

FUNARTE

À ILUSTRE COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DA FUNDAÇÃO ANITA MANTUANO DE ARTES DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO – 005/2016

Processo nº 13.02.10.22

COOPSEGE – COOPERATIVA DE TRABALHO, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ nº 10.593.371/0001-88, situada a rua professor Francisco Fonseca nº 86, sala 04, Bacaxá, Saquarema – RJ, vem respeitosamente, perante vossa senhoria apresentar.

IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA

contra o ato convocatório, especificamente contra a vedação da participação de cooperativas – itens 12.2.10.1 e que dispõem:

4.2- Não será admitida a participação de Cooperativas em conformidade ao que dispõe a Lei Federal Nº 7.102, DE 20 DE JUNHO DE 1983:

BREVE NARRATIVA DOS FATOS

A presente Impugnação faz-se necessária diante da necessidade de correção de vício contido no Instrumento Convocatório.

A Fundação Anita Mantuano de Artes do Estado do Rio de Janeiro, publicou edital de licitação por Pregão, na forma Eletrônica, do tipo menor preço unitário, para contratação de empresa especializada de serviços de Vigia, conforme especificações contidas nos Anexos I – TERMO DE REFERENCIA, ITEN 3. – DESCRIÇÃO DOS SERVIÇOS e demais anexos, partes integrantes e inseparáveis do edital, minuta de contrato, independente de transcrição, sob o n.º N° 005/2016 – SECRETARIA DE ESTADO DE CULTURA.

Ocorre que o edital de licitação contém vícios insanáveis que devem ser retificados, sob pena de anulação de todo certame.

É o breve relato dos fatos.

DO MÉRITO

DA VEDAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS

O edital veda a participação de cooperativas em seu item 12.2.10.1, sem nenhuma motivação legal e de forma avessa à ordem jurídica vigente.

Inicialmente ressalta o enorme equívoco cometido por essa Ilustre Comissão de Licitação, é oportuna uma digressão.

Dos Dispositivos da Lei Federal nº 12.690/12

As celeumas sobre a participação de cooperativas de trabalho constituem questão jurídica amplamente superada pela Lei Federal nº 12.690/2012, não antes da própria alteração, em 2010, do art. 3º, §1º, da Lei 8.666/93:

“Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010) (Regulamento) (Regulamento) (Regulamento)

§1º. É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e

estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)”

Ocorre que a novel legislação de regência das sociedades cooperativas “ditas de trabalho”, a Lei Federal nº 12.690, de 19 de julho de 2012, não somente é bastante mais explícita quanto à vedação imposta ao agente público, como é a única legislação que estabelece o critério objetivo que autorizaria a contratação de cooperativas pela Administração:

“Art. 10. A Cooperativa de Trabalho poderá adotar por objeto social qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, desde que previsto no seu Estatuto Social. (...)”

§ 2º A Cooperativa de Trabalho **não poderá ser impedida de participar de procedimentos de licitação pública que tenham por escopo os mesmos serviços, operações e atividades previstas em seu objeto social.** (grifamos)

Ou seja, apenas a flagrante incompatibilidade entre o objeto da licitação e a atividade econômica declarada no Estatuto Social da cooperativa pode objetar sua participação nos certames.

Mesmo antes da lei de 2012, era esse, por exemplo, o entendimento do Estado do Rio de Janeiro: Pareceres 02/96-FAG, 16/96 JETB, 02/97 MJVS, 07/98 JETB e 08/01 PHSC.

Como a nova lei não só veda a restrição, mas, a rigor, estabelece um único critério para o fazer, posição contrária eventualmente adotada no ato administrativo não só seria refratária como invadiria a competência da Justiça do Trabalho, ao presumir que o objeto dos certames, só possam ser realizados em regime de subordinação.

A nova lei é pródiga em demonstrar que o regime de trabalho em cooperativas não é subordinado nem autônomo, e sim constitui um regime próprio, apontando esta, dentre outras razões que demonstram o equívoco da decisão administrativa. A natureza dessa relação de trabalho será analisada.

JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR ensina:

“A Constituição estimula o cooperativismo. Para homenagear a diretriz constitucional é que os editais de licitação podem admitir a participação dessas entidades tais como são, o que poria em conflito com a Constituição qualquer tentativa administrativa de estabelecer fatores compensatórios dos gravames previdenciários e trabalhistas a que se sujeitam as empresas; a distinção que favorece as cooperativas existe, é da natureza dessas entidades e tendo, como tem, assento constitucional e legal, não pode ser suprimida pelo edital. **O cuidado deste limitar-seá a exigir a comprovação de que atuam juridicamente como cooperativas, observados os requisitos constitucionais e legais que as tipificam.**”¹

Seria um absoluto contrassenso com a Constituição Federal impedir que as cooperativas tivessem acesso a essa importante e significativa parcela da economia que decorre dos contratos celebrados pelo Poder Público.

A redução do campo de atuação das cooperativas nas contratações administrativas criaria uma verdadeira reserva de mercado para sociedades empresárias capitalistas, vocacionadas em sua essência para a tensão entre capital e trabalho.

¹ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 161.

Também implicaria em entender como inadequadas muitas das cooperativas de trabalho que se dedicam a serviços tradicionais como segurança, limpeza e conservação, entre outros, sonhando a esses trabalhadores a possibilidade de organizarem seu trabalho de acordo com um modelo fomentado pela própria Constituição Federal.

O Equívoco Central Contumaz – A Presunção de Subordinação pela Autoridade Administrativa

Não se deve articular perigoso argumento que poderia fazer crer que somente se apresentariam cooperativas fraudulentas nos certames.

Em obra coordenada pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, a ideia de que atividades coletivas seriam vedadas em cooperativas porque necessariamente ensejariam subordinação na organização do trabalho constitui profunda e equivocada premissa apontada pelo Ministro Ives Gandra Martins Filho que insere o cooperativismo de trabalho como “uma das 5 formas de organização laboral dos trabalhadores”, constituindo categoria com premissas e regime próprio, ao lado do trabalho assalariado, do serviço público, do trabalho autônomo e do avulso.²

Não só a doutrina do Direito do Trabalho já avaliou a matéria, mas no campo do Direito Administrativo há farta argumentação. Flavio Amaral Garcia fixa a distinção entre terceirização e fornecimento de mão-de obra:

“A Justiça do Trabalho deve, ainda, reprimir cada vez mais freqüentes contratações de fornecimento de mão de obra, que são, muitas vezes, travestidas por terceirizações.

Na terceirização busca-se a contratação de um serviço específico, com um objeto definido e que encontra, no mercado, várias empresas especializadas e que concentram os seus esforços em uma determinada área de conhecimento.

Já no fornecimento de mão-de-obra não há um objeto definido. O que se quer não é propriamente um serviço específico, mas um

² MARTINS FILHO, Ives Gandra. Administração Pública e Cooperativismo. Artigo publicado no Capítulo 5 - *Administração Pública e Cooperativismo*, em MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (org). *III Seminário Internacional de Direito Administrativo e Administração Pública: gestão pública – inovações, eficiência e cooperação no âmbito da administração pública*. Brasília: IDP, 2014, p. 115.

suporte na área de recursos humanos com vistas a atender as mais diversas necessidades administrativas.

Via de regra, as atividades são completamente díspares e envolvem áreas de conhecimento que nem de perto se interrelacionam. É, a rigor, um “pacote” de serviços, na qual o foco não é no serviço, mas nas pessoas que irão desenvolver o projeto.

É muito comum, nesses casos, a contratada apenas buscar no mercado as pessoas que irão desenvolver os projetos, não estando os profissionais previamente vinculados a ela. A empresa apenas aloca uma determinada mão-de-obra e se remunera por isso.”³

A venda da força de trabalho só se permite no regime protetivo do emprego. As cooperativas fraudulentas são meras intermediadoras de mão-de-obra⁴, não havendo qualquer participação dos cooperados nas decisões da sociedade. A estrutura societária cooperativa é utilizada como mera fachada para exploração do trabalhador, que desempenha as suas funções obedecendo a uma hierarquia e não de forma coordenada, e orientada pela diretriz da autogestão.⁵

³ GARCIA, Flávio Amaral. *A relatividade da distinção atividade-fim e atividade-meio na terceirização aplicada à administração pública*. In *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, nº 65, 2010, p. 100.

⁴ MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO explica que: “*Tais contratos têm sido celebrados sob a fórmula de prestação de serviços técnicos especializados, de tal modo a assegurar uma aparência de legalidade. No entanto, não há, de fato, essa prestação de serviços por parte da empresa contratada, já que esta se limita, na realidade, a fornecer mão-de-obra para o Estado; ou seja, ela contrata pessoas sem concurso público, para que prestem serviços em órgãos da Administração Direta e indireta do Estado. (...) Tais contratos são manifestamente ilegais e inconstitucionais. Eles correspondem a uma falsa terceirização e não escondem a intenção de burla à Constituição. (...) Portanto, o que é perfeitamente possível no âmbito da Administração Pública é a terceirização como contrato de prestação de serviços*”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, pp. 166/168). Em igual sentido, veja-se o entendimento de DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS: “*A prática demonstra que é comum identificar entre as empresas de prestação de serviços terceirizados um objeto social como uma multiplicidade de atividades a ser desenvolvidas, de caráter excessivamente multifacetado, que denuncia a mera intermediação de mão-de-obra. (...) Na verdadeira terceirização, o contrato é firmado com uma empresa prestadora de serviços especializada em determinado ramo de atividade. (...) O objeto de ajuste é a concretização de alguma atividade material especializada, ainda que o serviço a ser prestado não requeira maiores conhecimentos técnicos (exemplo típico dos serviços de limpeza). De qualquer sorte, existe uma atividade material perfeitamente identificável, distinta do mero fornecimento de mão-de-obra*”. (RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na Administração Pública*. São Paulo: LTR, 2001, p. 74).

⁵ Art. 2º, §2º, Lei 12.690/12: Considera-se autogestão o processo democrático no qual a Assembleia Geral define as diretrizes para o funcionamento e as operações da cooperativa, e os sócios decidem sobre a forma de execução dos trabalhos, nos termos da lei.

Equívoca é a suposição de que os serviços só possam ser realizados em regime de subordinação. A rigor, baseando-se em dispositivo de lei 12.690/12, o pregoeiro está presumindo que a cooperativa está cometendo intermediação ilícita de mão de obra(!):

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

Parassubordinação em Cooperativas – A Autogestão, a Coordenação e a Autonomia Coletiva

Preliminarmente ao esclarecimento, importa frisar que a mesma Lei 12.690/12 é esclarecedora quanto a inexistência de subordinação nem de plena autonomia nos serviços prestados através dos trabalhadores reunidos em cooperativas:

“Art. 2º. Considera-se Cooperativa de Trabalho a sociedade constituída por trabalhadores para o exercício de suas atividades laborativas ou profissionais com proveito comum, **autonomia e autogestão** para obterem melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho.

§ 1º. A **autonomia** de que trata o caput deste artigo deve ser exercida de forma **coletiva e coordenada**, mediante a **fixação, em Assembleia Geral, das regras de funcionamento** da cooperativa e da forma de execução dos trabalhos, nos termos desta Lei.

§ 2º. Considera-se **autogestão** o processo democrático no qual a Assembleia Geral define as **diretrizes para o funcionamento** e as operações da cooperativa, e os sócios decidem sobre a forma de execução dos trabalhos, nos termos da lei.” (grifamos)

Esse dispositivo torna insofismável o equívoco do ato administrativo em presumir entendimento que não cabe a contratação de cooperativas quando houver necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o contratado, como também personalidade e habitualidade.

Parte-se de uma pressuposta identificação de que a relação de trabalho que envolve o sócio da cooperativa teria natureza necessariamente autônoma.

Como consectário, não seria adequado ou juridicamente viável sua utilização em empreendimentos não integrados por profissionais tipicamente autônomos e, assim, ficariam vedadas as contratações de serviços como os de limpeza, conservação, segurança, vigilância, portaria, recepção, copeiragem, reprografia, telefonia, auxiliar de escritório, digitação, ascensorista; de outro giro, admitir-se-ia a contratação de serviços, exemplificativamente, de médico e táxi – nesses casos, o contrato é assinado com a cooperativa, mas quem presta o serviço de forma autônoma é o profissional.

A rigor, convém investigar o que parece uma imprecisão desse entendimento, deslocado da percepção de como se processam efetivamente a maior parte das relações de trabalho nas cooperativas e quais seriam seus corolários jurídicos.

A suposição de que o trabalho do cooperado é ou só possa ser aceito se for absolutamente autônomo implica em consequências como (i) a limitação das cooperativas à prestação de serviços onde haja plena autonomia; (ii) a vedação de terceirização por cooperativas nas atividades meio consideradas típicas, a partir da suposição de que exigiriam subordinação como única forma de serem executadas; e, (iii) como derivação natural das consequências anteriores, a restrição de acesso das cooperativas a determinados mercados onde sociedades empregadoras se inserem porque neles a subordinação seria supostamente indispensável.

A partir dessas consequências, é importante analisar se efetivamente a subordinação constitui a **única forma** de articulação de trabalho coletivo e se as relações de trabalho em cooperativas se processam efetivamente em ambiente de plena autonomia.

Tal exigência de absoluta autonomia estaria, contudo, em desacordo com os mandamentos constitucionais a respeito das cooperativas, em particular o presente no art. 5º, inciso XVIII, da Constituição Federal, que prega o não intervencionismo estatal na matéria. 6 MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, de longa data, já lecionava que:

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

“Não se diga que a contratação de cooperativas não é compatível com o trabalho de equipes, eis que inexistente norma nesse sentido.

Ao revés, o art. 5º, XVIII, CF, veda a interferência estatal em seu funcionamento, devendo assegurar a liberdade de associação. A eventual divisão técnica de tarefas sob uma direção técnica, com vistas à qualidade do resultado, não descaracteriza a opção pelo instituto, cuja organização é livre. ⁷

É sob este viés que deve ser feita a leitura dos artigos 2º e 3º, inciso IV, da Lei nº 12.690/12. ⁸

A autonomia não pode ser estratificada como característica inerente às relações de trabalho dos sócios de cooperativas. É mais comum que assim não seja. Trata-se de uma constatação que somente pode ser feita de acordo com a estrutura operacional e da organização do trabalho a qual se impuseram os sócios.

Como o próprio artigo 2º, §1º, da nova Lei de Cooperativas infirma, a autonomia deve ser executada de forma coletiva e ordenada pelo grupo, ou seja, não é plena.

É exatamente o que se observa na prática, até mesmo em casos considerados clássicos em que se verificaria a autonomia, como o dos taxistas e dos médicos.

É muito comum o motorista não possuir liberdade plena de escolher qual cliente atenderá, posto que a maior parte das cooperativas de taxistas é quem distribui as chamadas (“corridas”), com base em diferentes critérios possíveis, que levam em consideração, entre outros, a proximidade da viatura com o local da chamada. Esses trabalhadores não fixam seus honorários livremente, costumam ter que cumprir plantões que assegurem o atendimento da clientela da sociedade, usar uniformes, têm que respeitar filas nos “pontos de táxi” da

⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Concessões*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 335.

⁸ Art. 2º Considera-se Cooperativa de Trabalho a sociedade constituída por trabalhadores para o exercício de suas atividades laborativas ou profissionais com proveito comum, **autonomia** e autogestão para obterem melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho.

§ 1º **A autonomia de que trata o caput deste artigo deve ser exercida de forma coletiva e coordenada**, mediante a fixação, em Assembleia Geral, das regras de funcionamento da cooperativa e da forma de execução dos trabalhos, nos termos desta Lei.

cooperativa, sujeitam-se, não raro, a regimentos operacionais e disciplinares rígidos. Em suma, não organizam isolada e livremente sua atividade laboral.

De outro lado, esses trabalhadores, enquanto sócios, participam da construção das regras que regerão seu trabalho ou podem revisá-las – o que não encontra paralelo com o direito do trabalhador empregado.

Sergio Pinto Martins é preciso em afirmar que os “membros da cooperativa não têm subordinação entre si, mas vivem num regime de colaboração”⁹.

A autogestão mencionada no mesmo artigo 2º da Lei n.º 12.690/12 informa que a estrutura de gestão da cooperativa é peculiar, sendo igualmente um fator de mitigação tanto da hierarquização das atividades quanto da liberdade individual do sócio. Trata-se de uma estrutura de gestão na qual o órgão de cúpula, a assembleia geral, que define todas as diretrizes societárias e operacionais, é constituído pelo próprio trabalhador, sendo votante cada indivíduo na mesma medida (um único voto), independente de sua participação no capital social. A este órgão se subordinam tanto os órgãos executivos quanto os fiscais.

Trata-se, portanto, de uma estrutura de gestão que inverte a posição hierárquica entre o gestor e o trabalhador; e a Lei 12.690/12 é pródiga em instrumentos que buscam incrementar e assegurar tal gestão democrática.

De forma própria, essas peculiaridades, ponderadoras da liberdade individual do trabalho do cooperado, permeiam igualmente as cooperativas médicas, inclusive aquelas que operam planos de saúde e odontológicos.

Note-se, nesse sentido, que o cooperado deve atender à clientela captada pela cooperativa – sendo vedado, inclusive, pela regulação da saúde suplementar, a negativa de atendimento ao usuário do plano de saúde.

Assegurar a liberdade e a participação de médicos e dentistas também na formação dos seus honorários é objeto de norma específica da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS),

⁹MARTINS, Sergio Pinto. Cooperativas de Trabalho. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 42.

que busca impor a inserção da aprovação da tabela de honorários nas assembleias gerais.¹⁰ Assim, quando muito, o médico cooperado não fixa sozinho seus próprios honorários.

Não raro, embora praticados com a plena anuência dos cooperados, esses critérios são sequer normatizados. O trabalhador se submete a regra de trabalho, mas pode participar de sua elaboração ou reforma. Seria possível afirmar que é disso que trata a autonomia nas cooperativas, não da figura de um agente isolado em seu trabalho.

Essas condições são impostas pelo próprio grupo, atendendo às necessidades de ordem, eficiência, padronização, identidade e, em especial, de auto-organização do trabalho que é oferecido em mercado competitivo e só pode ser cumprido coletivamente. A organização coletiva do trabalho e o sucesso do empreendimento impõem a mitigação da autonomia no trabalho.

Parecem equivocadas, portanto, as construções jurídicas que buscam lastrear a conclusão de que, nas cooperativas, somente pode ser sócio aquele profissional que trabalhe quando bem lhe aprouver.

Essa linha de compreensão limita o alcance da organização de cooperativas, significando mais uma forma de restringir o campo de liberdade de forma contrária às normas constitucionais mencionadas, bem como à legislação federal¹¹, apegando-se a uma concepção tradicionalmente apontada pela doutrina como dogmática e superada pelo Direito do Trabalho – este que, paulatinamente, vem tutelando relações laborais para muito além da relação de emprego.¹²

O empreendimento, ao receber o ingresso do cooperado, conta com e necessita da operação do sócio. Juridicamente, a **aptidão e compromisso de operação com a cooperativa** constitui **requisito de ingresso e permanência do sócio** nos quadros da sociedade. Isso se faz porque às cooperativas não

¹⁰ Art. 6º da Instrução Normativa nº 49, DIDES/ANS: *No relacionamento entre cooperativas e cooperados, a deliberação da Assembleia Geral, de que trata a Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, atende à alínea "c" do inciso VII do parágrafo único do artigo 2º das Resoluções Normativas - RN'S nº 42, de 4 de julho de 2003, nº 54, de 28 de novembro de 2003 e nº 71, de 17 de março de 2004.*

¹¹ A exemplo do art. 10, caput e § 4º da Lei 12.690/12 e do art. 5º da Lei 5.764/1971.

¹² Há relações de trabalho muito além da estrutura binária “autonomia plena” e “subordinação típica”. Vide: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 24ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009,

pp. 427/432.

interessa o sócio meramente capitalista, e sim o sócio que com ela tenha operações, para quem os serviços destas sociedades e suas estruturas têm razão de existir e que promovem o compartilhamento dos custos de funcionamento do empreendimento coletivo.

De todo modo, é possível verificar que a autonomia plena igualmente não se fundamenta nem na legislação nem na prática. O Direito Comparado revela que esse reconhecimento já se estabeleceu na legislação especializada.¹³

Cabe, então, explicitar a constatação da existência de diferentes graus de autonomia para a necessidade de uma tutela jurídica efetiva e adequada, tomando como chave o conceito de parassubordinação.

O trabalho parassubordinado é uma categoria intermediária entre o trabalho autônomo e o subordinado, abrangendo tipos que não se enquadram exatamente em uma das duas modalidades tradicionais. ¹⁴ VÓLIA BOMFIM CASSAR afirma que “*a parassubordinação é a subordinação dos não empregados que têm características de empregado, normalmente apresentada de forma leve, tênue*”. ¹⁵

IRANY FERRARI sustenta haver, no caso das cooperativas, uma subordinação “*pela metade ou não completa*”, que pode ser chamada de parassubordinação. ¹⁶ Esta, como se verifica, pode ser tratada de forma análoga ou sinônima de coordenação. Sobre o trabalho coordenado, AMAURI CÉSAR ALVES apresenta o seguinte conceito:

¹³ A título ilustrativo, menciona-se do Direito Espanhol: “Descartada localización del trabajo asociado cooperativo como relación laboral de carácter especial desde la Ley de Relaciones Laborales de 1976, y no incluido em el ámbito de aplicación del Estatuto del Trabajo Autónomo de 2007, la opción del legislador para el encuadramiento y la regulación jurídico-profesional de los socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas há sido la de primar su condición y régimen social-cooperativo. (...) No obstante, como se dijo, tampoco se há optado por su alternativa inclusión em el reciente Estatuto común del trabajo autónomo (...) La Ley estatal de cooperativas de 1999 vigente em este momento, reconoce expresa e inequívocamente la calificación societaria-cooperativa de la relación entre el socio trabajador y la cooperativa (art. 80. 1 LCE), llegándola a caracterizar como ‘relación societaria y autogestionada’ (art. 80. 5 LCE).” In RODRÍGUEZ, González del Rey. *El Trabajo Asociado: Cooperativas e otras Sociedades de Trabajo*. Navarra/Espanha: Thomson Aranzadi, 2008, p. 70/71.

¹⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 24^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 457.

¹⁵ CASSAR, Volia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 4^a Ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 255.

¹⁶ FERRARI, Irany. *Cooperativas de trabalho: existência legal*. São Paulo: LTR, 1999, pp. 36/37.

“A coordenação da prestação é entendida como a sujeição do trabalhador às diretrizes do contratante acerca da modalidade da prestação, sem que haja, neste contexto subordinação no sentido clássico e já analisado do termo. É a atividade empresarial de coordenar o trabalho sem subordinar o trabalhador. É, ainda, a conexão funcional entre a atividade do prestador do trabalho e a organização do contratante, sendo que aquele se insere no contexto organizativo deste – no estabelecimento ou na dinâmica empresarial – sem ser empregado.”¹⁷

OTAVIO PINTO SILVA esclarece que a doutrina italiana procura deixar clara posição intermediária da coordenação (parassubordinação) entre a autonomia e a subordinação, afirmando que esse trabalho se desenvolve com independência e sem a direção do destinatário dos serviços (parte semelhante com a autonomia), mas se inserem na organização deste (parte semelhante com o trabalho subordinado típico).¹⁸

Diferentemente do que ocorre no trabalho subordinado, o trabalho coordenado tem a característica de ter a atividade laboral prometida pelo trabalhador tendo em vista um programa que é consensualmente definido, tal como ocorre com as atividades assumidas pelas cooperativas.

A coordenação surge, então, absolutamente em conformidade com os conceitos de *autogestão*, contido inclusive na nova lei de cooperativas, com o sentido de “*ordenar juntos*”.

Todos possuem a seu dispor medidas a propor para alcançar o objetivo comum.

Perceber a coordenação e a autogestão como características do trabalho em cooperativas conduziria a novo feixe de conclusões, diversas daquelas encontradas na ainda dominante corrente federal, tais como:

- Reconhecimento da juridicidade da autogestão e coordenação dos trabalhos coletivos prestados pelos trabalhadores sócios de cooperativas;

- Reconhecimento de Garantias Compensatórias Equivalentes à Diminuição da Liberdade Individual no Trabalho, na forma de direitos sociais do trabalho;

¹⁷ ALVES, Amauri César. *Novo contrato de emprego: parassubordinação trabalhista*. Apud CASSAR, Volia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 4ª Ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 257.

¹⁸ SILVA, Otavio Pinto e. *Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho*. São Paulo, LTR, 2004, p. 102.

- Afastamento da Premissa da Obrigatoriedade da Terceirização Restrita ao Regime de Trabalho Subordinado;
- Reconhecimento do Regime Autogestionário (Parassubordinado) como Regular;
- Identificação de Habilitação Compatível com o Regime de Trabalho Cooperativo;
- A possibilidade de participação de cooperativas em licitações e contratos não cingidos apenas a serviços plenamente autônomos;
- A possibilidade de contratação de cooperativas em qualquer serviço franqueado a qualquer sociedade empresária.

Foi com esse espírito que a Lei 12.690/12, em seu já colacionado artigo 2º, buscou ampliar a participação dos sócios nas decisões sobre o empreendimento. Obviamente, há implicações práticas para o grau de autogestão do negócio pelo quadro social, mas não é só. A lei declarou o que se processava efetivamente no campo das relações de trabalho nas cooperativas – que a autonomia do sócio não é plena:

Descreve a lei elementos básicos que fazem parassubordinado o trabalho do cooperado. Ela prevê a necessidade da presença de coordenadores de trabalho, cuja atuação não induz subordinação, ademais, pelo fato de serem os mesmos escolhidos pelo próprio quadro de obreiros (art. 7º, §6º).

Mais uma vez, especialmente porque o trabalhador participa ou anui com regras coletivas de autogestão do trabalho é que deve ser prestigiada a atuação das cooperativas, e não sufocada.

Daí não se abonar soluções que determinam, em tese, o que são serviços subordinados e, portanto, caracterizadores de intermediação mão de obra, como ocorreu no plano federal com o advento do acordo celebrado entre o Ministério Público do Trabalho e a Advocacia Geral da União.

A listagem dos serviços que são vedados às cooperativas compreendem grande parte das atividades meio que compõem as terceirizações dos entes públicos, englobando limpeza, conservação, segurança, vigilância, portaria, recepção, copeiragem, reprografia, telefonia, auxiliar de escritório, digitação, ascensorista e etc.

Esse exame do grau de autonomia e de subordinação deve ser objeto de avaliação casuística e não em tese, sob pena de violar expressamente a Constituição Federal e a legislação ordinária em vigor.

Listar previamente os serviços que podem ensejar subordinação implica em afastar ilegalmente as cooperativas do seu legítimo direito de participarem de licitações públicas, presumindo indevidamente uma ilicitude e contrariando expressamente as diretrizes fixadas na Lei nº 12.690/12.

O posicionamento antes prevalecente no âmbito federal – com listagem genérica que define os serviços que seriam supostamente subordinados – foi fulminado pelas disposições textuais do novo regime jurídico na medida em que a Lei nº 12.690/12 fixou de forma bastante clara os fundamentos valorativos e conceituais que devem nortear a interpretação sobre a matéria.

Em nosso país, o trabalho parassubordinação não é um conceito trabalhado recentemente:

“O trabalho parassubordinado é uma categoria intermediária entre o autônomo e o subordinado, abrangendo tipos de trabalho que não se enquadram exatamente em uma das duas modalidades tradicionais, entre os quais se situa, como a representação comercial, o trabalho dos profissionais liberais e outras atividades atípicas, nas quais o trabalho é prestado com pessoalidade, continuidade e coordenação.”¹⁹

Entretanto, com relação ao desenvolvimento do conceito de parassubordinação, a Itália mostrasse precursora tanto em sede doutrinária quanto legislativa.

O conceito inicial de parassubordinação, segundo esclarece Carla C. da Silva Jardim, foi lançado pela Itália, através da Lei 533, de 11 de agosto de 1973, que alterou o artigo 409, n. 3, do Codice de Procedura Civile.²⁰

¹⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 319/320.

²⁰ Segundo a autora, a alteração do artigo do Código de Processo Italiano visava conferir ao trabalhador autônomo instrumento processual célere e equivalente ao do trabalhador subordinado, para a solução de conflitos contratuais que envolvem colaboração pessoal continuada e coordenada. JARDIM, Carla Carrara da Silva. *O Teletrabalho e suas Atuais Modalidades*, São Paulo, LTr, 2003. p. 93.

A doutrinadora afirma que o trabalhador autônomo organiza a própria atividade, escolhe clientela, fixa seus horários e prazos de execução de tarefas. A linha demarcatória entre esta forma de trabalho e a subordinação é o modo como é prestado o trabalho. Diz, ainda, que as falsas autonomias e as pseudo-subordinações complicam a possibilidade de legislação nítida sobre o modelo intermediário onde se situaria a parassubordinação.

Giovanni Nicolini²¹ alega que parassubordinação abarca série de relações de trabalho onde a prestação é continuada e de colaboração. É semelhante ao subordinado face à evidência de continuidade e preponderante pessoalidade da relação. A coordenação das atividades está presente porque há necessidade de que o trabalho esteja adequado funcionalmente e estruturalmente à organização produtiva da empresa a quem se presta o trabalho.

O que distingue a relação de emprego, segundo Roberta Gerhardt, das demais relações de trabalho é a subordinação jurídica, elemento mais importante dessa relação de trabalho típica.

Aponta, contudo, graus de “refreação ou insuficiência do elemento caracterizante da relação de emprego”²².

Consigna a autora, em sua tese, que a subordinação não é um conceito estático. Ao contrário, trata-se de conceito maleável, multifacetado que vai se modificando com o passar do tempo.

Entre os fatores que geram a rarefação da subordinação estariam os fatores “mesológico”, “empresário” e o “profissional”²³.

O primeiro fator está relacionado ao local do trabalho, levando em conta se o mesmo é executado no estabelecimento do contratante, se é externo ou a domicílio. O grau de subordinação variaria conforme o caso.

O “fator empresário” está ligado ao grau hierárquico existente entre a empresa contratante e trabalhador. Quanto mais alto o grau hierárquico dentro da escala funcional da empresa, menor a subordinação.

²¹ NICOLINI, Giovanni. *Diritto Del Lavoro*. Milano: Gicaffrè, 1992. p. 56-57.

²² GERHARDT, *Op. cit.*, p. 75-78.

²³ GERHARDT, *Op. cit.*, p. 76-78.

O último fator apresentado pela autora, o “profissional”, toma em consideração o nível técnico da atividade ou do profissional que a executa. Quanto mais técnico o conhecimento sobre a sua própria atividade o profissional possuir, mais rarefeita será a subordinação.

Arremata a aludida doutrina afirmando que tais indicativos não reputarão necessariamente à configuração de autonomia. Na verdade, há zona cinzenta, cujas dúvidas acerca da efetiva relação jurídica existente “deverá ser elidida pela prova dentro de um suposto processo, de acordo com cada caso”²⁴.

Irany Ferrari²⁵ sustenta haver, no caso das cooperativas, uma subordinação “pela metade ou não completa”, que pode ser chamada de parassubordinação, vez que claramente não está cobertada pela conceituação de emprego (trabalho subordinado típico) contida da CLT (para o empregado urbano) e na Lei nº 5.889/73 (para o empregado rural).

Conforme exposição de Luiz Eduardo Gunther e Cristina Maria Navarro Zornig²⁶,

“(…) baseado na doutrina alemã, e no direito italiano, Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena busca uma imagem a que os juristas venham a afeiçoar a subordinação atenuando a rigidez divisória, e que representaria uma validade maior e mais constante na esfera das relações trabalhistas, para o que considera: ‘uma relação de coordenação ou de participação integrativa ou colaborativa, através da qual a atividade do trabalhador como que segue, em linhas harmônicas, a atividade da empresa, dela recebendo o influxo próximo ou remoto de seus movimentos’. O vínculo subordinativo teria como suposto conformador, como atividade coordenada ‘a atitude harmônica do prestador de serviços, rente com a regular manutenção daquela parcela da

dinâmica empresária e de seu processo produtivo, que lhe cabe dar seguimento”.

Refere que isso pode servir para uma exegese excludente ou para uma nova hermenêutica includente, de tal forma que: os adeptos do neoliberalismo não incluem esses trabalhadores na órbita celetista, fazendo interpretação restritiva do art. 3º da CLT; já os juristas voltados a uma hermenêutica constitucional

²⁴ GERHARDT, *Op. cit.*, p. 78.

²⁵ FERRARI, Irany. *Cooperativas de trabalho: existência legal*. São Paulo: LTr, 1999. pp. 36-37.

²⁶ Trechos retirados do artigo de GUNTHER, Luiz Eduardo. e ZORNIG, Cristina Maria Navarro. *O Vínculo Empregatício e o Requisito da Subordinação*, encontrado na internet (www.apej.com.br/artigos_doutrina_va_53.asp),

com base nos arts. 170 e 193 da CF/88, a tutela da CLT deve ampliar seu horizonte para acolher as novas figuras contratuais.

Sucintamente, Otavio Pinto Silva conceitua, com propriedade, o que seria essa forma de trabalho. Segundo o doutrinador, em sua tese de doutorado, o conceito se ajusta exatamente ao labor através da estrutura das cooperativas de trabalho, pois seriam

“relações de trabalho de natureza contínua, nas quais os trabalhadores desenvolvem atividades que se enquadram nas necessidades organizacionais dos tomadores de serviços, tudo conforme estipulado em contrato, visando colaborar para os fins do empreendimento.²⁷”

A doutrina italiana procura deixar clara posição intermediária da coordenação (parassubordinação) entre a autonomia e a subordinação, afirmando que esse trabalho se desenvolve com independência e sem a direção do destinatário dos serviços (parte semelhante com a autonomia), mas se inserem na organização deste (parte semelhante com o trabalho subordinado típico).

Mas assevera, como o faz Giuseppe Tarzia²⁸, que o trabalho coordenado se assemelha, em alguns pontos, com o trabalho subordinado, mas com ele não se confunde, e, que, ao mesmo tempo, vai além do conceito tradicional do trabalho autônomo.

Na já citada doutrina de Otavio Pinto e Silva, o conceito de trabalho parassubordinado assume relevância a idéia de coordenação, no sentido de uma peculiar modalidade de organização da prestação de serviços.

Genericamente o trabalho continua a ser prestado com autonomia, mas sua organização é vinculada à atribuição de algum tipo de controle e de coordenação. No caso das cooperativas, essas diretrizes operacionais são dadas, mormente, pelo estatuto e pela assembléia.

²⁷ SILVA, Otavio Pinto e. *Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho*. São Paulo, LTr, 2004. p. 102.

²⁸ TARZIA, Guisepe. *Manuale Del processo Del lavoro*. Milano: Giuffrè, 1987, in SILVA, Otavio Pinto e. *Op. cit.* p. 103.

Mattia Persiani²⁹ atenta para a necessidade de atrelar essa relação jurídica à idéia de coordenação. Inclusive, a título de ilustração, considera a expressão “trabalho coordenado” mais “elegante” que trabalho parassubordinado.

Verifica-se a sobreposição da base fática sobre a qual recaem a tutela empregatícia e a tutela da coordenação. Para a autora, um dos elementos da coordenação (ou parassubordinação) seria a continuidade da prestação de trabalho, ponto semelhante ao contrato de emprego.

Segundo Otavio Pinto³⁰, o trabalhador não promete a sua atividade pessoal para o desenvolvimento de qualquer objetivo pretendido pelo tomador de serviços, mas sim **coloca os seus serviços à disposição somente daquele específico tipo de atividade, que é a necessária para atingir os fins previstos no programa contratualmente elaborado**

Acerca das Violações Constitucionais e de Legislação Federal Legais

As cooperativas podem participar de licitação, pois foi a própria Constituição Federal que lhes conferiu tratamento diferenciado (artigos 5º, XVIII e 146, III, “c” e no art. 174, § 2º).

Marcos Juruena Villela Souto sustenta explicitamente tal posição em sua obra *Direito Administrativo Empresarial*, no Capítulo 1, item 2, “Terceirização e Cooperativas”³¹.

Quanto às cooperativas, trata-se de forma de organização legitimada e incentivada pela Constituição, fruto da opção pelo princípio da livre iniciativa.

A Lei de Licitações não explicita que entidade pode participar de licitação: ocorre o oposto, no art. 9.º, explicitando a exceção.

A cooperativa não recebe privilégios fiscais; há hipóteses de não incidência por não se colocar nas situações definidas como fato-gerador.

²⁹ PERSIANI, Mattia. *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*. II Diritto Del Lavoro, Roma, ott/1998.

³⁰ SILVA, Otavio Pinto e. *Op. cit.* p. 105.

³¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Concessões*. 5ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pg. 332/340.

Não se deve presumir que toda a cooperativa é fraudulenta e que visa à sonegação de obrigações trabalhistas; quando está em jogo um trabalho de equipe, há direção, que não se confunde com subordinação trabalhista.

O art. 86 da Lei n.º 5.764/71 admite a prestação de serviços a não associados desde que tal faculdade atenda aos objetivos sociais e estejam em conformidade com tal diploma legal.

O Princípio da Isonomia está consagrado desde o art. 5º, *caput*, da CF “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Também está disperso por vários outros dispositivos constitucionais, tendo em vista a preocupação da Carta Magna em concretizar o direito a igualdade.”

In casu, entretanto, há restrição ilegal da atividade econômica das cooperativas. O art. 3º da Lei Federal nº 5.764/71 assim dispõe: “Art. 3º Celebram 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.”

Importa notar que o dispositivo de lei federal acima não faz qualquer restrição ao tipo de atividade econômica é lícita ao cooperativismo. Nem aduz que os cooperadores necessitam ser “absolutamente autônomos” para execução de seus serviços. O dispositivo resta violado, portanto.

Tal restrição não é oponível às demais espécies societárias ou às sociedades em geral. Senão, veja-se o que o próprio TST aduz em seu conhecido Enunciado de Súmula nº 331:

“Contrato de prestação de serviços. Legalidade - Inciso IV alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000.

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 (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de **serviços de vigilância** (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de **conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente 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, 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).” (grifamos)

Considerando, inclusive, que não existem Inconstitucionalidades no próprio texto constitucional (Teoria da Inexistência de Inconstitucionalidades na Constituição), a tutela de um desses valores não pode certamente redundar na supressão do outro: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (...)”

Os valores da Livre Iniciativa e Livre Exercício da Atividade Econômica são reforçados na Constituição, quando trata da Ordem Econômica:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IV - livre concorrência;

(...)

Parágrafo único. **É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica**, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

No mesmo capítulo, preceitua o Estímulo ao Cooperativismo. Esse dispositivo também violado em razão da decisão que mantém a vigência de redação de acordo que desestimula o cooperativismo:

“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.”

A inconstitucionalidade do afastamento imotivado da Cooperativa recorrente vai além dos ditames acima, ferindo também o art. 37, inciso XXI da Carta Magna, *verbis*:

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

XI – ressalvados os casos específicos 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 a garantia do cumprimento das obrigações.”

O artigo 22 em seu inciso XXVII também ampara o pedido da recorrente, vejamos:

“Compete privativamente à União legislar sobre:

Normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no artigo 37, XXI, e para as empresa públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, parágrafo 1º, II, *verbis*:

A Lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade economia de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços disponde sobre:

....

III- licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da Administração Pública.

A violação além de ser inconstitucional é imoral, violando expressamente ditames da própria Lei 7.347 que regula a Ação Civil Pública, em seu art. 16, onde limita a atuação do órgão prolator, in casu, Brasília e não Rio de Janeiro.

Claro está os vastos preceitos legais infringidos pela decisão de não habilitar a recorrente, o que vai em desencontro também com os princípios Constitucionais como o da IGUALDADE que merece total destaque aliado ao da ISONOMIA.

De acordo com Plácido e Silva

"os princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o alicerce do Direito. E, nesta acepção, não se compreendem somente os fundamentos jurídicos, legalmente instituídos, mas todo axioma jurídico derivado da cultura, jurídica universal. Compreendem, pois, os fundamentos da Ciência Jurídica, onde se firmaram as normas

originárias ou as leis científicas do Direito, que traçam as noções em que se estrutura o próprio Direito. Assim nem sempre os princípios se inscrevem nas leis. Mas, porque servem de base ao Direito, são tidos como preceitos fundamentais para a prática do Direito e proteção aos direitos".

Para Miguel Reale

"princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas

como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários".)

Corroborando ainda, podemos citar a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello de que

"princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

É o conhecimento do princípio que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra".

Dentre outros dispositivos já citados, o acordo fere também a lei 10.520/2002 e a Lei das Licitações e Contratos – Lei 8.666/93, que regulamenta o art. 37, XXI da Constituição Federal, instituindo normas para licitação e contratos da administração Pública e dá outras providências.

Art 9º. da Lei 10.520/2002

“Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei no. 8.666, de 21 de junho de 1993.”

Aliado a todo esse poder constitucional, ampara o pedido de reforma o diploma acima, que regulamenta as Licitações Públicas em seus arts. 1º., 3º. e 9º.

Não pode o poder público desmerecer o Cooperativismo, pois a própria Constituição Federal de 1988, reconheceu e ordenou a proteção ao mesmo, acreditando nesta forma peculiar associativista, vejamos:

“Art 5º. (...) XVIII quando ao cuidar dos direitos e deveres individuais e coletivos proclama que a criação na forma da lei de cooperativas independe de autorização sendo vedada a interferência estatal em seu fundamento.”

A rigor, a Constituição comanda o fomento às cooperativas – o que certamente não se coaduna com qualquer interpretação legislativa que conduzam seu alijamento ao relevante mercado dos contratos com Administração Pública:

“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.”

A única interpretação constitucional cabível, portanto, é aquela que demonstre que o Cooperativismo estará apoiado e estimulado.

Doutrinariamente também merece total reconhecimento quanto a matéria, não podendo ser as cooperativas preteridas do sistema de licitação. Os diplomas legais reconhecem as cooperativas como sociedades civis, dotadas de capacidade jurídica, aptas assim a exercer os direitos e contrair obrigações, o que em síntese, significa que elas podem celebrar contratos.

Para “Sidney Bittencourt”, em sua Obra sobre licitações e contratos administrativos, *verbis*:

“não se vislumbra óbice legal na participação de sociedades cooperativas nos procedimentos licitatórios, até porque a Lei de Licitação admite a participação das cooperativas, enquanto sociedades civis. Insta acrescentar que, demonstrando interesse em participar dos certames, os fins e objetivos das cooperativas devem ser compatíveis com o objeto da licitação e restar devidamente comprovado que possuem os requisitos mínimos exigidos pelos respectivos instrumentos convocatórios.”

Para Hely Lopes Meirelles, em sua obra de Direito Administrativo Brasileiro, a respeito da matéria, no sentido de que

“(…) igualdade entre os licitantes é princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, que através de cláusulas que, no edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento, faccioso, que desiguale os iguais ou igual os desiguais (art. 3 parágrafo 1º).

O desentendimento a esse princípio constitui a forma mais insidiosa de desvio de poder, com que a administração quebra a isonomia, razão pela qual o judiciário tem anulado editais de julgamentos em que se descobre a perseguição ou o favoritismo administrativo, sem nenhum objetivo ou vantagem de interesse público.

Confirmando esse entendimento, a doutrina (Celso Antônio Bandeira de Mello, Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz) tem sustentado que “o princípio d igualdade consiste em assegurar regramento uniforme as pessoa que não sejam entre si diferenciáveis por razões lógicas e substancialmente (...) afinadas com eventual disparidade de tratamento” porquanto “o que se repele é a desigualdade injustificada.”

Em brilhante trabalho sobre o princípio da isonomia nos procedimentos licitatórios, Joel de Menezes Niebuth – em sua obra Princípio da isonomia pública, p. 107-108, esclarece, consoante a melhor

doutrina, que a grande finalidade que dá ensejo ao certame “é a busca do melhor e mais vantajoso contrato para a administração pública e a garantia de equidade na consecução do procedimento. Estes dois fatores traduzem os princípios da eficiência e da isonomia.”

Esses dois princípios, ainda segundo o autor “conquanto pareçam conflitantes, sob a competitividade se confundem, para completar, verbis:

“Destarte, a isonomia e a eficiência caminham juntas, permeando o princípio da competitividade. É por esse princípio que ambas se unem, formando a essência da licitação pública.

A competitividade tem condão de juntar a isonomia e a eficiência.

Sem isonomia não há competitividade e, no mesmo plano, sem competitividade não há eficiência.

Não poderíamos deixar de citar mais um brilhante de Hely Lopes Meirelles, em recente obra atualizada, sob a coordenação do Professor Eurico Andrade Azevedo, Licitação e contrato administrativo – 13ª. Edição Malheiros, 2002. Após discorrer com o brilhantismo que lhe é peculiar, passa a tratar especificamente do tema Cooperativismo:

“Mais recentemente tem-se indagado sobre a possibilidade de as cooperativas participarem de licitações, uma vez que se trata de sociedades especiais...”

“Tais circunstâncias, contudo, não impedem as cooperativas de participarem das licitações promovidas pelo poder Público. O princípio da igualdade, que rege as licitações, não diz respeito á condição jurídica dos licitantes, mas sim as obrigações estabelecidas para sua participação no certame.

Acrescente-se ainda que a restrição a participação de cooperativas em licitação é forma de restringir o caráter competitivo da licitação com violação do artigo 3º parágrafo 1º, inciso I da lei 8.666/93 podendo, inclusive, tal conduta ser enquadrada criminalmente no artigo 90 do Estatuto Licitatório (frustrar mediante qualquer expediente, o caráter competitivo da licitação. Pena de 2 a 4 anos, além de multa).

Acerca da Superação do Acordo entre AGU e MPT – aplicável igualmente ao TAC celebrado entre município e MPT

Não fosse, por si só, inconstitucional o acordo judicial em ACPU, bem como a posição manifestada pelo TCU, apresentada como cerne da fundamentação do ato administrativo, tratase situação jurídica amplamente superada pela Lei Federal nº 12.690/2012, não antes da própria alteração, em 2010, do art. 3º, §1º, da Lei 8.666/93:

“Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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.(Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010) (Regulamento) (Regulamento) (Regulamento)

§1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)”

Ocorre que a novel legislação de regência das sociedades cooperativas “ditas de trabalho”, a Lei Federal nº 12.690, de 19 de julho de 2012, não somente é bastante mais explícita quanto à vedação imposta ao agente público, como é a única legislação que estabelece o critério objetivo que autorizaria a contratação de cooperativas pela Administração:

“Art. 10. A Cooperativa de Trabalho poderá adotar por objeto social qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, desde que previsto no seu Estatuto Social.

(...)

§ 2º A Cooperativa de Trabalho não poderá ser impedida de participar de procedimentos de licitação pública que tenham por escopo os mesmos serviços, operações e atividades previstas em seu objeto social. (grifamos)

Ou seja, apenas a flagrante incompatibilidade entre o objeto da licitação e a atividade econômica declarada no Estatuto Social da cooperativa pode objetar sua participação nos certames.

Mesmo antes da lei de 2012, era esse, por exemplo, o entendimento do Estado do rio de Janeiro: Pareceres 02/96-FAG, 16/96 JETB, 02/97 MJVS, 07/98 JETB e 08/01 PHSC.

No âmbito federal, mesmo antes da irradiação dos efeitos jurídicos da Lei 12.690/2012, já se alinhava em mesmo sentido o Ministério do Planejamento, conforme consta da Instrução Normativa nº 02/2008-SLTI/MPOG.

A tentativa de conformar um regime apropriado para as cooperativas cuja operação econômica com seus sócios envolve trabalho foi parcialmente, e com maior ou menor acerto, estabelecida em 2012, com a Lei Ordinária nº 12.690. Entretanto, subsistem reacionárias manifestações sociais fechadas em axiomas que impedem a compreensão da efetiva natureza das relações de trabalho estabelecidas entre cooperativa e sócios, a partir do contrato plurilateral de sociedade, culminando, inclusive, em frágeis e pragmáticas construções jurídicas que vedam o acesso dessas pessoas jurídicas ao mercado dos contratos públicos.³²

Daí porque, mesmo antes do advento da Lei Federal nº 12.690/12, e da alteração da Lei nº 8.666/93, decorrente do advento da Lei nº 12.349/10, as cooperativas já poderiam participar de licitações públicas. O novo regime, entretanto, não permite conduta diversa do Administrador, que deve atender ao Princípio da Legalidade.

“Mas agora não cabe qualquer dúvida, sendo inconstitucional e ilegal os editais ou decisões administrativas que não reconheçam a legitimidade de as cooperativas participarem de licitações públicas e contratarem com o Poder Público.

Devem ser afastadas cláusulas que exigem a obrigatoriedade de vínculo empregatício com a única e exclusiva justificativa de afastar as cooperativas – em especial quando despidos de qualquer motivação fática razoável.

³² GARCIA, Flavio Amaral e GAUDIO, Ronaldo. Artigo publicado no Capítulo 5 - *Administração Pública e Cooperativismo*, em MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (org). *III Seminário Internacional de Direito Administrativo e Administração Pública: gestão pública – inovações, eficiência e cooperação no âmbito da administração pública*. Brasília: IDP, 2014, p. 105/110.

(...)

Enfim, existe um amplo espaço de atuação para que os entes públicos, nos seus editais e contratos, busquem mecanismos e formas de afastar as “falsas” cooperativas que prejudicam, a um só tempo, os **trabalhadores, os entes públicos e as “verdadeiras” cooperativas. O que não pode é, por puro pragmatismo, os entes públicos vedarem genericamente a participação de cooperativas nas licitações públicas** para minimizarem o risco de responsabilidade subsidiária, o que implicaria em uma punição injusta para as cooperativas e um flagrante descumprimento da Constituição Federal e da legislação em vigor.”³³ (sem grifos no original)

O advento da Lei 12.690/12, insiste-se, explicitamente fulmina os efeitos jurídicos eventualmente ainda produzidos pelo acordo judicial citado, tal como já se reconhece no âmbito da Administração Federal, consoante doutrina do Procurador Federal Dr. Diego da Fonseca Hermes Ornellas de Gusmão:

“Cumpre, por fim, analisar se o entendimento que reputa superado o termo de conciliação homologado em juízo, pela superveniência das

Leis 12.349/2010 e 12.690/2012, prejudica a coisa julgada, prevista o art. 5º XXXVI, da Constituição da República. A coisa julgada material incidente nas relações jurídicas de trato sucessivo alcança tão somente as prestações vencidas e exigíveis, dada a repercussão da cláusula rebus sic stantibus sobre o princípio da imutabilidade das sentenças, na medida em que cuida de decisões proferidas consoantes o arcabouço fático-jurígeno existente ao tempo da prolação, que pode sofrer alteração superveniente.

(...)

Dessa forma, em se tratando de relação jurídica continuativa, mutável no prolongamento do tempo, não é menos cediço que a sentença que dela cuide – denominada em doutrina como “sentença determinativa”

–

³³ GARCIA, Flavio Amaral e GAUDIO, Ronaldo. *Administração Pública e Cooperativismo*; em MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (org). *III Seminário Internacional de Direito Administrativo e Administração Pública: gestão pública – inovações, eficiência e cooperação no âmbito da administração pública*. Brasília: IDP, 2014, p. 105 .

traz em si, implicitamente, a cláusula rebus sic stantibus, vez que, ao promover o acerto definitivo da lide, leva em consideração a situação de fato e de direito existente, prevalecendo enquanto este contexto perdurar.

Destarte, se, por um lado, a sentença transitada em julgado que cuide de relação jurídica continuativa ostenta, sim, “eficácia” de coisa julgada, por outro lado, não tem o condão de impedir as variações dos elementos constitutivos daquela relação continuativa, vale dizer, não obsta que lei nova regule diferentemente os fatos ocorridos a partir de sua vigência. Assim, constatado que houve alteração do quadro normativo que conferia base para o termo de ajustamento de conduta firmado, **não há que se falar em violação à coisa julgada pela aplicação da Lei nº 12.690/12 para as novas licitações deflagradas a partir da vigência da nova legislação.**”³⁴

(grifou-se)

Note-se que, a rigor, a participação de cooperativas nos certames nunca foi objeto de qualquer vedação legal. Ao revés, as proibições de participação direta ou indireta na licitação estão descritas no art. 9º da Lei nº 8.666/93³⁵ e que na qualidade de exceções devem ser interpretadas restritivamente e não extensivamente.

³⁴ DE GUSMÃO, Diego da Fonseca Hermes Ornellas. As Cooperativas de Trabalho nas Licitações Públicas – Uma Necessária Mudança de Paradigma. Em: file:///C:/Users/diretoria_contencios/Downloads/as_cooperativas_de_trabalho_nas_licitacoes_publicas__uma_necessaria_mudanca_de_paradigma_-_diego_da.pdf. Acesso em 13/08/2014.

³⁵ Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários: I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica; II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado; III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação. § 1º É permitida a participação do autor do projeto ou da empresa a que se refere o inciso II deste artigo, na licitação de obra ou serviço, ou na execução, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada. § 2º O disposto neste artigo não impede a licitação ou contratação de obra ou serviço que inclua a elaboração de projeto executivo como encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração. § 3º Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários. § 4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se aos membros da comissão de licitação.

A rigor, o acordo AGU/MPT já desconhecia a real natureza do trabalho regular realizado em cooperativas, preferindo presumir que somente seria lícito contratar cooperativas de trabalhadores plenamente autônomos.

Como se não bastasse o inciso IV, do artigo 28 da Lei nº 8666/93 ao tratar da documentação necessária a habilitação jurídica permite a participação em licitações públicas de sociedades civis. Ora, a Lei 5.764/71 em seu artigo 4º define as cooperativas como sociedade civil. Assim, inevitável concluir que a participação de cooperativas em licitações públicas encontra amplo e total respaldo legal.

Pelo exposto, conclui-se que não há subsídio legal para a vedação da participação da cooperativa em licitações públicas. Muito pelo contrário. Qualquer procedimento licitatório contendo norma proibitiva da participação de cooperativas (associação civil) em licitações choca-se frontalmente com o disposto no art, 28, IV da Lei 8.666/95 e com a *ratio* constitucional.

Acrescente-se ainda que a restrição a participação de cooperativas em licitação é forma de restringir o caráter competitivo da licitação com violação do artigo 3º parágrafo 1º, inciso I da lei 8.666/93 podendo, inclusive, tal conduta ser enquadrada criminalmente no artigo 90 do Estatuto Licitatório (frustrar mediante qualquer expediente, o caráter competitivo da licitação. Pena de 2 a 4 anos, além de multa).

DO PEDIDO

Diante de todo o exposto, requer:

- 1) Seja recebida e conhecida a presente impugnação para que se digne a Ilustre Comissão de Licitação a realizar as alterações edilícias, retificando o item 12.2.10.1 do edital;
- 2) Em não sendo recebida a presente, requer seja a presente impugnação encaminhada à autoridade hierarquicamente superior;
- 3) Requer, finalmente, seja suspenso o pregão até que haja apreciação da presente impugnação.

Aguarda deferimento,

Rio de Janeiro, 15 de março de 2016