

GUILHERME THIELE SOARES

TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
a controvérsia na proibição da contratação de cooperativas pelo Termo de
Conciliação Judicial Ministério Público do Trabalho – Advocacia Geral da
União

Monografia apresentada ao Centro Univer-
sitário de Brasília – UniCEUB, como requisito
parcial para obtenção do título de bacharel em
Direito.

Orientadora: Prof. Me. Márcia Mazoni Cúrcio
Ribeiro

BRASÍLIA
2010

A minha família que é a base de todas as conquistas, e representa um estímulo à busca de novos objetivos, dedico este estudo.

Agradeço à minha orientadora, pela assistência, ajuda e esforço prestados na realização deste estudo e agradeço, também, ao professor Roberto Krauspenhar pelo auxílio fornecido.

RESUMO

O presente estudo trata sobre a proibição do uso de cooperativas de trabalho na terceirização da Administração Pública. A origem do movimento cooperativista no mundo e no Brasil, as características da sociedade cooperativa e a relação com os seus sócios, são tópicos relevantes para a análise da posição tomada em Termo de Conciliação Judicial. O Ministério Público do Trabalho, após constatar o uso fraudulento de cooperativas de trabalho, propôs Termo de Conciliação Judicial controverso, no qual ficou estabelecido que a União e a sua Administração Indireta abster-se-iam de contratar cooperativas para as atividades elencadas do referido acordo. A pesquisa visa demonstrar as falhas e vícios contidos no acordo e o erro em se generalizar as cooperativas como sendo fraudulentas.

Palavras-chaves: Direito do Trabalho – Terceirização – Cooperativismo – Cooperativa de trabalho – Administração Pública – Licitação – Ministério Público do Trabalho – Termo de Conciliação Judicial – Termo de Ajuste de Conduta – Fraude Trabalhista – Isonomia – Legalidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 FORMAÇÃO DO MOVIMENTO COOPERATIVISTA	10
1.1 Antecedentes históricos à cooperativa.....	10
1.2 Origem do movimento cooperativista	15
1.3 Pensadores cooperativistas	17
1.4 Os pioneiros de Rochdale	20
1.5 Expansão do movimento cooperativista (Internacionalização).....	21
1.6 O movimento cooperativista no Brasil	21
2 CARACTERÍSTICAS DA SOCIEDADE COOPERATIVA	25
2.1 Conceito de cooperativa.....	25
2.2 Natureza jurídica	26
2.3 Finalidade das cooperativas.....	27
2.4 A cooperativa como instrumento do ideário cooperativista	28
2.5 Princípios e características das cooperativas	29
2.6 Da classificação das cooperativas	31
2.7 Legislação aplicável às cooperativas de trabalho.....	33
3 COOPERATIVAS DE TRABALHO	36
3.1 Conceito e objetivos	36
3.2 Dos tipos de cooperativa de trabalho	37
3.3 Ato Cooperativo	38
3.4 Sobre a existência de vínculo empregatício do sócio cooperado.....	41
3.5 Fraude no uso das cooperativas de trabalho.....	43
4 AS COOPERATIVAS DE TRABALHO NO SERVIÇO PÚBLICO	47
4.1 Terceirização na Administração Pública e o uso de cooperativas.....	47
4.1.1A possibilidade de contratação de cooperativas na terceirização do setor público	51
4.1.2Lei n.º. 11.488, de 15 de junho de 2007 e Lei Complementar n. 123, de 14 de	
dezembro de 2006	56
4.2 As fraudes na terceirização no serviço público por cooperativas e as ações	
trabalhistas contra a Administração Pública	59
4.3 O Termo de Conciliação Judicial – União e Ministério Público do Trabalho ...	64
4.4 A discriminação das cooperativas nos processos licitatórios.....	69

CONCLUSÃO.....	73
REFERÊNCIAS.....	75

INTRODUÇÃO

O presente estudo se faz importante no cenário atual do Direito Trabalhista brasileiro e, especificamente, na questão da regularização das cooperativas. A proposta de trabalho foi pensada a partir da constatação da discriminação que as cooperativas vêm sofrendo, devido às fraudes realizadas mediante o uso desse instituto, culminando com a proibição da sua contratação pelo Poder Público.

A cooperativa surgiu na Inglaterra em meio à Revolução Industrial para combater a extrema miséria em que vivia a classe laboral. Trabalhando jornadas diárias extenuantes e recebendo um salário que mal dava para pagar os alimentos, os trabalhadores descobriram que se organizando em grupos tinham mais força do que lutando por seus interesses individualmente. Dessa forma, a cooperativa nasceu com a formação de grupos que buscavam condições melhores de subsistência e uma melhor qualidade de vida.

No entanto, a cooperativa no Brasil tem sido utilizada várias vezes de forma irregular. Não são os trabalhadores que estão se reunindo para melhorar as suas condições de trabalho, mas terceiros que estão organizando ‘pseudocooperativas’ visando explorar os trabalhadores, não se caracterizando assim a cooperativa de fato, pela inobservância de seus princípios e características imanentes.

Nesse contexto, a sociedade se deparou com um enorme problema. O instituto da cooperativa que já há algumas décadas vinha sendo estimulado pelo Poder Público como solução para o desemprego e recebendo, inclusive, tratamento constitucional, vem perdendo a sua força, face à deturpação que muitos fazem do instituto, utilizando-o para burlar os encargos decorrentes da relação de emprego.

A Administração Pública, que várias vezes se utilizou de cooperativas para a prestação de serviços terceirizados, viu-se sucumbente em inúmeras ações trabalhistas em que foi constatado o uso fraudulento do instituto. Teve de arcar, por consequência, com os encargos laborais. As ações trabalhistas constantes e as reiteradas sucumbências culminaram

com a União assinando um TCJ (termo de conciliação judicial) proposto pelo Ministério Público do Trabalho, em que ficou acordado que não se utilizaria mais das cooperativas para a prestação de serviços terceirizados.

A questão reside no fato da existência da Lei n. 11.488, de 15 de junho de 2007, que estimula a escolha de cooperativas na terceirização do serviço público, prevendo dispositivos que a privilegiam em desfavor de outras empresas concorrentes na licitação.

Verifica-se que o ordenamento jurídico parte do princípio de que as cooperativas são uma instituição lícita e que merecem o fomento através do Poder Público. Por outro lado, o Ministério Público do Trabalho tem como pressuposto que as cooperativas de trabalho são criadas com o intuito de violar as normas trabalhistas. Dessa forma, deve prevalecer qual posicionamento? A busca da resposta a essa questão é a proposta do presente estudo.

No primeiro capítulo, será feita uma análise da formação do movimento cooperativista, verificando a evolução na relação laboral e as condições que o trabalhador enfrentava na sua jornada de trabalho, e os principais pensadores cooperativistas.

O segundo capítulo tratará do estudo do instituto da cooperativa em que serão analisados o conceito de cooperativa, a sua natureza jurídica, as principais características que a diferem dos outros tipos de sociedades e os seus princípios. Serão elencados, ainda, os principais dispositivos legais e constitucionais que regem o instituto.

O terceiro capítulo abordará as principais características das cooperativas de trabalho, verificando-se as modalidades existentes, e de que forma ocorre o seu uso fraudulento. Analisar-se-á, ainda, a relação entre o cooperado e a cooperativa e se é possível a caracterização de vínculo empregatício.

O quarto capítulo tratará do uso de cooperativas na terceirização do serviço público. Serão analisados alguns julgados que condenaram a Administração Pública devido à contratação irregular de cooperativas e exemplos de atuação do Ministério Público do Trabalho no combate às 'pseudocooperativas', avaliando se estes foram feitos de forma correta e legal.

O método a ser utilizado para a presente pesquisa será o dogmático-instrumental, uma vez que por intermédio deste método constata-se como é aplicado o dogma ao caso concreto, ou seja, verificar-se-á se a atuação do Ministério Público do Trabalho no caso apresentado está de acordo com o que preceitua o ordenamento jurídico. Haverá enfoque legislativo. Serão abordados, ainda, entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema.

1 FORMAÇÃO DO MOVIMENTO COOPERATIVISTA

1.1 Antecedentes históricos à cooperativa

O sentimento de ajuda mútua e de solidariedade em que se baseia o instituto da cooperativa sempre se fez presente na vida social. Pelos vários períodos da história da humanidade pode ser constatada a presença de reunião de pessoas para o melhoramento da suas condições de existência.

Cícero Virgulino da Silva Filho cita alguns registros desses grupos que manifestavam a solidariedade:

Assim, por exemplo, registram-se antecedentes de solidariedade no Direito Romano, fundamentalmente individualista, nos campos de pastoreio e nas associações de pescadores. No Direito germânico, encontramos a figura da *sippe* como grupo familiar originário com um sentido de pertencer a um ascendente comum. Por certo, porém, é na Idade Média que vamos encontrar os antecedentes mais remotos do cooperativismo, pelas sociedades de agricultores nas regiões ou eslava.¹

O sentimento de ajuda mútua cresceu na Idade Média, com o surgimento do sistema feudal, em que os vassallos, consistentes na maior parte da população, estavam presos à terra e dela retiravam a sua subsistência. Para Cícero Virgulino da Silva Filho, no sistema feudal surgiu um tipo de cooperativa informal resultante da associação de camponeses, com o objetivo de trabalho em comum para cumprir suas obrigações junto ao senhor feudal, que consistia no pagamento de uma quantidade estipulada da colheita, e para a produção de alimentos de consumo próprio.²

Outra forma de associação, a chamada corporação de ofício, surgiu com a consolidação das cidades ao longo dos séculos XI e XIII. Profissionais de diversas áreas formaram grupos fechados com o intuito de monopolizar as suas atividades, não permitindo, dessa forma, que estranhos as desempenhassem. João Régis Fassbender Teixeira relata que:

¹ SILVA FILHO, Cícero Virgulino da. **Cooperativas de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 45

² SILVA FILHO, Cícero Virgulino da. **Cooperativas de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 45

Associavam-se os profissionais de cada categoria em grupos, a princípio não numericamente limitados. Visavam, primeiro, à sobrevivência comum, ficando posição ante o Senhor da Região, sempre voraz e rude. Depois, era imperativo evitar o estabelecimento de novos especialistas, e a saturação do mercado. Além disso, condicionar a produção de maneira que qualitativamente tivesse gabarito, e quantitativamente pudesse trazer problema de preços – sendo, também, os últimos controlados.³

No entanto, diferentemente das cooperativas atuais, que são isentas de diferenciação vertical, nas corporações de ofício havia hierarquia e subordinação entre os seus membros que consistiam de mestres, companheiros e aprendizes. João Régis Fassbender Teixeira observa que:

[...] apesar da divisão tripartite (mestres, companheiros e aprendizes) ser a mais comum, especialmente na França e na Inglaterra, não era absoluta. [...] na Espanha foi observada a existência de oficiais, que teriam sido um meio-termo entre os companheiros e mestre, vivendo assalariadamente e sem fixação.⁴

O mestre era o dono da oficina e detinha os instrumentos e a matéria prima do ofício. Possuía a primazia da técnica e dirigia os trabalhos nas corporações, coordenando os companheiros e ensinando os aprendizes. João Régis Fassbender Teixeira relata que:

[...] as Corporações de Ofício não prosperaram exclusivamente com os mestres, já que estes, na verdade – na fase Corporativa, pelo menos – nada mais foram do que puros empresários. Relevante fator esteve sempre na mão-de-obra, representada pela grande massa de Companheiros e aprendizes.⁵

Várias eram as formas de se obter trabalho nas corporações de ofício. A forma mais usual se dava, como explica João Régis Fassbender Teixeira, da seguinte forma: “na quase totalidade dos casos, não havia outro caminho para obter trabalho, senão com os primeiros passos do aprendiz”.⁶

O aprendiz, normalmente infante, ficava sob os cuidados do mestre que, além do ensinamento do ofício ficava responsável pela sua educação moral e religiosa. Para

³ TEIXEIRA, João Régis Fassbender. **As corporações de ofício**. Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Ano IV, n. 4, 1996, p. 107-108

⁴ TEIXEIRA, João Régis Fassbender. **As corporações de ofício**. Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Ano IV, n. 4, 1996, p. 107-108.

⁵ TEIXEIRA, João Régis Fassbender. **As corporações de ofício**. Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Ano IV, n. 4, 1996, p. 108

⁶ TEIXEIRA, João Régis Fassbender. **As corporações de ofício**. Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Ano IV, n. 4, 1996, p. 109

tanto, o mestre cobrava enormes quantias que eram despendidas pelos pais do aprendiz. João Régis Fassbender Teixeira relata que:

O aprendiz ficava sob responsabilidade pessoal do mestre, com poderes inclusive para impor castigos corporais; morava sob seu teto, comia em sua mesa; os pais confiavam a formação profissional e moral integralmente, e naturalmente pagavam taxas, muitas vezes elevadas, diretamente ao *magister*.⁷

Após a conclusão do aprendizado, o aprendiz era elevado ao grau de companheiro, passando a trabalhar junto ao mestre em troca de uma remuneração que, conforme o local, poderia ser por período de serviço prestado ou pela quantidade produzida. João Régis Fassbender Teixeira informa que “os companheiros medievais eram assalariados, variando, como é compreensível, de lugar para lugar, de profissão para profissão, a quantia remuneratória e o tipo de pagamento.”⁸

Para se tornar um mestre, havia várias possibilidades. O caminho natural, porém o mais difícil, era o companheiro, após longo período de exercício do ofício junto ao mestre, realizar um exame para comprovar sua maestria. Não era fácil, entretanto, realizar esse teste. O companheiro deveria possuir uma boa condição financeira para poder pagar as diversas taxas que lhe eram cobradas e arcar com as despesas para produção da sua obra, conforme relata João Régis Fassbender Teixeira:

Tratava-se, pois, de prova de exclusão violentíssima. Em que entrava, muito além dos conhecimentos profissionais imprescindíveis, [...] a resistência física para superar a maratona e pior do que tudo... a capacidade financeira exigida de homens que, normalmente, percebiam salários baixíssimos, raros, e sem qualquer proteção legal...⁹

As outras formas para se alcançar o título de mestre é descrito por João Régis Fassbender Teixeira que cita o fato dos filhos do mestre serem dispensados da realização do exame. Aquele que, desde que fosse companheiro, casasse com a filha do

⁷ TEIXEIRA, João Régis Fassbender. **As corporações de ofício**. Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Ano IV, n. 4, 1996, p. 110

⁸ TEIXEIRA, João Régis Fassbender. **As corporações de ofício**. Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Ano IV, n. 4, 1996, p. 110

⁹ TEIXEIRA, João Régis Fassbender. **As corporações de ofício**. Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Ano IV, n. 4, 1996, p. 112

mestre, mestre se tornava. E por último, independentemente de ser companheiro ou não, ao se casar com a viúva de mestre, esse título assumia.¹⁰

A partir da segunda metade do século XVIII, começa o período denominado Revolução Industrial, marcado pela criação de máquinas capazes de substituir a força humana na produção de bens. Pedro Paulo Teixeira Manus explica que tal período é caracterizado “[...] pela mudança radical no modo de produção, em decorrência da utilização da máquina como fonte energética, em substituição à força humana, à força animal e à força hidráulica, usadas até então.”¹¹ Anteriormente, as unidades produtivas conhecidas eram as ‘pequenas corporações’, em que grupos de poucas pessoas produziam determinados bens.¹² Com a introdução das máquinas, Pedro Paulo Teixeira Manus observa que “[...] à sua volta passaram a ser reunidos os meios de produção e, junto a esses, o contingente cada vez maior de pessoas, que passou a trabalhar em função e no ritmo determinado pela própria máquina”.¹³

Paul Singer destaca o problema enfrentado pelos artesãos e a transformação das suas atividades na Revolução Industrial:

Um dos efeitos da Revolução Industrial foi generalizar a separação do trabalhador da propriedade dos meios de produção. Esta separação se impôs devido ao alto custo dos novos meios mecânicos de produção e, sobretudo, do motor a vapor, o que os colocava fora do alcance econômico da grande maioria dos trabalhadores da época. Os artesãos, cada vez menos capazes de competir com a produção maquinal, foram obrigados a procurar trabalho assalariado para sobreviver. Surge assim um vasto proletariado fabril, formado por ex-artesãos e grande número de pessoas sem trabalho [...].¹⁴

Dessa forma, o indivíduo passou a perder a sua importância no processo produtivo, em favor das máquinas. No lugar do artesão, apareceu o proletariado. Amauri Mascaro Nascimento define o proletário como:

Um trabalhador que presta serviços em jornadas que variam de 14 a 16 horas, não tem oportunidades de desenvolvimento intelectual, habita em

¹⁰ TEIXEIRA, João Régis Fassbender. **As corporações de ofício**. Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Ano IV, n. 4, 1996, p. 113

¹¹ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 25

¹² MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 25

¹³ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 25

¹⁴ SINGER, Paul. **Direito sociais: cidadania para todos**. In: PINSKY, Jaime (Org.). História da Cidadania. São Paulo: Contexto, 2003, p. 196

condições subumanas, em geral nas adjacências do próprio local da atividade, tem prole numerosa e ganha salário em troca disso tudo.¹⁵

Em adição, a Grã-Bretanha, precursora da Revolução Industrial, passava na época por uma ‘Revolução Agrícola’.¹⁶ Paul Singer relata que a nova forma de lidar com a terra era incompatível com o formato de povoação existente. O Parlamento, para resolver a questão, teria editado atos, chamados de *enclosures*, transferindo a propriedade das terras de uso comum aos nobres.¹⁷ Os trabalhadores rurais, sem possuírem mais as suas terras de onde tiravam o seu sustento, migraram, em busca de trabalho, para as cidades.

Este fato gerou um aumento populacional nas cidades e fez com que aumentasse também o número de trabalhadores disponíveis no mercado de trabalho, resultando em um excedente de mão-de-obra. Isso acarretou salários muito baixos, cujos valores mal davam para garantir a subsistência dos trabalhadores. As condições de trabalho eram péssimas, consistindo em longas jornadas, que se estendiam por mais de 14 horas diárias, e na precariedade dos locais de trabalho instaladas em locais insalubres, onde freqüentemente aconteciam acidentes de trabalho, conforme explica Cláudio Vicentino.¹⁸

Em adição, Amauri Mascaro Nascimento descreve as péssimas condições do meio proletário, dentre as quais:

[...] a exigência de excessivas jornadas de trabalho, a exploração das mulheres e menores, que constituíam mão-de-obra mais barata, os acidentes ocorridos com os trabalhadores no desempenho de suas atividades e a insegurança quanto ao futuro e aos momentos nos quais não tivessem condições de trabalhar foram as constantes da nova era do meio proletário, às quais podem-se acrescentar também os baixos salários.¹⁹

Um fato que chama a atenção é a liberdade que o empregador possuía para fixar a jornada de trabalho. Amauri Mascaro Nascimento relata que:

¹⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.12

¹⁶ Paul Singer explica que a Revolução Agrícola se consistia em métodos aperfeiçoados de plantio e criação de animais e formas novas de combinar ambos aumentando acentuadamente a produtividade do trabalho na terra. SINGER, Paul. **Direito sociais: cidadania para todos**. In: PINSKY, Jaime (Org.). *História da Cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003, p. 196

¹⁷ SINGER, Paul. **Direito sociais: cidadania para todos**. In: PINSKY, Jaime (Org.). *História da Cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003, p. 196

¹⁸ VICENTINO, Cláudio. **História Geral: o liberalismo e as novas doutrinas sociais**. 9. ed. São Paulo: Scipione, 2002, p. 296

¹⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.15

Os empregadores tomavam a iniciativa de, segundo os próprios interesses, estabelecer o número de horas de trabalho que cabia aos empregados cumprir. Não havia distinção entre adultos, menores e mulheres ou mesmo entre tipos de atividades, penosas ou não.²⁰

Pedro Paulo Teixeira Manus observa o surgimento do espírito associativo entre o proletariado nessa época, informando que “fruto dessa superexploração no trabalho, começam a aparecer movimentos de associação entre os vários trabalhadores, como forma de defesa contra a ação do empregador.”²¹

Naquele contexto, nasceu uma associação diferenciada que visava condições melhores de vida aos seus associados, a cooperativa.

Nesse sentido, Márcia Costa Misi aponta o aparecimento das “[...] primeiras associações de trabalhadores sob os moldes da cooperação, com o intuito de reunir esforços entre aqueles que se viram privados do seu principal meio de subsistência, ao ter a sua mão-de-obra substituída pela máquina [...]”.²² Em adição, explica que “[...] o movimento cooperativista foi constituído para combater a exploração do trabalho humano, empreendida pelos capitalistas na busca desmedida por lucro”.²³

Para complementar, Cícero Virgulino da Silva Filho afirma que “as primeiras cooperativas nasceram na Inglaterra como forma de autodefesa das classes proletárias, as quais desenvolveram esforços para aprovisionar alimentos e produtos básicos, em forma coletiva e com custos, obviamente mais baixos.”²⁴

1.2 Origem do movimento cooperativista

O instituto da cooperativa teve sua origem na Europa, mais precisamente na Inglaterra, com a chamada Revolução Industrial. A mudança econômico-social provocada pelo novo sistema fabril fez com que a qualidade de vida diminuísse, havendo redução no valor obtido com o exercício da atividade, onde antes o lucro pertencia ao trabalhador. Agora,

²⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.19

²¹ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 27

²² MISI, Márcia Costa. **Cooperativas de trabalho: Direito do Trabalho e transformação social no Brasil**. São Paulo: LTR, 2000, p. 72

²³ MISI, Márcia Costa. **Cooperativas de trabalho: Direito do Trabalho e transformação social no Brasil**. São Paulo: LTR, 2000, p. 72

²⁴ SILVA FILHO, Cícero Virgulino da. **Cooperativas de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 46

este passou a vender a sua força de trabalho, enquanto que o patrão se tornou o proprietário do bem produzido e conseqüentemente do lucro da sua venda.

Os baixos salários e as péssimas condições de trabalho, resultantes da falta de uma legislação trabalhista e do excesso de mão-de-obra disponível ao mercado de trabalho, fizeram com que os trabalhadores começassem a reivindicar melhores condições de trabalho. Perceberam, no entanto, que atuando em grupos obtinham maiores condições de ajudarem uns aos outros. Denise Hollanda Costa Lima explica que:

Os ideais cooperativistas surgiram justamente como uma filosofia de vida baseada na ajuda mútua e na colaboração entre os indivíduos para o desempenho de atividades de interesse comum, em prol do aprimoramento socioeconômico dos seres humanos.²⁵

As primeiras cooperativas de que se tem registro são originárias da Inglaterra. Denise Hollanda Costa Lima expõe: “A cooperativa fundada por trabalhadores nos estaleiros de *Woolwich* e *Chatham*, na Inglaterra, para a produção de cereais a baixo custo, parece ter sido a mais antiga com existência documentada.”²⁶

Para a doutrina majoritária, no entanto, o marco cooperativista foi a criação da cooperativa de consumo por tecelões na cidade de Rochdale, situada em Manchester, na Inglaterra, em 1844.²⁷ A sociedade cooperativa fora formada por quarenta sócios, embora presentes vinte e oito trabalhadores no ato de constituição, em sua maioria tecelões, que se associaram para comprar produtos alimentícios de primeira necessidade visando reduzir o seu custo.²⁸

Esta experiência logrou bastante êxito, o que fez surgirem cooperativas em outros setores, como aponta Cícero Virgulino da Silva Filho:

Com o logro de seus primeiros êxitos permanentes durante os difíceis anos de 1840, as cooperativas cresceram dentro de cinco tradicionais espécies diferentes: as cooperativas de consumo, cujo começo se tem associado popularmente e desde muito tempo aos pioneiros de Rochdale; as

²⁵ LIMA, Denise Hollanda Costa. **Terceirização na administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 23

²⁶ LIMA, Denise Hollanda Costa. **Terceirização na administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 23

²⁷ LIMA, Denise Hollanda Costa. **Terceirização na administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 24

²⁸ SILVA FILHO, Cícero Virgulino da. **Cooperativas de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 47

cooperativas de trabalho, que tiveram seus primeiros impulsos na França, as cooperativas de crédito, cujo marco inicial está registrado na Alemanha; as cooperativas agrícolas, que possuem suas principais raízes na Dinamarca e na Alemanha; e as cooperativas de serviço, como as cooperativas habitacionais e de saúde, que surgiram em diversas partes da Europa industrial no final do século XIX.²⁹

Dessa forma, verifica-se que a experiência positiva da cooperativa pioneira de Rochdale serviu como modelo para a criação de outros tipos de cooperativas que visavam resolver problemas específicos dos trabalhadores como a dificuldade na obtenção de alimentos, de crédito, de prestação de saúde e de moradia, além do fornecimento dos meios necessários para o desenvolvimento do próprio trabalho, consistentes nas cooperativas de trabalho.

1.3 Pensadores cooperativistas

Cícero Virgulino da Silva Filho afirma que “as primeiras bases do cooperativismo foram lançadas em 1808 pelo francês Charles François Marie Fourier”,³⁰ mas que, na prática, o movimento cooperativo foi surgir em 1844, na cidade industrial de Rochdale, onde se fundou uma cooperativa com finalidade de reduzir os custos com os alimentos que eram altíssimos.

As primeiras cooperativas teriam surgido com o intuito de comprar e estocar alimentos e materiais básicos, mediante a união de esforços dos associados, com um custo reduzido, numa tentativa inicialmente exitosa de autodefesa contra o furor capitalista.

Posteriormente, o movimento cooperativista, recebeu forte influência do socialismo utópico, adicionando um caráter político às cooperativas, mediante, conforme explica Cícero Virgulino da Silva Filho, “[...] a introdução de elementos que pugnavam por sua eficácia econômica, apresentando o movimento cooperativista como alternativa de organização econômica ao sistema liberal-capitalista”.³¹

²⁹ SILVA FILHO, Cícero Virgulino da. **Cooperativas de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 45

³⁰ SILVA FILHO, Cícero Virgulino da. **Cooperativas de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 46

³¹ SILVA FILHO, Cícero Virgulino da. **Cooperativas de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 46

A teoria socialista utópica, muito teórica e pouco prática, somada à perseguição estatal na época, levaram as cooperativas à beira do desaparecimento até o final da década de 1830, conforme relata Cícero Virgulino da Silva Filho.³²

Nesse período, surgiu Robert Owen, grande idealista e defensor do movimento cooperativista, que, além de filósofo e pensador, era também proprietário de fábricas. Owen se preocupou em melhorar as condições humanas de trabalho, adotando medidas como a redução da jornada de trabalho de 17 para 10 horas diárias e recusando-se a contratar menores de 10 anos de idade, o que era prática comum nas fábricas da época. Também criou escolas gratuitas para os seus trabalhadores, além de outras medidas que obtiveram grande êxito social em sua fábrica em *New Lannark*, como afirma Cícero Virgulino da Silva Filho.³³

Cícero Virgulino da Silva Filho explica que o sistema owenista possuía como fundamento cinco fases sucessivas: a filantropia patronal; a intervenção do Estado com reformas legislativas; criação de comunidades agrícolas de uso comum, sem distinção de propriedade individual; implantação do ‘socialismo mutualista e cooperativo’; e a conclusão desse processo com o ‘messianismo social’, desenvolvido em sua obra ‘o novo mundo moral’.³⁴

Outro grande idealista do cooperativismo do trabalho foi Charles François Marie Fourier (1772-1837), nascido em *Besançon*, na França, e contemporâneo de Owen. Fourier fora um homem rico, mas que perdeu a fortuna em negócios com produtos coloniais. Após o seu empobrecimento começou a se interessar pelos problemas sociais, como relata Fernando Pereira do Nascimento.³⁵ Fourier é considerado o precursor do cooperativismo francês tendo criado idéias para um regime social mais solidário. Idealizou os ‘falanstérios’ que eram grupos (falanges) de 1800 pessoas que tudo produziam.³⁶

³² SILVA FILHO, Cícero Virgulino da. **Cooperativas de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 46

³³ SILVA FILHO, Cícero Virgulino da. **Cooperativas de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 47

³⁴ SILVA FILHO, Cícero Virgulino da. **Cooperativas de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 47

³⁵ NASCIMENTO, Fernando Pereira do. **Cooperativas de trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 17

³⁶ NASCIMENTO, Fernando Pereira do. **Cooperativas de trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 17

Fernando Pereira do Nascimento explica a importância de Charles François Marie Fourier pela introdução da democracia na sua idéia de grupos solidários e “por ter sido um dos primeiros a refletir sobre as imperfeições da distribuição de mercado.”³⁷

Outro grande defensor do cooperativismo foi William King (1786-1865), médico de grande cultura e socialista cristão, interessado nos problemas sociais como a reforma do ensino e da organização social, como afirma Fernando Pereira do Nascimento. Defendia o cooperativismo como meio de eliminar os males da sociedade e melhorar a forma de vida dos trabalhadores.

Fernando Pereira do Nascimento relata que King teria fundado uma cooperativa e teria em seguida começado a publicar uma revista mensal chamada, *The Cooperator*,³⁸ onde expunha suas idéias sobre o cooperativismo, alcançando vários adeptos levando à criação de várias outras cooperativas. Defendia que o trabalhador deveria melhorar através de si mesmo, sem depender do auxílio de capitalistas generosos como Robert Owen.³⁹

A Espanha também contribuiu para o crescimento do cooperativismo através de Luis Blanc. Nascido em Madri, defendia, em sua obra, o direito do trabalho como o mais sagrado dos direitos, como relata Fernando Pereira do Nascimento.⁴⁰

Em suas idéias, Luis Blanc sustentava a idéia da intervenção do Estado através da criação de ‘ateliês sociais’ nos mais importantes ramos da indústria, onde o Estado injetaria capital e organizaria o início do funcionamento. Após essa etapa, seriam eleitos dirigentes que conduziriam os ateliês que agora assumiriam o formato de cooperativas autônomas de produção. Os lucros obtidos seriam em parte devolvidos ao Estado como reembolso pelo capital investido originalmente, parte repartido entre os sócios e parte destinado a um fundo emergencial, sendo uma forma primitiva de assistência social, como relata Fernando Pereira do Nascimento.⁴¹ O autor também relembra que as associações de

³⁷ NASCIMENTO, Fernando Pereira do. **Cooperativas de trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 17

³⁸ O Cooperador.

³⁹ NASCIMENTO, Fernando Pereira do. **Cooperativas de trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 18

⁴⁰ NASCIMENTO, Fernando Pereira do. **Cooperativas de trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 18

⁴¹ NASCIMENTO, Fernando Pereira do. **Cooperativas de trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 19

Luis Blanc “tinham certa autonomia, cunho democrático e autodireção, e a ajuda do Estado deveria ser, a seu ver, transitória”.⁴²

Assim, Luis Blanc, por suas idéias, é considerado um dos grandes teóricos das cooperativas de produção.

1.4 Os pioneiros de Rochdale

Como já explanado, a doutrina majoritária afirma que o ponto de partida do movimento cooperativista mundial se deu na cidade de Rochdale, *Lancashire*, na Inglaterra, onde foi criada a primeira cooperativa como modernamente é concebida.

Cícero Virgulino da Silva Filho afirma que essa primeira cooperativa foi criada na modalidade de consumo, pois visava a estocagem de produtos alimentícios e domésticos, com a redução do seu custo para os associados. Estes seriam em número de 40 (quarenta) – embora 28 (vinte e oito) estivessem presentes na reunião constitutiva – sendo a maioria seguidores do pensamento de Owen.⁴³

Embora inicialmente voltada para o consumo, com o sucesso obtido a cooperativa de Rochdale migrou para outras áreas, como a aquisição de moradias para os sócios e a compra de terras para posterior distribuição entre os membros.⁴⁴

Contudo, o grande destaque dos pioneiros de Rochdale foi o estabelecimento de regras básicas a serem seguidas pelos sócios, no intuito de evitar os erros das cooperativas anteriores que acabaram fracassando. Essas regras básicas se tornaram princípios a serem seguidos pelas demais cooperativas e tinham como fundamento o pensamento de Owen e o reflexo dos fatores que geraram o fracasso das associações anteriores, conforme afirma Cícero Virgulino da Silva Filho.⁴⁵

A partir do êxito dos pioneiros de Rochdale, Cícero Virgulino da Silva Filho afirma ser possível constatar algumas características que conduziram o rumo das cooperativas, dentre as quais: o surgimento do movimento cooperativo como uma alternativa

⁴² NASCIMENTO, Fernando Pereira do. **Cooperativas de trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 19

⁴³ SILVA FILHO, Cícero Virgulino da. **Cooperativas de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 47

⁴⁴ SILVA FILHO, Cícero Virgulino da. **Cooperativas de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 47

⁴⁵ SILVA FILHO, Cícero Virgulino da. **Cooperativas de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 48

dentro do sistema e não mais como uma alternativa ao sistema; a sua separação do movimento sindical; a adesão de outras classes ao movimento cooperativo, não participando apenas a classe operária; e a criação de cooperativas especializadas.⁴⁶

A especialização das cooperativas se deu em cinco vertentes tradicionais, como afirma Cícero Virgulino da Silva Filho, a saber: as cooperativas de consumo, cuja precursora foi a de Rochdale; as cooperativas de trabalho, que tiveram seu primeiro impulso na França; as cooperativas de crédito, com o surgimento na Alemanha; as cooperativas agrícolas, com origem na Dinamarca e na Alemanha; e as cooperativas de serviços, como as de moradias e as de saúde, que surgiram em diversos países europeus.⁴⁷

1.5 Expansão do movimento cooperativista (Internacionalização)

A expansão do movimento cooperativista da Inglaterra para os diversos países foi possível devido aos princípios que as sustentam serem universais. A divulgação dos ideais cooperativistas pelos pensadores como Robert Owen e Charles Fourier, dentre outros, disseminou este novo instituto pelos países da Europa primeiramente e posteriormente para os países americanos.

Cícero Virgulino da Silva Filho afirma que a primeira exteriorização da internacionalização do movimento cooperativista se deu na Inglaterra em 1895, mediante a criação da Aliança Cooperativa Internacional. O seu objetivo fundamental consistia em servir de meio unificador entre as diferentes federações cooperativas nacionais, no sentido de estabelecer relações entre estas, através de congressos onde eram trabalhados os problemas existentes nas diversas federações, além da difusão dos princípios cooperativos.⁴⁸

1.6 O movimento cooperativista no Brasil

O cooperativismo no Brasil em seu entendimento moderno surgiu ainda no século XIX, como relata Diva Benides Pinho, que indica a fundação da Sociedade

⁴⁶ SILVA FILHO, Cícero Virgulino da. **Cooperativas de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 48

⁴⁷ SILVA FILHO, Cícero Virgulino da. **Cooperativas de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 48

⁴⁸ SILVA FILHO, Cícero Virgulino da. **Cooperativas de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 50

Cooperativa Econômica dos Funcionários Públicos de Ouro Preto, em 27 de outubro de 1889, como a cooperativa mais antiga que se tem notícia no Brasil.⁴⁹

Diva Benides Pinho relata, ainda, as características desta cooperativa pioneira como sendo:

[...] a primeira iniciativa de trabalhadores livres, logo após a extinção do escravismo, para criar uma espécie de banco sob a forma de sociedade anônima, mas prevendo sua expansão em caixa de auxílio e socorro, na construção de casa para alugar ou vender aos sócios, além de outras atividades, muitos semelhantes aos termos da Carta de Princípios, divulgada pelos Pioneiros de Rochdale [...].⁵⁰

A mesma doutrinadora aponta, entretanto, que foi o Rio Grande do Sul o pioneiro na introdução do cooperativismo no país, trazido por imigrantes europeus que se instalaram na região.

A autora classifica as cooperativas de crédito pioneiras em duas vertentes:

[...] a primeira, entre colonos alemães, liderada pelo padre suíço Theodor Amstad, a partir de 1902, quando fundou a primeira cooperativa modelo *Raiffeisen*, na localidade Linha Imperial, hoje Nova Petrópolis e em Lageado (RS) [...]; e a segunda vertente teve a orientação do italiano De Stefano Paterno, no contexto de ampla campanha oficial realizada pela Sociedade nacional de Agricultura, por delegação do Governo Federal, que difundia cooperativas de modelo misto com seção de crédito.⁵¹

O cooperativismo no Brasil surgiu e se desenvolveu de modo desuniforme face às dimensões continentais que o país apresenta e a diversidade cultural existente dentre as suas 5 (cinco) regiões. Cada região, devido às suas características e o modo em que foi povoada, apresenta um grau de desenvolvimento da cultura cooperativista.

Amilcar Barca Teixeira Junior e Lívio Rodrigues Ciotti relatam, em sua obra, que a Região Sul se apresenta como uma das mais desenvolvidas. Os princípios

⁴⁹ PINHO, Diva Benides. **O cooperativismo no Brasil**: da vertente pioneira à vertente solidária. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 13

⁵⁰ PINHO, Diva Benides. **O cooperativismo no Brasil**: da vertente pioneira à vertente solidária. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 13

⁵¹ PINHO, Diva Benides. **O cooperativismo no Brasil**: da vertente pioneira à vertente solidária. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 13

cooperativistas chegaram à região junto com os imigrantes italianos e alemães que trouxeram de seus países natais a experiência dessa nova modalidade de sociedade.⁵²

Outro fator relevante apontado pelos autores para a proliferação do cooperativismo na Região Sul se deu com o sucesso das reduções jesuíticas instaladas na região das missões, onde os jesuítas, em sua missão catequizadora, desenvolveram uma comunidade assemelhada à cooperativa com os índios nativos.⁵³

A Região Sudeste apresenta um elevado grau de desenvolvimento no cooperativismo graças a imigração européia recebida no final dos séculos XIX e XX, tendo sido os imigrantes os agentes dispersores dos princípios cooperativistas. A forte industrialização e a riqueza da região também tornaram o cenário propício para o trabalhador desenvolver o cooperativismo.⁵⁴

As Regiões Centro-Oeste e Norte apresentam o menor grau de desenvolvimento em se tratando de cooperativas, pois não foram pólos imigratórios, não recebendo, dessa forma, as experiências desenvolvidas na Europa. Almicar Barca Teixeira Júnior e Lívio Rodrigues Ciotti apontam ainda a grande distância entre as cidades e falta de infraestrutura como alguns dos fatores que impediram um melhor desenvolvimento do cooperativismo na Região.⁵⁵

Contudo, apesar das dificuldades encontradas na Região Norte, já citadas, Almicar Barca Teixeira Júnior e Lívio Rodrigues Ciotti relatam terem conhecimento de empreendimentos cooperativos com características próprias da região, como relatam:

O cooperativismo passou a ser uma alternativa de viabilização de projetos de manutenção do homem no seu habitat natural, visando o desenvolvimento auto-sustentado das florestas tropicais. Até mesmo os índios do Estado de Rondônia adotaram os princípios do cooperativismo e fundaram uma cooperativa do ramo especial. Nesse empreendimento, baseado na produção artesanal, os integrantes da cooperativa descobriram que o interesse comum, consubstanciado na força do cooperativismo, é a alternativa mais

⁵² TEIXEIRA JUNIOR, Almicar Barca; CIOTTI, Lívio Rodrigues. **Participação de cooperativas em procedimentos licitatórios**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 131

⁵³ TEIXEIRA JUNIOR, Almicar Barca; CIOTTI, Lívio Rodrigues. **Participação de cooperativas em procedimentos licitatórios**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 131

⁵⁴ TEIXEIRA JUNIOR, Almicar Barca; CIOTTI, Lívio Rodrigues. **Participação de cooperativas em procedimentos licitatórios**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 131

⁵⁵ TEIXEIRA JUNIOR, Almicar Barca; CIOTTI, Lívio Rodrigues. **Participação de cooperativas em procedimentos licitatórios**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 132

recomendada para a manutenção da tribo em condições dignas, sem, com isso, perder os laços culturais que os unem.⁵⁶

Já a Região Nordeste apresenta um maior grau de desenvolvimento da cultura cooperativista em comparação com as Regiões Centro-Oeste e Norte, como relatam Almicar Barca Teixeira Júnior e Lívio Rodrigues Ciotti. As dificuldades encaradas pelo povo nordestino contra a seca, a pobreza e a fome se fez terreno fértil para o sentimento de solidariedade e ajuda mútua.⁵⁷

Outro fator que foi relevante para o desenvolvimento cooperativista na Região Nordeste foi a atuação da SUDENE (Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste) no estímulo ao cooperativismo em diversas localidades da região, como costumava relatar Renan Monteiro Soares, ex-servidor da SUDENE.

Almicar Barca Teixeira Júnior e Lívio Rodrigues Ciotti, ao exporem de forma breve o cooperativismo no Brasil, relatam que apesar dos esforços dos grandes idealistas nacionais cooperativistas, estes não foram suficientes para “consolidar o cooperativismo no país”.⁵⁸

Nas últimas décadas, as cooperativas de trabalho ganharam grande destaque pela sua promessa de serem um meio alternativo de contornar o desemprego e pela sua polêmica, ao ser utilizada para fraudar as normas trabalhistas.

⁵⁶ TEIXEIRA JUNIOR, Almicar Barca; CIOTTI, Lívio Rodrigues. **Participação de cooperativas em procedimentos licitatórios**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 131

⁵⁷ TEIXEIRA JUNIOR, Almicar Barca; CIOTTI, Lívio Rodrigues. **Participação de cooperativas em procedimentos licitatórios**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 132

⁵⁸ TEIXEIRA JUNIOR, Almicar Barca; CIOTTI, Lívio Rodrigues. **Participação de cooperativas em procedimentos licitatórios**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 133

2 CARACTERÍSTICAS DA SOCIEDADE COOPERATIVA

2.1 Conceito de cooperativa

Difícil tarefa é a conceituação do que é uma cooperativa e sua natureza jurídica, face às várias formas em que este instituto se apresenta constituído e às diversas finalidades que assume. Contudo, poder-se-á utilizar o conceito estabelecido na legislação e os conceitos utilizados por alguns autores, embasados nas principais características da cooperativa.

A Lei n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971, em seu artigo 4^o, *caput*, conceitua a cooperativa, estabelecendo-a como sociedade de pessoas, com forma e natureza jurídicas próprias, de natureza civil, não sujeitas à falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades.

Cícero Virgulino da Silva Filho cita o conceito de cooperativa estipulado pela Aliança Cooperativa Internacional, em Manchester, no ano de 1995, em que se define o mínimo de requisitos necessários presentes a qualquer espécie de cooperativa: “Uma cooperativa é uma associação autônoma de pessoas que se unem de forma voluntária para satisfazer suas necessidades e aspirações, mediante uma empresa de propriedade conjunta e de gestão democrática.”⁵⁹

Arnor Lima Neto conceitua as cooperativas observando a ‘principiologia adotada pelo cooperativismo internacional’, como:

[...] empresas de propriedade coletiva, de caráter especial, onde os sócios são titulares ao mesmo tempo do capital e da força de trabalho, cuja marca principal está no seu caráter verdadeiramente democrático e na participação baseada nos valores da ajuda, responsabilidade, equidade e solidariedade.⁶⁰

⁵⁹ SILVA FILHO, Cícero Virgulino da. **Cooperativas de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 48

⁶⁰ LIMA NETO, Arnor. **Cooperativas de trabalho: intermediação de mão-de-obra e subtração de direitos dos trabalhadores**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 138

Dessa forma, verifica-se pelo conceito de cooperativa, que busca sintetizar as características comuns das várias modalidades existentes, que esta se distingue dos demais tipos societários, pelas particularidades e características próprias.

2.2 Natureza jurídica

Bruno de Aquino Parreira Xavier, advogado e consultor cooperativista no Rio de Janeiro, explica que as sociedades cooperativas são formadas com o intuito de prestar serviços a seus associados, fornecendo condições operacionais, contábeis e fiscais, criando dessa forma uma infra-estrutura para que eles possam prestar serviços a terceiros. Por essa finalidade o autor informa a natureza jurídica da cooperativa de trabalho como sendo “uma forma livre de associação de pessoas, de natureza civil”, acrescentando outras características: “não sujeita à falência, com objetivos comuns constituída para prestar serviços aos seus associados”.⁶¹

Este tipo de sociedade se difere das demais, por possuir características próprias. Bruno de Aquino Parreira Xavier cita, dentre outras características:

[...] ter o cooperado como sócio e principal beneficiário, adesão voluntária, singularidade do voto nas Assembléias (gestão democrática), não auferimento de lucro e sim sobras líquidas, mecanismos de retorno financeiro proporcionais às transações dos membros, dentre outras elencadas nos arts. 3º e 4º da Lei n. 5.764/71 (1), conhecida como Estatuto do Cooperativismo.⁶²

Arnor Lima Neto destaca algumas características marcantes das sociedades cooperativas, dentre as quais:

[...] trata-se de uma entidade com dupla natureza: é ao mesmo tempo uma sociedade pessoas e uma empresa econômica; apóia-se na ajuda mútua dos sócios; possui um objetivo comum e predeterminado de afastar o intermediário e propiciar o crescimento econômico e a melhoria da condição de seus membros, os quais possuem na união a razão de sua força; destina-se a prestar serviços aos próprios associados.⁶³

⁶¹ XAVIER, Bruno de Aquino Parreira. **A terceirização por intermédio de cooperativa de trabalho**. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3636>> . Acesso em 20 de maio de 2009

⁶² XAVIER, Bruno de Aquino Parreira. **A terceirização por intermédio de cooperativa de trabalho**. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3636>> . Acesso em: 20 mai. 2009

⁶³ LIMA NETO, Arnor. **Cooperativas de trabalho**: intermediação de mão-de-obra e subtração de direitos dos trabalhadores. Curitiba: Juruá, 2004, p. 135

Arnor Lima Neto ainda destaca outras características presentes nas cooperativas brasileiras extraídas da Lei n. 5.764/71 que define as cooperativas como “sociedades com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil e não sujeitas à falência”.⁶⁴

2.3 Finalidade das cooperativas

Por outro enfoque, verifica-se que as cooperativas apresentam duas finalidades, sendo uma direta e outra indireta. A direta seria o objetivo de proteger os pequenos trabalhadores através da constituição de uma associação onde possuem mais ferramentas e condições de sobrevivência. O objetivo indireto seria a desoneração dos empregadores que, podendo contratar serviços terceirizados das cooperativas, estariam isentas dos encargos trabalhistas.

Com base na lei, Amauri Mascaro Nascimento apresenta como sendo a finalidade precípua da cooperativa “[...] a prestação de serviços ou o exercício de outras atividades dirigidas ao favorecimento dos associados.”⁶⁵ e “[...] não pode a cooperativa ser utilizada em substituição da mão-de-obra interna das empresas, uma vez que seu objeto é a ajuda socioeconômica de seus associados e não de terceiros.”⁶⁶ As atividades das cooperativas visam o benefício de seus membros e não o benefício de terceiros.

Amauri Mascaro Nascimento, entretanto, aponta que a finalidade indireta da cooperativa seria:

[...] da análise do preceito instituído pela Lei n° 8949/94, conclui-se que este constitui, sem sombra de dúvida, uma forma de terceirização e flexibilização das relações de trabalho. O cooperativismo surge, nesse contexto, como um artifício para a redução dos custos das empresas, eliminando problemas como a despedida sem justa causa e os encargos sociais.⁶⁷

O cooperativismo, dessa forma, surge como um artifício para a redução dos custos das empresas com a folha de pagamento, liberando recursos para serem aplicados na atividade fim da empresa.

⁶⁴ LIMA NETO, Arnor. **Cooperativas de trabalho**: intermediação de mão-de-obra e subtração de direitos dos trabalhadores. Curitiba: Juruá, 2004, p. 135

⁶⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.632

⁶⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.631

⁶⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 631

Amauri Mascaro Nascimento cita, ainda, a importância da cooperativa como instrumento de modernização social e econômico:

O cooperativismo é um sistema que permite afastar a intermediação e o lucro, e como tal enquadra-se dentre os mecanismos modernos que podem contribuir para a construção de um modelo eficiente de relações econômico-sociais.⁶⁸

Portanto, verifica-se que o instituto da cooperativa, atualmente, tem como finalidade retirar a intermediação do empregador com o trabalhador e o seu ofício, e também reduzir a despesa das empresas referentes à contratação de empregados, cabendo esta tarefa às cooperativas de trabalho, desde que sendo respeitadas as normas de Direito Trabalhista.

2.4 A cooperativa como instrumento do ideário cooperativista

A cooperativa tem um papel importante, não só por ser uma nova forma de relação entre trabalhador e trabalho, além de ser um meio importante de flexibilização das normas trabalhistas. A sua importância também se verifica por ser o objeto onde o ideal cooperativista se concretiza, agindo como meio difusor.

Arnor Lima Neto expõe a natureza instrumental que a cooperativa possui. Em suas palavras “[...] é por intermédio da cooperativa – seu instrumento prático – que se realiza a ideologia cooperativista.”⁶⁹ Desse ensinamento de Arnor Lima Neto, a cooperativa pode ser observada sob outro ponto de vista quando analisado o pensamento cooperativista. A cooperativa passa a ser o meio em que a ideologia cooperativa se materializa no mundo, através do qual se pode observar as qualidades e vantagens que tem a oferecer aos seus membros, servindo também como difusora da ideologia para o mundo.

Percebe-se, portanto, que as cooperativas, como instrumento, apresentam duas características marcantes, sendo uma a de instrumento de materialização do ideário cooperativista e a segunda a de instrumento difusor do ideário.

⁶⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.629-630

⁶⁹ LIMA NETO, Arnor. **Cooperativas de trabalho: intermediação de mão-de-obra e subtração de direitos dos trabalhadores**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 136

2.5 Princípios e características das cooperativas

Conforme exposto anteriormente, as cooperativas, apesar de suas formas e finalidades assumidas serem diversas, tais sociedades possuem princípios comuns que as diferem dos outros tipos de sociedade. Esses princípios resumem, nas palavras de Waldirio Bulgarelli, “[...] o alto sentido social do sistema cooperativo [...]”.⁷⁰

Antes de enumerar os princípios consagrados pela doutrina cooperativista, serão apresentadas as características que servem como base para a enumeração dos referidos princípios. A sociedade cooperativa é instrumento comunitário utilizadas pelos seus sócios para conseguir melhores condições para a realização de uma atividade, conseguindo, dessa forma, melhorar as suas condições de vida. Um bom exemplo são as cooperativas de autônomos que buscam uma forma de se inserirem no mercado de trabalho.

Outra característica das cooperativas é o fato de não buscarem o lucro. Waldirio Bulgarelli explica que o capital na cooperativa não constitui o determinante da participação associativa, mas mero instrumento para a realização dos seus objetivos.⁷¹

A cooperativa, por sua finalidade, apresenta uma vocação democrática em que os sócios membros a dirigem de forma igualitária, ao contrário das demais sociedades onde o poder de cada sócio reside proporcionalmente no capital investido. Na cooperativa, cada sócio é dono de voto único com o mesmo valor dos demais membros, independentemente da sua quota na sociedade, podendo votar e ser votado.

Apresentadas algumas características marcantes das cooperativas, serão detalhados os princípios mais tradicionais do instituto enumerados por Waldirio Bulgarelli. O primeiro trata da adesão livre que pode ser observada sob dois ângulos. Um aspecto trata da forma voluntária com que se associa à cooperativa, não podendo haver coerção para que alguém faça. O outro aspecto reside no fato de não poder haver impedimento ao ingresso de pessoas que preencham os requisitos necessários previstos no estatuto.

⁷⁰ BULGARELLI, Waldirio. *As sociedades cooperativas e a sua disciplina jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 12

⁷¹ BULGARELLI, Waldirio. *As sociedades cooperativas e a sua disciplina jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 12

Outro princípio é o do direito a voto unitário para cada associado, baseando-se na gestão democrática da cooperativa. Waldirio Bulgarelli afirma que este princípio “[...] estabelece a predominância da pessoa sobre o capital.”⁷² A gestão democrática da sociedade confere, portanto, o poder de cada sócio votar e poder ser votado também.

Um terceiro princípio consiste no retorno do gasto excedente de cada associado nas suas operações com a cooperativa. Waldirio Bulgarelli relata a criação desse mecanismo por Charles Owarth, um dos pioneiros de Rochdale.

A neutralidade religiosa e política é outro princípio estabelecido para as cooperativas, o qual enuncia que não pode haver discriminação ou privilégios por motivo de crença. A cooperativa deve, também, abster-se de movimentos políticos, devendo ter como único objetivo o favorecimento dos associados.

Arnor Lima Neto define os princípios cooperativos como “[...] as linhas orientadoras pelas quais as cooperativas levam à prática seus valores [...]”⁷³ e cita os ‘Princípios Básicos do Cooperativismo’ adotados desde o Congresso da Aliança Cooperativa Internacional realizada em Manchester, Inglaterra, em setembro de 1995, entre as quais a adesão livre e voluntária; o controle democrático pelos associados, a participação econômica do sócio; a autonomia e independência das cooperativas; a educação, o treinamento dos sócios cooperados; a cooperação entre as cooperativas; e a preocupação com a comunidade.⁷⁴

A adesão livre e voluntária significa que as cooperativas são organizadas abertas a todas as pessoas aptas para usarem seus serviços e dispostas a aceitarem suas responsabilidades de sócios, sem discriminação social, racial, política ou religiosa.

Outro princípio é o controle democrático, com o que se entende que as cooperativas são controladas democraticamente pelos seus sócios, que participam ativamente no estabelecimento de suas políticas. Nas cooperativas singulares, os sócios têm igualdade de

⁷² BULGARELLI, Waldirio. **As sociedades cooperativas e a sua disciplina jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 13

⁷³ LIMA NETO, Arnor. **Cooperativas de trabalho**: intermediação de mão-de-obra e subtração de direitos dos trabalhadores. Curitiba: Juruá, 2004, p. 137

⁷⁴ LIMA NETO, Arnor. **Cooperativas de trabalho**: intermediação de mão-de-obra e subtração de direitos dos trabalhadores. Curitiba: Juruá, 2004, p. 137

votação (um associado, um voto). E as cooperativas de outros níveis também são organizadas de maneira democrática.

A participação econômica do sócio estabelece que os sócios contribuem eqüitativamente e controlam democraticamente o capital de sua cooperativa. Ao menos parte desse capital é usualmente propriedade comum da cooperativa. O capital subscrito recebe uma compensação limitada. As sobras (diferença entre receitas e despesas) são destinadas em parte para reservas, benefícios aos sócios na proporção de suas transações com as cooperativas e outras destinações que forem aprovadas pelos sócios.

Um quarto princípio trata da autonomia e independência com que as cooperativas são organizações autônomas, embora possam entrar em acordo com outras organizações privadas para ação em benefício de seus sócios.

A educação, treinamento e informação constituem um princípio importante, estabelecendo que as cooperativas devam proporcionar educação, treinamento e informação aos seus sócios, para que eles possam contribuir efetivamente para o seu desenvolvimento e informar ao público em geral (principalmente os jovens e os líderes formadores de opinião) sobre a natureza e os benefícios da cooperação.

A cooperação entre as cooperativas dispõe que elas poderão atender melhor seus associados e fortalecer o movimento cooperativo, trabalhando juntas através de estruturas locais, regionais, nacionais, e internacionais.

Por último, um princípio importante é a preocupação que a cooperativa deve ter com a comunidade, devendo trabalhar pelo desenvolvimento sustentável de suas comunidades através de políticas aprovadas por seus associados.

2.6 Da classificação das cooperativas

As cooperativas possuem diversas classificações conforme a característica que está sendo analisada. Sérgio Pinto Martins cita as classificações quanto à forma legal,

quanto aos fins socioeconômicos, quanto às suas atividades, quanto à iniciativa dos organizadores e quanto ao número de segurados.⁷⁵

A classificação quanto à norma legal tem por base a Lei n. 5.764/71, onde as cooperativas são classificadas como singulares, constituídas por no mínimo 20 pessoas físicas e com admissão de pessoa jurídica de forma excepcional; federação de cooperativas (centrais), cujos membros são o mínimo de 3 cooperativas singulares; e as confederações de cooperativas, constituídas de no mínimo 3 federações de cooperativas.

A forma mais usual de classificação das cooperativas é quanto aos seus fins socioeconômicos. Sua importância é considerável, pois indica várias características dentre as quais a sua natureza econômica. Os tipos de cooperativa mais comuns nesta classificação são as de consumo, cujo objeto é a aquisição e o fornecimento de produtos de consumo a preços baixos aos associados; a de compras em comum, cuja finalidade é aquisição de bens para os sócios; a de crédito, sendo a sua finalidade a concessão de crédito com taxa de juros inferior às de mercado; a de venda em comum, em que a cooperativa recebe a produção do associado e o processa para posterior venda ao mercado; e as de provisão, que consiste no fornecimento de material ou serviços para que o cooperado possa desempenhar sua atividade econômica.⁷⁶

Outra classificação muito utilizada para as cooperativas refere-se à atividade econômica desempenhada. Podem ser citadas as cooperativas agropecuárias, sendo classificadas também como produtoras ou de consumo; as cooperativas de mineração, fornecendo recursos necessários para os sócios nos garimpos; cooperativas habitacionais, cuja finalidade é o auxílio na construção ou aquisição de moradias; cooperativas de trabalho, sendo seu objetivo o auxílio dos sócios na prestação de serviços a terceiros; e as cooperativas de seguros, fornecendo seguros com preços melhores aos de mercado.⁷⁷

Sob o ponto de vista dos organizadores, as cooperativas podem ser criadas por pessoas físicas, por instituições privadas e pelo poder público, sendo estas visualizadas nos antigos países comunistas.

⁷⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **Cooperativas de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 58-61

⁷⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **Cooperativas de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 58-59

⁷⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Cooperativas de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 60-61

Por outra perspectiva, Sérgio Pinto Martins ensina que as cooperativas podem ser “[...] tanto verticais, quando são reunidas em federações e confederações, como horizontais, quando são agrupadas em determinada região”.⁷⁸

Por essa explicação, as cooperativas podem ser singulares, as formadas por no mínimo de 20 pessoas físicas, tendo como finalidade a prestação de serviços aos seus associados; centrais ou federações de cooperativas, quando “objetivam organizar, em comum e em maior escala, os serviços econômicos e assistenciais de interesse das filiadas” e ainda “integrando e orientando suas atividades, bem como facilitando a utilização recíproca dos serviços”.⁷⁹ As cooperativas centrais ou federações de cooperativas são formadas por no mínimo 3 singulares, sendo que em casos raros admite-se associados individuais. São chamadas, também, de segundo grau. As confederações são um terceiro tipo, consideradas de terceiro grau, e ocorre pelo grupamento de três federações. A nomenclatura desta classificação se confunde com a obtida da lei, porém, nesta há um destaque à destinação da prestação dos serviços de cada uma.

Podem existir outros tipos de classificações, dependendo da característica a ser analisada e pelo fato de não existir limitação quanto à forma e à finalidade para a constituição de cooperativa. Contudo, as classificações expostas são as mais importantes e suficientes para o melhor conhecimento do instituto estudado.

2.7 Legislação aplicável às cooperativas de trabalho

As primeiras leis dispendo sobre as cooperativas tiveram fatores sociais como fonte em outros países, fato que não ocorreu no Brasil, sendo elaborados diplomas normativos, provavelmente prevendo o surgimento posterior das cooperativas, conforme expõe Rodolfo Pamplona Filho:

No Brasil, porém, não houve qualquer "redução sociológica" do evento social, tendo havido diretamente a expedição de diplomas normativos, logo no início do século, que visavam a regular, entre outros elementos, a questão do cooperativismo, talvez pela constatação, advinda do direito comparado, de que a sua inserção futura no território nacional era inevitável.⁸⁰

⁷⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **Cooperativas de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 61

⁷⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Cooperativas de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 61

⁸⁰ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Cooperativismo e Direito do Trabalho**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2082>>. Acesso em: 19 mai. 2009

O autor informa que a implementação da norma antes de presente o fato social retira do debate os sujeitos interessados da norma:

[...] tal situação é, do ponto de vista zetético, facilmente explicável, tendo em vista que dando-se (ou impondo-se) toda uma estrutura 'de mão beijada', não se deixa espaço para a reivindicação de ordem política, devendo todos se submeterem ao "big brother", que determinará os espaços de atuação, evitando-se o confronto, tão salutar do ponto de vista político-democrático.⁸¹

A legislação aplicável às cooperativas atualmente vigente está em conformidade com as diretrizes apontadas pela Recomendação n. 217 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, conforme relata Denise Hollanda Costa Lima, que descreve os itens 2 e 4 da Recomendação referida.⁸²

O item dois estabelece que nos países em via de desenvolvimento o estabelecimento e a expansão das cooperativas deveriam ser considerados com um dos fatores importantes do desenvolvimento econômico social e cultural, bem como da promoção humana.⁸³

O item quatro determina que os governos dos países em via de desenvolvimento deveriam elaborar e por em prática em favor das cooperativas uma política de ajuda a estímulo econômico, financeiro, técnico, legislativo ou de caráter outro, sem que sua independência seja afetada.⁸⁴

Os principais regramentos normativos sobre as cooperativas estão contidas na Constituição Federal de 1988, na Lei n. 5.764/71 e no Código Civil de 2002 que serão expostos a seguir. A Lei n. 11488/2007 concede às cooperativas que tiveram uma receita bruta até certo limite o mesmo tratamento das microempresas e empresas de pequeno porte, em especial alguns privilégios nas licitações públicas. Essa lei tem grande importância no presente estudo e ajudará no posicionamento defendido quanto à controvérsia estudada.

⁸¹ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Cooperativismo e Direito do Trabalho**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2082>>. Acesso em: 19 mai. 2009

⁸² LIMA, Denise Hollanda Costa. **Terceirização na administração pública: as cooperativas de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 35

⁸³ LIMA, Denise Hollanda Costa. **Terceirização na administração pública: as cooperativas de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 35

⁸⁴ LIMA, Denise Hollanda Costa. **Terceirização na administração pública: as cooperativas de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 35

O legislador, percebendo a importância social, cultural e econômica do instituto da cooperativa, consagrada mundialmente como forma alternativa de combate ao desemprego e de melhoria nas condições humanas do trabalhador, criou a Lei n. 5.764/71 que estabelece a Política Nacional de Cooperativismo e o regime jurídico das sociedades cooperativas.

A Constituição Federal de 1988 trouxe grande incentivo ao cooperativismo, mencionando-o em vários dispositivos dentre os quais o §2º, do art. 174, que estabelece que o Estado fica incumbido, através de lei, a fomentar e estimular o cooperativismo. No mesmo art. 174, o legislador originário estipula que o Estado deverá favorecer o uso das cooperativas para a organização da atividade garimpeira, agindo nas funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Denise Hollanda Costa Lima cita o art. 5º, inciso XVIII, da Constituição vigente como o principal dispositivo constitucional que afirma ter provocado, em suas palavras “[...] verdadeira revolução nesse meio em face da proibição de controle estatal sobre as cooperativas [...]”.⁸⁵ O referido artigo, em seu inciso XVIII, estabelece que a criação de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento.

Verifica-se, portanto, a importância do estímulo às cooperativas que foi dado pelo legislador ordinário consagrado em vários dispositivos da Constituição Federal de 1988. Contudo, enquanto à Constituição coube estabelecer as normas de incentivo e estímulo ao instituto das cooperativas, coube ao Código Civil, em conjunto com a lei n. 5.764/71, cuidar do regime jurídico das sociedades cooperativas.

⁸⁵ LIMA, Denise Hollanda Costa. **Terceirização na administração pública**: as cooperativas de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 35

3 COOPERATIVAS DE TRABALHO

3.1 Conceito e objetivos

As sociedades cooperativas são um tipo de entidade que privilegia o trabalho ao invés do capital, contrapostas às sociedades em geral. A sua finalidade se direciona não para a promoção e aumento de capital de forma direta, mas para o crescimento pessoal do trabalhador, com o melhoramento da sua condição de vida e crescimento social, pois, num todo, a sociedade ganha com novas formas de prestação de serviços e de organização econômica. Por este motivo, as cooperativas apresentam características próprias que podem ser observadas e as destacam dos outros tipos societários.

A cooperativa de trabalho é espécie do gênero cooperativa e fundamenta-se nos princípios gerais cooperativistas. Sua finalidade é, conforme ensina Arnor Lima Neto “[...] promover os meios para a realização do trabalho pelos seus sócios cooperativados.”⁸⁶

O intuito da cooperativa de trabalho é o de eliminar o intermediário entre o capital e o trabalho, revertendo o lucro da atividade desempenhada pelos sócios a estes mesmos, o que não ocorre no sistema de trabalho assalariado, onde o dono do lucro é o empresário, cabendo ao empregado uma retribuição pelo esforço desempenhado.

As atividades desta modalidade de cooperativa correspondem à produção de bens ou serviços de forma autônoma e independente ao beneficiário, o tomador de serviços, contrapondo-se ao sistema de empregatício onde há a subordinação jurídica do prestador do serviço ao tomador.

Os benefícios das cooperativas de trabalho são expressivos, melhorando a renda do trabalhador e a sua qualidade de vida. Arnor Lima Neto explica a importância dessa modalidade de cooperativa no meio social: “As cooperativas de trabalho corrigem, assim, as

⁸⁶ LIMA NETO, Arnor. **Cooperativas de trabalho**: intermediação de mão-de-obra e subtração de direitos dos trabalhadores. Curitiba: Juruá, 2004, p. 202

distorções que naturalmente acontecem onde há escassez de empregos, conseguindo organizar as classes sociais mais fragilizadas social e economicamente.”⁸⁷

Fernando Pereira do Nascimento elenca algumas melhorias alcançadas mediante as atividades da cooperativa de trabalho, entre as quais: “[...] a melhoria da renda de seus associados, à medida que conseguem reter para o grupo associado, a ‘mais valia’, que, numa relação de trabalho, fica em poder do empregador.”⁸⁸ Também pode ser citada a melhoria das condições de trabalho, à medida que as cooperativas transformam empregados em ‘empresários’, os quais determinam, em comum e de forma democrática, as regras de atuação tornando-se ‘autogestionários’ de suas próprias atividades.⁸⁹

Portanto, o objetivo principal da cooperativa de trabalho é proporcionar aos associados ajuda mútua para que estes consigam desenvolver suas atividades sem a intervenção de um terceiro. O sócio, dessa forma, torna-se o seu próprio patrão. Disso, resulta uma melhoria na renda do trabalhador, pois este não receberá um salário, mas sim, o lucro total do seu ofício.

3.2 Dos tipos de cooperativa de trabalho

Com a crise no emprego intensificado pela globalização, as cooperativas de trabalho surgem como importante meio de amenizar os impactos sobre o trabalhador, tanto diretamente, pela concentração de esforços para ajuda mútua, como indiretamente através da redução de custos ao empregador que ficaria desonerado dos encargos trabalhistas.

Maria Lúcia Cardoso de Magalhães estabelece cinco tipos diferentes de cooperativa de trabalho, afirmando serem importantes as suas distinções, indicando alguns exemplos delas, dentre as quais:

- a) Cooperativa de produção coletiva: cooperativas de produção agropecuária, frutos jurídicos e associativos dos processos de assentamentos de pessoas ligas ao movimento dos sem-terra; b) Organizações comunitárias de trabalho: os *Kibutz* em Israel; c) Cooperativas de trabalho de produção agrícola e industrial, realizadas em caráter empresarial, com capital, equipamentos e instalações industriais, pertencentes à sociedade. Não

⁸⁷ LIMA NETO, Arnor. **Cooperativas de trabalho**: intermediação de mão-de-obra e subtração de direitos dos trabalhadores. Curitiba: Juruá, 2004, p. 202

⁸⁸ NASCIMENTO, Fernando Pereira do. **Cooperativas de trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 61

⁸⁹ NASCIMENTO, Fernando Pereira do. **Cooperativas de trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p.61-62

dependem dos tomadores de seus serviços. Sua relação com o mercado se dá pela negociação direta de seus bens ou serviços. São as grandes cooperativas de produção agrícola e industrial; d) Cooperativas de profissionais liberais autônomos. Comuns na área médica e odontológica. Nelas há independência na direção do trabalho, fixando o profissional o seu horário de trabalho e o número de atendimentos. Sem prejuízo, inclusive, de outras atividades que exerce habitualmente; e) Cooperativas de mão-de-obra — nestas reúnem-se vários obreiros para realizar serviços em prol de um contratante, que os utiliza em tarefas antes cumpridas por trabalhadores autônomos, empregados ou eventuais inorganizados.⁹⁰

Dentre os tipos de cooperativa, a que não representa um avanço para os trabalhadores, tanto do ponto de vista social e econômico, quanto jurídico, está a cooperativa de mão-de-obra, que causa preocupação por ser alvo de fraudes trabalhistas.

Maria Lúcia Cardoso de Magalhães cita várias características das cooperativas fraudulentas, entre as quais: o uso de cooperativas no trabalho-fim das empresas tomadoras de serviço, o uso para a intermediação da mão-de-obra e inexistência dos princípios cooperativistas (adesão voluntária, autonomia, objetivo comum ligado pela solidariedade, auto-gestão, continuidade, integralidade e viabilidade). Em outros casos, a fraude se caracteriza pela demissão dos empregados e sua readmissão através de cooperativas.⁹¹

3.3 Ato Cooperativo

A cooperativa se difere das empresas comerciais pelas suas peculiaridades como a natureza jurídica distinta e por apresentar princípios próprios. Outro ponto que se destaca é a diferença dos objetivos nos atos por elas praticados.

Waldirio Bulgarelli argumenta que as atividades da cooperativa, apesar de semelhantes às atividades de outras áreas do Direito, quando analisadas sob a luz do Direito positivo ou da doutrina jurídica, demonstram a sua peculiaridade ao serem analisados perante os princípios cooperativos.

Assim, o autor ressalta:

⁹⁰ MAGALHÃES, Maria Lúcia Cardoso de. Cooperativas de trabalho – uma questão polêmica. **Revista do Ministério Público do Trabalho**, Brasília, n.18, ano IX, p. 54, set. 1999

⁹¹ MAGALHÃES, Maria Lúcia Cardoso de. Cooperativas de trabalho – uma questão polêmica. **Revista do Ministério Público do Trabalho**, Brasília, n.18, ano IX, p. 54, set. 1999

[...] convém acentuar que o alto objetivo da sociedade cooperativa não está ausente do objetivo dos seus atos; ele não permanece ao redor e até fora da prática do ato, mas se impregna em todas as suas facetas, incorporando-se a ele e dando-lhe o seu cunho incomum.⁹²

Almicar Barca Teixeira Júnior e Lívio Rodrigues Ciotti explicam a necessidade de se entender o que seja ato cooperativo para uma correta compreensão do instituto da cooperativa, por apresentar características que lhes são próprias.

A Lei n. 5764, de 1971 que estabeleceu o regime das sociedades cooperativas, trouxe, em seu art. 79, o conceito dos atos cooperativos, sendo aqueles praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associados, para a consecução dos objetivos sociais.

Almicar Barca Teixeira Júnior e Lívio Rodrigues Ciotti argumentam que a maior diferença entre uma sociedade cooperativa e uma sociedade comercial é a de que “[...] a cooperativa age em nome dos sócios, nas demais sociedades os sócios agem em nome da pessoa jurídica.”⁹³

Nas cooperativas de trabalho, os autores ressaltam a distinção entre as atividades empresariais e cooperativistas:

[...] diversamente, da atividade de outro tipo de empresa, a sociedade cooperativa não é prestadora de serviços, uma vez que esse trabalho é executado pelos sócios, sendo certo que, por outro lado, que esses sócios (cooperados), da mesma forma, não prestam serviços à cooperativa, mas, sim, às pessoas que os contratam por intermédio dessa sociedade.⁹⁴

Da mesma maneira, os autores fazem a distinção entre os atos da cooperativa e dos associados:

Não se confunde, pois, os atos da cooperativa com os atos dos profissionais que a compõem. Os atos da sociedade visam, exclusivamente, a organizar e planejar o labor de seus sócios, representando-os na sua contratação. Esta é a sua atividade-fim, para a qual a cooperativa nada auferir de receita, pois

⁹² BULGARELLI, Waldirio. **As sociedades cooperativas e a sua disciplina jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 22

⁹³ TEIXEIRA JÚNIOR, Almicar Barca; CIOTTI, Lívio Rodrigues. **Participação de Cooperativas em Procedimentos Licitatórios**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 157

⁹⁴ TEIXEIRA JÚNIOR, Almicar Barca; CIOTTI, Lívio Rodrigues. **Participação de Cooperativas em Procedimentos Licitatórios**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 160

apenas propicia aos seus membros a oportunidade de operar autonomamente, oferecendo o objeto da contratação que a sociedade realiza em seu nome.⁹⁵

Daí, portanto, o fato do ato cooperativo ser isento de imposto, pois não visa obtenção de lucro, mas sim fornecer condições dos seus sócios para a inserção no mercado de trabalho.

Waldirio Bulgarelli relata a distinção entre as cooperativas e as empresas capitalistas: “[...] as cooperativas são organizadas para atender aos associados, fornecendo-lhes bens e serviços; as empresas capitalistas para operarem no mercado e distribuir entre os sócios a renda proveniente dessas atividades.”⁹⁶

Almicar Barca Teixeira Júnior e Lívio Rodrigues Ciotti defendem que não há benefício tributário para as cooperativas, pois:

O que ocorre nesse tipo societário, quando da realização do ciclo operacional que a lei definiu como ato cooperativo (art. 79), sob o ponto de vista tributário, é simplesmente, uma não-incidência de tributos, em função de não haver fato gerador para que esse ônus incida sobre as cooperativas.⁹⁷

Os autores, entretanto, afirmam que sobre os cooperados recaem tributos, pois que “pela sua associação, em cooperativas, os cooperados são considerados autônomos, contribuindo individual e pessoalmente com os tributos que incidem sobre a sua atividade econômica.”⁹⁸

Dessa forma, fica evidenciada a diferença entre os atos das cooperativas que buscam prestar o suporte aos sócios na consecução das atividades destes e os atos empresariais que representam a finalidade própria da empresa comercial, sendo o seu objetivo a execução da atividade econômica, o que fundamenta a incidência de impostos sobre esta e a não incidência sobre aquela.

⁹⁵ TEIXEIRA JÚNIOR, Almicar Barca; CIOTTI, Lívio Rodrigues. **Participação de Cooperativas em Procedimentos Licitatórios**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 160

⁹⁶ BULGARELLI, Waldirio. **As sociedades cooperativas e a sua disciplina jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 24

⁹⁷ TEIXEIRA JÚNIOR, Almicar Barca; CIOTTI, Lívio Rodrigues. **Participação de Cooperativas em Procedimentos Licitatórios**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 29

⁹⁸ TEIXEIRA JÚNIOR, Almicar Barca; CIOTTI, Lívio Rodrigues. **Participação de Cooperativas em Procedimentos Licitatórios**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 159

3.4 Sobre a existência de vínculo empregatício do sócio cooperado

A cooperativa de trabalho, como as outras modalidades de cooperativa, é um tipo societário cuja finalidade não é ter empregados e empregadores para a consecução dos seus objetivos. Trata-se de associação de pessoas com interesse comum buscando uma forma mais eficaz de inserção no mercado de trabalho.

Não há vínculo empregatício entre os associados e a cooperativa, porque esta é uma espécie do gênero sociedade, onde os seus membros se agrupam para obterem maior capacidade produtiva.

Entre a cooperativa e seus associados não há relações de emprego, porque o que há é o vínculo de cooperados que são um tipo de associado de uma entidade associativa, na qual se agrupam para a consecução de objetivos de produção, de consumo, de crédito de distribuição etc.⁹⁹

A lei ainda deixa clara a inexistência de vínculo empregatício entre os associados e a cooperativa, conforme o disposto no parágrafo único do art. 442 da CLT que estabelece a não existência do vínculo empregatício entre a cooperativa e seus associados, e nem entre estes e o tomador dos serviços da cooperativa.

A parte final do parágrafo único do artigo acima citado declara a inexistência de relação laboral entre os associados da cooperativa e a empresa tomadora de serviços, o que gerou divergências entre o dispositivo caber exceções ou não.

Entretanto, foi criada uma falsa impressão de que em nenhuma hipótese haveria relação trabalhista entre o cooperado e a empresa tomadora de serviço, com a criação do parágrafo único do art. 442, da CLT que repetiu o enunciado do art. 90 da Lei n. 5.764 (lei das cooperativas) e que trata sobre a inexistência de vínculo empregatício entre a cooperativa e os associados, bem como acrescentou a inexistência de vínculo entre estes e a empresa tomadora de serviços.

Arnaldo Süssekind relata que a inserção do parágrafo único no art. 442 da CLT foi desnecessária, gerando a falsa impressão de inexistência de vínculo empregatício e explica que:

⁹⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.630

Na verdade, porém, somente não se forma o vínculo empregatício com o tomador de serviços quando os cooperativados trabalham na cooperativa e para a cooperativa de que são partes, como seus associados. O tomador dos serviços da cooperativa deve estabelecer uma relação jurídica e de fato com a sociedade e não uma relação fática, com efeitos jurídicos, com os cooperativados.¹⁰⁰

Pode-se verificar a existência de vínculo empregatício entre a cooperativa e o associado observando o art. 2º da CLT, em seu parágrafo primeiro, que diz a ocasião em que a cooperativa cria laço trabalhista com o cooperado. O referido artigo conceitua o empregador citando os requisitos necessários para o enquadramento. O parágrafo único explica que são equiparados ao empregador, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados. Portanto, as cooperativas se enquadrariam no disposto do parágrafo único.

A criação do parágrafo único do art. 442 teve como objetivo fomentar a criação de cooperativas e não possibilitar a fraude por intermédio delas. Para a verificação de existência de vínculo empregatício entre o cooperado e a empresa tomadora do serviço, é necessária a verificação dos requisitos do art. 3º da CLT que define a situação de empregado. O art. 3º conceitua a figura do empregado, citando os requisitos necessários que são a do trabalho ter natureza não eventual ao empregador, o trabalhador estar sob a dependência deste e receber um pagamento pelo serviço prestado.

Existindo tais características na relação de trabalho entre cooperado e a empresa tomadora de serviço, será desconsiderado o preceito do parágrafo único do art. 442 da CLT, com fundamento no art. 9º da CLT que declara nulos todos os atos com finalidade de fraudar, desvirtuar e impedir a aplicação dos preceitos contidos na Consolidação Trabalhista.

Bruno de Aquino Parreira Xavier cita a incidência do princípio da primazia da realidade, segundo o qual os fatos prevalecem sobre a forma contratual. Portanto, o mero enquadramento formal não é suficiente para o afastamento do vínculo empregatício, ou seja, a

¹⁰⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 157-158

tomadora de serviços que contrata serviço de trabalhador por meio de cooperativa não está se abstendo da relação empregatícia, se de fato existirem as características desta.¹⁰¹

O Direito Trabalhista protege o empregado por ser hipossuficiente, e estabelece através da primazia da realidade que os fatos se sobrepõem ao formalismo. Nesse sentido, Bruno de Aquino Parreira Xavier expõe que “[...] não são os contratantes que determinam a existência ou não de um contrato de emprego, mas sim o modo pelo qual os serviços são desenvolvidos”.¹⁰²

Dessa forma, foram demonstradas as hipóteses em que ocorrerá o vínculo empregatício do sócio cooperado e o como deve ser o procedimento para que não ocorra o desvio da finalidade das cooperativas.

3.5 Fraude no uso das cooperativas de trabalho

As cooperativas de trabalho surgiram como alternativa ao desemprego e às más condições laborais da atualidade. A doutrina majoritária explica que os sócios da cooperativa são ao mesmo tempo os trabalhadores desta realizando suas atividades de forma autônoma. Entretanto, as cooperativas de trabalho têm sido usadas como instrumento para fraudar a legislação trabalhista e evitar os encargos trabalhistas que no Brasil são muito altos.

As cooperativas de mão-de-obra são espécie do gênero cooperativa de trabalho, onde ocorre o desvio da finalidade do ideal cooperativista. Nesse tipo societário os membros são meros trabalhadores alocados para determinada empresa que, dessa forma, evita os encargos trabalhistas.

Em busca de maior competitividade no mercado globalizado, onde há necessidade de redução dos custos, muitas empresas optaram por utilizar cooperativas a fim de obter mão-de-obra mais barata, não precisando arcar com os encargos trabalhistas. Porém, os trabalhadores prestavam trabalho pessoal e subordinado caracterizando, dessa forma,

¹⁰¹ XAVIER, Bruno de Aquino Parreira. **A terceirização por intermédio de cooperativa de trabalho**. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3636>> . Acesso em: 20 mai. 2009.

¹⁰² XAVIER, Bruno de Aquino Parreira. **A terceirização por intermédio de cooperativa de trabalho**. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3636>> . Acesso em: 20 mai. 2009.

vínculo empregatício. Luiz Salvador cita que várias empresas se utilizam desse sistema e até mesmo o poder público, principalmente as prefeituras.¹⁰³

Bruno de Aquino Parreira Xavier, aponta dois casos em que cooperativas são usadas para fraude. O primeiro caso trata-se das ‘fraudocooperativas’, onde a cooperativa serve apenas para promover a triangulação da relação contratual, fugindo assim a tomadora do serviço dos encargos trabalhistas.¹⁰⁴ Neste caso, como há os requisitos da relação empregatícia, afasta-se o efeito do art. 442, parágrafo único.

O segundo caso de fraude trata-se das ‘gatocooperativas’, onde, conforme afirma Bruno de Aquino Parreira Xavier, não há uma gestão democrática da cooperativa. Há, na verdade, uma relação de subordinação e hierarquia interna. Ocorre, portanto, vínculo empregatício entre o associado e a cooperativa, cabendo à empresa tomadora do serviço a responsabilidade subsidiária, no caso de inadimplemento dos encargos trabalhistas.¹⁰⁵

Maria Lúcia Cardoso de Magalhães relata caso específico de fraude mediante cooperativas de mão-de-obra em que foi constatada, no final dos anos 1990, em alguns municípios de Minas Gerais, a existência de cooperativas de trabalho que atuavam principalmente em regiões de cultura de café e cana-de-açúcar. Essas cooperativas funcionavam sem a mínima estrutura adequada aos seus membros e à margem das leis trabalhistas e normas de segurança e saúde do trabalhador.¹⁰⁶

Vários trabalhadores rurais eram atraídos com promessas de uma compensadora remuneração. Algumas cooperativas chegavam a ter em seus quadros mais de 10 (dez) mil trabalhadores que eram fichados como ‘sócios-cooperados’. Maria Lúcia Cardoso de Magalhães afirma que estes eram obrigados a se comprometer no cumprimento de normas internas, as quais sequer sabiam do que se tratava. Os serviços eram pagos aos

¹⁰³ SALVADOR, Luiz. **Da intermediação de mão-de-obra por cooperativa e a fraude aos direitos trabalhistas.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1193>>. Acesso em: 22 mai. 2009.

¹⁰⁴ XAVIER, Bruno de Aquino Parreira. **A terceirização por intermédio de cooperativa de trabalho.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3636>>. Acesso em: 20 mai. 2009.

¹⁰⁵ XAVIER, Bruno de Aquino Parreira. **A terceirização por intermédio de cooperativa de trabalho.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3636>>. Acesso em: 20 mai. 2009.

¹⁰⁶ MAGALHÃES, Maria Lúcia Cardoso de. Cooperativas de trabalho – uma questão polêmica. **Revista do Ministério Público do Trabalho**, Brasília, n.18, ano IX, p. 54, set. 1999

dirigentes que faziam o repasse de forma injusta e arbitrária, ficando comumente o ‘sócio-cooperado’ em débito com a cooperativa, sistema esse que a autora chama de *truck system*.¹⁰⁷

Constata-se que o crescimento do uso das cooperativas para a terceirização da mão-de-obra estaria relacionado com a inserção do parágrafo único do art. 442, da CLT que dispõe sobre a inexistência de vínculo empregatício entre a cooperativa e os seus associados, e entre estes e o tomador de serviços.

Luiz Salvador cita que a intenção do legislador foi reafirmar que inexistia a vinculação empregatícia numa real cooperativa, conforme afirma:

[...]o parágrafo único do art. 442 da CLT não autorizou a intermediação de mão de obra por cooperativa, apenas cuidou de disciplinar o trabalho sem vínculo empregatício de associados de cooperativa, desde que atendidas finalidades legais da cooperativa previstas nos artigos 3º e 4º da Lei 5.764/71, dispondo que a caracterização de uma sociedade cooperativa se dá pela prestação direta de serviços aos associados, sem o objetivo de lucro.¹⁰⁸

Almicar Barca Teixeira Júnior relata que antes do advento da Lei n. 8949/94 já era pacífico o entendimento dos tribunais de que não havia vínculo empregatício entre as cooperativas e os seus associados, pois assim já estabelecia a lei cooperativista. As questões trabalhistas normalmente envolviam os associados e os tomadores de serviços das cooperativas.¹⁰⁹

Contudo, a inserção do parágrafo único do art. 442 da CLT feita pela Lei n. 8949/94, que tinha como finalidade explicar o entendimento já existente, acabou por gerar um efeito reverso. O entendimento que os empresários tiveram era de que fora criada uma norma que retirava o vínculo laboral entre a cooperativa e os seus associados, e entre estes e o tomador do serviço cooperado, como relata Almicar Barca Teixeira Junior:

[...] administrações públicas e privadas fizeram, apressadamente, a leitura da nova forma como salvação do problema trabalhista, a ponto de alguns especialistas da legislação trabalhista e previdenciária afirmarem que o empregador estaria livre dos problemas e riscos até então existentes.

¹⁰⁷ MAGALHÃES, Maria Lúcia Cardoso de. Cooperativas de trabalho – uma questão polêmica. **Revista do Ministério Público do Trabalho**, Brasília, n.18, ano IX, p. 54, set. 1999

¹⁰⁸ SALVADOR, Luiz. **Da intermediação de mão-de-obra por cooperativa e a fraude aos direitos trabalhistas**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1193>>. Acesso em: 22 mai. 2009.

¹⁰⁹ TEIXEIRA JÚNIOR, Almicar Barca. **Cooperativas de Trabalho e o Termo de Conciliação Judicial AGU-MPT**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 39.

Com base nessas interpretações jurídicas, sindicatos e federações patronais recomendaram, via circulares e boletins informativos, a constituição de cooperativas de trabalhadores, pois, dessa forma, os empregadores não teriam mais problemas trabalhistas e reclamações perante a Justiça do Trabalho.¹¹⁰

Denise Hollanda Costa Lima demonstra através de gráficos a evolução no crescimento das cooperativas de trabalho a partir da década de 90. As cooperativas pesquisadas, além das de trabalho, foram as agropecuárias, as de educação, as de crédito e as de saúde. Em 1990, as cooperativas de trabalho ocupavam apenas o terceiro lugar. Contudo, a partir de 1996, o gráfico demonstra um aumento espantoso até 2002, estabilizando em 2003, ano final da pesquisa. Nesse ano existiam 2024 cooperativas de trabalho, contra 1519 cooperativas agropecuárias, 1115 cooperativas de crédito e 878 cooperativas de saúde.¹¹¹

Desse modo, fica clara a interpretação equivocada do parágrafo único do art. 442, da CLT. O sentido que o legislador quis transmitir não foi compreendido, qual seria o reconhecimento da inexistência de vínculo empregatício nas sociedades cooperativas verdadeiras, aquelas que se amoldam na Lei n. 5764/71 e que espelham a ideologia cooperativista.

¹¹⁰ TEIXEIRA JÚNIOR, Almicar Barca. **Cooperativas de Trabalho e o Termo de Conciliação Judicial AGU-MPT**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 39-40.

¹¹¹ LIMA, Denise Hollanda Costa. **Terceirização na administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 54

4 AS COOPERATIVAS DE TRABALHO NO SERVIÇO PÚBLICO

4.1 Terceirização na Administração Pública e o uso de cooperativas

As cooperativas são utilizadas no serviço público sob a forma de terceirização, principalmente em face do disposto no art. 37, inciso II da Constituição Federal vigente. Assim, breve análise acerca do instituto da terceirização será apresentada a seguir.

Dentre os efeitos do processo de integração mundial econômica, social, cultural e política, chamada de globalização, verifica-se a expansão de empresas saindo de seu país e instalando filiais em diversos outros, competindo com empresas nacionais e apresentando produtos com custo de produção inferior ao nacional.

Esse tipo de concorrência fez com que administradores de empresas buscassem novos métodos de redução de custos, sendo uma das táticas adotadas a terceirização da prestação de serviços de alguns setores da empresa.

Pedro Paulo Teixeira Manus afirma que “[...] a idéia de terceirizar significa buscar os serviços de um terceiro (que não o empregado), para desenvolver determinada tarefa.”¹¹² O empresário, ao buscar a prestação de serviços desse terceiro, visa diminuir os seus gastos com a mão-de-obra, diminuindo dessa forma os custos de produção e aumentando a sua eficiência.

A terceirização, entretanto, não pode ser concebida como a locação de mão-de-obra, com o intuito de se evitar os encargos trabalhistas. Denise Hollanda Costa Lima explica que a terceirização lícita “[...] pressupõe a prestação de serviços especializados por empresa alheia de forma autônoma, sem ingerência direta na administração das atividades ou sobre os profissionais nelas envolvidos.”¹¹³

¹¹² MANUS. Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 127

¹¹³ LIMA, Denise Hollanda Costa. **Terceirização na Administração Pública: As Cooperativas de Trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 44

Outro aspecto importante é que a terceirização deve ser aplicada nas atividades acessórias da empresa, para que esta foque na sua atividade principal. José Augusto Rodrigues Pinto explica que a terceirização das atividades secundárias é necessária para o crescimento da empresa, pois não precisaria desviar da sua área de atuação, deixando as atividades consideradas meio para empresas com atuação específica, como informa o autor:

[...] na medida do crescimento da empresa e da complexidade dos empreendimentos, é irresistivelmente racional que, em lugar de expandir sua atividade na direção de áreas estranhas ao seu *know-how*, em relação às quais não alimenta nenhum interesse direto, confie essas áreas a outras empresas com estrutura e experiência formadas precisamente para elas.¹¹⁴

José Augusto Rodrigues Pinto relata ainda que os resultados da terceirização efetiva podem ser vistos na diminuição e melhor controle dos empregados da empresa tomadora do serviço terceirizado, diminuição de salários e dos encargos trabalhistas e na simplificação da contabilidade, além de contar com uma empresa especializada possuidora de melhor estrutura e dedicada às áreas que não são da sua especialidade.¹¹⁵

Uma forma inicial de regulamentação da terceirização pode ser percebida com a criação da Lei n. 6019, de 1974, que estatuiu o regime do trabalho temporário. Nessa modalidade laboral é permitida a criação de empresa que irá fornecer mão-de-obra temporária para atender à necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou o acréscimo extraordinário de serviços da empresa tomadora de serviços.

Outra lei que pode ser citada como exemplo de positivação da terceirização é a Lei n. 7102, de 1983, que versa sobre a constituição e funcionamento de empresas particulares que exploram serviços de vigilância e transportes de valores.

O Tribunal Superior do Trabalho (TST), por falta de regramento jurídico específico para o instituto da terceirização, editou primeiramente o Enunciado 256, de 1986, substituindo posteriormente pelo Enunciado 331 da sua Súmula regulamentando nos seus 4 incisos a forma lícita de terceirização. No inciso III foi estabelecida a inexistência de vínculo empregatício com o tomador de serviços a contratação de serviços de vigilância, de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do

¹¹⁴ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de Direito Material do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2007, p. 154.

¹¹⁵ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de Direito Material do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2007, p. 154.

tomador, desde que não haja a pessoalidade e subordinação direta. Dessa forma, o TST afirmou a possibilidade da terceirização e determinou as regras para a aplicação lícita do instituto, mesmo que de forma precária.

O Estado, após período de forte intervenção na economia e na indústria, passou a descentralizar a execução dos serviços que prestava, se adequando, conforme relata Denise Hollanda Costa Lima:

[...] a idéia neoliberalista de restringir a atuação do Estado às atividades mínimas a ele inerentes, de forma que, concentrando seus esforços naquelas tarefas que realmente são indispensáveis e deixando a atividade econômica e industrial predominantemente com a iniciativa privada, possa prestar melhores serviços à população, em prol do interesse público.¹¹⁶

O processo de terceirização na Administração Pública pode ser pensado nesse mesmo sentido, ao destinar as atividades acessórias ou complementares à atividade-fim à iniciativa privada, com a finalidade de prestar um serviço público mais eficiente.

O marco normativo quanto à terceirização na Administração Pública foi a edição do Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. O referido Decreto-Lei determinou em seu artigo 10º a ampla descentralização da Administração Federal, que se daria, conforme seu §1º, alínea “c”, da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões. O seu §7º explicou a finalidade da descentralização administrativa que seria para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, estipulando que a Administração procuraria desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, colocando como condição a existência de iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução. O §8º condiciona a descentralização em questão aos ditames do interesse público e às conveniências da segurança nacional.

A terceirização, entretanto, foge um pouco da idéia de concessão ou permissão de serviços públicos, estando mais relacionada com a prestação de serviços acessórios ou complementares à atividade-fim da Administração Pública.

¹¹⁶ LIMA, Denise Hollanda Costa. **Terceirização na Administração Pública: As Cooperativas de Trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 61

Essa atividade acessória ou complementar é detalhada pela regra prevista no art. 1º, do Decreto Federal n. 2271/97, citada por Denise Hollanda Costa Lima .¹¹⁷ O *caput* do artigo 1º estabelece que 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. O §1º exemplifica as atividades que preferencialmente tenham a sua execução prestada de forma indireta, como as de conservação, limpeza, segurança e vigilância. O §2º traz exceção quanto à prestação indireta referente às 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.

Para a contratação de serviços terceirizados pela Administração Pública é necessário que haja previamente uma licitação. Assim, abre-se oportunidade aos interessados que preencherem os requisitos do edital, de poderem oferecer os seus serviços. O critério de escolha é o da proposta mais vantajosa às conveniências públicas.

Marçal Justem Filho define licitação como sendo:

[...] um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, conduzindo por um órgão dotado de competência específica.¹¹⁸

Nas licitações, as cooperativas de trabalho têm sido as prestadoras de serviço mais contratadas. Isso se deve ao fato de não haver o vínculo empregatício, em tese, entre os sócios cooperados e o tomador de serviços, o que proporcionava às cooperativas vantagens na concorrência em licitações. Como não há encargos trabalhistas a pagar, as cooperativas podem oferecer seus serviços por um preço inferior em relação às outras empresas.

Entretanto, devido à natureza jurídica das cooperativas lhes proporcionar vantagens em relação ao custo da prestação dos seus serviços, criou-se grande controvérsia sobre a possibilidade da sua participação nos processos licitatórios.

¹¹⁷ LIMA, Denise Hollanda Costa. **Terceirização na Administração Pública: As Cooperativas de Trabalho.** Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 64

¹¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2005, p. 309

4.1.1 *A possibilidade de contratação de cooperativas na terceirização do setor público*

A possibilidade de participação de cooperativas nas licitações da Administração Pública tem sido alvo de discussão tanto doutrinária quanto jurisprudencial. O fato das sociedades cooperativas não serem oneradas com tributos proporciona a oportunidade de se oferecer uma proposta inferior aos demais concorrentes. Esse benefício é questionado pelos demais licitantes por haver uma suposta quebra do princípio da isonomia, abrindo margem para intenso debate.

Angélica Ferreira de Oliveira explica que o princípio da isonomia é a base do Estado Democrático de Direito e que deve ser observada nas licitações promovidas pela Administração Pública. Sua finalidade seria proporcionar igualdade de tratamento entre os licitantes.¹¹⁹

Outro enfoque dado ao princípio da isonomia é dado por aqueles que defendem a participação de cooperativas nos processos licitatórios, sendo explicado por Samuel Mota de Souza Reis que “[...] o princípio da isonomia consiste em dar tratamento uniforme a situações uniformes, distinguindo-se, porém, na medida em que existam diferenças.”¹²⁰

Em adição, o autor explica que para essa corrente o importante é que “[...] as pessoas jurídicas participantes do certame cumpram as exigências legais próprias de seus respectivos regimes jurídicos, nos termos previstos no edital [...]”,¹²¹ isso porque em determinados casos as sociedades empresárias também seriam privilegiadas.

É de se atentar que, conquanto o princípio da isonomia esteja previsto na Constituição, a proteção e o fomento ao Cooperativismo também é um princípio constitucional, além de haver normas infraconstitucionais que garantem o estímulo ao uso das cooperativas.

¹¹⁹ OLIVEIRA, Angélica Ferreira de. Cooperativas, Licitação e Isonomia. **Justilex**. Brasília, ano III, n. 33, set. 2004, p. 42

¹²⁰ REIS, Samuel Mota de Souza. Controvérsias Doutrinárias e Jurisprudenciais acerca da Participação de Cooperativas em Licitações. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, ano 4, n. 38, p.5021

¹²¹ REIS, Samuel Mota de Souza. Controvérsias Doutrinárias e Jurisprudenciais acerca da Participação de Cooperativas em Licitações. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, ano 4, n. 38, p.5021

Desse modo, a corrente que defende a legalidade da participação das cooperativas nos certames argumenta sobre um ‘*discrímen* legal’ convivente com o princípio da isonomia, conforme esclarece Samuel Mota de Souza Reis.¹²²

Dentro da discussão sobre a possibilidade de participação das cooperativas nos certames licitatórios existem três correntes doutrinárias básicas elencadas por Denise Hollanda Costa Lima:

[...] a primeira defende a participação livre das cooperativas de trabalho nas licitações, sem que seja necessária a exigência de quaisquer documentos específicos ou a implementação de medidas para equalizar as propostas; a segunda corrente propaga a completa incompatibilidade da natureza das cooperativas com as licitações públicas, opinando no sentido de vedar a sua participação; a última traça um caminho intermediário, admitindo a participação das sociedades cooperativas, mas estabelecendo condições especiais para a sua aceitação.¹²³

A corrente que é contra a participação das cooperativas utiliza argumentos como o fato das sociedades cooperativas possuírem tratamento diferenciado em relação às sociedades comuns. Angélica Ferreira de Oliveira, ao analisar a participação das cooperativas nos certames licitatórios, argumenta que as “[...] suas propostas têm sido cotejadas sem a observância de encargos sociais e tributários, sem a observância do próprio edital da licitação em afronta à lei e à moral pública.¹²⁴

Contudo, a autora, ao embasar a previsão da igualdade de tratamento dos licitantes, no art. 37, XXI da Carta Magna, já fundamentou a possibilidade de haver exceções, como estabelece o início do referido inciso, ao ressaltar os casos especificados na legislação.

Outros exemplos de argumentos utilizados pelos licitantes contra as cooperativas nas licitações são dados por Mário José Corteze:

Um dos pontos centrais alegados pelos licitantes insatisfeitos pela presença destas sociedades nas licitações é que estas não podem cumprir todos os ditames consubstanciados no instrumento convocatório, e também a total

¹²² REIS, Samuel Mota de Souza. Controvérsias Doutrinárias e Jurisprudenciais acerca da Participação de Cooperativas em Licitações. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, ano 4, n. 38, p.5021

¹²³ LIMA, Denise Hollanda Costa. **Terceirização na Administração Pública: As Cooperativas de Trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 79-80

¹²⁴ OLIVEIRA, Angélica Ferreira de. Cooperativas, Licitação e Isonomia. **Justilex**. Brasília, ano III, n. 33, set. 2004, p. 43

incompatibilidade destas com a Lei federal nº 8.666/93. Questionamento muito comum é aquele que se refere ao descumprimento das exigências da fase de habilitação do certame, como é exemplo aquela constante do inciso II do artigo 31 da Lei Federal nº 8.666/93, qual seja, a apresentação por parte do licitante de certidão negativa de falência ou concordata.¹²⁵

O autor, em adição, traz argumento fundamentado no art. 2º e 3º da lei que rege as cooperativas, pois tais dispositivos estabelecem que as cooperativas seriam organizadas para prestar serviços a seus cooperados e não para terceiros. Ainda, que a cooperativa vise unicamente promover o interesse comum dos seus membros, sem ter o lucro como objetivo.¹²⁶

No entanto, não deve ser essa a interpretação dos referidos dispositivos da lei cooperativista. Na mesma norma legal há previsão da possibilidade de prestação de bens e serviços a terceiros, desde que tal atividade atenda os objetivos sociais, conforme dispõe o enunciado do art. 86, da referida lei.

A corrente que traça um caminho intermediário, indicando a necessidade de uma equalização nas propostas cooperativas aos dos outros licitantes tem como exemplo Toshio Mukai. O autor explica o mecanismo que acredita ser necessário para o uso de cooperativas no certame licitatório, pois, dessa forma, estaria se observando o princípio da isonomia:

[...] quando houver a participação de cooperativas em licitações, antes do julgamento, há que haver uma equalização das propostas, ou seja, somar-se-ão os tributos incidentes sobre a empresa à proposta da cooperativa (que deles é isenta) para o cumprimento do princípio da igualdade nas licitações públicas.¹²⁷

Tal mecanismo merece críticas, por não haver regramento jurídico nesse sentido. Os administradores públicos não podem inovar nos certames licitatórios, devendo suas ações ficarem adstritas ao regramento legal em respeito ao princípio da legalidade. Nesse sentido é o que preceitua o art. 3º da Lei n. 8666, de 1993 que, em seu inciso I, proíbe aos

¹²⁵ CORTEZE, Mário José. A participação das sociedades cooperativas em licitações. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, ano 6, n. 64, p. 49

¹²⁶ CORTEZE, Mário José. A participação das sociedades cooperativas em licitações. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, ano 6, n. 64, p. 49

¹²⁷ MUKAI, Toshio. Cooperativas de trabalho não podem participar de licitações. **Boletim de Licitações e Contratos**. São Paulo: NJD, 2003, ano XVI, n. 11, p. 733

agentes públicos de admitir, prever, incluir ou tolerar cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação.

Gina Copola explica a corrente dos que se filiam a possibilidade irrestrita do uso de cooperativas em licitações públicas. Estes rebateriam o argumento dos que são contra as cooperativas, afirmando que “[...] afrontar o princípio da isonomia é não permitir que cooperativas regularmente constituídas participem de licitações em detrimento do interesse público, que é o de ter a proposta mais vantajosa.”¹²⁸

A autora, também filiada à corrente que defende o uso das cooperativas, cita vários argumentos que dão suporte à sua convicção. O primeiro argumento se baseia na inexistência de óbice legal expresso que proíba as cooperativas de participarem de licitações. Afirma, ainda, que qualquer exigência que visasse impedimento nesse sentido afrontaria o princípio da legalidade.

Outro argumento levantado por Gina Copola é que se houver vedação às cooperativas que atendam a todas as exigências legais e do certame, resta configurada restrição ao caráter competitivo da licitação, comportamento este vedado pelo art. 3º, §1º, I da lei de licitações, tal qual já exposto anteriormente.

A respeito do princípio da isonomia, também já tratado, Gina Copola afirma que “[...] impedir que cooperativas participem de licitações é dar tratamento desigual aos participantes de uma licitação, desrespeitando o princípio da isonomia tão invocado pelos aplicadores do direito.”¹²⁹

A corrente majoritária que defende a participação irrestrita das cooperativas nas licitações tem amplo respaldo jurisprudencial, havendo várias decisões favoráveis as cooperativas no tocante a possibilidade de participação em licitações.

¹²⁸ COPOLA, Gina. A participação das cooperativas em licitações. O direito de preferência previsto pela Lei Federal nº 11.488, de 15 de junho de 2007. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, ano 6, n. 68, p. 41

¹²⁹ COPOLA, Gina. A participação das cooperativas em licitações. O direito de preferência previsto pela Lei Federal nº 11.488, de 15 de junho de 2007. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, ano 6, n. 68, p. 45

Nesse sentido, a Nona Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, negou provimento ao recurso impetrado pelo Sindicato das Empresas de Prestação de Serviço à Terceiros, Colocação e Administração de Mão de Obra e de Trabalho Temporário no Estado de São Paulo, que buscava a anulação de editais de licitação (Concorrências n. 99/1011 e 99/1012), por permitirem a admissão de cooperativas de trabalho para a prestação de serviços licitados.¹³⁰

Outra decisão que versa quanto à inexistência de restrição ao uso de cooperativas, por parte da lei de licitações é julgado da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da Quarta Região.¹³¹ A sua ementa informa que o art. 9º da Lei nº 8.666/93, ao restringir a participação em processos licitatórios promovidos pela Administração Pública, por cuidar de regra proibitiva, deve ser interpretado restritivamente, não abrangendo, destarte, as cooperativas, mormente tendo em vista o incentivo ao desenvolvimento das atividades destas apregoado pela Magna Carta (arts. 5º, XVIII, e 174, § 2º).

Um julgado interessante, que assenta a posição majoritária acerca da violação do princípio da isonomia ao se proibir a participação de cooperativas em licitações, é a decisão do acórdão proferido em sede de Apelação Cível pela Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.¹³² A sua ementa informa que em procedimento licitatório a Administração deve assegurar a isonomia, ampliando a participação dos interessados e, conseqüentemente, a possibilidade da escolha mais adequada e vantajosa, a teor do art. 37, XXI, da Constituição Federal. Se a Cooperativa atende aos requisitos contidos na Lei nº 8.666/93, o impedimento de sua participação em licitação, não previsto no ordenamento jurídico, vulnera o princípio da igualdade e constitui medida odiosa de restrição à natureza competitiva daquele procedimento.

Diante da confrontação doutrinária e da análise jurisprudencial verifica-se que é possível e lícita a participação das cooperativas nos certames licitatórios, devendo, contudo, a cooperativa preencher os requisitos necessários, tais como seu objeto social se

¹³⁰ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação civil n. 202.302-5/0-00. 9ª Câmara, Relator Sidnei Beneti, São Paulo – SP, 20/10/2004, DO 16/12/2004

¹³¹ Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento n. 2003.04.01.028901-0. 4ª Turma, Rel. Paulo Afonso Brum Vaz, Porto Alegre – RS, 21/01/2004, DJU 29/01/2004

¹³² Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0000.00.295747-0/000. 4ª Câmara Cível, Rel. Almeida Melo, Belo Horizonte – MG, 20/03/2003, DJ 25/04/2003

coadunar com o objeto da licitação, e a cooperativa estar de acordo com os preceitos da lei que a rege.

4.1.2 *Lei nº. 11.488, de 15 de junho de 2007 e Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006*

Duas leis possuem grande relevância para o presente estudo e merecem ser analisadas, pois trouxeram benefícios para a inserção de cooperativas na prestação de serviços terceirizados na administração pública. A primeira é a Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006 que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, e a segunda é a Lei n. 11.488, de 15 de junho de 2007, que versa sobre o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infra-Estrutura – REIDI.

A Lei Complementar n. 123/2006, regulamentada pelo Decreto nº 6.204, de 5 de setembro de 2007, no âmbito da Administração Pública federal, e republicada em atendimento ao disposto no art. 6º da Lei Complementar n. 128, de 19 de dezembro de 2008, estabelece um tratamento diferenciado concedido às microempresas e empresas de pequeno porte, no intuito de estimular o seu uso pelo Poder Público. Jessé Torres Pereira Júnior e Marinês Restelatto Dotti relatam que:

Ao cumprir a Constituição da República quanto a garantir tratamento tributário, trabalhista, previdenciário, contábil e administrativo diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, a LC nº 123/2006 a estas garante condições especiais de participação nas licitações e contratações.¹³³

A importância da referida Lei Complementar reside no fato dela ser aplicada também às cooperativas, por força de dispositivo contido na Lei n. 11.488/2007. Esse fato justifica a análise dos principais dispositivos pertinentes à inserção das microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações e contratações públicas para que se verifique quais prerrogativas são estendidas às cooperativas.

As cooperativas, como exposto anteriormente, possuem um tratamento diferenciado estabelecido pela atual Constituição Federal. O legislador, agindo em conformidade com a Carta Magna, que determina em seu §2º, art. 174 que a lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo, incluiu na Lei n. 11.488, de

¹³³ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. As sociedades cooperativas e o tratamento privilegiado concedido às microempresas e empresas de pequeno porte: Lei Complementar nº 123/2006 e Lei nº 11.488/2007. **Revista do TCU**, n. 110, ano 38, set/dez 2007, p.57.

15 de junho de 2007, que versa sobre o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infra-Estrutura – REIDI, uma previsão de grande importância para as cooperativas.

O artigo 34 da Lei n. 11.488/2007 confere às cooperativas que tenham obtido receita bruta anual de até 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais), nela incluídos os atos cooperados e não-cooperados, o mesmo tratamento diferenciado concedidos às microempresas e empresas de pequeno porte, dispostos nos Capítulos V a X, na Seção IV do Capítulo XI, e no Capítulo XII da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006.

Tal tratamento estabelecido na Lei Complementar 123/2006, estendido às cooperativas por meio do artigo 34 da Lei 11.488/2007, abrange a apuração e recolhimento de impostos e contribuições mediante regime único para todos os entes da federação, incluindo as obrigações acessórias; normas que visam o cumprimento simplificado de obrigações trabalhistas e previdenciárias, incluindo as acessórias e acesso a créditos e ao mercado; e pela preferência na contratação de bens e serviços pelo Poder Público. Essa simplificação de exigências no processo licitatório favorece a inserção das cooperativas no mercado econômico, convergindo com o fomento do cooperativismo disposto na Constituição Federal atual.

Para o presente estudo, será analisado o tratamento diferenciado estendido às cooperativas no que tange à preferência de contratação de seus bens e serviços pela administração pública.

O capítulo V da Lei Complementar 123/2006 estabelece regras que estimulam a participação e a escolha pela Administração Pública de microempresas e empresas de pequeno porte, estendidas às cooperativas, para a contratação de obras, bens e serviços. A sua aplicação é extensiva a todos os âmbitos da Administração Pública direta e indireta, à União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal.

A primeira norma importante verificada, contida no art. 42 da referida Lei Complementar, é a possibilidade de regularização da situação fiscal, quando existir pendência dessa natureza, apenas como condição para celebração de contrato. Essa tolerância não ocorre

no processo licitatório normal, em que as empresas concorrentes devem demonstrar a regularidade fiscal na fase de habilitação, sendo eliminadas caso não haja essa comprovação.

Em adição, a citada Lei Complementar em seu art. 43 autoriza a participação de microempresas e empresas de pequeno porte, estendido às cooperativas, mesmo que haja alguma restrição na sua regularidade fiscal. Neste caso, o §1º do mesmo artigo prevê prazo de dois dias úteis, prorrogáveis por igual período, para a devida regularização fiscal, tendo como termo *a quo* o momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame.

Outra norma importante é a questão que Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti chamam de empate ficto ou simulado.¹³⁴ O artigo 44 da Lei Complementar 123/2006 estabelece que em caso de empate seja dada preferência para contratação de microempresa e empresa de pequeno porte, ou seja, as cooperativas também, sendo considerado empate propostas iguais ou aquela em que a proposta das microempresas e empresas de pequeno porte ficar até 10% superior à da melhor proposta que não seja de micro ou empresas de pequeno porte. Na modalidade pregão esse percentual cai para 5%. Verificado o empate ficto, o artigo 45 da referida Lei Complementar garante o direito da microempresa ou empresa de pequeno porte melhor classificada, estendido às cooperativas, de poder oferecer proposta de preço inferior àquela vencedora do certame, quando esta logicamente não for de microempresa, empresa de pequeno porte ou cooperativa.

Um artigo de bastante relevância, por expor os objetivos de se dar um tratamento diferenciado é o art. 47. Nele foi prevista a possibilidade de ser concedido tratamento diferenciado e simplificado às microempresas e empresas de pequeno porte, estendido às cooperativas, objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente.

A forma para aplicação do tratamento diferenciado previsto no art. 47 foi disposta no art. 48. O inciso I, do art. 48 estabelece que a Administração Pública poderá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e

¹³⁴ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. As sociedades cooperativas e o tratamento privilegiado concedido às microempresas e empresas de pequeno porte: Lei Complementar nº 123/2006 e Lei nº 11.488/2007. **Revista do TCU**, n. 110, ano 38, set/dez 2007, p.57.

empresas de pequeno porte, estendido às cooperativas, nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). O inciso II e III do mesmo artigo prevê que a Administração Pública pode exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte, estendido às cooperativas, desde que o objeto subcontratado não exceda 30% (trinta por cento) do total licitado, ou o estabelecimento de cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto em certames para aquisição de bens e serviços de natureza divisível.

Por esses dispositivos avaliados, fica claro que o legislador, ao estendê-los às cooperativas, buscou cumprir a determinação da Carta Magna. O objetivo desse tratamento diferenciado converge de forma precisa com o fomento do cooperativismo.

4.2 As fraudes na terceirização no serviço público por cooperativas e as ações trabalhistas contra a Administração Pública

Um dos pontos bastante criticados pelos doutrinadores acerca da terceirização pelas cooperativas de trabalho reside no seu uso para se burlar as leis trabalhistas. Denise Hollanda Costa Lima explica que “poderá configurar-se a ilicitude da terceirização dependendo da relação mantida entre cooperativa, cooperados e tomadores de serviços, se demonstrada a fraude à lei trabalhista.”¹³⁵

Após o crescimento no número de cooperativas de trabalho com a inserção do parágrafo único do art. 442, da CLT, verificou-se também um aumento na participação de cooperativas em licitações públicas para contratação de prestação de serviços públicos.

Esse fato chamou a atenção do Ministério Público do Trabalho que passou a fiscalizar de forma mais intensa a utilização e o funcionamento dessas cooperativas nas terceirizações. Almicar Barca Teixeira Júnior e Lívio Rodrigues Ciotti relatam o resultado das investigações do Ministério Público do Trabalho:

A investigação conduzida pelo Ministério Público do Trabalho tem revelado – infelizmente – que muitas cooperativas funcionam como verdadeiras agências de locação de mão-de-obra, fornecendo, indiscriminadamente,

¹³⁵ LIMA, Denise Hollanda Costa. **Terceirização na administração pública:** as cooperativas de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 56

trabalhadores a diversos órgãos integrantes da Administração Pública, sem a observância das regras mínimas de proteção do trabalho.¹³⁶

As cooperativas, dessa forma, não estariam fornecendo a prestação de serviços, mas, apenas, mão-de-obra para a Administração Pública, pois os trabalhadores estariam sob regime de subordinação hierárquica. Amílcar Barca Teixeira Júnior e Lívio Rodrigues Ciotti relatam em nota explicativa os pontos que levaram os fiscais a entenderem haver a subordinação:

Alguns pontos críticos que, no entender dos fiscais, revelam a subordinação e, portanto, a fraude são: assinatura de folhas de ponto, sujeição ao cumprimento de jornada de trabalho determinada por servidor público, acatamento de ordens emanadas de prepostos da Administração, substituição da condição de empregado pela de cooperado (com decréscimo significativo do padrão remuneratório), redução de patrimônio jurídico (direitos laborais, como férias, gratificação natalina, FGTS, etc.) como forma de manter o posto de trabalho no âmbito do Poder Público e, em alguns casos, a existência de diversas reclamações trabalhistas.¹³⁷

A prestação de serviços terceirizados pelas falsas cooperativas se dá, nos moldes da relação empregatícia, mediante a subordinação do sócio-cooperado à cooperativa ou havendo uma tentativa de camuflagem pelo instituto da cooperativa.

Contudo, apesar de configurada a relação empregatícia, não pode o trabalhador ser reconhecido como servidor público, pois há previsão constitucional constante no art. 37, II que estabelece como requisitos para a investidura em cargo ou emprego público a aprovação prévia em concurso público ou a nomeação para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Dessa forma, a União e os demais entes federativos passaram a figurar no pólo passivo de várias reclamações trabalhistas ajuizadas por trabalhadores que eram arregimentados pelas 'pseudo' cooperativas. Os falsos cooperados trabalhavam em órgãos e entes da Administração Pública indireta mediante subordinação e pessoalidade, o que caracteriza a relação de emprego.

¹³⁶ TEIXEIRA JÚNIOR, Amílcar Barca; CIOTTI, Lívio Rodrigues. **Cooperativas de trabalho e o termo de conciliação judicial AGU-MPT**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 49

¹³⁷ TEIXEIRA JÚNIOR, Amílcar Barca; CIOTTI, Lívio Rodrigues. **Cooperativas de trabalho e o termo de conciliação judicial AGU-MPT**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 50,

Nesse sentido, pode-se citar o julgado do TST em acórdão da Primeira Turma, em sede de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista, onde o impetrante foi o município de Manaus/AM em desfavor da Cooperativa de Trabalho e Serviços em Geral Ltda. e uma sócio-cooperada que teve reconhecida a caracterização do vínculo empregatício com aquele município.¹³⁸

A sócio-cooperada afirma ter sido arrematada pela ‘pseudo-cooperativa’ para prestar serviços como Auxiliar de Serviços Gerais. Contudo, na prestação dos serviços não estava presente os princípios elementares do cooperativismo, estando desvirtuado o contrato estabelecido.

Nesse recurso, o município de Manaus que foi sucumbente em 1ª e 2ª instâncias, buscou a reforma da decisão primária que declarou a responsabilidade subsidiária do ente federativo, fundamentado no item IV, do Enunciado 331, do TST. Usou como argumentos, a previsão do art. 90, da Lei Cooperativista, que estabelece a inexistência de vínculo empregatício entre a cooperativa e os seus associados; o município contratou a cooperativa por meio de licitação, resultando a decisão recorrida na infringência do art. 37, II e §2º da Carta Magna que estabelece o concurso público como requisito para contratação de servidor público e do art. 71, §1º da Lei n. 8666, de 1993.¹³⁹

O Ministro Relator Lélío Bentes Corrêa negou provimento ao recurso mantendo a condenação subsidiária do município de Manaus. Usou como fundamentos para a sua decisão o fato de inexistir autonomia da sócio-cooperada tanto na adesão à cooperativa como na prestação dos seus serviços, pois a obreira sempre os prestou no mesmo local e de forma subordinada. Argumentou, também, que o Direito do Trabalho deve ser interpretado como o conjunto de regras tutelares à proteção do trabalhador em face do poder do empregador, não podendo este alegar a existência de cooperativa, visando desvirtuar a onerosidade do vínculo trabalhista, e reconheceu que embora houvesse o vínculo formal com a cooperativa, estaria configurada a fraude. Explicou que embora haja dispositivos legais que dispõem sobre a inexistência de vínculo laboral no instituto da cooperativa, esta presunção é

¹³⁸ Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 1082040-90.2007.5.11.0019. 1ª Turma, Rel. Lelio Bentes Corrêa, Brasília – DF, 24/03/2010, DEJT 09/04/2010.

¹³⁹ O art. 71, §1º da Lei n. 8666, de 21 de junho de 1993, estabelece que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

relativa, pois constatada a subordinação do associado com a empresa contratante ou se estiver desvirtuado o objetivo que a lei preconiza, tem-se a fraude e o afastamento do dispositivo legal, com base no art. 9º da CLT.

Em adição, afirmou que o município ao contratar cooperativas, assume a responsabilidade dos contratos, atraindo para si a culpa *in eligendo*¹⁴⁰ e *in vigilando*¹⁴¹, em que o administrador tem o dever de acompanhar o cumprimento integral das leis trabalhistas, não permitindo que o trabalhador seja prejudicado. Sobre a questão suscitada a respeito da infringência do art. 37, II e §2º da Constituição, o Ministro afirma que não há impedimento de atribuição da responsabilidade solidária ao ente público, sendo esta responsabilidade derivada da culpa *in eligendo* e *in vigilando*.

Por último, o Ministro afirma que a edição de Súmulas pelo TST pressupõe um exame exaustivo do tema, à luz de toda a legislação pertinente, o que afasta a possibilidade de reconhecimento de violação de dispositivo de lei ou da Carta Magna. Relatou que o item IV da Súmula n. 331 foi editado a partir da exegese de preceitos de leis existentes no ordenamento jurídico pátrio, inclusive com base em normas e princípios que informam o Direito do Trabalho, tendo a jurisprudência trabalhista interpretado pela responsabilidade subsidiária do tomador de serviços por obrigações trabalhistas não adimplidas pela empresa prestadora dos serviços resultantes de contrato firmado entre ambos.

Outro julgado em que houve condenação de forma subsidiária de entidade da Administração Indireta foi o acórdão proferido pela Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho em sede de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista.¹⁴² Neste recurso, a Fundação Oswaldo Cruz – FIOCRUZ –, ligada ao Ministério da Saúde, recorreu de decisão que reconheceu o vínculo empregatício de sócio-cooperada com a Cooperativa dos Trabalhadores Autônomos do Complexo de Manguinhos Ltda. – COOTRAM, e declarou a responsabilidade subsidiária da FIOCRUZ.

¹⁴⁰ Culpa *in eligendo*: Segundo Pedro Paulo Manus é o ônus da empresa tomadora de serviços de zelar pela escolha de empresa prestadora de serviços idônea. MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 129

¹⁴¹ Culpa *in vigilando*: Segundo Pedro Paulo Manus é o ônus da empresa tomadora de serviços fiscalizar a regularidade da relação entre a empresa prestadora de serviços e seus empregados. MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 129

¹⁴² Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 23440-35.2006.5.01.0075. 4ª Turma, Rel. Maria de Assis Calsing, Brasília – DF, 24/03/2010, DEJT 09/04/2010

Os argumentos aduzidos pela FIOCRUZ se basearam pela impossibilidade de ser reconhecida a responsabilidade subsidiária em face do art. 71, §1º, da Lei n. 8666, de 1993, e pela inconstitucionalidade do item IV da Súmula 331, do TST, pois estaria violando os arts. 5º, II, 22, XXVII, 37, XXI, §6º, da Constituição Federal e o próprio art. 71, §1º da Lei de licitações.

A Ministra Relatora Maria de Assis Calsing fundamentou o seu voto, que foi seguido pelos demais Ministros, unanimemente, no item IV da Súmula n. 331 daquele Tribunal. Afirmou a Ministra que a responsabilidade solidária era cabível por decorrência do comportamento omissivo ou irregular em não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, citando a culpa *in vigilando*. Argumentou que admitir o contrário resultaria em deixar de lado todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e que a Administração Pública deve se pautar não só pelos princípios da legalidade e impessoalidade, mas também pelo da moralidade pública, em que não se pode aceitar ações omissivas ou comissivas da Administração Pública, que sejam capazes de causar danos à terceiros. Registrou, ainda, a previsão da responsabilidade objetiva do Estado prevista no art. 37, §6º da Constituição pátria, em que há a obrigação de indenizar sempre que a Administração Pública causar danos à terceiros.

A respeito do art. 71, §1º da Lei de licitações, a Ministra informou que tal dispositivo já havia sido confrontado com o item IV da Súmula 331, do TST, em incidente de uniformização de jurisprudência. Explicou que a aplicação do art. 71 somente se verifica na hipótese em que a empresa contratada agir dentro das regras e procedimentos normais do desenvolvimento das suas atividades, não sendo aplicada quando ela descumprir com as suas obrigações.

Portanto, em várias dessas reclamações trabalhistas a Administração Pública Direta e Indireta foi condenada, fundamentado no dispositivo constante do Enunciado 331, da Súmula do TST, que em seu inciso IV prevê a responsabilidade solidária do tomador de serviços pelo não cumprimento das obrigações trabalhistas do empregador. Apesar de existir críticas ao referido inciso por atentar contra o disposto no art. 71, §1º, da Lei n. 8666/93, prevaleceu o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho.

Diante desse fato, o Ministério Público do Trabalho ajuizou diversas ações públicas visando à obtenção de acordo para a correção das irregularidades nas terceirizações realizadas por diversos órgãos e entes da Administração Pública indireta.

O acordo emblemático que originou o interesse para o presente estudo foi o realizado entre o Ministério Público do Trabalho e a União, representado nesse ato pela Advocacia Geral da União, nos autos de Ação Civil Pública.¹⁴³ Esse acordo terá o seu detalhamento aprofundado no próximo item deste capítulo.

Outro acordo representando a atuação do Ministério Público do Trabalho contra a terceirização irregular foi a realizada nos autos de Ação Civil Pública em que o Ministério Público do Trabalho ingressou contra a Caixa Econômica Federal, e teve por objeto a terceirização irregular do serviço de *back-office*.¹⁴⁴ As partes acordaram, para pôr fim ao litígio, que a Caixa Econômica Federal substituiria o serviço terceirizado em todo o país por sistemas de tratamento de documentos e por funcionários próprios a serem contratados mediante prévio concurso público.

Ficou estabelecido também que quanto à contratação de cooperativas deverá ser aplicada integralmente a disciplina contida no termo de conciliação celebrado entre o MPT e a União, além de terem sido reiterados as cláusulas proibitivas no tocante à contratação de cooperativas para terceirização de mão-de-obra quando a natureza das atividades exigir a subordinação em relação ao tomador do serviço.

4.3 O Termo de Conciliação Judicial – União e Ministério Público do Trabalho

O uso fraudulento das cooperativas proporcionou grandes prejuízos ao erário. Denúncias de intermediação de mão-de-obra através de falso cooperativismo, pela ‘Uniway Cooperativa De Profissionais Liberais Ltda’ e ‘Uniwork Cooperativa De Trabalho Ltda’, e o envolvimento da União Federal na prática de *Merchandage*¹⁴⁵, levaram o

¹⁴³ Brasil. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, 20ª Vara do Trabalho de Brasília/DF, Ação Civil Pública n. 01082-2002-020-10-00-0, Juíza do Trabalho Mônica Ramos Emery, Brasília – DF.

¹⁴⁴ Brasil. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, 8ª Vara do Trabalho de Brasília/DF, Ação Civil Pública n. 00472-2001-008-10-00-8, Juiz do Trabalho Alexandre de Azevedo Silva, Brasília/DF.

¹⁴⁵ *Merchandage*: a intermediação ilegal da mão-de-obra. TEIXEIRA JÚNIOR, Almicar Barca; CIOTTI, Lívio Rodrigues. **Cooperativas de trabalho e o termo de conciliação judicial AGU-MPT**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 113

Ministério Público do Trabalho a iniciar uma investigação que culminou com a propositura de Ação Civil Pública.¹⁴⁶

Foi apurado pelo *Parquet* que as cooperativas investigadas estavam fornecendo trabalhadores a órgãos federais para o exercício de atividades em geral executadas por servidores ou empregados de empresas terceirizadas, com presença de subordinação jurídica entre os cooperados e respectivos tomadores. Foi constatado, também, que houve redução salarial e de direitos trabalhistas, causando prejuízo para esses trabalhadores.¹⁴⁷

Diante dessa situação, o Ministério Público do Trabalho propôs um Termo de Conciliação Judicial, nos autos do referido processo, assinado pela União Federal, representada nesse ato pela Advocacia Geral da União. A conciliação assinada tinha como objetivo ‘solucionar’ a questão do uso de cooperativas irregulares pela Administração Pública Federal.

O Termo de Conciliação Judicial é uma transação proposta pelo Ministério Público do Trabalho no âmbito de um processo trabalhista com as características de uma TAC - Termo de Ajuste de Conduta - e que visa à adequação às regras trabalhistas não observadas pela parte acordante.

No portal do Ministério Público do Trabalho da 10ª região é possível encontrar a definição da TAC, *in verbis*:

Também conhecido como Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta, o TAC é um acordo firmado entre o Ministério Público e a parte interessada, de modo que esta se comprometa a agir de acordo com as leis trabalhistas, sob pena de multa, tal como dispõe o art. 5º, § 6º da Lei 7.347/1985. É, portanto, um título executivo extra-judicial, o que significa dizer que seu descumprimento enseja uma ação de execução, proposta pelo Ministério Público do Trabalho junto à Justiça do Trabalho.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Brasil. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, 20ª Vara do Trabalho de Brasília/DF, Ação Civil Pública n. 01082-2002-020-10-00-0, Juíza do Trabalho Mônica Ramos Emery, Brasília – DF.

¹⁴⁷ Brasil. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, 20ª Vara do Trabalho de Brasília/DF, Ação Civil Pública n. 01082-2002-020-10-00-0, Juíza do Trabalho Mônica Ramos Emery, Brasília – DF, 20/06/2003, 05/09/2003.

¹⁴⁸ MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Procuradoria Regional do Trabalho – 10ª Região. Termo de Ajuste de Conduta (TAC). O que é?. Disponível em: <<http://www.prt10.mpt.gov.br/>> . Acesso em: 24 abr. 2010.

O termo de conciliação judicial acordado entre o Ministério Público do Trabalho e a União estabeleceu em sua cláusula primeira que a União se absteria de contratar cooperativas de mão-de-obra, para a prestação de serviços ligados às suas atividades-fim ou meio, quando o labor, por sua própria natureza, demandar serviço em estado de subordinação em relação ao tomador, ou em relação ao fornecedor dos serviços.

Em seguida, foi elencado um rol de atividades que se enquadrariam nessas características, sendo possível a sua ampliação mediante comunicação e acordos prévios. Chama a atenção o fato de não terem sido explicados os critérios para a classificação de tais atividades como sendo necessariamente exercidos em estado de subordinação. Tal fato pode ser interpretado como um pré-julgamento.

Na cláusula segunda, o Ministério Público do Trabalho estabeleceu o conceito de cooperativas de mão-de-obra, sendo aquela associação cuja atividade precípua seja a mera intermediação individual de trabalhadores de uma ou várias profissões (inexistindo assim vínculo de solidariedade entre seus associados), que não detenham qualquer meio de produção, e cujos serviços sejam prestados a terceiros, de forma individual (e não coletiva), pelos seus associados. Da forma que foi posta, há uma impressão de que as cooperativas de trabalho se enquadrariam nesse conceito, o que não condiz com todo o exposto no presente estudo.

A cláusula terceira e seus parágrafos determinaram exigências a serem cumpridas tanto pela União, quanto pela licitante vencedora do certame. No *caput* foi determinado que os editais de licitação devem esclarecer se o serviço a ser contratado pode ser prestado por empresas prestadoras de serviços, cooperativas de trabalho, trabalhadores autônomos, avulsos ou eventuais.

O §1º estabelece que a contratação de sociedades cooperativas é válida, desde que a atividade a ser prestada não esteja no rol proibitivo, e que sejam atendidos os pressupostos de cooperativa genuína. Em adição, criou-se requisito de fornecer listagem com o nome de todos os associados na fase de habilitação.

Outra regra imposta é a contida no §2º, que deve ser observada nos editais que visem contratar os serviços disciplinados na cláusula primeira, ou seja, as cooperativas de

trabalho. O edital deverá fazer expressa menção ao termo de conciliação e sua homologação, transcrevendo-o na íntegra, ou integrando-o ao edital, como anexo.

No §3º ficou determinado que na prestação de serviços que demande subordinação, como condição obrigatória à assinatura do contrato, a licitante vencedora do certame deverá comprovar a condição de empregadora dos prestadores de serviços para as quais se objetiva a contratação.

Na cláusula quarta *caput* estipulou-se sanção pecuniária no valor de R\$ 1000,00 (um mil reais) a ser paga pela União por trabalhador que estiver em desacordo com o termo de conciliação. O §1º imputou ao servidor público que, em nome da Administração, firmar contratação irregular de atividade constante do rol proibitivo, a responsabilidade solidária, respondendo pela multa do *caput*, além das demais cominações legais.

Outro ponto importante, contido na cláusula quinta, estabeleceu que a União se comprometeria a recomendar o estabelecimento das mesmas diretrizes pactuadas às autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, a fim de vincular todos os entes da Administração Pública Indireta ao cumprimento do termo de conciliação.

Contudo, apesar de ter sido homologado pela Justiça Trabalhista, o referido Termo de Conciliação estaria eivado de vícios e irregularidades. Nesse sentido, defendem Almicar Barca Teixeira Júnior e Lívio Rodrigues Ciotti, apresentando vários argumentos quanto a parte formal e material na celebração do acordo.

O primeiro vício apresentado pelos doutrinadores refere-se à incompetência do Advogado Geral da União para propor o acordo, em razão do valor da causa. O valor de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) atribuídos à causa, ultrapassa o permitido no art. 1º, da Lei n. 9469, de 1997 que limita a realização de acordos pelo Advogado Geral da União ao valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Para acordos ou transações de valor superior ao permitido, sob pena de nulidade, deverá haver prévia e expressa autorização do Ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República cuja área de competência estiver afeto o assunto, ou da autoridade máxima da autarquia, da fundação ou da empresa

pública, conforme o disposto no §1º do mesmo artigo. ¹⁴⁹ Concluem os autores que “[...] o ajuste firmado nasceu visceralmente nulo por incompetência dos que lhe subscreveram.” ¹⁵⁰

Outro vício verificado consistiria na incompetência da Justiça do Trabalho para analisar os termos do acordo que estabelecem procedimentos a serem tomados na terceirização. Os autores defendem que a competência seria da Justiça Federal e argumentam que:

Não cabe à Justiça do Trabalho decidir se cabe ou não a terceirização, nem declarar quando – e com quem – pode a Administração Pública terceirizar serviços.

Esta é uma opção discricionária do administrador e a transação em sentido contrário viola a liberdade de contratar da União. ¹⁵¹

Com relação à vinculação dos demais órgãos públicos aos termos do ajuste firmado entre o Ministério Público e a União, com base no art. 584, III do Código de Processo Civil, os autores defendem não possuir efeito, pois o acordo tem força apenas entre as partes acordadas, não se estendendo a terceiros.

Mais vícios são descritos por Almicar Barca Teixeira Júnior e Lívio Rodrigues Ciotti ao afirmarem que o termo de conciliação feriu o princípio do devido processo legislativo. Usam como argumento o fato ter sido estabelecidas normas, no termo de conciliação, que criaram uma nova figura jurídica, a cooperativa de mão-de-obra, além de aumentar o rol dos serviços passíveis de terceirização, com a exclusão das cooperativas de trabalho. ¹⁵²

Feriu o processo legislativo porque a norma que regula a contratação de serviços terceirizados é o Decreto n. 2271, de 1997, de competência do Presidente da República. Portanto, para se alterar o referido decreto, somente é legítimo o próprio Presidente. Em adição, a criação do termo cooperativa de mão-de-obra foi cunhada por

¹⁴⁹ TEIXEIRA JÚNIOR, Almicar Barca; CIOTTI, Lívio Rodrigues. **Cooperativas de trabalho e o termo de conciliação judicial AGU-MPT**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 107-108

¹⁵⁰ TEIXEIRA JÚNIOR, Almicar Barca; CIOTTI, Lívio Rodrigues. **Cooperativas de trabalho e o termo de conciliação judicial AGU-MPT**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 109

¹⁵¹ TEIXEIRA JÚNIOR, Almicar Barca; CIOTTI, Lívio Rodrigues. **Cooperativas de trabalho e o termo de conciliação judicial AGU-MPT**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 109

¹⁵² TEIXEIRA JÚNIOR, Almicar Barca; CIOTTI, Lívio Rodrigues. **Cooperativas de trabalho e o termo de conciliação judicial AGU-MPT**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 112-113

juristas para designar a intermediação ilegal de mão-de-obra, ou seja, quando ficar descaracterizada a sociedade cooperativa.¹⁵³

Nas palavras de Almicar Barca Teixeira Júnior e Lívio Rodrigues Ciotti, “tem-se, assim, que a transação em questão é nula de pleno direito por padecer de vícios insanáveis, não servindo de suporte jurídico ao malsinado termo de ajuste.”¹⁵⁴

Diante do exposto, mostram-se evidentes os problemas contidos na assinatura do termo de conciliação, sendo controversa a sua validade e a sua observância pela Administração Pública, por ferirem princípios constitucionais e por não observarem regras formais para a celebração do referido acordo.

4.4 A discriminação das cooperativas nos processos licitatórios

Conforme exposto anteriormente, o uso de cooperativas irregulares na terceirização de serviços trouxe várias condenações à Administração Pública, o que ensejou a atuação do Ministério Público do Trabalho.

O Termo de Ajuste de Conduta foi a solução imediata encontrada pelo *Parquet* para resguardar a União de continuar sendo sucumbente em ações trabalhistas promovidas por ‘pseudocooperados’. Contudo, a assinatura de tal acordo não resolveu o problema das fraudes nas cooperativas. Na verdade, foi um retrocesso quanto ao fomento do cooperativismo estabelecido na Carta Magna.

A atuação do Ministério Público do Trabalho promoveu uma generalização das cooperativas de trabalho, como um tipo societário fraudulento, o que não pode ser tomado como verdadeiro diante do que já foi exposto no presente estudo. Da mesma forma, o ordenamento jurídico deve partir do pressuposto da boa-fé dos atos jurídicos praticados e não da má-fé.

Nelson Rosendal explica o conceito de boa-fé, que subdivide-se em duas vertentes, a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva:

¹⁵³ TEIXEIRA JÚNIOR, Almicar Barca; CIOTTI, Lívio Rodrigues. **Cooperativas de trabalho e o termo de conciliação judicial AGU-MPT**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 111

¹⁵⁴ TEIXEIRA JÚNIOR, Almicar Barca; CIOTTI, Lívio Rodrigues. **Cooperativas de trabalho e o termo de conciliação judicial AGU-MPT**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 110

O princípio da boa-fé objetiva [...] compreende um modelo de conduta social, verdadeiro *standard* jurídico ou regra de conduta, caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção, de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte.

Em sentido diverso, a boa-fé subjetiva não é um princípio, e sim um estado psicológico [...].¹⁵⁵

Em adição, Roberto Trindade afirma que “a cláusula geral de boa-fé objetiva permite que adentre no mundo jurídico um denso conteúdo ético, que atua como critério para a tutela da confiança, geradora de segurança e estabilidade no tráfico jurídico.”¹⁵⁶

Ao se analisar a participação em licitações, deve-se partir do princípio de que as cooperativas de trabalho são legítimas, pois o ordenamento jurídico prevê a sua constituição e a possibilidade da prestação de serviços a terceiros. Em adição, a Carta Magna estabeleceu que a lei apoiará e estimulará o cooperativismo, como agiu o legislador ao editar a Lei n. 11.488, de 2007. Soma-se o fato de inexistir impedimento legal ao uso das cooperativas, chega-se a conclusão de que o uso das cooperativas de trabalho é válido, e a existência de fraude é a exceção.

Desse modo, não se deve generalizar a proibição das cooperativas de participarem de licitação. Para se avaliar a irregularidade da cooperativa é necessário analisar o caso concreto. Nesse sentido, Renato Lopes Becho explica que:

Não há motivo jurídico que permita a segregação das cooperativas dos processos licitatórios, de maneira geral. A vedação de participação dessas sociedades exige comprovação fática da correlação lógica analisada em cada caso particularmente.¹⁵⁷

O Ministério Público do Trabalho ao proibir a participação de cooperativas nas licitações, buscou solucionar o problema das condenações trabalhistas da Administração Pública, mas o fez de forma irregular, conforme as críticas feitas ao termo de conciliação assinada com a União Federal.

¹⁵⁵ ROSENVALD, Nelson. O Princípio da Boa-Fé. **Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região**. Brasília, v. 15, n. 10, out. 2003, p. 27

¹⁵⁶ TRINDADE, Roberto. O Princípio Instrumental da Boa-Fé Objetiva. **Revista Ciências Sociais / Universidade Gama Filho**. Rio de Janeiro: Gama Filho, v. 7, n. 2, 2001, p. 102

¹⁵⁷ BECHO, Renato Lopes. A Participação de Cooperativas nas Licitações da Administração Pública. **Direito Federal: Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil**. Niterói: Impetus, ano 20, n. 66, p. 260

A solução imediata pode ter sido encontrada, contudo, o problema continua. As fraudes em cooperativas não terminaram e o estímulo ao uso de cooperativas pela máquina pública foi praticamente anulado.

Após a assinatura do referido termo de conciliação, em vários editais licitatórios, foram inseridas cláusulas proibindo a participação de cooperativas no certame, ou foram inseridas cláusulas desnecessárias que indiretamente as afastavam. Tal fato se deve, em muitos casos, pelo fato do servidor público desconhecer a legislação pertinente às cooperativas e seguir incondicionalmente os termos da Conciliação Judicial. Outro fator que pode ter influenciado na conduta proibitiva foi o estabelecimento de sanção ao servidor público que, em nome da Administração Pública, firmar contrato de prestação de serviços com cooperativas cujas atividades estejam elencadas no rol 'negro' estabelecido no Termo de Conciliação Judicial.

Essa sanção deriva da responsabilidade subjetiva ¹⁵⁸, incidente sobre a ação danosa causada por servidor público. O Estado possui a responsabilidade objetiva, ¹⁵⁹ que, independentemente de dolo ou culpa, é responsável por atos que prejudicar a terceiros. Em determinados casos, pode-se averiguar que a origem do ato danoso se originou de conduta do servidor público. Nesses casos, cabe a ação de regresso do Estado contra este servidor. O art. 37, §6º da Constituição Federal de 1988 garante o direito de regresso quando as pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadores de serviços públicos responderem pelos danos causados pelos seus agentes.

Celso Antônio Bandeira de Mello explica que para a ação regressiva da Pessoa Jurídica de Direito Público ou de Direito Privado contra o agente causador do dano são

¹⁵⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello explica que “Responsabilidade subjetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento contrário ao Direito – culposo ou doloso – consistente em causar um dano a outrem ou em deixar de impedi-lo quando obrigado a isto.” “Com efeito, para a sua deflagração não basta a mera objetividade de um dano relacionado comum serviço estatal. Cumpre que exista algo mais, ou seja, culpa (ou dolo), elemento tipificador da responsabilidade subjetiva. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, 956-958

¹⁵⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que “Responsabilidade objetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, 959-960

necessários dois requisitos. O primeiro seria a condenação a indenizar terceiro por ato lesivo do agente. O segundo seria o comportamento doloso ou culposo do agente responsável.¹⁶⁰

Contudo, a previsão explícita que importa na responsabilidade solidária do servidor público em caso de contratar uma falsa cooperativa, ou até mesmo uma cooperativa verdadeira, mas que esteja elencada no rol proibitivo, pode ter favorecido na criação de um comportamento discriminatório em relação a sociedade cooperativa. Mesmo as cooperativas que preencham as condições para participar do certame licitatório e para prestar os serviços à Administração Pública estão sendo preteridos dos certames, tendo que recorrer à Justiça para garantir a sua participação. Como exemplo, tem-se o julgado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região que manteve a sentença procedente em mandado de segurança que garantiu a participação de cooperativa em concorrência pública.¹⁶¹

Portanto, quando se fala em solução imediata do problema, significa que as ações trabalhistas contra a Administração Pública tendem a diminuir por se evitar a contratação de falsas cooperativas. Contudo a solução mediata, ou seja, a solução a longo prazo, a solução mais completa, não se alcança, pois as boas cooperativas que deveriam receber oportunidades para que possam prosperar estão, na verdade, sendo proibidas de prestar seus serviços ao Estado.

O Ministério Público do Trabalho encontrou uma solução provisória pra combater o problema das falsas cooperativas na prestação de serviços à Administração Pública. É necessário que se resolva de forma completa às questões envolvendo as cooperativas para que a resposta de um problema não gere outro.

¹⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 987

¹⁶¹ Brasil. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação em Mandado de Segurança n. 2000.71.02.000758-2-RS. 3ª Turma, Rel. Marga Inge Barth Tessler, Belo Horizonte – MG, 06/11/2001, DJU 21/11/2001

CONCLUSÃO

Ante o exposto na presente pesquisa, verifica-se que o Ministério Público do Trabalho buscou limitar a participação das cooperativas de trabalho em licitações, partindo do pressuposto que tais tipos societários são usados para fraudar a legislação trabalhista. Para forçar a Administração Pública a se abster do uso das ‘cooperativas de mão-de-obra’, o Ministério Público do Trabalho utilizou-se de Termo de Conciliação Judicial, cujos termos são criticados por serem eivados de vícios insanáveis.

O cooperativismo surgiu em meio à crise do sistema laboral tradicional, consistente na exploração do empregado, pelo patrão. A ideologia cooperativista, baseada no sentimento de ajuda mútua, materializou-se em uma nova modalidade societária chamada cooperativa, transformando os trabalhadores em donos dos meios de produção.

A sociedade cooperativa possui características peculiares e tem como objetivo a melhoria das condições laborais e financeiras do trabalhador. Por essas características, atualmente, a cooperativa é vista como importante instrumento no combate ao desemprego e na melhoria da dignidade do trabalhador.

Entretanto, pelo fato de não incidirem sobre as cooperativas vários tributos e encargos trabalhistas, e pela infeliz atuação do legislador ao inserir o parágrafo único no art. 442 da CLT, este tipo societário virou alvo, principalmente, de fraudadores e de pessoas que desconhecem a finalidade do cooperativismo. Por conseqüência, houve um acréscimo na constituição de cooperativas irregulares.

Da mesma forma, o uso de cooperativas de trabalho no fornecimento de mão-de-obra à Administração Pública, sem a observância dos princípios e dispositivos legais que a regem, resultou em inúmeras reclamações trabalhistas e a eventuais sucumbências causando prejuízo ao erário público.

Contudo, não são todas as cooperativas de trabalho que atuam de forma fraudulenta. Na verdade, a fraude é constatada, apenas, em pequena parcela no meio

cooperativista. Dessa monta, não pode o Ministério Público do Trabalho agir no sentido contrário, tornando como exceção a cooperativa de trabalho legitimamente constituída.

Da mesma forma, não deve ser admitido o uso de instrumento não hábil para a criação e modificação de regramentos normativos que tratam do procedimento licitatório. Não há dúvidas de que o Ministério Público do Trabalho deve combater o falso cooperativismo, mas deve fazê-lo sem extrapolar a sua competência e sem exceder o seu objeto que são as ‘pseudocooperativas’ e não as cooperativas regulares.

Conclui-se, portanto, pelo excesso na atuação do Ministério Público do Trabalho ao tentar limitar a participação das cooperativas nas contratações pela Administração Pública por ir contra o cooperativismo e contra os princípios constitucionais e legais expostos.

REFERÊNCIAS

BECHO, Renato Lopes. A participação de cooperativas nas licitações da administração pública. **Direito Federal: Revista da associação dos Juizes Federais do Brasil**. Niterói: Impetus, ano 20, n. 66.

BULGARELLI, Waldirio. **As sociedades cooperativas e a sua disciplina jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

COPOLA, Gina. A participação das cooperativas em licitações. O direito de preferência previsto pela Lei Federal nº 11.488, de 15 de junho de 2007. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, ano 6, n. 68.

CORTEZE, Mário José. A participação das sociedades cooperativas em licitações. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, ano 6, n. 64.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LIMA, Denise Hollanda Costa. **Terceirização na administração pública: as cooperativas de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

LIMA NETO, Arnor. **Cooperativas de trabalho: intermediação de mão-de-obra e subtração de direitos dos trabalhadores**. Curitiba: Juruá, 2004.

MAGALHÃES, Maria Lúcio Cardoso de. Cooperativas de trabalho – uma questão polêmica. **Revista do Ministério Público do Trabalho**, Brasília, n.18, ano IX, set. 1999.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Cooperativas de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MISI, Márcia Costa. **Cooperativas de Trabalho: Direito do Trabalho e Transformação Social no Brasil**. São Paulo: LTR, 2000.

MUKAI, Toshio. Cooperativas de trabalho não podem participar de licitações. **Boletim de Licitações e Contratos**. São Paulo: NJD, 2003, ano XVI, n. 11.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NASCIMENTO, Fernando Pereira do. **Cooperativas de trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

OLIVEIRA, Angélica Ferreira de. Cooperativas, Licitação e Isonomia. **Justilex**. Brasília, ano III, n. 33, set. 2004.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Cooperativismo e direito do trabalho**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2082>>. Acesso em: 19 mai. 2009.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. As sociedades cooperativas e o tratamento privilegiado concedido às microempresas e empresas de pequeno porte: Lei Complementar nº 123/2006 e Lei nº 11.488/2007. **Revista do TCU**, n. 110, ano 38, set/dez 2007.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PINHO, Diva Benides. **O Cooperativismo no Brasil**: da vertente pioneira à vertente solidária. São Paulo: Saraiva, 2004.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de Direito Material do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

REIS, Samuel Mota de Souza. Controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais acerca da participação de cooperativas em licitações. **Fórum de contratação e gestão pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, ano 4, n. 38.

ROSENVALD, Nelson. O princípio da boa-fé. **Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região**. Brasília, v. 15, n. 10, out. 2003.

SALVADOR, Luiz. **Da intermediação de mão-de-obra por cooperativa e a fraude aos direitos trabalhistas**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1193>>. Acesso em: 22 mai. 2009.

SILVA FILHO, Cícero Virgulino da. **Cooperativas de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001.

SINGER, Paul. **Direito sociais: cidadania para todos**. In: PINSKY, Jaime (Org.). História da Cidadania. São Paulo: Contexto, 2003.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEIXEIRA, João Régis Fassbender. As corporações de ofício. **Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho**. Ano IV, n. 4, 1996.

TEIXEIRA JÚNIOR, Almicar Barca; CIOTTI, Lívio Rodrigues. **Cooperativas de trabalho e o termo de conciliação judicial AGU-MPT**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

_____. **Participação de cooperativas em procedimentos licitatórios**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

TRINDADE, Roberto. O princípio instrumental da boa-fé objetiva. **Revista ciências sociais / Universidade Gama Filho**. Rio de Janeiro: Gama Filho, v. 7, n. 2, 2001.

VICENTINO, Cláudio. **História Geral: O liberalismo e as novas doutrinas sociais**. 9. ed. São Paulo: Scipione, 2002.

XAVIER, Bruno de Aquino Parreira. **A terceirização por intermédio de cooperativa de trabalho**. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3636> > . Acesso em 20 mai. 2009.