

**Ilustríssimo(a) Senhor(a) Pregoeiro(a) do Ministério Público do
Estado do Rio de Janeiro**

Processo n. 24.1.000000457-3

Edital de licitação n. 02/2024 (Pregão eletrônico)

COOPERATIVA DE TRABALHO TROPICAL PARQUET, inscrita no CPNJ número 12.922.132/0001-50, neste ato representado por seus advogados e por seu representante legal a Sra. Joelma Brasil Lima, RG: 0311255 SSPAC, CPF: 635.264.092-34, Presidente da Cooperativa, na forma de seu estatuto social, vem, respeitosamente, perante vossa senhoria, com fundamento no §1º, do art. 41, da Lei n. 8.666/93, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO ITEM 30.1 DO EDITAL**, que diz:

30. DA PARTICIPAÇÃO DE CONSÓRCIOS E COOPERATIVAS

30.1. **Não será permitida a participação de** consórcios ou grupo de empresas, **cooperativas** e/ou associações na licitação.

**I - DA NULIDADE DO ITEM 30.1. DO EDITAL POR AUSÊNCIA DE
MOTIVAÇÃO**

O certame em tela não admite a participação de sociedades cooperativas.

Tal vedação administrativa é desprovida de quaisquer fundamentos, ferindo o chamado princípio da **motivação**, segundo o qual todas as decisões administrativas devem ser **justificadas e motivadas**, constando expressamente as razões de fato e de direito que ensejaram a conduta administrativa.

Tal exigência se dá como forma de se garantir a persecução de outros princípios, tais como a moralidade, a publicidade e o devido processo legal, como transcreve-se de

entendimento firmado, inclusive, pelos Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. CERTAMES E CONTRATOS SUPERPOSTOS. DIRECIONAMENTO EM BENEFÍCIO DE UM MESMO ESCRITÓRIO. AUSÊNCIA DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA SUFICIENTE. NULIDADE DOS CONTRATOS. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 11 DA LEI 8.429/1992. APLICAÇÃO DE SANÇÕES. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. ANÁLISE DAS REGRAS DO EDITAL DE LICITAÇÃO. SÚMULA 5/STJ. 1. Cuida-se, na origem, de Ação Civil Pública declaratória de nulidade de ato jurídico cumulada com condenação por atos de improbidade administrativa ajuizada contra Fernando José Pinto, Pedro Paulo Pinto, José Donizetti Gonçalves, Advocacia Donizetti S/C e Município de Delfinópolis, requerendo a declaração de nulidade dos contratos 019/2003 e 044/2003, celebrados entre o Município e o quarto réu, além da condenação dos quatro primeiros requeridos nas sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/1992, inclusive o ressarcimento dos danos causados ao Erário. 2. O Tribunal de origem, ao dirimir a controvérsia, consignou: "torna-se indene de dúvidas a existência de má-fé dos contratantes quando celebraram os contratos n°019/2003 e n°044/2003, pois o Município de Delfinópolis acabou por licitar em separado os serviços referentes à majoração dos repasses do ICMS, mas contratou o mesmo escritório que anteriormente lhe assessorava e por quantia muito superior à dotação orçamentária específica"; "o fato é que há identidade de objeto entre os procedimentos licitatórios realizados em 2001 e em 2003, mas, sem nenhuma motivação, foi excluído o repasse do VAF para o primeiro certame do ano de 2003"; "vê-se que coexistiram dois contratos com a mesma finalidade - representação judicial do Município, sem que o ente contratante declinasse os motivos para o desmembramento das licitações, o que violou o princípio da motivação"; "tal conluio acabou por violar o princípio da impessoalidade e moralidade, pelo evidente direcionamento em benefício do escritório"; "diante

disso, torna-se incontestado a nulidade dos contratos e, ainda, a prática de ato de improbidade administrativa, pela lesão ao princípios administrativos da moralidade, legalidade e impessoalidade, amoldando-se ao previsto no art. 11 da Lei de 8.429/92" e "no caso em tela, como extensamente demonstrado acima, restou evidente o dolo dos réus caracterizado pela má-fé na realização de dois contratos com, objetos superpostos e em benefício de um mesmo escritório de advocacia" (fls. 1.210-1.215, e-STJ). 3. Quanto à aplicação de penalidades, afirmou: "deve o julgador agir com prudência, em especial quando o ato de improbidade importa em violação a princípios, hipótese dos autos, avaliando a gravidade da conduta, a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente, se houverem, sempre em conformidade com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade" (fl. 1.216, e-STJ). 4. Não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia em conformidade com o que lhe foi apresentado. 5. O STJ entende que o princípio da indivisibilidade não se aplica à Ação Civil Pública, pois o oferecimento de denúncia contra um acusado não impossibilita posterior acusação de outro envolvido. [...] 9. Agravo Interno não provido. (AgInt n. 1.666.533, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28/11/2017. Destaques adicionados.

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO - INVALIDAÇÃO DE EXAME DE APTIDÃO FÍSICA EM CONCURSO PÚBLICO - NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO - GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA IMPERATIVA - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - ORDEM CONCEDIDA PARCIALMENTE - AGRAVO DESPROVIDO. 1. Para invalidação de atos ampliativos de direitos dos cidadãos, isto é, atos cuja nulidade importe diminuição da esfera patrimonial dos indivíduos, ainda que o exercício da competência administrativa esteja respaldado pelo poder de autotutela, não se afasta a necessidade imperiosa de instauração do devido processo administrativo, garantindo-se o contraditório e a ampla defesa aos interessados, nos termos do art. 5º, inciso LV, da CR/88. 2. Todos os atos administrativos, inclusive, os discricionários são passíveis de controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CR/88). Esse controle, mormente nos atos discricionários, depende da devida motivação, como condição de sua própria validade. 3.

Segurança concedida, em parte, para assegurar ao Impetrante - Agravado o direito líquido e certo da motivação do ato que invalidou seu teste de aptidão física, bem como as garantias do contraditório e da ampla defesa. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EDcl n. 17.718 - AC, Rel. Min. Paulo Medina, Sexta Turma, julgado em 11/04/2006. Destaques adicionados.

In casu, **proíbe-se apenas por proibir** sem declarar razões do ato praticado; isso, à toda evidência, equivale à **ausência de motivação**.

Conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, a motivação:

É a exposição dos motivos, a fundamentação na qual são enunciados (a) a regra de Direito habilitante, (b) os dados em que o agente se estribou para decidir e, muitas vezes, obrigatoriamente, (c) a enunciação da relação de pertinência lógica entre os fatos ocorridos e o ato praticado. Não basta, pois, em uma imensa variedade de hipóteses, apenas aludir ao dispositivo legal que o agente tomou como base para editar o ato.¹

E quando **falta** à decisão administrativa a fundamental **motivação**, salta aos olhos sua **nulidade**. A jurisprudência pátria é uníssona nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO E ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - ATO ADMINISTRATIVO - PENSÃO POR MORTE - SUSPENSÃO CAUTELAR DO BENEFÍCIO - ILEGALIDADE - OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. Pensão por morte de cônjuge. Constatação, por fiscalização administrativa, de posterior constituição de união estável. Instauração de processo administrativo para cassação do benefício. Suspensão cautelar do pagamento. Ilegalidade. **Ato que não atende aos requisitos formais. Ausência de motivação.** Inexistência de prévia notificação acerca de procedimento apto a acarretar a suspensão e/ou revogação do benefício. Violação do devido processo legal, contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF). **Nulidade do ato administrativo.** Restabelecimento do benefício. Sentença mantida. Reexame necessário, considerado interposto, e recurso

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27ª ed. rev. at. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 400.

desprovidos, com observação. (TJSP; Apelação Cível 0027870-07.2013.8.26.0053; Relator (a): Décio Notarangeli; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 9ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 19/12/2019; Data de Registro: 19/12/2019. Destaques adicionados)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA - CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NA CARREIRA DE SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR - REPROVAÇÃO DE CANDIDATO EM FASE DE INVESTIGAÇÃO SOCIAL - Nulidade do ato configurada - Administração que no exercício de seu poder discricionário ao valorar os fatos e circunstâncias que permeiam a vida pregressa dos candidatos e o peso dado a estes elementos, deve fazê-lo com a ponderação e razoabilidade necessárias, sempre levando em conta o princípio da proporcionalidade - Intervenção do judiciário para o afastamento do decreto de reprovação que não constitui, no caso presente, indevida intromissão e ingerência em prerrogativas próprias da Administração na escolha dos postulantes ao cargo de policial militar, ao revés, reparação da reprovação, a qual **a Fazenda Pública não apresentou os motivos ensejadores do ato administrativo combatido** - Inocorrência de elementos objetivos que revelem condutas pretéritas desabonadoras e inidôneas - Ausente nos autos qualquer elemento objetivo capaz de tratar-se de pessoa inapta aos quadros da instituição - Ofensa ao princípio da legalidade e da motivação dos atos administrativos - Honorários advocatícios mantidos - Sentença mantida - Honorários recursais arbitrados - Recurso não provido. (TJSP; Apelação Cível 1018960-61.2019.8.26.0053; Relator (a): Ponte Neto; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 3ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 11/12/2019; Data de Registro: 11/12/2019; Destaques adicionados)

Para cúmulo dos males, a desmotivada proibição deságua em verdadeira restrição à competitividade do certame que, nas lições de José dos Santos Carvalho Filho é princípio implícito na Lei n. 8.666/93 que:

[...] significa que a Administração não pode adotar medidas ou criar regras que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação. Em outras

palavras, deve o procedimento possibilitar a disputa e o confronto entre os licitantes, para que a seleção se faça da melhor forma possível. Fácil é verificar que, sem a competição, estaria comprometido o próprio princípio da igualdade, já que alguns se beneficiariam à custa do prejuízo de outros.²

Nessa ordem de ideias, não há como admitir a proibição lançada.

II - DA POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS - PREVISÃO EXPRESSA NA LEI FEDERAL Nº 12.690/12 - ARTIGO 10º, PARÁGRAFO SEGUNDO.

A lei nº 12.690/2012 dispõe acerca do funcionamento e organização das Cooperativas de Trabalho, tipo societário da impetrante.

A referida legislação é expressa quanto à possibilidade de Cooperativas de Trabalho participar de licitações públicas. Além do mais, tal lei estabelece critérios objetivos que autorizam ou não a contratação de cooperativas pela Administração Pública.

Em suma, a referida legislação é expressa, conforme artigo 10º, §2º, quanto à possibilidade das Cooperativas de Trabalho participar de licitações públicas e se tornarem prestadoras de serviço para a Administração Pública.

“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)

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 320. Grifos não originais.

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.

E, no caso em tela, o objeto social da Cooperativa, conforme disposto em seu estatuto social, é plenamente congruente com o objeto da licitação.

Como a lei de 2012 não só veda a restrição, mas, a rigor, estabelece um único critério para fazê-lo, 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 possa ser realizado 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-se-á a exigir a comprovação de que atuam juridicamente como cooperativas, observados os requisitos constitucionais e legais que as tipificam.**"³

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.

³ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 161.

Conforme já mencionado, a própria Constituição Federal dispõe, em seu artigo 174, §2º, o fomento ao cooperativismo. Ora, qual é a lógica da Constituição Federal estimular sociedades cooperativas e impedi-las de participarem de procedimentos licitatórios da Administração Pública? **Nenhum.**

A própria Administração Pública estaria criando uma reserva de mercado, restringindo a possibilidade de Cooperativas firmarem contratos com Estado, o que é ilegal, considerando nosso ordenamento jurídico.

III - DA POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS - PREVISÃO EXPRESSA NA LEI FEDERAL N° 14.133/2021 - ARTIGO 9º, INCISO I, ALÍNEA "A".

A Lei n° 14.133/2021 institui normas para licitações e contratos da Administração Pública. Ou seja, qualquer órgão da Administração Pública que pretenda contratar determinado serviço através de uma licitação deve observar e cumprir o que disciplina a referida Lei.

E assim como na Lei de Cooperativas de Trabalho, a Lei de licitações também dispõe acerca da possibilidade de Cooperativas participarem de licitações públicas.

Na verdade, a lei dispõe que o agente público não poderá estabelecer cláusulas ou condições que restringir ou frustrar a participação de sociedade cooperativas no certame.

Dispõe o artigo 9º, inciso I, "a)" da referida Lei:

Art. 9º **É vedado ao agente público** designado para atuar na área de licitações e contratos, ressalvados os casos previstos em lei:

I - **admitir**, prever, incluir ou tolerar, nos atos que praticar, **situações que:**

a) **comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório, inclusive nos casos de participação de sociedades cooperativas;**

A própria Lei que estabelece as diretrizes a serem seguidas pela Administração Pública para a realização de uma

licitação prevê, EXPRESSAMENTE, que NÃO poderá haver cláusulas que vedem a participação de cooperativas de trabalho no certame.

Não se trata de interpretação, mas sim literalidade da lei.

Nosso ordenamento jurídico é sistemático. Ou seja, ele deve ser analisado com um todo. Por tal motivo que o um mesmo tema deve ter um mesmo tratamento, mesmo que em legislações diversas.

Isso fica claro no momento que analisamos o artigo 10º da Lei nº 12.690/2012, o artigo 3º da Lei nº 8.666/1993 e o artigo 174 da Constituição Federal, onde todos preveem, expressamente, a possibilidade de Cooperativas participarem de licitações públicas.

Sendo assim, demonstra-se mais um dispositivo que prevê, literalmente, a impossibilidade de vedação de cooperativas em procedimentos licitatórios.

ACERCA DA SUPERAÇÃO DO ACORDO ENTRE A AGU E O 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, trata-se 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 e a nova redação do art. 9º, I, "a)", da Lei n. 14.133/2021.

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.

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.

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.

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.

(...)

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.”

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” - traz em si, implicitamente, a cláusula rebus sic standibus, 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.”

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 8.666/93 e que na qualidade de exceções devem ser interpretadas restritivamente e não extensivamente.

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, a Lei de Licitações trata, na documentação necessária à habilitação jurídica, da permissão da participação em licitações públicas de sociedades civis. Ora, a Lei 5.764/71 em seu artigo 4º define as cooperativas como sociedade civil. Assim, é 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 em licitações choca-se frontalmente com o disposto na Lei e com a ratio constitucional.

Acrescente-se ainda que a restrição à participação de cooperativas em licitação é forma de restringir o caráter competitivo da licitação com violação do já mencionado art. 9º, I, “a)”, 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).

Superadas todas as possibilidades de discussão quanto à inexistência de relação de emprego, considerando as exposições acima, verifica-se que, em verdade, existe uma ilegalidade patente.

Não existe relação de emprego configurada no objeto do Edital e a impossibilidade de participação de cooperativas configura gritante ilegalidade.

IV - DA SÚMULA 281 DO TCU - MUDANÇA DE ENTENDIMENTO - ACÓRDÃO COLACIONADO AOS AUTOS - NOVO CONTEXTO SOCIAL QUE COOPERATIVAS DE TRABALHO ESTÃO ENSERIDAS

A referida súmula veda a participação de Cooperativa em licitações quando haja a necessidade que o serviço seja executado com subordinação jurídica, pessoalidade e habitualidade.

Primeiro cabe destacar que a referida Súmula foi baseada em acórdãos proferidos pelo TCU no ano de **2003 a 2006**, época que as Cooperativas de Trabalho estavam inseridas num **contexto social completamente diferente do atual**. Destaca-se, essa súmula foi editada com base em acórdãos proferidos a mais de 15 anos atrás.

Nesse período, diversas Cooperativas foram constituídas com a intenção de fraudar direitos trabalhistas, utilizando como fundamento o artigo 442, § único da CLT. Tal artigo prevê que não há vínculo de emprego entre a Cooperativa e seus associados.

Valendo-se da má-fé, Cooperativas foram constituídas com o fim de utilizar os cooperados para prestarem seus serviços com todos os requisitos de vínculo de emprego, mas, respaldados pelo dispositivo mencionado, eram remunerados como se cooperados fossem.

Daí que surgiu o pré-conceito de que Cooperativas de Trabalho são verdadeiras intermediadoras de mão de obra.

Diante desse cenário, o Ministério Público do Trabalho, na defesa de suas atribuições, ajuizou diversas ações civis públicas em face destas falsas cooperativas, objetivando sua dissolução.

Assim, considerando esse ambiente que as Cooperativas de Trabalho estavam inseridas, de fato, a edição da Súmula foi necessária para resguardar o interesse público.

Ocorre que, de lá para cá transcorreram mais de 15 anos e **a realidade acerca das cooperativas de trabalho mudou bruscamente**. As Cooperativas fraudulentas foram praticamente extintas com a atuação do Ministério Público do Trabalho, a fiscalização e o reconhecimento do *modus operandis* dessas falsas cooperativas pela Administração Pública dificultaram sua propagação e funcionamento. Ademais, em 2012 entrou em vigência a Lei nº 12.690 que regulamenta a organização e funcionamento das Cooperativas de Trabalho.

Ou seja, hoje vivenciamos um cenário completamente diferente da época da edição da Súmula 281 do TCU. Como já dito, as cooperativas fraudulentas foram rechaçadas pela atuação do MPT, editou-se lei que regulamenta esse tipo societário, a própria jurisprudência trabalhista avançou no sentido de reconhecer a legalidade de diversas cooperativas de trabalho atuais.

Ora, o direito deve acompanhar as mudanças sociais, se adequando aos novos contextos que nos inserimos. Assim, da mesma forma que contexto das Cooperativas de Trabalho mudou da "agua pro vinho", o entendimento sobre o tema também deve mudar.

Daí a necessidade de revisitação a Súmula 281 do TCU sugerida pelo relator **Bruno Dantas, no acórdão 2463/2019 (Primeira Câmara do TCU)**, no qual votou pela possibilidade de participação de Cooperativas em licitações Públicas:

Acórdão

Acórdão 2463/2019-Primeira Câmara

Data da sessão: 19/03/2019

Relator: BRUNO DANTAS

Área: Licitação

Tema: Cooperativa

Subtema: Vedação

Outros indexadores: Natureza jurídica, Atividade econômica, Estatuto social, Prestação de serviço

Tipo do processo: REPRESENTAÇÃO

Enunciado

A vedação à participação de cooperativas em licitação não deve levar em conta a natureza do serviço a ser contratado, sob pena de violação do art. 10 da Lei 12.690/2012, o qual admite a prestação, pelas cooperativas, de qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, desde que prevista em seu objeto social.

Resumo

Ao apreciar representação que apontava possíveis irregularidades em pregão eletrônico realizado pelo Instituto Nacional de Tecnologia da Informação, cujo objeto era o "registro de preços para eventual contratação de serviços especializados de suporte e administração da infraestrutura de dados, administração de dados e banco de dados e operação em segurança da informação", a Primeira Câmara do TCU, por meio do Acórdão 2.260/2017, aplicou multa a servidores da entidade em razão de, entre outras falhas, haverem permitido a participação de cooperativas no certame, em "ofensa ao Termo de Conciliação Judicial firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a União, à Súmula TCU 281, e à Instrução Normativa 2/2008 SLTI/MPOG". Quando da análise dos pedidos de reexame interpostos pelos apenados, o relator assinalou, preliminarmente, que em nenhum dos normativos mencionados havia clareza de que os serviços previstos na licitação não poderiam ser contratados com cooperativas, dando ênfase ao fato de que o termo de conciliação judicial entre a União e o MPT havia sido homologado, em 2003, em decorrência da constatação de que algumas cooperativas só haviam sido criadas para burlar a legislação trabalhista. De acordo com o relator, com a edição das Leis 12.349/2010 e 12.690/2012, teria sido inaugurado um novo regramento jurídico acerca das cooperativas, motivo a demandar uma revisão da Súmula TCU 281, segundo a qual "É vedada a participação de cooperativas em licitação quando, pela natureza do serviço ou pelo modo como é usualmente executado no mercado em geral, houver necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o contratado, bem como de pessoalidade e habitualidade". Nesse sentido, frisou que a inserção da expressão "inclusive nos casos de sociedades cooperativas" no art. 3º, § 1º, da Lei 8.666/1993, por

intermédio da Lei 12.349/2010, teve por objetivo “modificar o que ocorria anteriormente, quando a regra era a não admissão de sociedades cooperativas na disputa dos certames. A Lei 12.349/2010 inverteu essa lógica para que a exclusão de cooperativas de certames passasse a ser exceção, ou melhor, passasse a não existir”. Ao se reportar ao art. 10, § 2º, da Lei 12.690/2012, segundo o qual “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”, o relator enfatizou que a norma veda o impedimento de cooperativas participarem de licitação pública, da mesma forma que o seu art. 5º impede “explicitamente a utilização de cooperativa como intermediadora de mão de obra subordinada”. Por conseguinte, “a preocupação que deve exercer o ente público federal não é com a natureza do serviço a ser contratado, mas com a inidoneidade da cooperativa. O órgão ou entidade pública deverá certificar-se quanto à regularidade de tais sociedades e à relação mantida com seus cooperados, além de exigir a prestação do serviço de forma coordenada, nos termos do art. 7º, § 6º, da referida norma”. Assim, acolhendo o voto do relator, o colegiado decidiu dar provimento parcial aos recursos, anular o item 9.2.1 do acórdão recorrido, que considerava irregular a participação de cooperativas no referido pregão, e, em função disso, diminuir o valor da multa aplicada aos recorrentes, além de determinar o envio da deliberação proferida à Comissão de Jurisprudência “para que avalie a conveniência e a oportunidade de revisitar o entendimento proferido na Súmula TCU 281”.

Excerto

Relatório:

Por registrar as principais ocorrências havidas no andamento do processo até o momento, resumindo os fundamentos das peças acostadas aos autos, adoto como relatório, com os ajustes necessários, a instrução do auditor da Secretaria de Recursos (peça 116) , que contou com a anuência do corpo diretivo da unidade (peças 117-118) :

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se de pedidos de reexame interpostos por [recorrente 1] (peça 89) , [recorrente 2] (peça 93) , [recorrente 3] (peça 88) , [recorrente 4] (peça 90) e [cooperativa] (peça 70) contra o Acórdão 2.260/2017-TCU-1ª Câmara (peça 52) , exarado nos seguintes termos:[...]9.2. nos termos do art. 250, inciso II, do RI/TCU, determinar ao ITI que se abstenha de prorrogar o contrato decorrente do Pregão Eletrônico 6/2016 e adote providências com vistas à realização de nova licitação destinada à substituição desse ajuste, tomando as cautelas necessárias para evitar a recorrência das seguintes irregularidades, identificadas nestes autos, informando, no prazo de 30 dias, a situação atual do contrato e plano de ação para a realização do novo certame, com nome do setor responsável para cada ação e cronograma: 9.2.1 permissão à participação de cooperativas de trabalho no certame, em afronta aos arts. 4º, inciso II, e 5º, da Lei 12.690/2012, à Súmula 281 do TCU, ao Termo de Conciliação Judicial entre a União e o Ministério Público do Trabalho, de 5/6/2003, e ao art. 4º da Instrução Normativa 2/2008 SLTI/MPOG;

[...]"

Voto: Trata-se de pedidos de reexame interpostos por [recorrentes 1, 2, 3 e 4] e [cooperativa] contra o Acórdão 2.260/2017-TCU-1ª Câmara.

2.0 referido acórdão rejeitou as razões de justificativa dos quatro primeiros recorrentes e aplicou-lhes, individualmente, multa no valor de R\$ 15.000,00, com fulcro no art. 58 da Lei 8.443/1992, em razão de irregularidades no Pregão Eletrônico 6/2016, realizado pelo Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (ITI) .

3.0 certame tinha por objeto o registro de preços para eventual contratação de serviços especializados de suporte e administração da infraestrutura de dados, administração de dados e banco de dados e operação em segurança da informação - SIC (peça 1, p. 69) , pelo valor estimado de R\$ 83.470,90 por mês.

[...]

5.Em resumo, as infrações disseram respeito principalmente: i) à previsão de contratação de cooperativas no edital do certame; ii) à ausência de Av. Rio Branco, 151 - gr 603, Centro - Rio de Janeiro/RJ
Telefone: (21) 2224-9534 e-mail: contato@gaudio.adv.br
www.gaudiosantoni.adv.br

republicação do edital após modificação; iii) à negativa de conhecimento desarrazoada de recursos de licitantes; iv) à escolha inadequada do sistema de registro de preços; v) à adjudicação inadequada do objeto licitado por valor global e vi) à previsão de adesão à ata sem justificativa.

[...]

29. Entendo que a punição no caso em relevo foi desproporcional à natureza e à gravidade das infrações, às suas consequências econômicas para a administração, bem como às circunstâncias que envolviam os agentes.

[...]

31. Destaco, como já mencionado, que, sob o aspecto econômico, o preço mensal contratado foi consideravelmente menor do que o valor estimado. Ademais, os dados constantes nos autos não levantam qualquer indício de que o valor contratado estaria acima do preço de mercado. Dessa forma, não verifico a ocorrência de dano ao erário decorrente das infrações. Ao contrário, tudo indica que a contratação tenha gerado economia.

[...]

35. Sobre o aspecto da existência de dano ao erário, cumpre ainda abordar o risco de ações trabalhistas mencionado na decisão recorrida. Segundo a decisão, embora tivesse havido economia no preço da contratação, poderia ter havido prejuízo à administração em razão de possíveis ações trabalhistas decorrentes da contratação irregular da cooperativa para exercer atividade com natureza de vínculo empregatício. Todavia, considero que tal suposição não é suficiente para se concluir pela ocorrência de dano ao erário.

36. Como dito, trata-se apenas de uma suposição, fato que poderia não acontecer, sobretudo se considerarmos que a mesma cooperativa já havia prestado serviços para o instituto por cinco anos sem nenhum relato de existência das referidas ações e de que há conclusão investigativa do Ministério Público do Trabalho no sentido de tratar-se de cooperativa idônea (peça 71)

.

37. Outrossim, ao meu ver, não estava claro que a contratação da cooperativa para o serviço em foco constituía irregularidade ou vedação legal ou regulamentar.

38. Alegou-se ofensa ao Termo de Conciliação Judicial firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a União, à Súmula TCU 281, e à Instrução Normativa 2/2008 SLTI/MPOG.

39. O Termo de Conciliação firmado entre o MPT e a União data de 2003 e foi homologado nos autos da Ação Civil Pública proposta perante a 20ª Vara do Trabalho de Brasília (Processo 01082-2002-020-10-00-00), depois de constatado que algumas cooperativas só tinham sido criadas para burlar a legislação trabalhista.

[...]

41. Note-se que o termo não lista o serviço objeto do certame em discussão.

42. Seguindo a mesma linha do ajuste, o TCU, após reiteradas decisões tomadas entre 2003 e 2006, resolveu editar a Súmula 281, estabelecendo que:

É vedada a participação de cooperativas em licitação quando, pela natureza do serviço ou pelo modo como é usualmente executado no mercado em geral, houver necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o contratado, bem como de pessoalidade e habitualidade.

43. A Instrução Normativa 2/2008 SLTI/MPOG, por sua vez, revogada pela IN 5/2017, assim dispunha em seu art. 4º:

[...]

44. Também, em nenhum dos mencionados normativos, há, ou havia, clareza de que os serviços previstos na licitação em relevo (suporte e administração da infraestrutura de dados, à administração de dados e banco de dados, e à operação em segurança da informação) não poderiam ser contratados com cooperativas. Tal inferência teria que advir de um juízo, decerto subjetivo, sobre a natureza do serviço, ou seja, se tal serviço implicava subordinação e pessoalidade.

[...]

47. Assim, diante da incerteza de que a admissão de cooperativas no caso em foco era vedada, não vejo como apenar os agentes por esse fundamento.

45. Ademais, com o advento das Leis 12.349/2010 e 12.690/2012, inaugurou-se, a meu ver, um novo regramento jurídico acerca das cooperativas, o qual requer a revisão da Súmula 281 deste Tribunal. Explico melhor o meu entendimento a seguir.

48. A Lei 12.349/2010 acrescentou a expressão "inclusive nos casos de sociedades cooperativas" ao §1º do art. 3º da Lei de Licitações, abaixo transcrito:

§ 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;

49. Enfatize-se que a alteração é posterior ao termo de conciliação do Ministério Público do Trabalho, de 2003, e a Instrução Normativa 2/2008 da SLTI/MPOG, bem como aos precedentes que respaldaram a Súmula 281 desta Corte.

50. A inserção dessa expressão na lei de licitações visou, sem sombra de dúvidas, modificar o que ocorria anteriormente, quando a regra era a não admissão de sociedades cooperativas na disputa dos certames. A Lei 12.349/2010 inverteu essa lógica para que a exclusão de cooperativas de certames passasse a ser exceção, ou melhor, passasse a não existir.

[...]

52. Assim, com o devido respeito a decisões passadas desta Corte, entendo que a lei proibiu explicitamente a inserção de cláusulas no edital visando impedir a participação de cooperativas.

53. Por sua vez, a Lei 12.690/2012, que dispõe sobre organização e funcionamento de cooperativas de trabalho, estabeleceu no seu art. 10, § 2º:

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.

54. Mais uma vez o legislador acrescentou norma que veda o impedimento de cooperativas participarem de licitação pública.

[...]

56. A intenção do legislador foi a de dar concreção ao comando constitucional de estimular o cooperativismo, previsto no § 2º do art. 174 da Constituição Federal, a saber:

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.

[...]

59. Com o advento da Lei 12.690/2012, foram criados mecanismos para o incentivo de cooperativas e sua não utilização como instrumento de burla a direitos trabalhistas.

[...]

61. Como se observa, um dos objetivos da lei foi coibir as fraudes, vedando a intermediação de mão-de-obra sob o subterfúgio das cooperativas de trabalho. Assim, a lei previu uma série de direitos aos cooperados, tornando desarrazoada a preocupação de utilização dessa forma de associação como instrumento de burla a direitos trabalhistas.

[...]

63. Além disso, a lei vedou explicitamente a utilização de cooperativa como intermediadora de mão de obra subordinada:

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

[...]

65. Portanto, o contexto em que foi assinado o Termo de Conciliação entre o Ministério Público do Trabalho e a União, bem como em que se proferiram os precedentes que embasaram a Súmula TCU 281, é bem diferente do atual. Naquela época, o risco de utilização de cooperativas como meio de burlar a legislação trabalhista era bem maior, o que, de certa forma, justificava a vedação de contratação desse tipo de associação para a execução de determinados serviços típicos de relação empregatícia.

66. Com a edição da lei, todavia, a preocupação que deve exercer o ente público federal não é com a natureza do serviço a ser contratado, mas com a inidoneidade da cooperativa. O órgão ou entidade pública deverá certificar-se quanto à regularidade de tais sociedades e à relação mantida com seus cooperados, além de exigir a prestação do serviço de forma coordenada, nos termos do art. 7º, § 6º, da referida norma.

67. Cumpre mencionar que a Lei 12.690/2012 admite o funcionamento de cooperativas para prestação de qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, desde que esteja no seu objeto social:

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.

68. Destarte, não faria sentido vedar a contratação dessas associações com base no gênero de serviço a ser prestado.

Acórdão:

9.5. anular o item 9.2.1. do Acórdão 2.260/2017-TCU-1ª Câmara;

9.6. **encaminhar esta deliberação à Comissão de Jurisprudência** desta Corte, para que avalie a conveniência e a oportunidade de **revisitar o entendimento proferido na Súmula TCU 281**, à luz das

considerações lançadas no voto condutor deste acórdão e dos fundamentos apresentados na declaração de voto.

Referência legal

• Lei Ordinária 12.690/2012 Art. 10 Congresso Nacional

Publicado

Informativo de Licitações e Contratos nº 365 de 16/04/2019

VI - CONCLUSÃO

Ante o exposto, firme na interpretação que aponta que a impossibilidade de vedação à participação de cooperativas no certame configura gritante ilegalidade, pede-se seja recebida e regularmente processada a presente impugnação, confiando sua apreciação e integral acolhimento.

Do Rio de Janeiro, RJ para Rio Branco, AC, 26 de abril de 2024.



Ronaldo Chaves Gaudio
OAB/RJ 116.213



Paulo H. Patrezze Rodrigues
OAB/SP 288.841



CNPJ 12.922.132/0001-50
COOPERATIVA DE TRABALHO TROPICAL PARQUET
Joelma Brasil Lima
Presidente
RG: 0311.255 - CPF: 635.264.092-34