



TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO E COOPERATIVAS DE TRABALHO

Flávio Freitas Faria

Consultor Legislativo da Área VIII
Administração Pública

ESTUDO

SETEMBRO/2001



Câmara dos Deputados
Praça dos 3 Poderes
Consultoria Legislativa
Anexo III - Térreo
Brasília - DF

ÍNDICE

TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO	3
COOPERATIVAS DE TRABALHO	9
EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO	14

© 2001 Câmara dos Deputados.

Todos os direitos reservados. Este trabalho poderá ser reproduzido ou transmitido na íntegra, desde que citados o(s) autor(es) e a Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. São vedadas a venda, a reprodução parcial e a tradução, sem autorização prévia por escrito da Câmara dos Deputados.

TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO E COOPERATIVAS DE TRABALHO

Flávio Freitas Faria

O presente estudo versa sobre a contratação de cooperativas de trabalho para a prestação de serviços de caráter continuado a órgãos da administração pública e está organizado em três seções distintas. Na primeira trata-se da terceirização na administração pública, seus fundamentos legais e seus limites. A seção seguinte destaca, dentre os aspectos legais da organização e funcionamento de cooperativas, aqueles mais relevantes para a contratação das mesmas pela administração pública. Uma terceira seção enfoca explicitamente a questão da exigência de licitação para tais contratos.

TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO

A terceirização, entendida como contratação de empresas especializadas para a execução de atividades que não constituem o objeto principal da entidade contratante, constitui prática cada vez mais observável nas economias capitalistas. Também no Brasil a terceirização vem sendo amplamente adotada, notadamente pelas grandes empresas, que procuram desvencilhar-se das atividades-meio e concentrar suas estratégias nas atividades-fim, como forma de viabilizar seu crescimento sem perda da competitividade.

Embora o foco deste estudo esteja dirigido à terceirização no serviço público, cabe ressaltar que, mesmo em sua prática pela iniciativa privada, a matéria é objeto de permanente controvérsia, dando origem a grande número de ações na Justiça do Trabalho. A esse respeito, a principal síntese jurisprudencial é representada pelo Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho, aprovado em 17 de dezembro de 1993, com a seguinte redação:

“Contrato de prestação de serviços – Legalidade – Revisão do Enunciado nº 256.

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 3-1-74);

II – A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República);

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-6-83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta;

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.”

A terceirização tem sido objeto de expressivo volume de obras doutrinárias, de renomados autores do Direito do Trabalho¹. Entretanto, para efeito do propósito do presente estudo, cabe apenas destacar três pontos a respeito do Enunciado 331.

Em primeiro lugar, observa-se que o inciso II é o único que faz distinção quanto à personalidade do tomador dos serviços, para distinguir da situação geral o caso particular em que o tomador dos serviços é órgão da administração pública direta, autarquia ou fundação. Nessas circunstâncias, mesmo a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não é capaz de caracterizar vínculo empregatício, uma vez que a Constituição, nos termos de seu art. 37, II, condiciona o ingresso no serviço público à aprovação em concurso.

Um segundo ponto a destacar é que o inciso I sumariamente consagra a ilegalidade da mera intermediação de mão-de-obra. Tal ilegalidade permanece, agravada, quando a própria administração pública é a tomadora dos serviços.

Por último, constata-se que o inciso III do Enunciado 331 contém definição positiva da terceirização legalmente admissível. Além de especificamente acolher a contratação de serviços de vigilância, de conservação e de limpeza, o Tribunal admite também a contratação de serviços ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

Embora a contratação de serviços pela administração pública já fosse praticada há muito mais tempo, a orientação favorável à transferência da execução de tarefas auxiliares para a iniciativa privada passou a constituir norma legal, no âmbito federal, apenas a partir da vigência do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, cujo art. 10, § 7º, estabelece:

“Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

.....
§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.
.....”

A matéria foi regulamentada pelo Poder Executivo, nos termos do Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997, que *“dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências”*. O art. 1º do referido Decreto, em seu *caput*, admite a execução indireta de atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares, ao passo que seu parágrafo primeiro contém enumeração de atividades a serem preferencialmente executadas

mediante contratação e seu parágrafo segundo, em oposição, exclui a execução indireta para as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade. É a seguinte a redação do dispositivo:

“Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.”

Constata-se, assim, a consonância entre o conteúdo deste dispositivo e o do inciso III do Enunciado 331 do TST, anteriormente transcrito. É inegável que, aqui, não só o rol das atividades consignadas no § 1º vai bem além da vigilância, conservação e limpeza, como também não traduz somente uma admissibilidade legal, mas sim uma preferência administrativa pela execução indireta das atividades listadas. Ainda assim, não há divergência entre o Decreto e o Enunciado 331. Em ambos, a execução indireta, mediante contratação de serviços de terceiros, fica restrita às atividades-meio.

Outro ponto de convergência entre o entendimento da Justiça do Trabalho e o Decreto regulamentador da terceirização no serviço público federal pode ser identificado ao se atentar para os termos de seu art. 4º:

“Art. 4º É vedada a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam:

I - indexação de preços por índices gerais, setoriais ou que reflitam a variação de custos;

II - caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão-de-obra;

III - previsão de reembolso de salários pela contratante;

IV - subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante;

.....”

Os incisos II e III, acima, correspondem a uma expressa vedação a contratos cujo objeto seja a mera intermediação de mão-de-obra, aderindo ao disposto no primeiro item do Enunciado 331. Já o inciso IV exclui a possibilidade de relação de subordinação, igualmente afastada pelo item III do enunciado trabalhista.

Embora o Decreto não vincule as demais esferas de governo, a possibilidade de terceirização de suas atividades-meio está inscrita em outro diploma legal. De fato, a contratação de serviços de terceiros pelos órgãos e entidades da administração pública está subordinada ao disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que *“regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências”*, aplicável igualmente aos Estados, Distrito Federal e Municípios. A ampla possibilidade de contratação desses serviços é evidenciada pelo inciso II de seu art. 6º, que contém lista, de caráter exemplificativo, dos serviços cuja execução a administração pública deve preferencialmente transferir a terceiros, mediante contrato. O dispositivo tem a seguinte redação:

“Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

.....

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;

.....”

Embora também esta lista de serviços tenha caráter exemplificativo, seu último item, referente a trabalhos técnico-profissionais, comporta uma enumeração exaustiva, contida no art. 13 da mesma Lei, uma vez que se admite a inexigibilidade de licitação para esses serviços:

“Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

- I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;*
- II - pareceres, perícias e avaliações em geral;*
- III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;*
- IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;*
- V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;*
- VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;*
- VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.*
- VIII - (VETADO).*

.....”

Face às extensas listas de atividades cuja execução os órgãos públicos podem legalmente transferir à iniciativa privada, mediante contratação de serviços, e considerando também a possibilidade da administração exercer tal opção pela execução indireta também em relação a outras atividades-meio não expressamente elencadas, cabe indagar que parâmetros podem servir à identificação de áreas ou atividades não transferíveis à iniciativa privada. Caso contrário, poder-se-ia cogitar até mesmo em proceder à terceirização da administração pública por completo. Por absurdo que tal possa parecer, não se trata de mera questão teórica, uma vez que o Município de Farol encaminhou consulta nesse sentido ao Tribunal de Contas do Paraná, que negou tal possibilidade em decisão (Res. 2364/94) assim ementada²:

“Consulta. Terceirização de todos os serviços públicos do município, passando-se a desenvolvê-lo com auxílio da população organizada em uma cooperativa de trabalho. Resposta pela inconstitucionalidade do ato pretendido, devendo o consulente manter em quadros próprios para prestação de serviços considerados essenciais, estratégicos ou monopólios estatais. Caso haja terceirização de alguns setores, a cooperativa em questão deverá sempre concorrer em igualdade de condições com as demais prestadoras habilitadas.”

A terceirização sem limites configuraria fraude à disciplina constitucional para o provimento de cargos na administração pública, assentada na livre acessibilidade e na seleção mediante concurso. O recurso à terceirização para a prática desse tipo de desvio é denunciado por Luciano Ferraz³, sem meias-palavras, nos seguintes termos:

“O grande problema surgido em torno da terceirização, principalmente a partir da vigência da atual Constituição federal, foi a sua utilização como válvula de escape à realização de concursos públicos, com vistas a contornar a regra do art. 37, II, da Constituição.”

Nesse sentido, cabe examinar pelo menos três possíveis diretrizes para a fixação de limites à terceirização na administração pública.

A primeira diretriz reside na exclusão da possibilidade de terceirização da própria atividade-fim do órgão da administração. De fato, excetuados os serviços públicos que venham a ser objeto de concessão, nos termos do art. 175 da Constituição, bem como da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e das leis posteriores que o regulamentaram, os órgãos públicos não podem delegar a terceiros a execução integral de atividades que constituem sua própria razão de ser.

Mesmo no que concerne às atividades-meio, a contratação de serviços deve obedecer a algumas limitações. Assim é que uma segunda diretriz para excluir a viabilidade de execução indireta de algumas atividades é a existência de cargos permanentes, no quadro funcional do órgão ou entidade, cujas atribuições sejam exatamente as de exercer essas atividades. Essa diretriz é consequência direta

da exigência constitucional de concurso público, que poderia ser burlada caso a administração, ao invés de realizar certame da espécie, pudesse optar pela contratação externa de serviços. Sob essa hipótese, a fraude ao concurso seria eventualmente completada quando o prestador dos serviços aquiescesse em empregar pessoas “recomendadas” pela autoridade contratante.

Esse critério, embora bem fundamentado, tem sido entendido de forma bastante flexível. Em caso que passou a ser citado com frequência como precedente, o Tribunal de Contas da União, ao examinar comunicação de Juiz Federal sobre a matéria, determinou à Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária – Infraero, nos termos da Decisão 325/96, que não mais realizasse “*sem o imprescindível concurso público, qualquer contratação de pessoal para a realização de serviços compatíveis com as atribuições de cargo constante em seu Plano de Classificação de Cargos e Salários*”. Apresentado por aquela empresa estatal pedido de reexame da questão, proferiu o TCU uma nova Decisão, de nº 885/97, admitindo a legalidade da contratação de telefonista face ao item III do Enunciado nº 331, do TST e à legislação específica que autorizou a constituição da empresa (Lei nº 5.862, de 1972) da qual consta dispositivo determinando que “*as atividades executivas da Infraero, bem como de suas subsidiárias, serão objeto, sempre que possível, de realização indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada*”.

Apesar de tratada com maior flexibilidade, notadamente em relação às empresas estatais, a diretriz de proibição de contratação de terceiros para execução indireta de atividade própria do quadro funcional do órgão ou entidade foi explicitada, no âmbito do Executivo federal, pelo § 2º do art. 1º do Decreto nº 2.271, de 1997, anteriormente transcrito. O dispositivo admite, contudo, exceção para o caso de cargos extintos, pretendendo viabilizar assim uma transição da execução direta de determinada atividade para sua execução indireta mediante contrato.

Transição dessa natureza foi concretizada, ainda no âmbito federal, pela Lei nº 9.632, de 7 de maio de 1998, que “*dispõe sobre a extinção de cargos no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências*”. Ao extinguir grande número de cargos já vagos e determinar que outros, ainda ocupados, passassem a integrar quadro em extinção, a serem extintos em vacância futura, a norma legal expressamente permitiu a execução indireta das atividades correspondentes aos cargos extintos ou em extinção, nos termos de seu art. 2º:

“Art. 2º As atividades correspondentes aos cargos extintos ou em extinção, constantes dos Anexos desta Lei, poderão ser objeto de execução indireta, conforme vier a ser disposto em regulamento.”

A terceira diretriz impeditiva de execução indireta de atividades próprias dos órgãos e entidades públicas reside no exercício do poder de polícia e na prática de atos administrativos em geral. Poder de polícia, na definição adotada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴, é “*a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público*”. No exercício do poder de polícia, cabe ao agente promover tal limitação exclusivamente em virtude de lei, cumprindo o poder-dever de assegurar o respeito à mesma, fiscalizar sua observância pelos cidadãos, impedir sua transgressão e, quando for o caso, aplicar sanções administrativas cabíveis

Ato administrativo, ainda na definição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵, consiste na “*declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário*”. A representação do Estado, no caso, exige a capacidade e a competência, definida esta última, conforme a mesma autora⁶, como “*conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixados pelo direito positivo*”.

Dessa forma, a prática de atos administrativos demanda seja o sujeito do ato competente para tal. Esta competência, via de regra outorgada mediante lei formal, não admite transferência contratual a pessoas estranhas à administração pública. Ficam, portanto, excluídas da hipótese de

execução indireta atividades que importem expedição de autorizações, licenças, certidões ou declarações, bem como atos de inscrição, registro ou certificação, e ainda os atos de decisão ou de homologação em processos administrativos. Atividades dessa natureza são insuscetíveis de execução indireta, ainda que sejam tidas como atividades-meio em relação às finalidades do órgão público.

Essa diretriz encontra também respaldo no Tribunal de Contas da União, cuja Decisão nº 25/00 determinou à Subsecretaria de Assuntos Administrativos do Ministério da Ciência e Tecnologia fossem excluídos de contrato de terceirização os serviços auxiliares correspondentes às atividades de Secretaria – Níveis I e II, Assistência Administrativa e Auxílio Administrativo, por serem tais contratações contrárias às hipóteses para tal admitidas no Decreto nº 2.271, de 1997, uma vez que abrangem atividades desenvolvidas por servidores no âmbito do órgão. A fundamentação oferecida pelo Ministro-Substituto Benjamin Zymler⁷, Relator do processo, é de absoluta clareza:

“Entendo que a flexibilização dispensada no precedente citado é bastante salutar e vai ao encontro das diretrizes que norteiam a moderna Administração Pública e dos pilares jurídicos estatuídos nos §§ 1º e 2º do Dec. nº 2.271/97. Não obstante, devo asseverar que o elastecimento na contratação de execução indireta de serviços na Administração Pública deve circunscrever-se a atividades de caráter inequivocamente ancilar. Ressalte-se que atividades dessa natureza exteriorizam-se através de atos materiais, meramente executórios, e não por atos administrativos stricto sensu.

Com efeito, a contratação de serviços auxiliares no âmbito do MINCT envolveria o acometimento de atividades relacionadas ao estabelecimento, desenvolvimento e controle de procedimentos administrativos, realizadas por meio de atos administrativos. Dessa forma, entendo que a delegação dessas atribuições a elemento alheio aos quadros da Administração resultaria em eventual quebra na cadeia hierárquica de execução da atividade administrativa, obstando, sobretudo, a atividade de controle da Administração. Essa, também, parece ser o resultado de interpretação teleológica dos dispositivos do Dec. nº 2.271/97, acima referidos, que em nenhum momento deixa evidente a intenção de terceirizar atos ligados à processualística administrativa.”

A terceirização de serviços por parte da administração pública, quando praticada sem o devido respaldo legal, acarreta conseqüências distintas para o contratado pela empresa prestadora, para esta e para a autoridade contratante. A contratação irregular, nesse caso, não gera vínculo empregatício com o órgão público tomador do serviço, conforme o item II do Enunciado 331 do TST, anteriormente transcrito. Apesar disso, o ente público contratante não pode se eximir de efetuar pagamento correspondente aos serviços efetivamente prestados, pois não pode a administração enriquecer ilícitamente às custas do prestador de serviços ou de seus empregados. Este entendimento quanto às conseqüências da prática irregular de terceirização no serviço público é corroborado por George Ricardo Mazuchowski⁸ nos seguintes termos:

“O problema, entretanto, está na situação em que a Administração Pública, seja ela direta ou indireta, assume o papel de tomadora do serviço e o prestador não consegue saldar as obrigações trabalhistas. Neste caso, não há como se imputar à tomadora de serviços qualquer espécie de responsabilidade, mesmo sob o fundamento da culpa in eligendo, tendo em vista as regras da licitação, as quais não permitem, quando da contratação, uma investigação mais profunda referente à idoneidade financeira e patrimonial da prestadora de serviços.”

Mais adiante, continua o mesmo autor:

“Contudo, o fato da prestação de serviços à Administração Pública não gerar vínculo de emprego, não impede a responsabilidade da mesma quando a contratação for fraudulenta, nula. No entanto, o ressarcindo aos trabalhadores somente se referirá ao pagamento dos serviços prestados, ou seja, das verbas estritamente salariais, pois não há como voltar ao status quo uma vez que a força de trabalho despendida não pode ser devolvida.”

Há que se mencionar, ainda, que a burla à exigência de concurso para o provimento de cargos ou empregos no serviço público, mediante a contratação ilegal de serviços, acarretará a responsabilização da autoridade que a tenha efetuado, nos termos do art. 37, § 2º, da Constituição.

Em resumo, quanto à viabilidade legal de terceirização de serviços pela administração pública, pode-se concluir que tal prática é lícita apenas no que diz respeito às atividades-meio dos entes públicos, não sendo cabível adotá-la para o exercício de atividades pertinentes a atribuições de cargos efetivos próprios de seus quadros, nem para funções que impliquem no exercício de poder de polícia ou na prática de atos administrativos.

COOPERATIVAS DE TRABALHO

O propósito desta seção é examinar a viabilidade legal de cooperativas serem habilitadas em licitações realizadas por entes públicos com a finalidade de selecionar prestador de serviços que pretenda terceirizar. A questão vem assumindo importância e atualidade crescentes, à medida em que grande número de cooperativas de trabalho vem sendo criadas nos últimos anos, passando a disputar os certames licitatórios com as tradicionais empresas de prestação de serviços.

Desde seus primórdios, em 1932, quando a matéria foi regulamentada pelo Decreto nº 22.239, as cooperativas de trabalho são aceitas como um tipo específico de cooperativa constituída por trabalhadores, normalmente de uma mesma profissão ou ofício que, dispensando a intermediação de um patrão ou empresário, se propõem a contratar obras, tarefas, trabalhos ou serviços, públicos ou particulares, coletivamente por todos ou por grupo de alguns. Qual a razão, então, para a recente multiplicação de entidades dessa natureza?

Aparentemente, o principal fator a motivar a proliferação de cooperativas de trabalho foi a edição da Lei nº 8.949, de 9 de dezembro de 1994, que “*Acrescenta parágrafo ao art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) para declarar a inexistência de vínculo empregatício entre as cooperativas e seus associados*”. O referido parágrafo passou a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 442.

Parágrafo único. Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.”

A afirmação categórica do novo dispositivo legal, quanto à inexistência de vínculo empregatício, favoreceu a formidável propagação de cooperativas de trabalho, merecendo o seguinte comentário de Saratt e Moraes⁹ ao historiarem a evolução legal do cooperativismo:

“Mas foi na década de 90 que ocorreu a alteração legal decisiva, que impulsionou a criação de diversas novas cooperativas de trabalho. A Lei nº 8.949, de 1994, acrescentou parágrafo único ao artigo 442 da CLT, mudando o foco da cooperativa, que até então estava voltada apenas para a relação da entidade com o cooperado. Com a Lei nº 8.949, ficou definido que o associado da cooperativa não tem vínculo empregatício nem com a cooperativa, nem com a tomadora dos serviços. A partir de então, a cooperativa passou a ter a real possibilidade de dirigir sua atuação para o mercado, pois viu-se reduzido significativamente o risco de o cooperado ser considerado empregado da empresa contratante.”

Os mesmos autores assim quantificam a multiplicação das entidades cooperativas¹⁰:

“A sociedade já reagiu em relação ao que denominamos ‘a nova era’. A lei veio dar impulso à criação de cooperativas de trabalho, como atestam os números da Organização das Cooperativas do Brasil (OCB). Em 1994, foram criadas 156 cooperativas de trabalho em todo o País. Em 1996, já havia 516 entidades cooperativas em funcionamento e, até março de 1997, o número alcançava 737, envolvendo um total de 120 mil trabalhadores associados.”

De acordo com informações mais atualizadas da OCB¹¹, existem hoje 1916 cooperativas de trabalho, sendo essa a mais freqüente dentre todas as espécies de cooperativa. Filiam-se a elas um total de 297.865 cooperados.

A referida Lei nº 8.949, de 1994, tem sido objeto de intensa discussão doutrinária no âmbito do Direito do Trabalho, o que excede totalmente o escopo do presente estudo. Como a norma legal permanece em vigor, cabe aqui apenas o exame de suas repercussões mediante a participação de cooperativas nos processos de terceirização. A esse respeito, assim se manifesta Sérgio Pinto Martins¹²:

“O parágrafo único do art. 442 da CLT abre, por conseguinte, a possibilidade de terceirização de serviços por intermédio de cooperativas, já que não se forma o vínculo de emprego entre estas e seus associados, qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, nem entre os cooperados e os tomadores de serviços daquela, desde que atendidos os requisitos legais. O cooperativismo não deixa, porém, de ser uma forma de solucionar os problemas de produção em empresas que tenham por objetivo reduzir seus custos. Trata-se de terceirização lícita, devidamente autorizada por lei, desde que observados seus requisitos.”

Assim, a primeira questão relevante ao exame de viabilidade de cooperativas de trabalho participarem de licitações diz respeito aos requisitos legais para a constituição de entidades dessa natureza. A cooperativa, conceitualmente uma sociedade de pessoas que coordenam seus esforços para a consecução de uma finalidade comum, sem relação de subordinação entre si, tem sua disciplina legal fixada pela Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, que *“define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências”*. Os arts. 3º e 4º desse diploma legal caracterizam a sociedade cooperativa e estabelecem os requisitos para sua constituição com a seguinte redação:

“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.

Art. 4º As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características:

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

II - variabilidade do capital social representado por quotas-partes;

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

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

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

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

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

VIII - indivisibilidade dos fundos de Reserva e de Assistência Técnica Educacional e Social;

IX - neutralidade política e indiscriminação religiosa, racial e social;

X - prestação de assistência aos associados, e, quando previsto nos estatutos, aos empregados da cooperativa;

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

A cooperativa é, portanto, uma sociedade de pessoas, e não de capital. O caráter voluntário da adesão dos cooperados, sem restrição de número, a limitação do número de quotas-parte para cada associado e a indisponibilidade das mesmas para terceiros, bem como a singularidade do voto, constituem fatores essenciais à despersonalização da cooperativa, cujo caráter seria desfigurado se um ou poucos indivíduos detivessem seu controle de fato.

É importante que se dê o devido destaque à distinção entre cooperativas e empresas, uma vez que boa parte das críticas às cooperativas de trabalho e à participação das mesmas no mercado de terceirização de serviços tem por foco as “cooperativas de fachada”, ou seja, aquelas cooperativas forjadas por alguns indivíduos com o único objetivo de fugir às obrigações legais incidentes sobre a atividade empresarial, mormente as de natureza trabalhista e tributária. Tais empresas travestidas de cooperativas configurem flagrante desvio do verdadeiro cooperativismo, não se justificando, contudo, que tal sirva de pretexto para restringir o campo de atuação das verdadeiras cooperativas. A esse respeito, assim se pronuncia Renato Lopes Becho¹³:

“Os princípios jurídicos próprios que regem as cooperativas são a adesão livre, administração democrática, juro limitado ao capital, um certo destino aos excedentes, a promoção da educação e a prática da intercooperação. De antemão, o leitor deve reter na memória que os princípios diferenciarão essas sociedades de outras sociedades, notadamente as comerciais. Disso decorre que as cooperativas que porventura não lhes sigam deixam de ser legais, devendo transformar-se em outra forma associativa.

Mantendo traços distintivos intactos, porque a sociedade que se mascara como cooperativa trai as normas de regência. Não preservando as distinções que possui com as demais sociedades jurídicas, não pode ser participe desse sistema próprio e deixa de ser cooperativa. Passa a ser uma falsa cooperativa, praticando o injusto, o injurídico e o ilegal. Utiliza-se de prerrogativas que não possui, abusa do corpo social que lhe apóia, beneficia-se indevidamente de qualidades que não possui, trazendo para si vantagens imerecidas. Cresce como erva daninha, empobrece o jardim e deve ser combatida como praga.”

As cooperativas são entidades sujeitas à fiscalização do Estado. Cabe aos órgãos fiscalizadores atuar com rigor, aplicando as sanções cabíveis nos casos de irregularidades. Registre-se também que a violação contumaz de disposições legais sujeita a cooperativa à intervenção, nos termos do art. 93 da já referida Lei nº 5.764, de 1971 e ainda que, quando for o caso, poderá ser demandada em juízo a extinção de cooperativas fraudulentas. Marcos Juruena Villela Souto¹⁴ comenta a esse propósito:

“É claro que não pode o Estado, pelos órgãos competentes, se demitir do dever de fiscalizar tais entidades; a liberdade de associação é para fins lícitos e a criação de associações e de cooperativas é nos termos da lei, podendo, por decisão judicial, deixar de existir.”

Complementa em seguida o mesmo autor:

“Tratar-se-á, aí, de exercício de poder de polícia, que, no caso, é a polícia das relações do trabalho, a cargo da União, através dos órgãos competentes do Ministério do Trabalho. Mas somente a decisão judicial pode decretar a suspensão ou dissolução da associação (C.F., art. 5º, XIX).

Não são raros os casos de falsas cooperativas, que se utilizam dessa forma de associação para se beneficiarem da Lei nº 5.764/71, que em seu art. 90, esclarece a inexistência de vínculo empregatício entre a cooperativa e seus associados, mas essa matéria é de polícia de trabalho.”

Além do problema das falsas cooperativas, outro argumento utilizado para questionar a participação de cooperativas de trabalho nas licitações para a prestação de serviços é a alegação de que tal atividade não pode ser caracterizada como ato cooperativo e seria, então, sua prática vedada às cooperativas. De fato, a própria Lei nº 5.764, de 1971, conceitua o ato cooperativo em seu art. 79, nos seguintes termos:

“Art. 79. Denominam-se atos cooperativos os praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associados, para a consecução dos objetivos sociais.

Parágrafo único. O ato cooperativo não implica operação de mercado, nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria.”

A mesma lei, entretanto, prevê a prestação de serviços a terceiros, desde que pertinentes aos objetivos sociais da cooperativa, conforme o art. 86 a seguir:

“Art. 86. As cooperativas poderão fornecer bens e serviços a não associados, desde que tal faculdade atenda aos objetivos sociais e estejam de conformidade com a presente lei.

.....”

Embora a prestação de serviços a terceiros não possa ser caracterizada como ato cooperativo, isto não a torna ilegal, uma vez que a própria lei tratou de admitir também a prática de atos não cooperativos, distinguindo-os todavia para fins de tributação. Esse entendimento é expresso por Renato Lopes Becho¹⁵ nos seguintes termos:

“Se a cooperativa de trabalho contrata um trabalhador para preencher uma vaga surgida inesperadamente (por exemplo, em caso de doença do associado), tal ato será não cooperativo.

Trazendo essa doutrina para o nosso tema, se uma cooperativa participa de uma licitação com a Administração, estará realizando ato não-cooperativo, que não se enquadrará com os apontados no art. 79. Assim, a cooperativa se iguala, nesse ponto, às sociedades comerciais.”

Nos termos da Constituição e da norma legal que rege a matéria, só podem ser afastados da licitação os que não detenham capacidade jurídica, técnica ou financeira indispensável à garantia do cumprimento das obrigações a serem assumidas. Não cabe à autoridade que conduz o processo licitatório acrescentar, por seu próprio critério subjetivo, qualquer outro requisito. A discriminação entre cooperativa e empresa não tem qualquer amparo legal, assim como não o teria eventual discriminação entre sociedade limitada e sociedade anônima. No processo licitatório a discriminação possível é apenas a que distingue entre aptos e não aptos, em função dos critérios de capacidade jurídica, técnica e econômica que venham a ser estabelecidos em seu edital. Este é o entendimento da maior parte dos autores, como Renato Lopes Becho¹⁶, por exemplo:

“Por tudo que ficou dito, vemos que, de modo geral, os requisitos de capacitação econômica e técnica em nada podem prejudicar as cooperativas. As cooperativas serão analisadas no certame, nesses requisitos, com os mesmos rigores utilizados para os demais licitantes.

Quanto à capacitação jurídica, o mesmo ocorre. A Administração Pública deverá exigir a comprovação da regularidade jurídica da cooperativa, nos mesmos limites dos demais licitantes: os registros públicos específicos para cada hipótese (cooperativa, sociedade limitada, sociedade anônima, sociedade civil), regular nomeação das pessoas físicas responsáveis pela direção da sociedade, etc.

Não há motivo de ordem jurídica, no campo dos requisitos licitatórios, para vedar a participação de cooperativas.”

Também similar é a manifestação de Ivan Barbosa Rigolin¹⁷, em texto escrito especificamente sobre tal questão:

“A lei permite que o edital estabeleça requisitos habilitatórios a serem atendidos por todos os participantes, pena de eliminação do certame.

Se o edital os exigir, e se a cooperativa os atender – naturalmente dentro daquilo que jurídica e institucionalmente exista nas sociedades cooperativas, uma vez que a lei de licitações não permite, nas habilitações, exigir das empresas licitantes algo que a sua legislação específica delas já não exija – então não se vislumbra em que, para esse efeito, difere uma cooperativa de uma S/A ou S/C.

Entendemos que a lei de licitações não permite ao poder público ingressar em particularidades desta ou daquela espécie de sociedade, como os encargos a que cada qual se sujeita ou como quanto à natureza de cada uma, para o fim de a priori impedir a participação de quem quer que seja.”

Mais adiante, acrescenta o mesmo autor¹⁸:

“Tolher-lhes antecipadamente o caminho, com argumentos pessoais da autoridade competente para licitar, ou com lucubrações que neste caso são sempre carecedoras de maior objetividade, sustentação ou fundamento jurídico, não se nos afigura nem tecnicamente correto nem formalmente permitido aos entes públicos licitadores.”

O entendimento quanto à admissibilidade de cooperativas em processos licitatórios não é totalmente pacífico. O principal fundamento a que recorrem os que negam tal possibilidade é a suposta violação do princípio de igualdade de condições entre todos os concorrentes, estatuído pelo art. 37, XXI da Carta Magna. Esse é o sentido, por exemplo, da manifestação da Procuradora do Estado da Bahia, Ana Lúcia Berbert de Castro Fontes¹⁹:

“Exigindo a Lei nº 8.666/93, no art. 27, para a habilitação nas licitações que o interessado comprove possuir habilitação jurídica, a sociedade licitante cuja constituição deu-se em desacordo com a lei terá, necessariamente, que ser inabilitada.

Se, não obstante, tratar-se de cooperativa legalmente constituída, mesmo assim, não poderá ser habilitada a participar de licitações públicas, em razão do perfil legal dado a essa espécie de sociedade, a qual comporta a outorga de benefícios de várias ordens, inclusive tributário. Com a sua admissão nos procedimentos, estar-se-ia desrespeitando o princípio da igualdade de condições entre os licitantes, cuja observação é imposta pela Lei Maior.”

Também Toshio Mukai, em curta nota recentemente publicada em dois periódicos²⁰, defende acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que inadmitiu a participação de cooperativas nas licitações públicas:

“Portanto, parece-nos essa a decisão mais correta, legalmente, em especial pelo fato de que as cooperativas existem, segundo a Lei nº 5.764/71, para prestar serviços aos seus associados e não a terceiros; além disso, sempre que uma entidade dessas competir em licitações, dados os benefícios fiscais de que gozam, estará sempre violando o princípio constitucional da igualdade nas licitações públicas.”

Tais alegações quanto à desigualdade de tratamento na licitação perdem expressão, porém, ao se fazer a indispensável distinção entre as desigualdades preexistentes e aquelas originadas no processo licitatório. São essas últimas as que são vedadas pela lei e pela própria Constituição, que não permitem à autoridade dar tratamento diferenciado aos licitantes, estabelecendo distinções outras do que aquelas que já detenham por si próprios.

Se é verdade que a autoridade não pode introduzir novas desigualdades, também é verdade que não lhe compete suprimir ou pretender compensar desigualdades preexistentes, sejam de natureza legal ou fatural.

Assim, por exemplo, não pode uma empresa multinacional sediada no País ser afastada de uma licitação pelo fato de ter acesso a fontes de financiamento no exterior em condições bem mais vantajosas do que as disponíveis para empresas nacionais que estejam eventualmente disputando o mesmo certame licitatório.

Da mesma forma, se estiverem competindo numa licitação uma micro-empresa, legalmente beneficiada por essa sua característica, e uma outra empresa de maior porte que não faça jus às mesmas vantagens, não pode o administrador excluir a primeira do processo licitatório por esse motivo. Tampouco tem ele autorização legal para estabelecer qualquer forma de compensação com o intuito de “equilibrar” a disputa.

A única exceção ocorre no caso de concorrências internacionais, regulamentadas pelo art. 42 da Lei nº 8.666, de 1993, que contém expressa previsão para que as propostas apresentadas por licitantes estrangeiros sejam acrescidas dos mesmos gravames tributários incidentes sobre as empresas brasileiras, para fins de julgamento da licitação. Na ausência de disposição legal semelhante com respeito à participação de cooperativas nas licitações, qualquer tipo de compensação é inaceitável, por desrespeitar o princípio da legalidade a que está submetida a administração pública.

O princípio da isonomia no processo licitatório não pode, por conseguinte, ser tomado em sentido absoluto, desconsiderando as desigualdades inerentes à situação jurídica e fatural dos licitantes. De qualquer forma, cabe registrar que as desigualdades não são tão desmedidas como alegam alguns. No caso da atuação de cooperativa na prestação de serviços a terceiros, a própria Lei nº 5.764, de 1971, determina que a renda proveniente de tais operações seja tributada, nos termos de seu art. 111, abaixo transcrito:

“Art. 111. Serão considerados como renda tributável os resultados positivos obtidos pela cooperativas nas operações de que tratam os artigos 85, 86 e 88 desta Lei.”

Também no que concerne à contribuição previdenciária, não existe a alegada isenção, mas sim forma diferenciada de cálculo e arrecadação, nos termos do art. 22, IV, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, com a seguinte redação que lhe foi dada pela Lei 9.876, de 26 de novembro de 1999:

“Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

.....
IV - quinze por cento sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, relativamente a serviços que lhe são prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho.
.....”

Sobre a questão do efeito que possa ter na licitação a desigualdade existente entre empresas e cooperativas, assim se manifesta Marcos Juruena Villela Souto²¹:

“O fato de se questionar a desigualdade de competição entre cooperativas, que não buscam lucro e não pagam encargos sociais, e empresas, também merece observações. Afinal, numa licitação da qual participam cooperativas, o preço proposto será a soma dos preços individuais dos cooperados acrescidos de uma taxa de administração (que viabiliza a existência de uma sede e dos serviços de gerenciamento interno da atividade). No preço individual, o cooperado deverá cogitar de incluir todos os benefícios de saúde e previdência que ele terá que contratar junto à iniciativa privada (já que não dispõe dos direitos do celetista). Tal situação praticamente nivela licitantes, inexistindo, pois, fundamento para a vedação de participação de cooperativas em competição com empresas nas licitações.”

Mesmo sem chegar ao ponto de aceitar que exista um real nivelamento dos licitantes, o que na verdade importa é que nenhuma discriminação entre eles seja gerada no curso do processo licitatório, sendo imperioso admitir e respeitar as diferenças decorrentes da própria situação anterior de cada um perante a lei.

Em conclusão: se a lei não veda a constituição de cooperativas cuja atividade primordial seja a prestação de serviços a terceiros, não cabe ao administrador discricionariamente excluí-las do procedimento licitatório para contratos dessa espécie, nem efetuar equiparações ou compensações sem expressa determinação legal.

EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO

A terceira questão a ser examinada no presente estudo diz respeito à exigência de licitação para a celebração de contratos entre a administração pública e cooperativas de trabalho. Por força de dispositivo constitucional (art. 37, XXI) a norma na administração pública brasileira, em todas as esferas de governo, é a licitação. A contratação direta, com dispensa de licitação ou declaração de sua inexigibilidade, só é admitida nas hipóteses previstas em lei.

A disciplina legal sobre as licitações e contratos na administração pública está fundamentalmente contida na Lei nº 8.666, de 1993, e nas leis que posteriormente a alteraram. As normas gerais nela expressas aplicam-se aos órgãos da administração pública direta e às entidades da administração indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Já em seu art. 2º, o referido diploma legal deixa clara a abrangência da obrigação de licitar:

“Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.”

Observa-se a preocupação do legislador, manifestada no parágrafo único do dispositivo, em bloquear qualquer eventual alegação de desnecessidade de licitar mediante o subterfúgio de dar outra denominação ao contrato. Está a administração pública, por conseguinte, sujeita à obrigação de licitar, como condição prévia à celebração de contratos para prestação de serviços. As exceções serão somente aquelas expressamente previstas em lei.

Tais exceções são de duas naturezas: os casos de dispensa de licitação e os de inexigibilidade de licitação. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro²², a diferença entre ambas os conceitos expressa-se da seguinte forma:

“A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável.”

A diferença entre o conceito de inexigibilidade e o conceito de dispensa de licitação tem como conseqüência serem admissíveis apenas os casos de dispensa expressamente previstos no art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, uma vez que a licitação, embora possível, foi considerada pelo legislador dispensável naquelas circunstâncias específicas. As hipóteses de inexigibilidade, ao contrário, são inúmeras, uma vez que esta se caracteriza pela inviabilidade da competição, qualquer que seja a razão para tal. Sobre essa distinção conceptual, assim se expressa Marçal Justen Filho²³:

“É inexigível a licitação quando a disputa for inviável. Havendo viabilidade de disputa é obrigatória a licitação, excetuados os casos de ‘dispensa’ imposta por lei.

Sob esse ângulo, a inexigibilidade deriva da natureza das coisas, enquanto a dispensa é produto da vontade legislativa. Esse é o motivo pelo qual as hipóteses de inexigibilidade, indicadas em lei, são meramente exemplificativas, enquanto as de dispensa são exaustivas. É que somente a dispensa de licitação é criada por lei – logo, a ausência de previsão legislativa impede reconhecimento de dispensa de licitação.”

A licitação para a contratação de serviços de terceiros só poderá ser dispensada, por conseguinte, se configurada alguma das situações especificadas no art. 24 da lei de licitações.

Já a inexigibilidade de licitação é disciplinada pelo art. 25 da mesma Lei nº 8.666, de 1993, nos seguintes termos:

“Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, parcelamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.”

Embora não possa ser objeto de uma lista exaustiva, a inexigibilidade de licitação não comporta interpretação abusiva. Pode ser invocada apenas nos casos em que se evidencie, a toda prova, a real impossibilidade de haver competição. Não cabe, de forma alguma, recorrer à inexigibilidade de licitação para encobrir mera preferência discricionária de autoridade que, do alto de sua presunção, pretenda saber escolher subjetivamente o contratado que melhor possa atender à administração. Para limitar eventuais abusos nesse sentido, o legislador estabeleceu exigências processuais, tanto para a inexigibilidade como para a dispensa de licitação, contidas no art. 26 da Lei nº 8.666, de 1993, com a seguinte redação:

“Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e nos incisos III a XXIV do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º, deverão ser comunicados dentro de três dias a autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, como condição para eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.”

A imposição de justificar, submeter à autoridade superior e publicar o ato que declare inexigibilidade ou dispensa de licitação, além de atender ao princípio da publicidade, a que está sujeita toda a administração pública, serve também ao propósito de prover documentação que possa servir à apuração de eventual irregularidade praticada pela autoridade, caso em que estarão os responsáveis sujeitos às sanções previstas em lei.

A própria Lei nº 8.666, de 1993, prevê genericamente as sanções a que estão sujeitos os agentes públicos por conta de irregularidades praticadas em processos licitatórios, conforme seus arts. 82 a 85 abaixo transcritos:

“Art. 82. Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.

Art. 83. Os crimes definidos nesta Lei, ainda que simplesmente tentados, sujeitam os seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo.

Art. 84. Considera-se servidor público, para os fins desta Lei, aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público.

§ 1º Equipara-se a servidor público, para os fins desta Lei, quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, assim consideradas, além das fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, as demais entidades sob controle, direto ou indireto, do Poder Público.

§ 2º A pena imposta será acrescida da terça parte, quando os autores dos crimes previstos nesta Lei forem ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança em órgão da Administração direta, autarquia,

empresa pública, sociedade de economia mista, fundação pública, ou outra entidade controlada direta ou indiretamente pelo Poder Público.

Art. 85. As infrações penais previstas nesta Lei pertinem às licitações e aos contratos celebrados pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios, e respectivas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, e quaisquer outras entidades sob seu controle direto ou indireto.”

Quanto ao caso específico de inexigência ou dispensa de licitação sem amparo legal ou sem observância das formalidades para tal exigidas, a tipificação penal aplicável está contida no art. 89 da Lei nº 8.666, de 1993, que dispõe:

“Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.”

Conclui-se, com referência ao que foi examinado nesta seção, que a contratação de empresa ou de cooperativa por parte da administração pública para a prestação de serviços está condicionada à prévia realização de licitação, que só pode ser dispensada ou declarada inexigível nas restritas hipóteses previstas em lei, constituindo crime a violação de tal norma.

¹ Veja-se, por exemplo: Sérgio Pinto Martins. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. São Paulo, Ed. Atlas, 4ª ed., 2000.

² Conforme citado na Resolução nº 13.509/97, publicada no Boletim de Licitações e Contratos, ano XI, nº 9, set. 1998, p.453.

³ Luciano de Araújo Ferraz. *Lei de Responsabilidade Fiscal e terceirização de mão-de-obra no serviço público*. Jurídica Administração Municipal, ano VI, nº 3, março 2001, p.24.

⁴ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo*. São Paulo, Ed. Atlas, 13ª ed., 2001, p. 110.

⁵ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Op. cit.*, p. 181.

⁶ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Op. cit.*, p. 188.

⁷ Processo nº 928.360/98-9. *Boletim de Direito Administrativo*, ano XVII, nº 1, jan. 2001, p. 65.

⁸ George Ricardo Mazuchowski. *Terceirização*. *Jurisprudência Brasileira Trabalhista* v.51, p. 32.

⁹ Newton Saratt e Rogério Pires Moraes. *Cooperativas de trabalho: um diferencial inteligente*. Porto Alegre, Ipsis Litteris Editora, 1997, p. 29.

¹⁰ Saratt e Moraes, *op. cit.*, p. 65.

¹¹ De www.ocb.org.br

¹² Sérgio Pinto Martins. *op. cit.*, p. 90.

¹³ Renato Lopes Becho. *A participação de cooperativas nas licitações da administração pública*. *Revista de Direito Administrativo*, nº 224, abr./jun. 2001, p. 67

¹⁴ Marcos Juruena Villela Souto. *Terceirização na administração pública e as cooperativas*. *Repertório IOB de Jurisprudência*. 1ª quinzena de jan. 1988, nº1/98, p. 19.

¹⁵ Renato Lopes Becho. *op. cit.*, p. 70.

¹⁶ Renato Lopes Becho. *op. cit.*, p. 73.

¹⁷ Ivan Barbosa Rigolin. Cooperativas em licitação – podem participar. *Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública*. nº 4, abr. 2000, p. 27.

¹⁸ Ivan Barbosa Rigolin. *op. cit.*, p. 28.

¹⁹ Ana Lúcia Berbert de Castro Fontes. Estudo sobre a regularidade da participação das cooperativas nas licitações públicas. *Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia*, v. 23, 1997, p. 22.

²⁰ Toshio Mukai. Cooperativas não podem participar de licitações públicas. *Revista Consulex*, ano V, nº 99, fev. 2001, p. 35, e *Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública*, nº 3, março 2001, p.6.

²¹ Marcos Juruena Villela Souto. *op. cit.*, p.19.

²² Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *op. cit.*, p. 302.

²³ Marçal Justen Filho. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo, Ed. Dialética, 5ª ed., 1998, p. 211.