

Sobre a inconstitucionalidade e a ilegalidade do Decreto Executivo nº 55.938/2010, que veda a participação de cooperativas nas licitações realizadas no âmbito da administração direta e indireta do Estado de São Paulo

Luís Flávio Neto¹

*Doutorando e mestre em direito econômico, financeiro e tributário pela USP²
Especialista em Direito Tributário pelo IBET³
Pós-graduando em Contabilidade, controladoria e finanças – CEFIN pela FINECAFI
Professor de Direito Tributário e Financeiro da USJT
Advogado sócio do Escritório INETOI Sociedade de Advogados*

Luiz Gustavo Santana de Carvalho⁴

*Mestre em direito tributário pela USP
Professor-monitor no curso de especialização “lato sensu” em direito tributário do IBET
Advogado e sócio fundador do escritório Carvalho e Messias Advogados (Maceió, AL)
Ex-Procurador Chefe Fiscal do Município de Maceió (AL)
Ex-Procurador Geral do Município de Marechal Deodoro (AL)
Graduado em direito pela UFAL⁵*

1. O problema

Em meados de 2010, o governo paulista expediu o Decreto nº 55.938/2010, por meio do qual vedou a participação de cooperativas de serviços (cooperativas de trabalho) nas licitações realizadas no âmbito daquela administração pública estadual, direta e indireta, *in verbis*:

Decreto nº 55.938, de 21 de junho de 2010

Veda a participação, em licitações, de cooperativas nos casos que especifica e dá providência correlata

ALBERTO GOLDMAN, Governador do Estado de São Paulo, no uso de suas atribuições legais, Considerando a necessidade de preservação dos direitos dos trabalhadores previstos na Constituição Federal de 1988 e na Consolidação das Leis do Trabalho - Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943;

Considerando que o Superior Tribunal de Justiça decidiu, nos autos do Recurso Especial nº 1.141.763-RS, que pode ser vedada a participação de sociedades cooperativas em licitações de serviços que exijam vínculo de subordinação; e

Considerando o decidido pelo Tribunal de Contas do Estado nos processos TC-010651/026/10, TC-010820/026/10 e TC-11447/026/10,

DECRETA:

Artigo 1º - Fica vedada a participação de cooperativas nas licitações promovidas pela Administração direta e indireta do Estado de São Paulo quando, para a execução do objeto, for necessária a prestação de trabalho de natureza não eventual, por pessoas físicas, com relação de subordinação ou dependência.

Parágrafo único - Para os fins do disposto no “caput” deste artigo, não são passíveis de execução por meio de cooperativas, dentre outros, os seguintes serviços:

¹ Endereço para acessar o CV completo: <http://lattes.cnpq.br/6985512956382511>

² Universidade de São Paulo.

³ Instituto Brasileiro de Estudos Tributários.

⁴ Endereço para acessar o CV completo: <http://lattes.cnpq.br/6998813497350712>

⁵ Universidade Federal de Alagoas.

1. limpeza, asseio, preservação e conservação;
2. limpeza hospitalar;
3. lavanderia, inclusive hospitalar;
4. segurança, vigilância e portaria;
5. recepção;
6. nutrição e alimentação;
7. copeiragem;
8. reprografia;
9. telefonia;
10. manutenção de prédios, de equipamentos, de veículos e de instalações;
11. motofrete e transporte sob regime de fretamento contínuo;
12. motorista, com ou sem locação de veículos;
13. digitação;
14. secretariado e secretariado executivo;
15. manutenção e conservação de áreas verdes.

Artigo 2º - As minutas-padrão de editais e o Cadastro de Serviços Terceirizados - CADTERC deverão ser adaptados ao disposto neste decreto.

Artigo 3º - A Corregedoria Geral da Administração fiscalizará o cumprimento do disposto neste decreto.

Artigo 4º - Este decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Palácio dos Bandeirantes, 21 de junho de 2010

ALBERTO GOLDMAN

(...)

Publicado na Casa Civil, aos 21 de junho de 2010.

Com isto, a CGA (Corregedoria Geral da Administração) emitiu o seu Comunicado CGA nº 01, de 25/06/2010, recomendando aos órgãos integrantes da administração direta e indireta do Estado de São Paulo não só aquela mesma vedação, mas também a não prorrogação dos contratos vigentes quando firmados com cooperativas de trabalho, a adoção das seguintes medidas, *in verbis*:

Comunicado CGA nº 01/2010

A Corregedoria Geral da Administração, diante das atribuições de fiscalização conferidas pelo Decreto nº 55.938, de 21/06/10, publicado em 22/06/2010, RECOMENDA aos órgãos integrantes da Administração Direita e Indireta do Estado de São Paulo a adoção das seguintes medidas:

- 1) Nos casos de licitações instauradas anteriormente ao dia 22/06/10, sem contrato assinado:
 - a. se as sessões de abertura ainda não tiverem sido realizadas, os editais deverão ser modificados e republicados nos termos do Decreto nº 55.938/10, de modo a proibir a participação de cooperativas;
 - b. se as sessões de abertura já tiverem sido realizadas e as propostas vencedoras tiverem sido apresentadas por cooperativas, os certamos deverão ser revogados por razões de interesse público, nos termos do art. 49 da Lei nº 8.666/93;
- 2) Nos casos de contratos vigentes celebrados com cooperativas para prestação de serviços enquadrados no Decreto nº 55.938/10, não deverão ocorrer as prorrogações das contratações.
- 3) Situações que impossibilitem a adoção das recomendações constantes do presente comunicado deverão ser submetidas à apreciação da consultoria jurídica do órgão.

CGA, 25 de junho de 2010

Desde então, as cooperativas de trabalho vêm sofrendo tais restrições, tal qual determinadas nos referidos atos normativos, o que lhes têm forçado a recorrer à tutela do Poder Judiciário na tentativa de afastar os efeitos jurídicos dessas vedações, seja para assegurar seu direito de participar nas licitações, seja para impedir que elas fundamentem a decisão administrativa de não prorrogar seus contratos.

Atualmente, a análise da questão está adstrita à primeira instância do judiciário paulista, eis que nem o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, nem os tribunais superiores tiveram a oportunidade de julgar o mérito da vedação, especialmente após a edição da Lei nº 12.349, de 15/12/2010 (fruto da conversão da MP nº 495/2010), que deu nova redação ao *caput* e o inciso I do § 1º do art. 3º da Lei das Licitações (Lei nº 8.666/93).

Em seu favor, a Fazenda pública paulista vem sustentando, em síntese, que (i) a alteração do art. 3º da Lei nº 8.666/93 nada alterou, modificou ou acrescentou substancialmente os termos que dele já constavam e que suportam o Decreto nº 55.938/2010, a bem do interesse público; (ii) o Decreto nº 55.938/2010 trata de questões “*pertinentes e relevantes*” (nos termos da Lei nº 12.349/2010), vez que só impõe vedação às hipóteses que possam caracterizar situações de subordinação/dependência (relação de emprego); (iii) seria possível à Administração estabelecer restrições em procedimentos licitatórios, desde que sejam razoáveis e relevantes ao objeto do contrato; (iv) o Decreto nº 55.938/2010 visa a excluir, concretamente, a participação das cooperativas; (v) a Lei nº 12.349/2010 não invalida o Decreto nº 55.938/2010, vez que em nada alterou a realidade jurídica vigente; (vi) o Decreto nº 55.938/2010 busca fundamento na jurisprudência do STJ (REsp 1.141.763/RS), do TJ/SP (AGTR nº 0384197-63.2010.8.26.000/SP) e do TC/SP; (vii) o STF já reconheceu a legalidade do Decreto nº 55.938/2010 ao julgar a ADI nº 4444; (viii) o Decreto não conflita com a legislação estadual paulista.

Data venia, estamos convictos de que a vedação em questão está fortemente eivada de vícios de ilegalidade e inconstitucionalidade, seja em âmbito nacional ou federal, seja no âmbito da própria legislação paulista.

2. Da ilegalidade da vedação

Inicialmente, a vedação ora analisada ofende a própria legislação do Estado de São Paulo, a saber: a Lei Estadual nº 12.226/2006 (art. 5º), que assegura, de forma geral e sem restrições, o direito das cooperativas, de todas as espécies, à participação nas licitações realizadas no âmbito da administração pública estadual do Estado de São Paulo, direta e indireta, *in verbis*:

Lei Estadual nº 12.226, de 11 de janeiro de 2006

Artigo 5º - Nas licitações promovidas pelo poder público do Estado de São Paulo, para prestação de serviços, obras, compras, publicidade, alienações e locações, participarão as cooperativas legalmente constituídas.

(...)

Portanto, fica evidente aí o vício no processo de positivação do direito, sob a idéia de que as normas inferiores devem guardar fundamento de validade nas normas que lhes são hierarquicamente superiores, o que não ocorre no presente caso.

Se é verdade que os Decretos executivos derivam das leis, e que as leis fundamentam a edição de Decretos executivos, resta concluir que o Decreto Executivo paulista nº 55.938/2010 não encontra fundamentação de validade na Lei estadual nº 12.226/2006 (art. 5º).

Isto porque, o Decreto restringiu direito que fora assegurado ampla e irrestritamente na legislação ordinária, o que implica afirmar que o Exmo. Governador do Estado de São Paulo usurpou e extrapolou sua competência legislativa *in casu*, daí porque seu ato está claramente em descompasso com o sistema do direito positivo.

Mas não é só!

A Lei nº 12.349, de 15/12/2010 (fruto da conversão da MP nº 495/2010) deu nova redação ao *caput* e ao inciso I do § 1º do art. 3º da Lei das Licitações (Lei nº 8.666/93), impondo a necessária observância ao princípio da igualdade e vedando a prática de ato administrativo que, de qualquer forma, comprometa, restrinja ou frustre o seu caráter competitivo de cooperativas nos processos licitatórios, vedando qualquer forma de discriminação, *in verbis*:

Lei nº 8.666/93

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. ([Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010](#))

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

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

(...)

(grifo nosso)

Desse modo, ainda que a Lei estadual nº 12.226/2006 jamais tivesse sido editada, após a edição da Lei nº 12.349/2010, o Decreto Executivo paulista nº 55.938/2010 passou a não mais encontrar fundamentação de validade na Lei das Licitações (Lei nº 8.666/93), tendo sido claramente abrogado.

3. Da inconstitucionalidade da vedação, à luz da CF/88 e da Constituição paulista

Estamos convencidos de que há, na vedação examinada, manifesta afronta à Constituição Federal, porque apenas a União Federal pode editar normas gerais sobre licitação, consoante disposto inciso XXVII do art. 22 da CF/88 (com redação dada pela EC nº 19/1998), daí se concluir que apenas a União Federal pode legislar, como por exemplo, sobre a restrição da participação em procedimento de licitação, eis que aí está posta questão relativa ao caráter competitivo do certame (art. 3º da Lei Federal nº 8.666/93). Os Estados-membros não podem legislar a esse respeito, muito menos por meio de Decreto, cuja função é apenas o de regulamentar situações previstas em Lei.

A vedação em questão também afronta o § 2º do art. 174 da Constituição Federal de 1988, que impõe o apoio e estímulo ao cooperativismo, *in verbis*:

Constituição de 1988

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.

(...)

Do mesmo modo, afronta-se o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal de 1988, que impõe à Administração Pública o dever de assegurar a “*igualdade de condições a todos os concorrentes*” (sic) nos processo de licitação pública. Com isto, a vedação também o *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que impõe o tratamento isonômico aos administrados, já que o Estado de São Paulo está prestigiando as empresas de terceirização em detrimento das cooperativas de trabalho.

A vedação imposta às cooperativas pelo governo paulista evidentemente desestimula o cooperativismo e onera financeiramente as contratações públicas, já que o custo dos serviços prestados por empresas de terceirização de mão-de-obra é inegavelmente superior, por conta dos encargos trabalhistas e fiscais a que se submetem.

Com isto, a iniciativa estatal paulista vai na contramão dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, consagrados na Carta Magna, nos incisos III e IV do seu art. 1º e nos incisos I a IV do seu art. 3º, a saber: proteção à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; a busca pela construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza e da marginalização; redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Não bastasse tudo isso, há nesta vedação evidente ofensa ao princípio constitucional da *razoabilidade* e *proporcionalidade*, implícitos na Constituição de 1988 e explícitos no *caput* do art. 111 da Constituição do Estado de São Paulo, *in verbis*:

Constituição do Estado de São Paulo

Artigo 111 - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, **razoabilidade**, finalidade, motivação e interesse público.

(...)

(grifo nosso)

Isto porque a vedação em questão (i) permite, por exemplo, a participação de empresas privadas de terceirização de mão-de-obra, que oferecem as mesmos (ou mais) contingências trabalhistas e previdenciários, posto que também podem vir a deixar de cumprir os seus deveres em tais cearas; e (ii) não fixa **critérios objetivos** para a aferição da idoneidade das empresas e/ou cooperativas caso a caso. Não se pode penalizar as “boas cooperativas” por conta da existência de algumas poucas cooperativas fraudulentas.

Em verdade, acreditamos que as empresas de terceirização são mais susceptíveis às contingências trabalhistas do que as cooperativas.

Como bem afirmou o Juiz da 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo (SP) em 15/04/2011 ao sentenciar o Mandado de Segurança nº 0043069-74.2010.8.26.0053, Exmo. Sr. Dr. VALENTINO APARECIDO DE ANDRADE, *in verbis*:

(...)

Não se elimina, é certo, o poder da Administração de impedir a participação de uma determinada cooperativa em procedimento de licitação. Mas isso somente poderá ocorrer em um caso em concreto, quando se identificar a prática de fraude ou de outra infração à Lei, cabendo à Administração explicitar as razões e os motivos que lhe impuseram a restrição. O que não lhe é permitido fazer é por meio de um Decreto restringir de modo genérico e automático a participação das cooperativas em licitações, presumindo-se que atuem com fraude. (Lembre-se que o princípio do devido processo legal exige que a Administração conceda ao particular o direito de defesa.)

(...)

Por isto, se mostra equivocado o comum e recorrente argumento fazendário de que (i) seria possível à Administração estabelecer restrições em procedimentos licitatórios, desde que sejam razoáveis e relevantes ao objeto do contrato, e (ii) o Decreto nº 55.938/2010 visa a excluir, concretamente, a participação das cooperativas.

Parece-nos mais condizente ao sistema jurídico vigente que, em vez de afastar de forma geral a participação de cooperativas, passe a Administração Estadual a fiscalizar a regularidade os seus prestadores de serviços, a fim de que aqueles que não cumpram com os seus deveres legais sejam particularmente sancionados. Assim como há Cooperativas que cumprem rigorosamente com os seus designios legais e constitucionais e, portanto, devam ser tratadas com todas as benesses previstas na legislação, há cooperativas que apresentam irregularidades que devem ser fiscalizadas. Mal comparando, não se pode decretar o fechamento de todas as instituições financeiras, porque alguns bancos vêm sendo assaltados: deve o Estado, isto sim, exercer com eficiência o seu poder de polícia, vigiando a segurança de cada banco, a fim de possibilitar que funcionem perfeitamente e sem intempéries.

Por outro lado, a prática nos tem demonstrado que o Decreto nº 55.938/2010, da forma como foi enunciado e vem sendo aplicado, dá margem à arbitrariedade de diversas naturezas. Cite-se, como exemplo, o fato de que, embora o art. 1º deste ato *infralegal* estabeleça ser vedada a contratação apenas de serviços sujeitos a subordinação ou dependência, absolutamente todos os editais para a contratação de serviços pela Administração paulista, aos quais temos tido acesso nos últimos meses, contém restrição genérica à livre concorrência de cooperativas, sem que nenhuma aferição e fundamentação quando à existência de subordinação ou dependência seja apresentada. Neste caso, a aplicação do Decreto nº 55.938/2010 é contrária a esse próprio dispositivo (o qual, por si só, reputamos inconstitucional e ilegal), configurando ofensa ao âmbito de proteção jurídica de Cooperativas cuja prestação de serviços não terá subordinação ou dependência com a Administração paulista.

4. Sobre a jurisprudência do STF, STJ, TJ/SP e do TC/SP

Nos processos judiciais iniciados por conta disto, a Fazenda estadual paulista vem sustentando que o referido Decreto guarda fundamento na jurisprudência do STF (ADI nº 4444), do STJ (REsp 1.141.763/RS) e do TC/SP.

No atual contexto jurídico, tal afirmação se mostra falaciosa.

Não é verdade que o STF já reconheceu a legalidade do Decreto nº 55.938/2010 ao julgar a ADI nº 4444, ajuizada pela FECOOTRANSP (Federação das Cooperativas de Transporte do Estado de São Paulo). Em verdade, **monocraticamente**, a Ministra ELLEN GRACIE se limitou a reconhecer a ilegitimidade ativa *ad causam* da FECOOTRANSP (Federação das Cooperativas de Transporte do Estado de São Paulo) e a impossibilidade de submeter ao controle concentrado de

constitucionalidade o de legalidade do poder regulamentar, **nada tratando do mérito da questão**, tal qual vem defendendo a Fazenda pública, *in verbis*:

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Confederação Nacional das Cooperativas de Transporte – CONFETRANS e pela Federação das Cooperativas de Transporte do Estado de São Paulo – FECOOTRANS, na qual se impugna o Decreto 55.938, de 21.6.2010, do Governador do Estado de São Paulo, que “veda a participação, em licitações, de cooperativas nos casos que especifica”.

As requerentes, que afirmam congregar, respectivamente, todas as cooperativas de transporte do Brasil e do Estado de São Paulo, focalizam, no ato impugnado, o art. 1º, parágrafo único, item 11, que possui o seguinte teor:

“Artigo 1º - Fica vedada a participação de cooperativas nas licitações promovidas pela administração direta e indireta do Estado de São Paulo quando, para a execução do objeto, for necessária a prestação de trabalho de natureza não eventual, por pessoas físicas, com relação de subordinação ou dependência.

Parágrafo único – Para os fins do disposto no ‘caput’ deste artigo, não são passíveis de execução por meio de cooperativas, dentre outros, os seguintes serviços:

11. motofrete e transporte sob regime de fretamento contínuo;”

Alegam que a exclusão das cooperativas das licitações promovidas pela Administração Pública paulista ofende, na Constituição Federal, tanto o art. 5º, caput (princípio da igualdade), como o art. 174, § 2º, que enuncia que “a lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo”.

Afirmam, nesse contexto, que a proibição da participação das cooperativas de trabalho nas licitações viola o princípio constitucional da isonomia, “pois assegura privilégio para explorar o serviço de transporte essencialmente em benefício de empresas mercantis”.

Argumentam que as cooperativas de transporte, por sua própria natureza, são entidades capazes de oferecer “melhores condições de trabalho em benefício dos usuários e com vantagens para a Administração Pública”.

Asseveram, por outro lado, que o art. 9º da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos) enumera, de forma exaustiva, as pessoas físicas e jurídicas que estão impedidas de participar das licitações.

Concluem que, como as cooperativas não se encontram nesse rol, estão elas plenamente autorizadas a participar dos procedimentos licitatórios em geral.

As autoras requerem, ao final, a suspensão liminar da eficácia do ato impugnado, dada a iminência da abertura, no Estado de São Paulo, de novos processos de licitação de interesse de suas associadas.

No mérito, pedem a declaração de inconstitucionalidade do caput do art. 1º do referido Decreto 55.938/2010, do Estado de São Paulo.

2. Declaro, inicialmente, a ilegitimidade ativa ad causam da segunda requerente, a Federação das Cooperativas de Transporte do Estado de São Paulo – FECOOTRANS, cujas filiadas, segundo dispõe o art. 1º, alínea d, de seu Estatuto Social, estão circunscritas ao território do Estado de São Paulo. Como se sabe, o art. 103, IX, da Constituição Federal somente autoriza a deflagração do controle concentrado de normas, perante o Supremo Tribunal Federal, pelas entidades de classe de âmbito nacional.

Aliás, à própria Confederação Nacional das Cooperativas de Transporte – CONFETRANS, primeira requerente indicada na peça inicial, incumbiria fazer prova de sua abrangência nacional, consubstanciada, segundo a jurisprudência desta Suprema Corte, na demonstração da presença de associados em pelo menos nove Estados-membros da Federação.

Todavia, deixo de intimá-la neste momento, para que regularize a deficiência apontada, por enxergar outro óbice intransponível ao conhecimento da presente ação.

3. Como visto, a ação direta de inconstitucionalidade ora em exame tem como objeto decreto baixado pelo Chefe do Poder Executivo do Estado de São Paulo no âmbito da Administração Pública direta e indireta daquela unidade da Federação.

Normas dessa natureza somente são impugnáveis pela via do controle abstrato de constitucionalidade quando consideradas autônomas ou primárias, ou seja, quando, inovando no mundo jurídico, dispõem sobre determinada matéria de forma completamente dissociada de qualquer outro comando anterior que pudesse lhes servir de fundamento de validade. Não é o que acontece no presente caso.

Demonstram os considerandos que embasam o referido Decreto Estadual 55.938/2010 que o Poder Executivo do Estado de São Paulo impôs à administração pública direta e indireta daquela unidade federada interpretação conjugada que fizeram o Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.141.763/RS) e o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TC-010651/026/10, TC-010820/026/10 e TC-11447/026/10) da legislação infraconstitucional vigente em matéria de cooperativas (Lei 5.764/71), trabalho (CLT) e licitações e contratos (Lei 8.666/93).

Consideraram as Cortes acima mencionadas que o ordenamento infraconstitucional brasileiro não autoriza a participação de cooperativas de trabalho em licitações para a contratação de serviços que exijam, por sua natureza, estado de subordinação jurídica, dado o grave risco que correria a Administração em arcar com responsabilidades trabalhistas decorrentes da ausência de vínculo empregatício entre cooperativa e seus cooperativados.

Portanto, o ato atacado, de natureza secundária, revela-se nitidamente regulamentar, pois retira todo o seu fundamento de validade da legislação infraconstitucional vigente.

Como relatado, as próprias requerentes, em sua inicial, esforçam-se em demonstrar que o ato contestado estaria em confronto com a letra da Lei de Licitações e Contratos, haja vista a inexistência, naquele Diploma, de previsão expressa que impeça as cooperativas de participarem de processos licitatórios.

Contudo, verificar se o comando ora contestado excedeu ou não os limites impostos pelos preceitos superiores nos quais buscou se escorar exigiria, necessariamente, o confronto dessas normas.

Esta Suprema Corte tem rechaçado, sistematicamente, as tentativas de submeter ao controle concentrado de constitucionalidade o de legalidade do poder regulamentar.

Apondo, nessa direção, os seguintes precedentes: ADI 2.398-AgR, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 31.8.2007; ADI 1.670, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 10.10.2002; ADI 2.387, red. p/ o acórdão Min. Ellen Gracie, DJ 5.12.2003; e ADI 2.489-AgR, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 10.10.2003. Esse último julgado possui a seguinte ementa:

“CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ATO REGULAMENTAR. CONTENCIOSO CONSTITUCIONAL: INOCORRÊNCIA. I. - O regulamento não está, de regra, sujeito ao controle de constitucionalidade. É que, se o ato regulamentar vai além do conteúdo da lei, ou nega algo que a lei concedera, pratica ilegalidade. A questão, em tal hipótese, comporta-se no contencioso de direito comum. Não cabimento da ação direta de inconstitucionalidade. II. - Precedentes do STF. III. - Agravo não provido.”

4. Ante o exposto, evidenciado o manifesto descabimento da presente ação direta, a ela nego seguimento, nos termos do art. 21, § 1º, do Regimento Interno. Publique-se. Arquive-se. Brasília, 3 de setembro de 2010. (assinado digitalmente). Ministra Ellen Gracie. Relatora.

(ADI 4444, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, julgado em 03/09/2010, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-167 DIVULG 08/09/2010 PUBLIC 09/09/2010)

(grifo nosso)

A jurisprudência do STJ e do TC/SP também deve ser analisada com cautela. Não há ali a previsão para a outorga à Administração Pública de “cheque em branco” que lhe permita impor tal restrição genérica e automática.

Como se sabe, a restrição somente pode ocorrer diante de um caso concreto de fraude ou outra infração à Lei, exigindo-se a explicitação das respectivas razões e motivos, não sendo permitido a restrição genérica e automática, por um Decreto, presumindo-se a fraude na atuação das cooperativas.

Além disto, não é verdade que a jurisprudência do STJ daria amparo ao Decreto nº 55.938/2010. Isto porque o julgado citado (REsp 1.141.763/RS) foi proferido em 18/08/2009, ou seja, no contexto anterior à edição da Lei nº 12.349/2010. Veja-se:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. SERVIÇOS GERAIS. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS. RAZOABILIDADE DA EXIGÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE.

1. É fato público e notório que a legislação trabalhista e previdenciária é implacável com os tomadores de serviço, atribuindo-lhes, inclusive, a condição de responsáveis solidários pelo pagamento de salários atrasados e tributos não recolhidos.

2. Com base nessa premissa, há acordos celebrados perante a Justiça do Trabalho, inclusive em ação civil pública, nos quais o Banco do Brasil e a União comprometem-se a não contratar cooperativas para prestação de serviços em que se mostram presentes elementos da relação de emprego.

3. Legalidade da previsão editalícia que proíbe a participação das cooperativas em licitações para prestação de serviços à administração pública.

4. Acórdão do TCU, com caráter normativo, chancelando a vedação em questão, e precedentes da Corte Especial do STJ em sede de Suspensão de Segurança.

5. Recurso especial provido.

(REsp 1031610/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, **julgado em 18/08/2009**, DJe 31/08/2009)

(grifo nosso)

Todavia, tais precedentes não mais se aplicam por conta do novo cenário legislativo que se instaurou com a edição da Lei nº 12.349, em 15/12/2010, que foi editada exatamente para garantir o direito das cooperativas, diante de uma lacuna legislativa existente, para eliminar qualquer discricionariedade da Administração Pública no sentido de restringir a sua participação em processos licitatórios de forma a alterar a jurisprudência a partir de então.

Com isto, não há mais opção para facultar tal participação por critérios de conveniência e de oportunidade, opte por permitir a participação de cooperativas.

Uma nova orientação jurisprudencial há de ser firmada no âmbito do STJ, não sendo legítima a utilização de precedentes produzidos no contexto anterior.

E o mesmo ocorre com a jurisprudência do TJ/SP (AGTR nº 0384197-63.2010.8.26.000/SP) e do TC/SP. Alterando-se a legislação, deve ser revista a jurisprudência.

Portanto, é (no mínimo) temerário afirmar que, no atual contexto jurídico, a jurisprudência tem admitido a legalidade da vedação exarada no Decreto Executivo paulista nº 55.938/2010.

5. Conclusão

Diante de tudo isso, sendo o sistema cooperativo normatizado, autorizado e incentivado na Ordem Econômica da Constituição Federal de 1988 e na legislação de regência, a discriminação perpetrada pelo referido Edital é tão grave quanto seria eventual proibição racial, por exemplo.

Ainda é muito cedo para se afirmar qual caminho esta controvérsia seguirá no âmbito dos tribunais pátrios. Em âmbito paulista, seria prudente a revogação do Decreto 55.938/2010, pela Administração ou pelo Poder Legislativo paulista, evitando-se enxurradas de ações judiciais promovidas para afastar esta restrição de forma preventiva ou, ainda, para posteriores pedidos de indenização.

O certo é que, como dito, uma nova orientação jurisprudencial há de ser firmada com urgência, condizente com a decisão do legislador federal (único competente para tanto), antes que males irremediáveis sejam causados ao sistema cooperativista e, especialmente, a cada cooperado dependente destes postos de trabalho colocados em risco.

São Paulo (SP), 06 de maio de 2011.

Luís Flávio Neto
neto@netoadogados.com.br

L. Gustavo Carvalho
gustavo@carvalhoemessias.com.br