

A PARTICIPAÇÃO DAS “COOPERATIVAS DE MÃO-DE-OBRA” EM LICITAÇÕES PÚBLICAS: LIMITES

Tiago Borré

*Procurador Federal junto à Procuradoria Regional Federal
da 1ª Região em Brasília/DF
Advocacia Geral da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A inexistência de vedação legal; 2 A ampliação jurisprudencial das hipóteses que permitem a exclusão das cooperativas dos procedimentos licitatórios; 3 Impossibilidade de participação das cooperativas em licitações quando evidenciada a existência dos requisitos que caracterizam o vínculo empregatício; 4 Conclusão; 5 Referências

RESUMO: O presente artigo científico tem por escopo uma análise jurídica acerca da participação de sociedades cooperativas em licitações promovidas pelo Poder Público, sempre à luz do posicionamento do Tribunal de Contas da União. Para tanto, parte-se de uma análise da evolução do tema na linha do tempo, e, nesse ponto, constata-se que, inicialmente, o Tribunal de Contas da União havia assentado o entendimento segundo o qual a vedação à participação de cooperativas em licitações estaria restrita às hipóteses de inexistência de correlação entre o objeto licitado e os objetivos sociais que embasaram a constituição daquelas sociedades. Consta-se, porém, que houve ampliação, pela via jurisprudencial, das hipóteses que permitem o afastamento das cooperativas relativamente aos procedimentos licitatórios destinados à contratação de serviços, em razão, sobretudo, de sistemáticas contratações de “cooperativas de mão-de-obra” pela Administração Pública, para fins de prestação de serviços, e de jurisprudência trabalhista que se direcionou no sentido da condenação do tomador de serviços ao pagamento de encargos trabalhistas não quitados pelos empregadores.

ABSTRACT: This scientific article is scope a legal analysis about the participation of cooperatives in bidding promoted by public authorities, always in the light of the positioning of the Court of Auditors. For both, part of an analysis of the evolution of the theme in the timeline, and, at this point it appears that, initially, the Court of Auditors was seated understanding whereby the sealing the participation of cooperatives in bids would be restricted to the chances of lack of correlation between the object licitado and social objectives that embasaram the Constitution of those societies. There is, however, that there has been expansion via case scenarios that allow the remoteness of cooperatives in relation to procedures licitatórios intended for the contracting of services, particularly systematic hiring “cooperative labor” by Government, for the purposes of provision of services and labour law that drove towards condemnation of policyholder services for payment of fees labor quitados not by employers.

PALAVRAS-CHAVE: Cooperativas. Licitações. Participação. Vedação. Vínculo empregatício. Administração.

KEYWORDS: Cooperatives. Bidding. Participation. Sealing. Employment. Administration.

INTRODUÇÃO

A problemática que envolve a participação de sociedades cooperativas em licitações promovidas pela Administração Pública é matéria que tem sido, não raras vezes, debatida na esfera doutrinária e nos julgamentos levados a efeito pelo Tribunal de Contas da União, sem olvidar, obviamente, os questionamentos que surgem cotidianamente na própria via administrativa.

Referidas entidades foram previstas pela Lei n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971, que, entre outros, instituiu o regime jurídico das sociedades cooperativas, as definindo, em seu artigo 4º, como “[...] sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados [...]”.

Em seu artigo 3º, a lei de regência dispôs que “Celebaram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro.”

A seu turno, a Constituição Federal de 1988 trouxe previsões favoráveis à existência e criação de sociedades cooperativas, como se extrai das regras dos artigos 5º, inciso XVIII¹, e 174, parágrafo segundo², este último dispondo que cabe à lei apoiar e estimular o cooperativismo.

1 A INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL

Assentadas essas premissas e já adentrando na questão de fundo a que se presta este trabalho, tem-se que, a princípio, inexistente dispositivo legal que vede a participação de sociedades cooperativas em procedimentos destinados à contratação de bens e serviços pela

1 Art.5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento; [...]

2 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 este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

[...] § 2º - A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.[...]

Administração Pública, seja na Lei n. 8.666/93, seja na legislação esparsa.

Em verdade, ao se ter em mente os princípios norteadores da licitação, notadamente o da isonomia (artigos 37, XXI da Constituição Federal³ e 3º da Lei 8.666/93⁴), não haveria que se cogitar a possibilidade de afastar as cooperativas das contratações públicas, salvo quando constatada a incompatibilidade entre o objeto da licitação e os objetivos sociais daquelas sociedades. Nesse rumo, confira-se o entendimento firmado pela Corte de Contas Federal nos autos do Acórdão n. 22/2003, exarado pelo seu Plenário:

[...] 7. No caso concreto, duas restrições impostas pelo Banco Central à participação de interessados no pregão n° 15/2002 foram objeto de questionamento por parte da representante e dizem respeito à vedação para participar do certame de empresas em consórcio e de cooperativas. O item 3 do respectivo edital estabelece os requisitos para a participação na licitação, sendo que o subitem 3.1.2, dispõe que somente podem participar da licitação empresas que não se apresentem sob a forma de consórcio ou de cooperativas, qualquer que seja a modalidade de constituição.

[...]

12. Questão diversa diz respeito à possibilidade de cooperativas participarem do pregão. Como bem destacou a Unidade Técnica, cooperativas são, por definição legal (art. 4º da Lei n° 5.764/71), sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar

3 Art.37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

4 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.

serviços aos associados, ou a terceiros não associados, desde que, nesta última hipótese, não afrontem seus objetivos sociais.

13. *Podem, portanto, como qualquer outra pessoa jurídica, celebrar contratos com terceiros. A única ressalva a esta liberdade diz respeito à vedação contida no art. 86 da mencionada Lei, no sentido de que o fornecimento de bens e serviços a terceiros, não cooperados, deve atender aos objetivos sociais da cooperativa.*

14. Não há vedação legal, portanto, para que possam celebrar avenças com o Poder Público. Como frisado anteriormente, a licitação concretiza o princípio constitucional da impessoalidade e da igualdade, portanto, as restrições a terceiros contratar com a Administração somente podem ser aquelas previstas em lei e desde que limitadas à qualificação técnica e econômica indispensáveis à execução do contrato.

15. *A Medida Provisória n° 2.026/2000, convertida na Lei n° 10.520/2002, que instituiu, no âmbito da União, o pregão não traz nenhuma vedação explícita ou implícita à participação de cooperativas nas licitações sob aquela modalidade. A Lei n° 8.666/93, por sua vez, estabeleceu os critérios de habilitação dos interessados sem, contudo, estabelecer restrições às cooperativas que preencham os requisitos de qualificação técnica, jurídica, fiscal e econômica.*

[...]

18. Como bem salientaram os autores supra e destacou a Unidade Técnica, a Constituição Federal estimulou a atividade cooperativista, consoante se depreende do § 2º do art. 174, ao estipular que a lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo. Evidente que o Estatuto de Licitações e Contratos não é a lei requerida pelo constituinte para concretizar o comando constitucional supra. Não traz ações positivas do Estado no sentido de fomentar o desenvolvimento das cooperativas. Todavia, não pode acarretar atitude negativa do Poder Público. Contraria o direito admitir que o mesmo Estado que tem por dever constitucional editar lei para incentivar o cooperativismo venha, por meio de interpretação de normas legais, restringir o desenvolvimento de cooperativas. (grifo nosso).

Perfilhava o Tribunal de Contas, portanto, a linha de entendimento segundo a qual a exclusão das cooperativas dos certames

não encontrava respaldo na legislação vigente, tampouco no texto constitucional, com exceção das situações em que o objeto licitado não guardava compatibilidade com os objetivos sociais que embasavam a sua constituição.

Encampando essa ressalva, Marçal Justem Filho⁵ leciona que:

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

Essa restrição trazida pelo Tribunal de Contas e pelo doutrinador citado decorre, em verdade, da dicção do artigo 86 da Lei n. 5.764⁶, de 16 de dezembro de 1971, do qual se extrai que a prestação de serviços por cooperativas a não associados é excepcional e precisa estar em consonância com os objetivos sociais fixados na norma estatutária.

Quanto a essa restrição, portanto, existe previsão legal, não constituindo objeto de construção doutrinária e/ou jurisprudencial.

2 A AMPLIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DAS HIPÓTESES QUE PERMITEM A EXCLUSÃO DAS COOPERATIVAS DOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS

No entanto, o tratamento da questão tomou rumo diverso, que culminou na ampliação, pela via jurisprudencial, das hipóteses que permitem a exclusão das sociedades cooperativas dos procedimentos licitatórios. Explica-se.

A reiterada participação de cooperativas “de mão-de-obra”⁷ em licitações sedimentou uma problemática anteriormente não vislumbrada, ao menos não de maneira intensa.

5 JUSTEM FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p.398.

6 Art.16. 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.

7 Conforme Cláusula Segunda do Termo de Conciliação Judicial firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a Advocacia Geral da União nos autos do processo n°. 01082-2002-20-10-00-0 (20ª Vara do Trabalho de Brasília/DF), considera-se cooperativa de mão-de-obra aquela associação cuja atividade

De fato, ao permitir a participação plena de cooperativas nos procedimentos destinados à contratação de serviços, a Administração viu-se, vez por outra, compelida a saldar débitos de natureza trabalhista.

É que, não obstante a regra inserida no artigo 442, parágrafo único, da Consolidação das Leis Trabalhistas, no sentido de que “Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela”, o Tribunal Superior do Trabalho consolidou, com a edição do Enunciado n. 331⁸, o seguinte entendimento:

Enunciado n. 331/TST:

[...]

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos 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 (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993). (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000)

Por força disso, quando configurada a existência de vínculo empregatício entre os cooperados e a cooperativa a que vinculados e desnaturada, por via de consequência, a autonomia característica dessas sociedades, é de praxe a atribuição de responsabilidade subsidiária aos entes públicos tomadores do serviço prestado, relativamente ao pagamento das verbas trabalhistas não quitadas devidamente, não sendo raros os julgados do Tribunal Superior do Trabalho nessa linha de inteligência⁹.

precíua seja 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. Disponível em: <<http://www.prt12.mpt.gov.br/prt/licitação/arquivos/pdf/AnexoVtermojudicial.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2009.

8 Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em: 11 dez. 2009.

9 AIRR - 659/2006-005-16-40.9 , Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 02/12/2009, 8ª Turma, Data de Publicação: 04/12/2009; AIRR - 797/2002-512-04-40.9 , Relator Ministro: Waldir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 01/12/2009, 1ª Turma, Data de Publicação: 04/12/2009.

Por ser bastante elucidativo, merece transcrição o seguinte trecho do acórdão proferido pela Corte Trabalhista nos autos do Recurso de Revista n. 329/2005-551-04-00.5, julgado em 11/11/2009:

[...] O parágrafo único acrescido ao artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho, pela Lei 8.949/94, dispõe que: qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela-.

Assim, a priori, a cooperativa apenas organiza o trabalho de seus associados, direciona-o para a prestação de serviços a terceiros, presta assistência e orientação aos cooperativados, sempre subordinada aos interesses destes e às deliberações das assembleias, motivo pelo qual se tem que entre associado e cooperativa não existe relação de trabalho.

A previsão do parágrafo único do artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho, todavia, não afasta as disposições dos artigos 3º e 9º do mesmo diploma legal, quando houver utilização fraudulenta da figura das cooperativas de trabalho, ou seja, quando constitui mera fachada para o `merchandage-, ficando com o lucro do trabalho prestado e intermediado, bem como na hipótese de restar demonstrada a pessoalidade e a subordinação diretas dos trabalhadores cooperativados em relação ao tomador dos serviços. Nesses casos, impõe-se o reconhecimento da existência de relação de emprego com o arremetedor de mão-de-obra (Cooperativa), e a atribuição de responsabilidade solidária pela satisfação dos créditos trabalhistas ao tomador dos serviços.

[...]

Além disso, a questão da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços está consolidada através de entendimento sumulado do TST, o qual não cogita, pelo menos objetivamente, da culpa pela má eleição do prestador de serviços.

Trata-se de responsabilidade objetiva, decorrente da própria eleição da modalidade de terceirização de determinado tipo de serviço. E tal entendimento se justifica, na medida em que o tomador do serviço beneficia-se diretamente da força de trabalho do empregado da prestadora, no caso a primeira reclamada (cooperativa).

Não se trata, na espécie, de transferir pura e simplesmente ao tomador dos serviços os encargos trabalhistas inadimplidos pelo contratado (prestador de serviços). O empregador é o prestador, a responsabilidade pelos encargos trabalhistas é sua, a ação do empregado, necessariamente, é dirigida contra o seu empregador. Apenas se incumbe ao tomador dos serviços, desde que contra ele tenha sido também dirigida a ação, e somente na hipótese de o prestador (devedor principal) não atender à condenação judicial, a obrigação de responder por ela.

Adota-se, acerca do tema, o item IV da Súmula 331 do TST e a Súmula 11 deste Regional, in verbis: A norma do art. 71, parágrafo primeiro, da Lei 8666/93 não afasta a responsabilidade subsidiária das entidades da Administração Pública, Direta e Indireta, tomadoras dos serviços.

(Relator Ministro José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, Data de Julgamento: 11/11/2009, 2ª Turma, Data de Publicação: 04/12/2009)

Atentos a essa situação, o Ministério Público do Trabalho e a Advocacia Geral da União firmaram acordo, já em 05/06/2003, nos autos do processo n. 01082-2002-20-10-00-0, perante a 20ª Vara do Trabalho de Brasília/DF, por meio do qual comprometeu-se a União a abster-se de contratar trabalhadores, por intermédio de cooperativas de mão-de-obra, para prestação de serviços ligados às suas atividades fins ou meio, quando o labor, por sua própria natureza, demandar execução em estado de subordinação, quer em relação ao tomador, quer em relação ao fornecedor dos serviços, constituindo elemento essencial ao desenvolvimento e à prestação dos serviços terceirizados (Cláusula Primeira do pacto).

Essa mesma cláusula também arrolou, exemplificativamente, algumas das atividades em que é vedada a contratação das cooperativas de mão-de-obra¹⁰.

3 IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DAS COOPERATIVAS EM LICITAÇÕES QUANDO EVIDENCIADA A EXISTÊNCIA DOS REQUISITOS QUE CARATERIZAM O VÍNCULO EMPREGATÍCIO

Diante de todo o cenário desenhado, a constatação da situação fática narrada sobrepujou a ausência de previsão legal sobre a vedação em

¹⁰ Disponível em: <<http://www.prt12.mpt.gov.br/prt/licitação/arquivos/pdf/AnexoVtermojudicial.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2009.

exame, e a Administração Pública passou a adotar postura no sentido de limitar a participação de sociedades cooperativas em licitações voltadas a contratação de serviços em que ficasse, desde logo, evidenciada a existência de subordinação, pessoalidade e habitualidade entre os cooperados e a cooperativa ou entre aqueles e a própria Administração contratante.

A propósito, em seu Curso de Licitações e Contratos Administrativos¹¹, Lucas Rocha Furtado ilustra a questão nos seguintes termos:

Em termos práticos, a contratação de cooperativa de taxistas para atender a determinado órgão público é legal e não viola a legislação trabalhista porque na relação entre trabalhador (taxista) e o destinatário do serviço não se identificam a subordinação, a pessoalidade e a habitualidade. No caso do serviço prestado por uma secretária, ao contrário, em que referidos requisitos (subordinação jurídica, habitualidade e pessoalidade) se mostram presentes, é necessariamente aplicável a legislação trabalhista, o que impede que mencionada secretária seja considerada sócia de uma sociedade cooperativa, e não uma empregada que presta serviços regidos pela CLT.

Não parece, a princípio, padecer de qualquer mácula essa vedação perpetrada pelos órgãos e entidades que compõe a Administração Pública.

Isso porque seria ilógico garantir a plena participação de cooperativas de mão-de-obra ao fundamento de preservar-se a isonomia que permeia os procedimentos licitatórios e, por outro lado, admitir-se a celebração de contratos com “falsas cooperativas” e atribuir à Administração, em momento posterior, os ônus daí decorrentes, principalmente o pagamento das verbas trabalhistas eventualmente songadas.

Evidentemente, não haveria, em casos que tais, a recomendável observância dos princípios da vantajosidade e da economicidade, que, assim como o da isonomia, também devem nortear as licitações (artigo 3º da Lei 8.666/93). Assim se afirma porque, ainda que fosse selecionada a proposta aparentemente mais atraente, posteriormente os custos a serem suportados pela administração contratante seriam

11 FURTADO, Luca Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 2 ed. rev. Ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.254-255.

inestimáveis, na medida em que estaria compelida a adimplir valores que originariamente não eram de sua responsabilidade.

E não se pode perder de vista que o princípio da economicidade, abrangido que está pelo princípio da vantajosidade, impõe adoção da solução mais conveniente e eficiente sobre o ponto de vista da gestão dos recursos públicos, e, sendo estes extremamente escassos, mostra-se imperioso que sua utilização produza os melhores resultados econômicos, do ponto de vista quantitativo e qualitativo, recaindo sobre o agente público um verdadeiro dever de eficiência gerencial¹².

Essa vem sendo, inclusive, a tese acatada, sistematicamente, pelo Tribunal de Contas da União, que já consignou ser “[...] forçoso reconhecer que, se a lei não impõe expressamente restrições à contratação de cooperativas, é dever do administrador agir com cautela, de forma a evitar que o processo de terceirização redunde em ofensa aos direitos básicos do trabalhador, bem assim em possíveis condenações judiciais [...]” (Acórdão n.1937/2003/Plenário).

Na esteia do posicionamento comungado pelo TCU, incumbe ao administrador cercar-se das cautelas necessárias quando da elaboração do edital de licitação, de modo a evitar a contratação de entidade que venha a revelar-se, posteriormente, fraudulenta, sendo

[...] de fundamental importância que [...] defina, com supedâneo inclusive em contratações anteriores, a forma pela qual o labor será executado. Se ficar patente que essas atividades ocorrem, no mais das vezes, na presença do vínculo de subordinação entre o trabalhador e o fornecedor de serviços, deve o edital ser expresso (e fundamentado) quanto a esse ponto, o que autorizará a vedação à participação de cooperativas de trabalho, ou de mão-de-obra. (Acórdão n.º.1937/2003/Plenário).

Em arremate, no mesmo julgado, o Tribunal registrou que:

[...] a vedação à participação de cooperativa não se faz em violação à Lei nº 8.666/93 ou ao texto constitucional. Pelo contrário. Assegura o princípio da isonomia, ao não permitir que entidades que se escusem de cumprir as obrigações trabalhistas concorram em condições desiguais com empresas regularmente constituídas.

12 JUSTEM FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*, 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p.64-65.

Assegura o princípio da legalidade, ao evitar a burla às normas sociais relativas à organização do trabalho, que ocorre sempre em desfavor do obreiro. Assegura, ainda, o princípio da economicidade, ao reduzir dramaticamente o risco de condenação judicial com base no Enunciado nº 331 do TST.[...]

Idêntica posição foi manifestada nos Acórdãos 1815/2003, 307/2004 e 1148/2005, todos emanados do Plenário do Tribunal de Contas. Em 2007, quando da prolação do Acórdão 1904, a Primeira Câmara da Corte de Contas reiterou o entendimento aqui aludido, consignando que:

[...]

44. Ao vedar a participação de sociedades cooperativas em licitações para terceirização de serviços, buscou esta Corte resguardar a Administração Pública, Direta ou Indireta, de ser responsabilizada subsidiariamente por créditos trabalhistas não satisfeitos pelos fornecedores de serviços (Enunciado nº 331 do TST), pois a subordinação jurídica, a pessoalidade e a habitualidade, sendo elementos essenciais para caracterização do vínculo empregatício, não podem existir na relação entre cooperado e a respectiva cooperativa.

45. Não se trata, portanto, de vedação à contratação de cooperativas lato sensu, mas somente nas hipóteses em que estiverem presentes na atividade ou serviços licitados os requisitos caracterizadores do vínculo de emprego, permanecendo, nos demais casos, lícita a contratação desse tipo societário pela Administração Pública.

[...]

Após a consolidação da jurisprudência do Tribunal de Contas da União sobre a matéria em debate, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a disciplinou também no campo legislativo, consignando, no artigo 4º da Instrução Normativa n. 02, de 30 de abril de 2008, regras para a participação de cooperativas em contratação de serviços continuados ou não. Confirma-se o dispositivo, *in verbis*:

Art. 4º A contratação de sociedades cooperativas somente poderá ocorrer quando, pela sua natureza, o serviço a ser contratado evidenciar:

I - a possibilidade de ser executado com autonomia pelos cooperados, de modo a não demandar relação de subordinação entre a cooperativa e os cooperados, nem entre a Administração e os cooperados; e

II - a possibilidade de gestão operacional do serviço for compartilhada ou em rodízio, onde as atividades de coordenação e supervisão da execução dos serviços, e a de preposto, conforme determina o art. 68 da Lei nº 8.666, de 1993, sejam realizadas pelos cooperados de forma alternada, em que todos venham a assumir tal atribuição.

Hoje, portanto, além do entendimento jurisprudencial que circunda o assunto, tem-se também a previsão legal, ainda que registrada em norma de natureza inferior – instrução normativa –, ressalvada a discussão sobre a sua legalidade.

4 CONCLUSÃO

Conclui-se que, historicamente, o Tribunal de Contas da União posiciona-se no sentido da ilicitude do afastamento das cooperativas relativamente às contratações públicas, em razão da inexistência de previsão legal para tal proceder.

Contudo, por força de inúmeras decisões da justiça trabalhista que atribuem à Administração Pública a responsabilidade pelos créditos trabalhistas não pagos por cooperativas consideradas fraudulentas e em virtude do acordo firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a Advocacia Geral da União, modificou-se esse quadro, passando o Tribunal de Contas da União a admitir a impossibilidade de participação das cooperativas em licitações voltadas à contratação de serviços em que haja a presença dos requisitos do vínculo empregatício (subordinação, pessoalidade e habitualidade).

Neste caso, porém, deve o administrador, munido de especial cautela, definir e forma como o serviço será prestado, identificando a presença ou não do vínculo de emprego entre os cooperados e a cooperativa a que vinculados e vedando, no edital de licitação, de forma fundamentada, a participação das sociedades cooperativas.

5 REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição Federal de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 fev. 2010.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 329/2005-551-04-00.5*. Relator Ministro José Simpliciano Fontes de F. Fernandes. Brasília, DF, 04 de dezembro de 2009.
- DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26. ed. rev. e atual. Malheiros, 2006.
- FERNANDES, Jacoby. *Vade-mécum de licitações e contratos: legislação selecionada e organizada com jurisprudência, notas e índices*. 3. ed. rev. atual. e ampl. 5. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009
- JUSTEM FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.