedimento licitatório promovido pelo Ministério da Educação, ao fundamento de que a prestação de serviços por cooperativados implicaria clara violação a normas de direito do trabalho, visto que as cooperativas, por não poderem ser havidas como empregadoras dos cooperados, não cumprem com os encargos trabalhistas legalmente instituídos em lei. Por essa mesma razão, concluiu-se, ainda, que a participação de cooperativas em licitações acarretaria a concorrência desleal, porquanto poderia oferecer melhores preços. Confira-se o teor da ementa:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. COOPERATIVA. FRAUDE À LEGISLAÇÃO TRABALHISTA.

1. Estando comprovado que a licitação visa à contratação de mão-de-obra para prestação de serviços não eventuais e em caráter de subordinação, a participação de cooperativas no certame implicaria violação à legislação trabalhista, a leis que regem a atividade cooperativa, e à própria Lei 8.666/93, que diz ser vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar no edital condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do certame.

2. Dá-se provimento ao agravo de instrumento.

No mesmo sentido são os seguintes julgados:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. (...) PARTICIPAÇÃO DE SOCIEDADE COOPERATIVA DE TRABALHO. VIOLAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRABALHISTA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PRESSUPOSTOS. INEXISTÊNCIA.

1. (...) Ademais, a participação de sociedades cooperativas em licitações do tipo não vem sendo permitida pela jurisprudência deste Tribunal.

2. Agravo desprovido.

(AG 2003.01.00.023098-3/DF, Rel. Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, Sexta Turma, DJ de 06/12/2004, p.78)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. LICITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. (...) CLÁUSULA QUE IMPEDE A PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS. LEGALIDADE. (...)

4. É válida disposição editalícia que obriga a empresa contratada a "ter sob vínculo empregatício exclusivo seus empregados, estando em dia com todos os encargos e obrigações previstos na legislação social e trabalhista em vigor" (Anexo I do Edital), o que impede a participação de cooperativas de mão-de-obra, eis que os cooperados são autônomos, sem vínculo empregatício com a entidade a que integram (CLT, art. 442).

(AG 2003.01.00.033429-4/DF, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, DJ de 25/11/2004, p.41)

Ante o exposto, **DEFIRO** o pretendido efeito suspensivo, sustentando os efeitos da decisão agravada.

Ante o exposto, adoto, na íntegra, os fundamentos declinados no decisum antes transcrito e **dou provimento** ao agravo de instrumento do FNDE.

É o meu voto.

Veja-se que o objeto daquela licitação é o mesmo do MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO.

Mediante o exposto, nos demais argumentos citados em relação, pede-se a exclusão da participação de COOPERATIVAS no referido PREGÃO, de maneira em que há que se dar provimento já que converge com o que aqui defendemos.

Termos em que, peço deferimento.

Brasília, 18 de janeiro de 2008.

ADÃO MAURÍLIO TEIXEIRA

CPF: 913.868.616-34
