

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

COOPERATIVA COMO UMA FORMA DE TERCEIRIZAÇÃO NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: LIMITES E POSSIBILIDADES

RICARDO MIRANDA S. C. TINOCO

RIO DE JANEIRO

2008

RICARDO MIRANDA S. C. TINOCO

COOPERATIVAS DE TRABALHO COMO UMA FORMA DE TERCEIRIZAÇÃO NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: LIMITES E POSSIBILIDADES

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Nacional de
Direito da Universidade Federal do Rio de
Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professora Dra. Daniela Ribeiro Mendes

RIO DE JANEIRO

2008

RICARDO MIRANDA S. C. TINOCO

COOPERATIVA DE TRABALHO COMO UMA FORMA DE TERCEIRIZAÇÃO NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Nacional de
Direito da Universidade Federal do Rio de
Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data da Aprovação: ___/___/_____

Banca Examinadora:

Daniela Ribeiro Mendes – Presidente da Banca Examinadora

DEDICATÓRIA

Dedico aos meus familiares, amigos, a minha futura esposa Danielle, e em especial a minha avó Idalina por tudo que eles representam para mim.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a meu tio Mauricio sem o qual eu não estaria aqui me formando.

RESUMO

TINOCO, Ricardo Miranda S. C.. Cooperativa como uma forma de terceirização na Administração Pública: limites e possibilidades. 2008. 69 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2008.

O presente estudo tem por escopo analisar a possibilidade das cooperativas de trabalho funcionarem como uma forma de terceirização junto à Administração Pública. Para tanto, inicialmente é procedida uma abordagem sobre o cooperativismo com o seu conceito, legislação, princípios e classificação. Em seguida, passamos a discorrer sobre as cooperativas de trabalho, conceituando-as e especialmente relacionando-as às relações de emprego. Após, aprofunda-se o tema das cooperativas como uma forma de terceirização na administração pública, trazendo as origens e os conceitos de terceirização. Em seguida apresenta-se as relações entre terceirização e cooperativas de trabalho, terceirização e a Administração Pública, cooperativas de trabalho e a Administração Pública e entre as cooperativas de trabalho e as licitações públicas. Por fim, adentramos na análise da perspectiva futura sobre as cooperativas de trabalho na Administração Pública.

Palavras-Chave: cooperativas de trabalho, terceirização, Administração Pública, emprego, desemprego, relação de trabalho, cooperativismo.

ABSTRACT

TINOCO, Ricardo Miranda S. C.. Cooperativa como uma forma de terceirização na Administração Pública: limites e possibilidades. 2008. 69 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2008.

This study is scope to examine the possibility of labour cooperatives act as a form of outsourcing with the government. For both, is preceded initially on a cooperative approach with its concept, laws, principles and classification. Then we began to talk about the work of cooperatives, especially evaluate them and relating them to the relations of employment. After that, further to the issue of cooperatives as a form of outsourcing in public administration, bringing the origins and concepts of outsourcing. Then it presents the relationship between outsourcing and labour cooperatives, outsourcing and public administration, labour cooperatives and government and between cooperatives of work and public tenders. Finally, inwardly in the analysis of the future on the cooperatives to work in Public Administration.

Keywords: labour cooperatives, outsourcing, public administration, employment, unemployment, employment relationship, cooperative.

LISTA DE SIGLAS

ACT — Acordo Coletivo do Trabalho

ADCT — Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

CCP — Comissão de Conciliação Prévia

CC — Código Civil

CCT — Convenção Coletiva do Trabalho

CF — Constituição Federal

CLT — Consolidação das Leis do Trabalho

CPC — Código de Processo Civil

CTPS — Carteira de Trabalho e Previdência Social

EC — Emenda Constitucional

IN — Instrução Normativa

LC — Lei Complementar

LICC — Lei de Introdução ao Código Civil

MP — Medida Provisória

OIT — Organização Internacional do Trabalho

OJ — Orientação Jurisprudencial

P- Página

RE — Recurso Extraordinário

RI — Regimento Interno

RO — Recurso Ordinário

STF — Supremo Tribunal Federal

STJ — Superior Tribunal de Justiça

TRT — Tribunal Regional do Trabalho

TST — Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO

2 COOPERATIVISMO

2.1 Conceito e origens

2.2 Leis sobre cooperativismo

2.3 Natureza jurídica das cooperativas

2.4 O cooperativismo e a Organização Internacional do Trabalho

2.5 Princípios básicos do cooperativismo

2.6 Princípios inerentes ao cooperativismo

2.7 Classificação das cooperativas

3 COOPERATIVAS DE TRABALHO

3.1 Conceito e características das cooperativas de trabalho

3.2 Classificação das cooperativas de trabalho

3.3 As cooperativas de trabalho e a relação de emprego

3.4 As cooperativas de trabalho e o problema do desemprego

4 A COOPERATIVA DE TRABALHO COMO UMA FORMA DE TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

4.1 Origens e conceito de terceirização

4.2 Terceirização e o enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho

4.3 Terceirização e as cooperativas de trabalho

4.4 Terceirização na Administração Pública

4.5 Cooperativas de trabalho e Administração Pública Federal: limitações

4.6 Cooperativas de trabalho e licitações públicas

4.6.1 O parágrafo único do artigo 442 da Consolidação das Leis Trabalhistas e as cooperativas de trabalho

4.7 Perspectiva futura sobre as cooperativas de trabalho como uma forma de terceirização na Administração Pública

5 CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

Como surgiu o cooperativismo? Como teria evoluído no Brasil e no mundo até os dias atuais? Qual o seu conceito e quais as suas características? Como distinguir o trabalho cooperado do trabalho subordinado? Cooperativas de trabalho são, em princípio, ilegais, ou, apenas, mais uma forma de trabalho? Seriam as cooperativas de trabalho apenas "intermediadoras" de mão de obra, empresas travestidas de cooperativas para fraudar a legislação trabalhista? Podem atuar nas atividades-fim das empresas tomadoras de serviço ou só nas atividades-meio destas? As cooperativas de trabalho podem funcionar como uma espécie de terceirização quando atuam junto a órgãos da Administração Pública? Como deve ser a fiscalização do órgão tomador de serviço, do Ministério Público do Trabalho e do Ministério do Trabalho em relação a cooperativas de trabalho que funcionam junto à Administração Pública?

Todas as perguntas acima tentarão ser respondidas no presente trabalho. Não será possível aprofundar demais a matéria, mas será dada uma visão panorâmica da maioria dos autores que escreveram sobre cooperativismo, cooperativas de trabalho e terceirização na administração pública.

O cooperativismo é uma matéria fascinante, na medida em que abrange vários fatores positivos da humanidade, tais como, a solidariedade, a cooperação e a busca de objetivos comuns.

Com o advento de uma legislação mais benéfica sobre as cooperativas de trabalho no Brasil, com a lei nº 8949/94, viu-se um aumento das cooperativas de trabalho, e, por conseguinte, a oportunidades de fraudes à legislação trabalhista, com o surgimento das falsas cooperativas.

Primeiramente será tratada a questão do cooperativismo, seus conceitos e origens, a legislação que o regula, sua relação com a Organização Internacional do Trabalho, além de seus princípios, adentrando as cooperativas, falando sobre sua natureza jurídica e classificação.

Em seguida, será dada ênfase à questão das cooperativas de trabalho em si, trazendo seus conceito e características, classificação, além da ligação desta com a relação de emprego e conseqüentemente com o problema do desemprego.

Finalizando o estudo, será discutida a possibilidade das cooperativas de trabalho funcionarem como uma forma de terceirização na Administração Pública. Para isto, serão

trazidos temas importantes para debate, como a terceirização, as limitações na relação das cooperativas de trabalho com a Administração Pública, além da possibilidade das cooperativas de trabalho participarem de licitações públicas. Finalizando o capítulo, será trazida uma perspectiva futura sobre o tema trabalhado.

2 COOPERATIVISMO

2.1 Conceito e origens

O ser humano é, por natureza, um animal social, e, desde os primórdios, buscou associar-se a outros visando melhorias em seu meio ambiente. A cooperação é uma das formas mais antigas de associação entre os homens, que deve datar da época das cavernas, quando os seres humanos de então devem ter se unido, para, em cooperação, conseguir caçar e matar um animal maior ou lutar contra uma tribo inimiga.

Cooperar vem do latim “cooperare”, significando operar juntamente com alguém, colaborar, sendo o cooperativismo a doutrina econômica que tem por objetivo a solução dos problemas sociais por meio da criação de comunidades de cooperação, conforme definições da Biblioteca Larrousse¹.

Para Plácido e Silva, "o cooperativismo assinala o sistema econômico fundado na cooperação, que, com a mesma significação de cooperar, de que se deriva, mostra a maneira por que o cooperativismo se realiza: pela congregação de várias pessoas no sentido de estabelecer a sociedade, que vem tratar e defender os seus interesses econômicos, seja na forma de trabalho, de comércio ou de indústria, em sentido estrito, ou para atender a interesses de ordem moral ou cultural, tais como se anotam na cooperativa editorial ou de fomento cultural".²

Para Nascimento, "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".³

O cooperativismo, como é conhecido hoje, teria surgido, pela primeira vez, na Europa, no século XIX, quando, em novembro de 1843, 28 tecelões que se encontravam desempregados resolveram juntar suas economias para montar um armazém cooperativo na cidade de Rochdale, distrito de Lancashire, próximo a Manchester, na Inglaterra. James Daty,

¹ Larrousse, 1995. p. 1607.

² SILVA, Leda Maria Messias da Silva – Cooperativas de Trabalho: terceirização Sem Intermediação: As cooperativas de mão-de-obra e a terceirização sem fraudes – São Paulo: LTR, 2005.p.442.

³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro - Curso de Direito de Trabalho - 22a. Edição revista e atualizada - São Paulo: Saraiva, 2007.p.629,630

Charles Howarth, James Smithies, Hill e John Bent entenderam que deveria ser aberto um armazém cooperativo de consumo⁴.

Em 24 de outubro de 1844, foi registrada a cooperativa 'Rochdale Society of Equitable Pioneers', cujos princípios, na sua maioria, predominam até a presente data, tais como a distribuição do lucro aos associados, o de um voto só para cada associado, o princípio denominado 'porta aberta', atualmente denominado de 'livre adesão'⁵.

Para Mauad, embora "grande parte dos autores que abordam o estudo sobre as origens do cooperativismo moderno aponta a Cooperativa de Rochdale como a primeira surgida com as características e princípios atuais. Na verdade, Rochdale foi a segunda experiência em termos de registro de data (dezembro de 1844). Antes dela, já existiam, na Inglaterra e na Escócia, vinte e três cooperativas".⁶

No Brasil, a primeira cooperativa que realmente obteve êxito foi a caixa rural criada pelo padre suíço Theodoro Amstad, em 1902, no município de Nova Petrópolis, no Rio Grande do Sul. Mas o grande boom das cooperativas só aconteceu na década de 40, quando o governo Getúlio Vargas incentivou a criação de cooperativas de trigo e soja. Nas décadas de 60 e 70, o sistema viveu seu apogeu, graças às altas cotações da soja no mercado internacional e ao crédito fácil.⁷

A partir da lei nº 5764/71, que regula as cooperativas, e a promulgação da Constituição Federal de 1988 houve um incentivo às cooperativas no Brasil, que foram aumentando de número até chegar aos dias atuais, em que cerca de 6 milhões de pessoas no Brasil vivem do cooperativismo em todas as suas formas, sendo um setor em constante expansão, mas que requer um maior estudo para a compreensão da sua complexidade.

2.2 Leis sobre cooperativismo

⁴ MARTINS, Sérgio Pinto – Cooperativas de Trabalho – 2ª. Edição – São Paulo: Atlas, 2007.p.21

⁵ FURQUIM, Maria Célia de Araújo – A Cooperativa Como Alternativa de Trabalho – São Paulo: LTR, 2001.p.24.

⁶ MAUAD, Marcelo José Ladeira - Cooperativas de Trabalho: Sua relação com o Direito do Trabalho - 2a. Edição revista e atualizada - São Paulo : LTr, 2001.p.26.

⁷ FERRARI, Irani – Cooperativas de trabalho: existência legal – com Geórgia Cristina Affonso – 2ª. Edição – São Paulo: LTR, 2002.p.20.

O primeiro diploma legislativo sobre cooperativismo no Brasil foi o Decreto nº 796, de 02 de outubro de 1890, que concedeu a autorização a militares para organizarem sociedade anônima, sob a denominação de Sociedade Cooperativa Militar. Depois dele, surgiram muitas leis, mas, as que estão em vigor, atualmente, são as seguintes:

- a) o Decreto nº 46.438, de 16 de julho de 1959, que criou o Conselho Nacional de Cooperativismo (CNC);
- b) a Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, que, continua a vigorar nos dispositivos que não são incompatíveis com a nova Carta Magna de 1988, que definiu a política nacional de cooperativismo e instituiu seu regime jurídico consagrando a adesão livre, a gestão democrática com predominância da pessoa sobre o capital, a ajuda mútua, mecanismos de retorno financeiro proporcionais às transações dos membros⁸, e, que foi parcialmente alterada pela Lei nº 6981, de 30 de março de 1982, que modificou seu artigo 42;
- c) a Lei nº 8949, de 9 de dezembro de 1994, que acrescentou parágrafo único ao artigo 442 da CLT, determinando que "qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviço daquela", e que será tratado em subtítulo à parte no segundo capítulo, tendo em vista o aumento do número de cooperativas de trabalho depois de sua edição;
- d) a Constituição de 1988, que, em vários artigos, trata de cooperativismo e, em seu mais importante artigo sobre o tema, que parece ser o artigo 5º, em seu inciso XVIII, diz que "a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento", o que significou o fim da tutela estatal sobre as cooperativas, que puderam, a partir da promulgação da Carta Magna, serem criadas livremente. Importante, também, é o parágrafo 2º do artigo 174, que diz que "a lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo", disposição legal que incentiva o aparecimento de cooperativas;
- e) O Código Civil atual, ou seja, a Lei nº 10.406, de 10/1/2002, que trata da sociedade cooperativa, especificamente, em quatro artigos, os de nº 1.093 a 1.096, discriminando suas características, a responsabilidade de seus sócios e a aplicação subsidiária da legislação referente às sociedades simples.

Há várias leis em gestação no Congresso Nacional e em alguns estados sobre o Cooperativismo, mas as mais recentes e que são projetos de lei são : o projeto de lei complementar 62/07, de autoria do deputado Leonardo Quintão, que regulamenta a isenção

⁸ CAMPELO, Estenio – Cooperativas de Trabalho: Relação de Emprego – Brasília: Brasília Jurídica, 2005.p.73.

tributária das atividades do cooperativismo, e o projeto de lei nº 269/05 que, no âmbito de São Paulo, estabelece prerrogativas e medidas governamentais de apoio ao cooperativismo.

2.3 Natureza jurídica das cooperativas

Muito já se discutiu sobre a natureza jurídica das cooperativas, mas a lei que as regula, ou seja, a Lei nº 5764/71 as define como sociedade civil.

Para Martins, “a natureza da cooperativa é civil, conforme o artigo 4º da Lei nº 5764/71, e não comercial” e “a cooperativa tem natureza de pessoa jurídica de direito privado. É sociedade de auto-gestão”.⁹

Para Lima, “com a entrada em vigor do Código Civil atual, que alterou sensivelmente a classificação das sociedades em geral, resta incontestemente a natureza de sociedade simples das cooperativas, por expressa disposição legal (artigo 982, parágrafo único). Reconhece, assim, a legislação a não perseguição do lucro pelas empresas cooperativas, como ocorre com as empresárias, embora lhes seja facultada a prática de atividade econômica em benefício de seus associados, ponto central que as difere também das associações, que não devem ter qualquer finalidade de natureza econômica”.¹⁰

Para Carelli, "a natureza jurídica da relação entre o cooperado e a cooperativa é contratual civil, como a de um sócio de uma empresa qualquer".¹¹

Conclui-se que as cooperativas têm natureza de sociedade civil, e não de associações, pois assim é determinado pelo novo Código Civil, sendo sociedades civis de pessoas, sejam físicas ou jurídicas.

2.4 O cooperativismo e a organização internacional do trabalho

⁹ MARTINS, Sérgio Pinto – Cooperativas de Trabalho – 2ª. Edição – São Paulo: Atlas, 2007.p.59,60

¹⁰ LIMA, Denise Holanda Costa – Terceirização na Administração Pública: As Cooperativas de Trabalho – Belo Horizonte: Fórum, 2007.p.31.

¹¹ CARELLI, Rodrigo de Lacerda - Cooperativa de Mão-de-Obra: Manual Contra Fraude- São Paulo: LTR, 2002. p.56.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) é o organismo mundial da ONU que emite recomendações, portarias e convenções sobre trabalho para todo o mundo.

Os principais documentos da OIT sobre cooperativas são a Recomendação nº 193 sobre a Promoção das Cooperativas e, a Convenção nº 169 .

A Recomendação nº 193 da OIT, sobre a Promoção das Cooperativas foi discutida em Genebra em 3 de junho de 2002. Reconhece que as cooperativas operam em todos os setores da economia e se aplica a todos os tipos e formas de cooperativas (art. 1º).¹²

Pode-se dizer, de acordo com essa recomendação, que as cooperativas de trabalho são lícitas em qualquer caso, exceto, claro, quando visarem à fraude trabalhista.

Há, também, a Convenção nº 169 da OIT que prevê como objetivo do cooperativismo o desenvolvimento econômico e social do cidadão, estimulando a qualificação profissional e o aumento de sua renda¹³, o que nos leva a pensar que a Organização Internacional do Trabalho pensa o cooperativismo como mais uma forma de trabalho, uma forma de especialização da mão de obra, sempre seguindo os princípios e regras do cooperativismo, que veremos a seguir.

2.5 Princípios básicos do cooperativismo

Quando se fala em cooperativismo, a maioria dos autores discorre sobre seus princípios, e cita os princípios de Rochdale como os básicos e fundamentais deste instituto. Isto é verdade para a maioria dos autores, mas, para Marcelo José Ladeira Mauad, "os 'Pioneiros de Rochdale', como ficaram conhecidos em todo o mundo, não inventaram os princípios fundamentais do cooperativismo, mas antes os celebrizaram e os tornaram efetivos pela feliz aplicação que deles fizeram. É isso que explica seu justo renome internacional"¹⁴.

De toda sorte, alguns autores, falam a seguir, sucintamente, sobre estes princípios - que outros doutrinadores chamam de regras - e os que vigoram nos dias de hoje.

Os princípios de Rochdale constituem mesmo o pilar central do desenvolvimento das cooperativas no mundo. Os trabalhadores dessa localidade de Manchester não só instituíram o sistema econômico das cooperativas como também se preocuparam em estabelecer um corpo

¹² MARTINS, Sérgio Pinto – Cooperativas de Trabalho – 2ª. Edição – São Paulo: Atlas, 2007. p.97.

¹³ MARTINS, Sérgio Pinto – Cooperativas de Trabalho – 2ª. Edição – São Paulo: Atlas, 2007.p.98.

¹⁴ MAUAD, Marcelo José Ladeira - Cooperativas de Trabalho: Sua relação com o Direito do Trabalho - 2a. Edição revista e atualizada - São Paulo : LTr, 2001.p.26

de idéias que iriam reger a atuação dos associados. Mais uma vez utilizando-se das terminologias empregadas por Bulgarelli, apresenta-se a seguir a síntese desses princípios doutrinários: a) adesão livre – tem duplo sentido, significando que a adesão das pessoas interessadas é sempre voluntária e, que, por outro lado, não deve haver qualquer tipo de discriminação entre os associados, pois a cooperativa deve ter as portas abertas a todos que preencham os requisitos estatutários; b) gestão democrática – além da escolha dos dirigentes da sociedade ser procedida mediante assembleias de ampla participação, a cada associado deve corresponder um voto, pouco importando o número de cotas de cada um, o que significa a predominância da pessoa sobre o capital; c) retorno – deve haver a distribuição do excedente, depois de descontadas as despesas com administração, proporcionalmente às transações efetuadas pelos membros, afastando, dessa forma, qualquer sentido lucrativo, pois permite a busca pelo justo preço para os associados, sem perder de vista os riscos provenientes do preço de custo; d) juros limitados sobre o capital – é permitido o pagamento de juros pelo capital, porém de forma limitada, não atingindo as sobras líquidas que decorrem das operações do associado com a sociedade; e) neutralidade político-religiosa – deve-se impedir discriminações de qualquer ordem entre as pessoas assim como qualquer tipo de ligação direta com movimentos políticos; f) vendas à vista – princípio mais afeito às cooperativas de consumo, visa promover a educação dos associados para a prática da poupança, e impedir, por outro lado, os riscos para a cooperativa em decorrência das vendas imoderadas a crédito; g) desenvolvimento da educação – exprime a preocupação com o aperfeiçoamento moral e intelectual do homem e a aquisição da formação necessária para a prática do cooperativismo .¹⁵

Vê-se que estes princípios são básicos e neles se moldaram todas as cooperativas surgidas na França e na Inglaterra no final do século XIX, base e começo do cooperativismo ao nível mundial.

Os princípios que regem, atualmente, o cooperativismo foram estabelecidos no ano de 1995, num congresso realizado pela Aliança Cooperativa Internacional (ACI), órgão de representação mundial do cooperativismo, em comemoração ao seu centenário, em Manchester, na Inglaterra, os quais, obviamente, não diferem muito dos princípios de Rochdale. Igualmente, tais Princípios foram reiterados pela Recomendação n. 193 sobre a promoção das cooperativas, adotada pela 90ª Conferência Internacional do Trabalho, da Organização Internacional do Trabalho, realizada em 20 de junho de 2002, em Genebra, na

¹⁵ LIMA, Denise Holanda Costa – Terceirização na Administração Pública: As Cooperativas de Trabalho – Belo Horizonte: Fórum, 2007.p.28-30.

Suíça. São eles: Adesão Voluntária e Livre; Controle Democrático pelos Sócios; Participação Econômica dos Sócios; Autonomia e Independência; Educação, Treinamento e Informação; Cooperação entre Cooperativas; Preocupação com a Comunidade.¹⁶

Estes já são princípios mais modernos e que se baseiam na moderna estrutura societária das cooperativas, as quais devem fazer parte da sociedade em geral, não apenas na parte econômica, mas em geral, com reflexos na educação e formação de seus sócios e em outras áreas em que o cooperativismo se fizer necessário.

2.6 Princípios inerentes ao cooperativismo

São dois os princípios inerentes ao cooperativismo, o princípio da dupla qualidade e o princípio da retribuição pessoal diferenciada.¹⁷

O princípio da dupla qualidade informa que a pessoa filiada tem de ser, ao mesmo tempo, em sua cooperativa, cooperado e cliente, auferindo as vantagens dessa duplicidade de situações.

Isso significa que, para tal princípio, é necessário haver efetiva prestação de serviços pela Cooperativa diretamente ao associado – e não somente a terceiros. Essa prestação direta de serviços aos associados/cooperados é, aliás, conduta que resulta imperativamente da própria Lei das Cooperativas (art. 6º, I, Lei n.5764/70).

De fato, segundo a lei, as cooperativas singulares (que não se confundem com as 'cooperativas centrais' ou 'federações de cooperativas' ou, ainda, 'confederações de cooperativas' – art. 6º, II e III, Lei das Cooperativas) ‘...se caracterizam pela prestação direta de serviços aos associados’ (art. 7º, Lei 5764/70). Na mesma linha, enfatiza o art. 4º deste diploma que as cooperativas singulares são ‘constituídas para prestar serviços aos associados.

Objetiva, deste modo, o princípio da dupla qualidade que as cooperativas destaquem-se por uma peculiaridade em face de outras associações: o próprio associado é um dos beneficiários centrais dos serviços por elas prestados.

De fato, é o que ocorre, regra geral, com as tradicionais cooperativas de prestação de serviços, clássicas no mercado de trabalho (ilustrativamente, cooperativas de operadores autônomos de serviços de táxi, de operadores autônomos de serviços médicos, etc). E é o que

¹⁶ SILVA, Leda Maria Messias da Silva – Cooperativas de Trabalho: terceirização Sem Intermediação: As cooperativas de mão-de-obra e a terceirização sem fraudes – São Paulo: LTR, 2005.p.60

¹⁷ DELGADO, Mauricio Coutinho – Curso de Direito do Trabalho – 6ª. Edição – São Paulo: LTR,2007.p.329.

se passa, também, com as tradicionais cooperativas de produtores autônomos (por exemplo, cooperativas de artesãos, de artistas, de produtores, etc.). Nesses casos, a cooperativa existe para prestar serviços a seus associados, que são profissionais autônomos, sendo a oferta de serviços a terceiros mero instrumento para viabilizar seu objetivo primário e mais notável (prestação de serviços a seus próprios integrantes).¹⁸

Este princípio é de suma importância para a caracterização de uma cooperativa como tal, visto que a cooperativa é, antes de tudo, um local de prestação de serviços a seus associados e não só um lugar para os associados prestarem serviços a terceiros, como no caso das cooperativas de trabalho.

O segundo princípio, o princípio da retribuição pessoal diferenciada, segundo o qual “o que justifica a existência da cooperativa – e as vantagens que essa figura recebe da ordem jurídica – é a circunstância de que ela potencia as atividades humanas e das organizações cooperadas. As cooperativas são protegidas pelo Direito porque potenciam o trabalho humano.”¹⁹

Efetivamente, a cooperativa permite que o cooperado obtenha uma retribuição pessoal, em virtude de sua atividade autônoma, superior aquilo que obteria caso não estivesse associado. A retribuição pessoal de cada cooperado é, necessariamente (ainda que em potencial), superior àquela alcançada, caso atuando isoladamente.

O princípio da retribuição pessoal diferenciada é a diretriz jurídica que assegura ao cooperado um complexo de vantagens comparativas de natureza diversa muito superior ao patamar que obteria caso atuando destituído de proteção cooperativista. A ausência desse complexo faz malograrem tanto a noção como os objetivos do cooperativismo, eliminando os fundamentos sociais que justificaram o tratamento mais vantajoso que tais entidades sempre mereceram da ordem jurídica.

O pressuposto da regular vinculação cooperativista é, como se vê, a atuação autônoma isolada. Estabelecido este correto pressuposto, desponta o notável diferencial enfatizado pelo princípio da retribuição pessoal diferenciada.

O presente princípio é de recente revelação no campo jurídico, reconheça-se. Seu caráter inovador não diminui, contudo, sua força diretiva própria.²⁰

¹⁸ DELGADO, Mauricio Coutinho – Curso de Direito do Trabalho – 6ª. Edição – São Paulo: LTR,2007.p.329,330.

¹⁹ DELGADO, Mauricio Coutinho – Curso de Direito do Trabalho – 6ª. Edição – São Paulo: LTR,2007.p.330

²⁰ DELGADO, Mauricio Coutinho – Curso de Direito do Trabalho – 6ª. Edição – São Paulo: LTR,2007.p.330,331.

Este princípio também se afigura assaz importante por vislumbrar o essencial em uma cooperativa: que com a cooperação dos sócios, estes se tornam mais produtivos do que se atuassem de forma autônoma isoladamente, pois, a sociedade de pessoas que é a cooperativa dá essa vantagem ao seu associado: ele tem maior ganho do que se fosse um único trabalhador autônomo não pertencente a uma cooperativa.

Estes dois princípios devem estar presentes também em caso de terceirização, pois a cooperativa de trabalho deve atender ao princípio da dupla qualidadee ao princípio da retribuição pessoal diferenciada, entre outros.²¹

Daí, vê-se que o próprio governo já vê estes princípios como fundamentais e inerentes ao cooperativismo, especialmente no tocante à cooperativas de trabalho na terceirização, o que, sobremaneira, os torna passíveis de serem verificados, para aferir a sua existência.

2.7 Classificação das cooperativas

Existem muitas classificações de cooperativas, descritivas, exemplificativas, por categorias e outras espécies. Veremos, a seguir, a título de ilustração, uma dessas classificações .

Para melhor classificar as cooperativas, optou-se pela indicação da tipologia de acordo com o objeto ou com a natureza das atividades conforme exemplificado abaixo:

- Cooperativa agrícola: uso coletivo da terra para produção ou prestação de serviços através de cooperativas.

- Cooperativa de consumo: fornecimento de produtos aos associados sem a interferência do intermediário.

- Cooperativa de pesca: associação de pescadores organizados em cooperativas.

- Cooperativa de crédito: associações destinadas à poupança, empréstimos pessoais e créditos a seus associados.

- Cooperativa habitacional: construção de moradias em conjunto, visando baratear os custos para os associados.

- Cooperativa escolar: formada por pais e educadores para gerir estabelecimentos escolares para a melhoria de qualidade ou barateamento dos custos.

²¹ PEREIRA, Maria Isabel - Cooperativas de Trabalho: O Impacto no Setor de Serviços - São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2003.p.15,16.

- Cooperativa de trabalho: reunião de trabalhadores para o funcionamento de uma empresa de produção ou serviços. ²²

Para Mauad, no entanto, "atualmente, a classificação jurídica das cooperativas possui ampla flexibilidade. Os interessados poderão adotar o propósito que melhor lhes atenda o interesse, sem qualquer dificuldade de ordem legal, neste particular. É o que dispõe o art. 5º da lei n. 5764/71: 'As sociedades cooperativas poderão adotar por objeto qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, assegurando-se-lhes o direito exclusivo e exigindo-se-lhes a obrigação do uso da expressão 'cooperativa' em sua denominação". ²³

Vê-se, portanto, falar em classificação de cooperativas não faz o menor sentido nos tempos hodiernos, já que isto não mais importa, pois qualquer classificação seria meramente exemplificativa, já que as cooperativas podem existir como sociedades de pessoas em qualquer ramo da atividade seja de que nível for, apenas necessitando que tenha a palavra "cooperativa" como parte de sua razão social.

²² CAMPELO, Estenio – Cooperativas de Trabalho: Relação de Emprego – Brasília: Brasília Jurídica, 2005.p.37

²³ MAUAD, Marcelo José Ladeira - Cooperativas de Trabalho: Sua relação com o Direito do Trabalho - 2a. Edição revista e atualizada - São Paulo : LTr, 2001.p.58.

3 COOPERATIVAS DE TRABALHO

3.1 Conceito e características das cooperativas de trabalho

A cooperativa de trabalho, talvez, pudesse ser conceituada como uma sociedade de pessoas voltada para a realização de trabalho não subordinado que cede a sua mão de obra a um terceiro. Mas, antes de qualquer conceituação mais firme, veremos as palavras de alguns mestres.

Para Valentim Carrion, “cooperativa de trabalho ou de serviços nasce da vontade de seus membros, todos autônomos e que assim continuam. As tarefas são distribuídas com igualdade de oportunidades; repartem-se os ganhos proporcionalmente ao esforço de cada um. Pode haver até direção de algum deles, mas não existe patrão nem alguém que se assemelhe; a clientela é diversificada; a fixação de um operário em um dos clientes, pela continuidade ou subordinação, e a perda da diversidade da clientela descaracterizam a cooperativa”.²⁴ Expondo algumas das características das cooperativas de trabalho, como a ausência de subordinação entre os cooperados e entre estes e o tomador de serviços.

Para Campelo, “a cooperativa de trabalho consiste numa organização de pessoas que visam ajudar-se mutuamente, sendo o traço diferenciador dessa forma de sociedade a finalidade de prestação de serviços aos associados para o exercício de atividade comum ou econômica sem fim lucrativo”²⁵. Diz, ainda, que “a natureza jurídica das relações entre associados e cooperativa ou tomador de serviço difere da modalidade do contrato de trabalho, pela ausência do vínculo empregatício. A principal diferença entre ambos é o vínculo societário, autonomamente constituído nas cooperativas de trabalho, que assegura a todos os cooperados o mesmo direito de receber apoio, treinamento, condições operacionais, fiscais e contábeis sem o comando de um dono”.²⁶

Para Mauad, "em esforço maior para se chegar a uma definição que agregue todos os aspectos essenciais de uma cooperativa de trabalho, concluímos pela seguinte idéia: são cooperativas de trabalho as organizações formadas por pessoas físicas, trabalhadores

²⁴ CARRION, Valentim – Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho – 32ª. Edição Atualizada por Eduardo Carrion – São Paulo: Saraiva, 2007.p.442.

²⁵ CAMPELO, Estenio – Cooperativas de Trabalho: Relação de Emprego – Brasília: Brasília Jurídica, 2005.p.38

²⁶ CAMPELO, Estenio – Cooperativas de Trabalho: Relação de Emprego – Brasília: Brasília Jurídica, 2005.p.39

autônomos ou eventuais , de uma ou mais classe de profissão, reunidos para o exercício profissional em comum, com a finalidade de melhorar a condição econômica e as condições gerais de trabalho de seus associados, em regime de autogestão democrática e de livre adesão, os quais, dispensando a intervenção de um patrão ou empresário, propõem-se a contratar e a executar obras, tarefas, trabalhos ou serviços públicos ou particulares, coletivamente por todos ou por grupos de alguns" ²⁷

Embora bastante extensa, esta conceituação se afigura mais completa, visto englobar todas as características das cooperativas de trabalho, cuja classificação se verá a seguir.

3.2 Classificação das cooperativas de trabalho

Há varias classificações de cooperativas de trabalho. Cita-se, a seguir, a classificação de alguns autores sobre o assunto.

Para Carelli, "a classificação das cooperativas de trabalho, 'lato sensu', pode ser feita da seguinte forma: a) cooperativas de produção; b) cooperativas de trabalho autônomo ou eventual; e, c) cooperativas de mão de obra. As cooperativas de produção são aquelas em que os operários, por meio de sua sociedade cooperativa, detêm os meios de produção, ou seja, todos os instrumentos para a realização da atividade comercial ou industrial. Este é o tipo básico modo de cooperativa de trabalho, em que os trabalhadores passam a se organizar de forma cooperada, eliminando o capitalista. É forma alternativa à empresa capitalista ". Segue o mesmo autor dizendo que" as cooperativas de trabalho autônomo ou eventual são a reunião de trabalhadores, por natureza autônomos que, sem perder sua autonomia na realização de seu trabalho, unem-se de forma cooperada para a melhor organização de suas atividades. Verifica-se que o objetivo é a melhor organização do trabalho de forma que ocorra mútua, sendo que a empresa presta serviços aos cooperados, dando-lhes a estrutura adequada para a realização de suas atividades profissionais. Já a chamada cooperativa de mão de obra é aquela entidade, organizada sob a forma de cooperativa, cuja função é colocar o trabalho de seus cooperados a serviço de outras empresas. É, na realidade, uma entidade de fornecimento de mão de obra subordinada, o que não é aceito pela legislação pátria, ou mesmo nos moldes da defesa do trabalho insculpida pela Organização Internacional do Trabalho. Assim, esta última forma de

²⁷ MAUAD, Marcelo José Ladeira - Cooperativas de Trabalho: Sua relação com o Direito do Trabalho – 2a. Edição revista e atualizada - São Paulo : LTr, 2001.p.77

‘cooperativismo’, que, na realidade, só tem essa natureza formalmente, é ilícita nos termos da legislação pátria nacional ”. ²⁸

Vê-se pelo transcrito acima, que este autor denuncia vivamente as pseudocooperativas, na verdade, empresas intermediadoras de mão de obra, sendo contrário à sua existência legal. O presente trabalho trata, seguindo a classificação do dito autor, das cooperativas de trabalho autônomo ou eventual.

Para Mauad, as cooperativas de trabalho se classificam em: "a) cooperativas de produção e de serviço : cuja característica principal é a posse pelos associados dos meios e demais fatores que lhes permitem gerar a produção ou os serviços . Detêm, inclusive, equipamentos e instalações. tais organizações negociam o objeto de seu trabalho (os produtos e serviços), e não a força de trabalho em si mesma. Os ganhos decorrem dos trabalhos prestados e são divididos equanimente entre todos os associados. Acrescente-se que, neste modelo, os riscos da atividade empresarial são da própria cooperativa; b) cooperativas de mão de obra: cuja característica principal é disponibilizar mão de obra para empresas A força de trabalho é alocada a empresas visando à prestação de trabalho do interesse desta. Não possuem os meios e fatores próprios para a realização do trabalho, os quais são fornecidos pela empresa contratante; c) organizações comunitárias de produção: cujas principais características são a organização das pessoas em comunidades ou vilas e a produção coletiva. Ocorrem, na maioria das vezes, no setor agrário. No plano internacional, são os modelos já mencionados da China (com as 'Comunas'), de Israel (com os 'Kibutz'), do México (com os 'Ejidos') e, do Brasil, com as Cooperativas de Produção Agropecuária (CPA), do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra; d) cooperativas de trabalho mistas: na conformidade do disposto no art. 10, parágrafo 2º, da Lei n. 5764/71, são consideradas cooperativas mistas aquelas que apresentam mais de um objeto de atividades. No caso das cooperativas laborais, nada impede, portanto, sua organização de forma mista, isto é, a estruturação de uma cooperativa cujo objeto seja, ao mesmo tempo, a produção de bens e a prestação de serviços; ou, ainda, que a cooperativa faça a prestação de serviços e disponibilize mão de obra para empresas; ou, mesmo, que as organizações comunitárias de produção possuam unidades para industrialização de produtos agrícolas, e que também prestem serviços. O importante é a observância dos elementos conceituais que identificam as cooperativas de trabalho, os principais deles, a prestação coletiva de trabalho, a ajuda mútua e o proveito comum dos resultados do trabalho, e que não haja vínculo de subordinação, afastando-se da relação de

²⁸ CARELLI, Rodrigo de Lacerda - Cooperativa de Mão-de-Obra: Manual Contra Fraude- São Paulo: LTR, 2002. p.55.

trabalho na forma de emprego. Ressalte-se, porém, que também estas organizações mistas deverão desempenhar atividades especializadas, de proveito comum, consoante o disposto no art. 3º da Lei das Cooperativas combinado com o art. 29, parágrafo 1º, do mesmo diploma jurídico".²⁹

Percebe-se, pela classificação acima - que é muito ampla e detalhada -, que as cooperativas de trabalho estudadas na presente monografia seriam as que o autor chama de cooperativas de mão de obra, já que estas é que prestariam serviços à administração pública ao dispor da mão de obra de seus cooperados.

Pensa-se que o melhor seria englobar as duas classificações, e chamar as cooperativas de trabalho aqui descritas como cooperativas de mão de obra autônoma e eventual, que seria uma forma de englobar todas as características destas discutidas e, muitas vezes, combatidas cooperativas de trabalho.

3.3 As cooperativas de trabalho e a relação de emprego

Nas cooperativas de trabalho não há relação de emprego, pois os cooperados são associados e não empregados, mas elas podem ter empregados, e, com estes, haver relação de emprego. Mas a grande discussão na doutrina é como se caracterizar que uma cooperativa de trabalho é verdadeira ou falsa, ou seja, se nela há uma relação empregado e empregador entre os pseudo-cooperados e a empresa tomadora de serviços.

Para Ferrari, "é bom que se frise não existir relação de emprego entre tomadores de seus serviços e a sociedade, pessoa jurídica, com as características de cooperativa"³⁰, mas, e se houver? Então, fica configurada a relação de emprego e descaracterizada a cooperativa de trabalho.

Para Teixeira, "a relação associativa exclui qualquer relação de direito de trabalho porque não percebe a existência de patrão e subordinados. Conclui-se desse entendimento ser impossível a existência de contrato de trabalho já que o próprio trabalhador (associado à cooperativa) transforma-se em empresário de seus próprios negócios, expressos em forma de trabalho, tarefa, obra ou serviços. Assim, o sócio de cooperativa de trabalho torna-se dono do

²⁹ MAUAD, Marcelo José Ladeira - Cooperativas de Trabalho: Sua relação com o Direito do Trabalho - 2a. Edição revista e atualizada - São Paulo : LTr, 2001.p.91,92.

³⁰ FERRARI, Irani – Cooperativas de trabalho: existência legal – com Geórgia Cristina Affonso – 2ª. Edição – São Paulo: LTR, 2002.p.89

capital do seu empreendimento cooperativo e auto-gestor de negócios comuns"³¹, o que nos leva a pensar que a auto-gestão seria um dos princípios fundamentais diferenciadores da cooperativa de trabalho com a relação de emprego.

Para Furquim, "sabemos que um dos princípios basilares do Direito do Trabalho é o Princípio da Primazia da Realidade, ou seja, o contrato de trabalho é um contrato realidade. Isso significa que não importa apenas o aspecto formal da relação de trabalho. Como a Justiça do Trabalho tem a competência para reconhecer ou não a existência de vínculo empregatício na relação de trabalho, quando a prestação de serviço se opera nas dependências da tomadora que contratou uma cooperativa de trabalho (o serviço prestado pelos associados) é necessário fazer-se uma averiguação criteriosa da realidade fática, para não confundir cooperado com empregado"³², então, para esta doutrinadora, a questão é de ordem prática: só na aferição de cada caso pode-se dizer se há ou não relação de emprego.

Para Misi, "como na contratação de mão-de-obra via cooperativa (uma modalidade de terceirização das relações de trabalho), muitas vezes, pode estar presente o caráter da pessoalidade, continuidade e onerosidade, o elemento diferenciador nesta situação específica será o da subordinação jurídica"³³, portanto, se houver subordinação jurídica entre o tomador de serviços e o cooperado estará caracterizada a relação de emprego, e este é o pensamento de grande parte da doutrina.

A seguir, ver-se-á a questão do desemprego e as cooperativas de trabalho.

3.4 As cooperativas de trabalho e o problema do desemprego

As cooperativas de trabalho são vistas, em geral, como uma alternativa para o desemprego que se verifica em toda a sociedade brasileira. O Brasil vive em crise econômica permanente e as cooperativas de trabalho parecem ser formas de se ter trabalho não subordinado e de disseminação aparentemente fácil.

Para Krueger, "a cooperativa de trabalho pode ser vista como instrumento de geração de trabalho e renda e possibilidade legal para o estabelecimento de uma relação de trabalho

³¹ TEIXEIRA JÚNIOR, Amílcar Barca - Cooperativas de Trabalho na Administração Pública - Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.p.314.

³² FURQUIM, Maria Célia de Araújo – A Cooperativa Como Alternativa de Trabalho – São Paulo: LTR, 2001.p.82.

³³ MISI, Marcia Costa - Cooperativas de Trabalho: Direito do Trabalho e Transformação Social no Brasil - São Paulo: LTr, 2000.p.97.

mais flexível, sem tornar o trabalhador refém da subordinação financeira com seu contratante, dada a possibilidade de autogestão e de relação de solidariedade e ajuda mútua entre trabalhadores, num momento em que o desemprego estrutural ocupa o centro das preocupações sociais do país".³⁴

Para Misi, "as cooperativas de trabalho, representam, assim, um importante mecanismo de alocação de mão de obra diante da atual crise, que, segundo Offe, não é do trabalho, mas sim do modo de distribuir o trabalho assalariado. Isso porque as cooperativas estão inseridas no mercado informal, ou seja, estão à margem da forma institucionalizada do trabalho, atendendo assim aos interesses econômicos que dominam o mundo globalizado que objetivam primordialmente a obtenção de lucros exacerbados em detrimento da preocupação com a dignidade do ser humano. A informalidade implica menor proteção do trabalhador e maior liberdade de atuação do meio produtivo, com metas voltadas para aumento da produtividade e competitividade".³⁵

Para Martins, "a globalização e a internacionalização das economias têm trazido um processo de desintegração do trabalho subordinado, em que se exige um custo menor para que as empresas possam competir no mercado. Nesse contexto, em que há maiores dificuldades para a obtenção de emprego, é melhor ter trabalho do que ficar sem rendimento. Isso pode ser feito por cooperativas"³⁶, o que parece significar que as cooperativas de trabalho são um mal menor em relação ao desemprego reinante.

Para Carelli, "parte de uma falácia, a geração de empregos, para a eliminação da proteção do Direito do Trabalho. A intermediação de mão-de-obra, principalmente por Cooperativas de Trabalho, é a própria negação da proteção social, utilização de instrumento democrático e socialista para defesa de argumentos e ideais puramente liberais"³⁷, havendo, no caso, uma investida contra as falsas cooperativas de trabalho.

Em termos práticos, todas as posições são sustentáveis, pois as verdadeiras cooperativas de trabalho podem significar, realmente, fatores de geração de emprego, enquanto as falsas cooperativas de trabalho nada mais são que empresas comuns sem qualquer sinal de cooperativismo.

³⁴ KRUEGER, Guilherme – Cooperativas de Trabalho na Terceirização – Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.p.13,14.

³⁵ MISI, Marcia Costa - Cooperativas de Trabalho: Direito do Trabalho e Transformação Social no Brasil - São Paulo: LTr, 2000.p.89.

³⁶ MARTINS, Sérgio Pinto – Cooperativas de Trabalho – 2ª. Edição – São Paulo: Atlas, 2007.p.146.

³⁷ CARELLI, Rodrigo de Lacerda - Cooperativa de Mão-de-Obra: Manual Contra Fraude- São Paulo: LTR, 2002. p.58.

Veremos, no capítulo a seguir, como se caracteriza a terceirização de forma geral, qual a forma pela qual as cooperativas de trabalho se inserem na terceirização e por que meio as cooperativas de trabalho podem funcionar como uma forma de terceirização na Administração Pública.

4 A COOPERATIVA DE TRABALHO COMO UMA FORMA DE TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

4.1 Origens e conceito da terceirização

A terceirização surgiu há alguns anos, e, alguns autores, dizem que ela teria sido inventada, entre outros povos, pelos japoneses para concorrer com os americanos na produção de automóveis. Henry Ford teria inventado o chamado "fordismo" e os japoneses, para vencer os americanos na corrida automobilística, teriam inventado o "toyotismo", que seria uma forma de terceirização na forma de produzir automóveis em larga escala.

Após o desaparecimento do modo escravagista da acumulação do capital, foi-se formando uma organização em que o trabalhador, de certa forma livre, oferecia sua força de trabalho, integrando-se em uma unidade produtiva e dela participando, obtendo em troca uma retribuição que se convencionou chamar salário. Em torno desse trabalho, denominado trabalho subordinado, gerou-se um regime de acumulação do capital chamado de fordista ou taylorista. A produção, então, organizava-se, a partir das idéias de Henry Ford e Friederich Taylor, em uma grande unidade fabril que concentrava todas as atividades necessárias à confecção do produto final. Os trabalhadores eram organizados em torno da linha de produção, todos detendo o mesmo estatuto, organizados, porém, em forma piramidal de hierarquia. Assim, a empresa não somente concentrava todas as atividades sob sua responsabilidade, como organizava seus trabalhadores sob sua dependência e comando direto, por meio de sua estrutura hierarquizada. Este é o paradigma de uma organização fordista. Por volta do fim dos anos 60 e na década de 70, com a queda dos níveis de acumulação do capital, gerando crise no capitalismo mundial, idealizou-se e passou-se a implantar, primeiramente com algumas experiências na 'Terceira Itália', nos países nórdicos e no próprio Japão (onde surgiu o toyotismo), um novo regime de acumulação denominado acumulação flexível. Surge, por meio dessa nova forma de acumulação de capital, o que se denomina de reestruturação produtiva, passando a produção a se organizar não mais verticalmente como o fordista, mas horizontalmente, em redes de empresas prestadoras de serviço. Assim, concentrariam as empresas suas forças em sua atividade principal, entregando as atividades periféricas a outras empresas especializadas, que melhor desempenhariam essas atividades. Essa técnica de

administração é mundialmente denominada subcontratação ou externalização. No Brasil (e só neste país verde e amarelo) recebeu o infeliz e emblemático nome de 'terceirização'.³⁸

Temos, aí, descrito acima, o quadro geral do início da terceirização, que teria surgido para fazer como uma forma de as empresas se concentrarem na sua atividade principal, ou atividade fim, e deixarem a cargo de outras empresas, ditas terceirizadas, as atividades secundárias, ditas atividades meio.

A seguir, veremos alguns conceitos de terceirização.

Para Ferrari, "terceirização significa a técnica administrativa de se confiar a terceiro (interveniente, geralmente, pessoa jurídica) certo tipo de atividades da empresa terceirizante à empresa terceirizada".³⁹

Para Carelli, "a terceirização pode ser entendida como o processo de repasse para a realização de complexo de atividades por empresa especializada, sendo que estas atividades poderiam ser desenvolvidas pela própria empresa".⁴⁰

Para Martins, "consiste a terceirização na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa".⁴¹

Para Garcia, "a terceirização pode ser entendida como a transferência de certas atividades periféricas do tomador de serviços, passando a serem exercidas por empresas distintas e especializadas".⁴²

Para Barros, "o fenômeno da terceirização consiste em transferir para outrem atividades consideradas secundárias, ou seja, de suporte, atendo-se a empresa à sua atividade principal".⁴³

Por esses conceitos, vê-se que a terceirização pode ser vista apenas como a entrega de algumas atividades de uma empresa, que não são as suas principais, para que a mesma se concentre na sua atividade fim, visando uma melhor produtividade e lucratividade ao concentrar-se nesta.

A partir destes conceitos, pode-se imaginar que a terceirização abrange quaisquer prestações de serviços, mas não é o que veremos a seguir, quando veremos os seus limites.

³⁸ CARELLI, Rodrigo de Lacerda - Cooperativa de Mão-de-Obra: Manual Contra Fraude- São Paulo: LTR, 2002.p.43,44.

³⁹ FERRARI, Irani – Cooperativas de trabalho: existência legal – com Geórgia Cristina Affonso – 2ª. Edição – São Paulo: LTR, 2002.p.37.

⁴⁰ CARELLI, Rodrigo de Lacerda - Cooperativa de Mão-de-Obra: Manual Contra Fraude- São Paulo: LTR, 2002.p.22.

⁴¹ MARTINS, Sérgio Pinto – Cooperativas de Trabalho – 2ª. Edição – São Paulo: Atlas, 2007.p.171.

⁴² GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa – Curso de Direito do Trabalho – São Paulo: Método, 2007.p.171.

⁴³ BARROS, Alice Monteiro de – Curso de Direito do Trabalho – 3ª. Edição revista e ampliada – São Paulo: LTR, 2007.p.442.

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

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

4.2 Terceirização e o enunciado da Súmula 331 do TST

O enunciado da súmula 331 do TST parece ser a norma orientadora da legalidade na prestação de serviços terceirizados. Vejamos o teor da Súmula:

"331- Contrato de Prestação de Serviços- Legalidade - Inciso IV Alterado pela Resolução 96/2000, DJ 18.9.2000"

"I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador de serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6019, de 3.1.1974)".

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

"III - Não forma vínculo de emprego com o tomador de serviço a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7012, de 20.6.1983) e de conservação e limpeza, bem como o de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta".

"IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da

relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 - da Lei n. 8666, de 21.6.1993)"

A terceirização tem sido objeto de expressivo volume de obras doutrinárias, de renomados autores do Direito do Trabalho⁴⁴. Entretanto, para efeito do propósito do presente estudo, cabe apenas destacar três pontos a respeito do Enunciado 331.

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

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

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

Aí temos, em linhas gerais, as normas orientadoras sobre a terceirização, as quais foram ditadas pela jurisprudência consolidada do TST. Elas abrangem, praticamente, tudo o que se pode querer saber sobre o que é a terceirização para o Judiciário Trabalhista, explicam sobre a administração pública e a sua relação com as empresas terceirizadas, a sua responsabilização e a não existência de vínculo de emprego, já que é necessário, para fazer parte dos quadros da Administração Pública, concurso público.

Alguns autores salientam que apesar de sua grande importância no mundo jurídico, a súmula 331 não é lei, por isso deve ser interpretada de acordo com a realidade do momento

Para Ferrari, "não é Lei, nem tem força de Lei. É o resultado de entendimento reiterado sobre uma determinada matéria ou tema jurídico que acaba servindo como orientação para os operadores do direito, doutrinadores, advogados e procuradores".⁴⁵

⁴⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. A Terceirização e o Direito do Trabalho. São Paulo, Ed. Atlas, 4ª ed., 2000.

⁴⁵ FERRARI, Irani – Cooperativas de trabalho: existência legal – com Geórgia Cristina Affonso – 2ª. Edição – São Paulo: LTR, 2002.p.37.

Para Mauad, "não se perca de vista que o Enunciado n. 331, não obstante sua importância considerável, atualmente, no cenário das relações trabalhistas das empresas, não é lei, mas apenas e tão-somente orientação jurisprudencial sobre a visão de nossa mais alta Corte trabalhista a respeito de terceirização ou da subcontratação. Portanto, é de grande valia para indicar, aos agentes econômicos e à sociedade em geral qual é o pensamento da Justiça Trabalhista em relação ao tema, terceirização. Mas não deve ser interpretado literalmente. Na medida em que surgem novos fatos, o intérprete deverá fazer a leitura da súmula com os olhos voltados à nova realidade"⁴⁶.

Vê-se, então, que estes autores têm uma visão técnica sobre as súmulas em geral e o enunciado da súmula 331 em particular, mas diferente é o pensamento do Ministério do Trabalho, como é visto no parágrafo posterior.

Segundo a orientação do Ministério do Trabalho, baseada no Enunciado 331 do TST, são apenas quatro as hipóteses de terceirização lícita: 1) Trabalho temporário. 2) Atividades de vigilância. 3) Atividades de conservação e limpeza. 4) Serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador.⁴⁷

Vemos, então, que a administração pública se baseia na súmula 331 do TST para ditar as hipóteses, e só aceita a terceirização nas hipóteses citadas. O caso das cooperativas de trabalho prestadoras de serviços parece ser a quarta hipótese. E desta hipótese falar-se-á a seguir.

4.3 Terceirização e cooperativas de trabalho

Como visto no item anterior, a Justiça do trabalho, por meio do TST, só aceita a terceirização em quatro hipóteses e uma delas é a prestação de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador de serviços. Este parece ser o caso das cooperativas de trabalho prestadoras de serviços. Considerando isto, passemos ao debate de doutrinadores que tentam esclarecer a seguinte questão: pode a cooperativa de trabalho atuar como uma forma de terceirização só na atividade-meio de uma empresa ou será que pode atuar em sua atividade-fim? Temos opiniões em todos os sentidos como veremos a seguir:

⁴⁶ MAUAD, Marcelo José Ladeira - Cooperativas de Trabalho: Sua relação com o Direito do Trabalho - 2a. Edição revista e atualizada - São Paulo : LTr, 2001.p.227.

⁴⁷ PEREIRA, Maria Isabel - Cooperativas de Trabalho: O Impacto no Setor de Serviços - São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2003.p.15.

Para Ferrari, "o que interessa, de fato, para justificar a terceirização é a prestação de trabalho por pessoa jurídica idônea, seja em razão da especialização dos serviços, seja em razão da necessidade por pouco tempo, sem fraude à legislação trabalhista", professando, ainda que "em qualquer tipo ou ramo de atividade (civil, comercial ou rural) todos os serviços são essenciais para a consecução dos respectivos objetivos sociais / estatutários: eis que de seu somatório é que a sociedade se realiza"⁴⁸, parecendo sugerir que a tentativa de encontrar uma atividade fim numa empresa é tarefa inglória, e, que por serem atividades-fim todas as atividades da empresa, não haveria como haver terceirização em nenhuma delas.

Para Silva, "por que não concordamos que esses serviços sejam realizados nas atividades-fim das empresas tomadoras de serviços? Porque, como já tivemos oportunidade de expor, a mão-de-obra se prestaria a criar apenas uma empresa fictícia - a própria tomadora dos serviços, - que não teria nenhuma função social nessa relação, a não ser a de encarecer a mão-de-obra, pois seria uma estrutura 'morta', onde tudo estaria terceirizado, desde a atividade-meio até a atividade-fim, e provavelmente, seria ela que abarcaria com os lucros da operação, sem que produzisse qualquer utilidade" ⁴⁹, tendo, portanto, uma posição contrária à terceirização em atividades-fim de qualquer empresa tomadora de serviços, podendo ser realizada só em atividade-meio.

Para Furquim, "temos que, no caso da sociedade cooperativa, a prestação de serviço tanto pode referir-se à atividade-meio como à atividade-fim da empresa contratante. Robortella, em debate, apresenta sua opinião sobre o tema e afirma que o trabalho prestado pela Cooperativa de Trabalho às empresas contratantes pode se referir à atividade-fim da empresa. E fundamenta a assertiva no parágrafo único do art. 442 da CLT, que estabelece : 'Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela' . A expressão 'qualquer que seja o ramo...' significa uma autorização para a empresa contratar uma sociedade cooperativa, não importando o ramo de sua atividade"⁵⁰, tendo uma posição favorável à prestação de serviços até em atividade-fim de uma empresa.

Os três pensamentos acima são díspares, mas é possível que a idéia certa esteja em que a terceirização só deva se dar, no caso das cooperativas de trabalho, nas atividades-meio da empresa tomadora de serviços, como propugna o Ministério do trabalho com base no

⁴⁸ FERRARI, Irani – Cooperativas de trabalho: existência legal – com Geórgia Cristina Affonso – 2ª. Edição – São Paulo: LTR, 2002.p.39.

⁴⁹ SILVA, Leda Maria Messias da Silva – Cooperativas de Trabalho: terceirização Sem Intermediação: As cooperativas de mão-de-obra e a terceirização sem fraudes – São Paulo: LTR, 2005.p.88.

⁵⁰ FURQUIM, Maria Célia de Araújo – A Cooperativa Como Alternativa de Trabalho – São Paulo: LTR, 2001.p.54,55.

Enunciado da Súmula 331 do TST, já que, como disse o segundo autor mencionado, sem atuar nem na sua atividade-fim não existiria mais uma empresa. Isto é mais do que válido no caso da cooperativa de trabalho que presta serviços à Administração Pública, pois, aí mesmo, só é possível terceirização de atividades-meio, e, neste caso, há várias limitações, como veremos nos itens a seguir sobre a Administração Pública e as cooperativas de trabalho.

4.4 Terceirização na Administração Pública

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

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

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

O Decreto-Lei nº 200, de 25 fev. 1967, constitui um marco normativo nacional na abordagem da terceirização na Administração Pública. Com ele, o princípio da eficiência, que bem mais tarde foi elevado a status constitucional pela reforma administrativa promovida pela Emenda Constitucional nº 19/98, já ganhava um destaque especial, pois todas as medidas que implementava tinham por fim justamente melhorar o desempenho da máquina estatal, o que incluía a limitação da atuação administrativa às atividades estatais essenciais e a ampliação das parcerias com a iniciativa privada.⁵¹

A matéria foi regulamentada pelo Poder Executivo, nos termos do Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997, que “dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências”. O art. 1º do

⁵¹ LIMA, Denise Holanda Costa – Terceirização na Administração Pública: As Cooperativas de Trabalho – Belo Horizonte: Fórum, 2007.p.62.

referido Decreto, em seu caput, admite a execução indireta de atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares, ao passo que seu parágrafo primeiro contém enumeração de atividades a serem preferencialmente executadas mediante contratação e seu parágrafo segundo, em oposição, exclui a execução indireta para as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade. É a seguinte a redação do dispositivo:

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

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

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

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

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

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

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

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

III - previsão de reembolso de salários pela contratante;

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

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

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

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

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

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

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

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

Face às extensas listas de atividades cuja execução os órgãos públicos podem legalmente transferir à iniciativa privada, mediante contratação de serviços, e considerando também a possibilidade da administração exercer tal opção pela execução indireta também em relação a outras atividades-meio não expressamente elencadas, cabe indagar que parâmetros podem servir à identificação de áreas ou atividades não transferíveis à iniciativa privada. Caso contrário, poder-se-ia cogitar até mesmo em proceder à terceirização da administração pública por completo. Por absurdo que tal possa parecer, não se trata de mera questão teórica, uma vez que o Município de Farol encaminhou consulta nesse sentido ao Tribunal de Contas do Paraná, que negou tal possibilidade em decisão (Res. 2364/94) assim ementada⁵²:

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

A terceirização de serviços por parte da administração pública, quando praticada sem o devido respaldo legal, acarreta conseqüências distintas para o contratado pela empresa prestadora, para esta e para a autoridade contratante. A contratação irregular, nesse caso, não gera vínculo empregatício com o órgão público tomador do serviço, conforme o item II do Enunciado 331 do TST, anteriormente transcrito. Apesar disso, o ente público contratante não pode se eximir de efetuar pagamento correspondente aos serviços efetivamente prestados, pois não pode a administração enriquecer ilicitamente às custas do prestador de serviços ou de seus empregados. Este entendimento quanto às conseqüências da prática irregular de terceirização no serviço público é corroborado por George Ricardo Mazuchowski⁵³ nos seguintes termos:

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

⁵² Conforme citado na Resolução nº 13.509/97, publicada no Boletim de Licitações e Contratos, ano XI, nº 9, set. 1998, p.453.

⁵³ MAZUCHOWSKI, George Ricardo. Terceirização. Jurisprudência Brasileira Trabalhista .v.51.p. 32.

investigação mais profunda referente à idoneidade financeira e patrimonial da prestadora de serviços.”

Mais adiante, continua o mesmo autor:

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

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

A prática de terceirização de serviços pela Administração Pública é lícita apenas no que diz respeito às atividades-meio dos entes públicos, não sendo cabível adotá-la para o exercício de atividades pertinentes a atribuições de cargos efetivos próprios de seus quadros, nem para funções que impliquem no exercício de poder de polícia ou na prática de atos administrativos.⁵⁴

A terceirização sem limites configuraria fraude à disciplina constitucional para o provimento de cargos na administração pública, assentada na livre acessibilidade e na seleção mediante concurso. O recurso à terceirização para a prática desse tipo de desvio é denunciado por Luciano Ferraz⁵⁵, sem meias-palavras, nos seguintes termos:

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

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

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

⁵⁴ CARELLI, Rodrigo de Lacerda - Cooperativa de Mão-de-Obra: Manual Contra Fraude- São Paulo: LTR, 2002.p.59,62,63.

⁵⁵ FERRAZ, Luciano de Araújo. Lei de Responsabilidade Fiscal e terceirização de mão-de-obra no serviço público. Jurídica Administração Municipal, ano VI, nº 3, março 2001, p.24

públicos não podem delegar a terceiros a execução integral de atividades que constituem sua própria razão de ser.

Mesmo no que concerne às atividades-meio, a contratação de serviços deve obedecer a algumas limitações. Assim é que uma segunda diretriz para excluir a viabilidade de execução indireta de algumas atividades é a existência de cargos permanentes, no quadro funcional do órgão ou entidade, cujas atribuições sejam exatamente as de exercer essas atividades. Essa diretriz é consequência direta da exigência constitucional de concurso público, que poderia ser burlada caso a administração, ao invés de realizar certame da espécie, pudesse optar pela contratação externa de serviços. Sob essa hipótese, a fraude ao concurso seria eventualmente completada quando o prestador dos serviços aquiescesse em empregar pessoas “recomendadas” pela autoridade contratante.

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

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

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

A terceira diretriz impeditiva de execução indireta de atividades próprias dos órgãos e entidades públicas reside no exercício do poder de polícia e na prática de atos administrativos em geral. Poder de polícia, na definição adotada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵⁶, é “a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”. No exercício do poder de polícia, cabe ao agente promover tal limitação exclusivamente em virtude de lei, cumprindo o poder-dever de assegurar o respeito à mesma,

⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo, Ed. Atlas, 13ª ed., 2001, p.110.

fiscalizar sua observância pelos cidadãos, impedir sua transgressão e, quando for o caso, aplicar sanções administrativas cabíveis.

Ato administrativo, ainda na definição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵⁷, consiste na "declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário". A representação do Estado, no caso, exige a capacidade e a competência, definida esta última, conforme a mesma autora⁵⁸, como "conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixados pelo direito positivo".

Dessa forma, a prática de atos administrativos demanda seja o sujeito do ato competente para tal. Esta competência, via de regra outorgada mediante lei formal, não admite transferência contratual a pessoas estranhas à administração pública. Ficam, portanto, excluídas da hipótese de execução indireta atividades que importem expedição de autorizações, licenças, certidões ou declarações, bem como atos de inscrição, registro ou certificação, e ainda os atos de decisão ou de homologação em processos administrativos. Atividades dessa natureza são insuscetíveis de execução indireta, ainda que sejam tidas como atividades-meio em relação às finalidades do órgão público.

Essa diretriz encontra também respaldo no Tribunal de Contas da União, cuja Decisão nº 25/00 determinou à Subsecretaria de Assuntos Administrativos do Ministério da Ciência e Tecnologia fossem excluídos de contrato de terceirização os serviços auxiliares correspondentes às atividades de Secretaria – Níveis I e II, Assistência Administrativa e Auxílio Administrativo, por serem tais contratações contrárias às hipóteses para tal admitidas no Decreto nº 2.271, de 1997, uma vez que abrangem atividades desenvolvidas por servidores no âmbito do órgão. A fundamentação oferecida pelo Ministro-Substituto Benjamin Zymler⁵⁹, Relator do processo, é de absoluta clareza:

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

⁵⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo, Ed. Atlas, 13ª ed., 2001, p.181.

⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo, Ed. Atlas, 13ª ed., 2001, p.188.

⁵⁹ Processo nº 928.360/98-9. Boletim de Direito Administrativo, ano XVII, nº 1, jan. 2001, p. 65.

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

Ademais, vê-se que a terceirização na Administração Pública tem características bem definidas. Esta só será admitida se não for afeta à atividade-fim do órgão público e/ou às atribuições das carreiras do respectivo quadro de pessoal, bem como for definida exclusivamente como prestação de serviços. Ainda assim, deve o Administrador precaver-se quanto aos indesejáveis efeitos da responsabilidade subsidiária, fiscalizando adequadamente a atuação das contratadas de modo a assegurar-se de que elas vêm cumprindo seus encargos trabalhistas regularmente⁶⁰, englobando, aí, o fator de que a terceirização na Administração Pública não pode ser feita na atividade-fim e que a responsabilidade subsidiária do Administrador é uma questão séria, que enseja punições cíveis, administrativas e até penais.

4.5 Cooperativas de trabalho e Administração Pública Federal: limitações

As cooperativas de trabalho, quando funcionam como uma espécie de terceirização junto à Administração Pública, no âmbito da União Federal, atualmente, sofrem várias limitações, advindas do acordo entre o Ministério Público do Trabalho e a Advocacia Geral da União, nos autos da ação civil pública nº 1082/02, da 20ª Vara do Trabalho de Brasília / DF. Por este acordo a "União abster-se-á de contratar trabalhadores, por meio de 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 execução em estado de subordinação, quer em relação ao tomador, ou em relação ao fornecedor dos serviços, constituindo elemento

⁶⁰ LIMA, Denise Holanda Costa – Terceirização na Administração Pública: As Cooperativas de Trabalho – Belo Horizonte: Fórum, 2007.p.71.

essencial ao desenvolvimento e à prestação dos serviços terceirizados, sendo eles: a)-Serviços de limpeza;b)-Serviços de conservação;c)-Serviços de segurança, de vigilância e de portaria; d)-Serviços de recepção;e)-Serviços de copeiragem;f)-Serviços de reprografia; g)-Serviços de telefonia;h)-Serviços de manutenção de prédios, de equipamentos, de veículos e de instalações;i)-Serviços de secretariado e secretariado executivo;j)-Serviços de auxiliar de escritório;k)-Serviços de auxiliar administrativo;l)-Serviços de office boy (contínuo);m)-Serviços de digitação;n)-Serviços de assessoria de imprensa e de relações públicas;o)-Serviços de motorista, no caso de os veículos serem fornecidos pelo próprio órgão licitante;p)-Serviços de ascensorista;q)-Serviços de enfermagem; e-r)Serviços de agentes comunitários de saúde". Mais adiante, o acordo diz que "considera-se cooperativa de mão-de-obra, aquela associação cuja atividade precípua seja a mera intermediação 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".

Temos, pois, uma enumeração - que não é exaustiva, mas, apenas, meramente enumerativa, já que logo depois dessa enumeração diz-se que ela pode ser modificada posteriormente ao alvitre da administração - de atividades que não podem ser prestadas à União pelo que o acordo chama de - e conceitua como - "cooperativa de mão-de-obra". Parece ser o caso de falsas cooperativas, que não possuem o menor sinal de cooperativismo em sua constituição e, que, portanto, não podem estar ao abrigo das leis que protegem e favorecem as verdadeiras cooperativas.

O acordo vincula, também, além da administração direta, as autarquias, as fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, como prevê a cláusula quinta do acordo judicial, bem como já entendeu o Tribunal de Contas da União⁶¹, sendo que em relação às empresas públicas e sociedades de economia mista deverá ser dado conhecimento ao Departamento de Coordenação e Controle das Empresas Estatais – DEST, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, ou órgão equivalente, para que discipline a matéria no âmbito de sua competência, o que equivale dizer que este acordo vincula a administração direta e indireta.

4.6 Cooperativas de trabalho e licitações públicas

⁶¹ CARELLI, Rodrigo de Lacerda - Formas Atípicas de Trabalho – São Paulo: LTR, 2004.p.63.

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

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

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

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

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

Tais exceções são de duas naturezas: os casos de dispensa de licitação e os de inexigibilidade de licitação. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶², a diferença entre ambas os conceitos expressa-se da seguinte forma:

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

⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo, Ed. Atlas, 13ªed.,2001.p.302.

A diferença entre o conceito de inexigibilidade e o conceito de dispensa de licitação tem como consequência serem admissíveis apenas os casos de dispensa expressamente previstos no art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, uma vez que a licitação, embora possível, foi considerada pelo legislador dispensável naquelas circunstâncias específicas. As hipóteses de inexigibilidade, ao contrário, são inúmeras, uma vez que esta se caracteriza pela inviabilidade da competição, qualquer que seja a razão para tal. Sobre essa distinção conceptual, assim se expressa Marçal Justen Filho⁶³:

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. São Paulo, Ed. Dialética, 5ª ed., 1998, p. 211.

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

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

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

“Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2o e 4o do art. 17 e nos incisos III a XXIV do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8o, deverão ser comunicados dentro de três dias a autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, como condição para eficácia dos atos. Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

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

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

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

A imposição de justificar, submeter à autoridade superior e publicar o ato que declare inexigibilidade ou dispensa de licitação, além de atender ao princípio da publicidade, a que está sujeita toda a administração pública, serve também ao propósito de prover documentação

que possa servir à apuração de eventual irregularidade praticada pela autoridade, caso em que estarão os responsáveis sujeitos às sanções previstas em lei.

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

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

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

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

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

§ 2º A pena imposta será acrescida da terça parte, quando os autores dos crimes previstos nesta Lei forem ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança em órgão da Administração direta, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista, fundação pública, ou outra entidade controlada direta ou indiretamente pelo Poder Público.

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

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

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

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

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

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

Segue-se agora ao exame da viabilidade legal de cooperativas serem habilitadas em licitações realizadas por entes públicos com a finalidade de selecionar prestador de serviços que pretenda terceirizar. A questão vem assumindo importância e atualidade crescentes, à medida que grande número de cooperativas de trabalho vem sendo criadas nos últimos anos, passando a disputar os certames licitatórios com as tradicionais empresas de prestação de serviços.

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

4.6.1 O parágrafo único do artigo 442 da CLT e as cooperativas de trabalho

Aparentemente, o principal fator a motivar a proliferação de cooperativas de trabalho foi a edição em 09 de dezembro de 1994 foi promulgada a Lei n. 8949 que acrescentou o parágrafo único ao artigo 442 da CLT, sendo o dito parágrafo o seguinte: “Qualquer que seja o ramo da atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviço daquela”, visando declarar a inexistência de vínculo empregatício entre as cooperativas e seus associados.

A afirmação categórica do novo dispositivo legal, quanto à inexistência de vínculo empregatício, favoreceu a propagação de cooperativas de trabalho, merecendo o seguinte comentário de Saratt e Moraes⁶⁴ ao historiarem a evolução legal do cooperativismo:

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

Os mesmos autores assim quantificam a multiplicação das entidades cooperativas⁶⁵:

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

A referida Lei nº 8.949, de 1994, tem sido objeto de intensa discussão doutrinária no âmbito do Direito do Trabalho, pois muitos autores acreditam que este parágrafo teria provocado um aumento substancial das cooperativas de trabalho e, ao mesmo tempo, trazido, por via de consequência, a criação de falsas cooperativas de trabalho, que, aproveitando-se da lei, teriam praticado fraude contra a legislação trabalhista.

Vejam, a seguir, como a doutrina viu a mudança imposta ao parágrafo único do artigo 442 da CLT.

Para Carelli, a lei 8949/94, que acrescentou parágrafo único ao artigo 442 da CLT teria provocado “um ‘boom’ no Brasil” das cooperativas de trabalho. Para este autor “muitas dessas novas cooperativas surgidas utilizaram-se de uma interpretação desse novo parágrafo que, em seu ponto-de-vista, possibilitaria a utilização desse instituto como meio para

⁶⁴ SARATT, Newton e MORAES, Rogério Pires. Cooperativas de trabalho: um diferencial inteligente. Porto Alegre, Ipsis Litteris Editora, 1997, p. 29.

⁶⁵ SARATT, Newton e MORAES, Rogério Pires. Cooperativas de trabalho: um diferencial inteligente. Porto Alegre, Ipsis Litteris Editora, 1997, p. 65.

fornecimento de mão de obra para empresas. Entenderam que o parágrafo único concedia um salvo-conduto para a montagem de cooperativas para eliminar o vínculo empregatício”⁶⁶.

Para Silva, “com esse parágrafo acrescido ao art. 442 da CLT, foram criadas ‘pseudo’-cooperativas com perspectivas apenas de lucro, cujas atividades se cingiam apenas à locação de mão de obra”. Ela informa, ainda que “apenas à guisa de informação, é curioso o exposto por Vilma Bernardes Gil, sobre a origem da aludida Lei, conforme informação do procurador-chefe do Ministério Público da 15ª Região, em palestra proferida no IV Congresso Brasileiro de Direito Individual do Trabalho, realizado nos dias 25.26 e 27.3.1996, promovido pela Editora LTR, em São Paulo-SP”:

“O Projeto que redundou nessa alteração legal objetivava resolver as disputas judiciais que começaram a surgir em relação aos trabalhadores que, após trabalharem nos assentamentos do Movimento dos Sem Terra – MST -, pleiteavam junto à Justiça do Trabalho vínculo empregatício com o movimento. Segundo esclarece Raimundo S. de Mello, o MST criou, ‘com objetivos ideais’, cooperativas de produção; alguns dos associados, no entanto, ao se desligarem delas, ajuizaram reclamações trabalhistas, sendo que, em algumas delas, obtiveram êxito no reconhecimento do vínculo empregatício. Esse procedimento, entretanto, inviabilizaria o Movimento, motivo pelo qual foram feitas gestões junto a membros do Congresso Nacional, no sentido de apresentarem o projeto de Lei antes referido, que redundou na malfadada lei”.

“Malfadada lei, obviamente, pois neste contexto, não por ter incentivado uma crescente onda de cooperativismo sob outras modalidades que não o cooperativismo agrícola, mas, sim porque favoreceu àqueles que, mal intencionados, não querem investir no verdadeiro cooperativismo, nem mesmo estimular novas alternativas de renda e trabalho, mas, ao contrário, só almejam diminuir os custos da produtividade, à custa da precarização do trabalho”.⁶⁷

Para Laraia, este “dispositivo repete aquele contido no artigo 90, da Lei 5764/71, que define a Política Nacional de Cooperativismo e institui o regime jurídico das sociedades cooperativas. Foi inserido na CLT com o objetivo bem-intencionado de desestimular os pedidos de reconhecimento da existência da relação de emprego entre membros e autênticas cooperativas de trabalho, integrante de movimentos sociais, mas terminou incentivando a proliferação de falsas entidades criadas com a intenção de subtrair a proteção legal a

⁶⁶ CARELLI, Rodrigo de Lacerda - - Formas Atípicas de Trabalho – São Paulo: LTR, 2004.p.54.

⁶⁷ SILVA, Leda Maria Messias da – Cooperativas de Trabalho: terceirização Sem Intermediação: As cooperativas de mão-de-obra e a terceirização sem fraudes – São Paulo: LTR, 2005.p.27,28.

verdadeiros empregados, aumentando, sobremaneira, os litígios trabalhistas. Demonstração típica de que legislar em demasia é prejudicial”.

“O genuíno destinatário do parágrafo em questão é a pessoa física autônoma, associada à cooperativa constituída com a finalidade de angariar serviços a seus membros sem objetivo de lucro (art. 3º da Lei n. 5764/71). Distingue-se do empregado por vários traços, entre eles, a associação para o alcance de um fim comum, a liberdade de associação e, principalmente, a autonomia. Se houver subordinação jurídica entre o trabalhador e aquele que lhe toma os serviços, tem-se descaracterizada a relação cooperada e configurado o vínculo empregatício, deixando de incidir a previsão em comento (Instrução Normativa MTE/GM n. 3 de 01.09.1997)”.

“É importante ressaltar aqui o princípio da primazia da realidade que, muitas vezes, é propositadamente esquecido em benefício do formalismo jurídico. Não é a forma de contratação que define o trabalhador como empregado ou não e, sim, as circunstâncias de fato que envolvem a relação. O verdadeiro associado de cooperativa é autônomo e age como tal; o empregado, supostamente cooperado, subordina-se juridicamente a outrem, que exerce sobre ele o poder de direção”⁶⁸

Para Lima “as cooperativas de trabalho tiveram um surpreendente crescimento quantitativo no país a partir da promulgação da Lei 8.949, de 09 dez. 1994, que introduziu o parágrafo único ao art. 442 da CLT. Embora o conteúdo dessa norma não tenha alterado substancialmente a ordem então vigente, serviu como estímulo para o desenvolvimento desse tipo de sociedade, sobretudo sob o impulso da promessa de redução de custos às empresas terceirizadoras, que passaram a ver, na contratação de cooperativas, uma saída viável para aumentar sua eficiência e competitividade”.⁶⁹ E, mais adiante, na mesma obra, afirma que “o que a doutrina e jurisprudência trabalhistas têm entendido de forma amplamente majoritária é que o disposto no parágrafo único do artigo 442 da CLT é uma presunção meramente relativa, pois que, se demonstrados os requisitos dos art. 2º e 3º da CLT diretamente com a cooperativa ou com o tomador de serviços, a fraude estará instaurada, seja porque os princípios cooperativistas previstos na Lei nº 5.764/71 não estão sendo respeitados, seja porque a terceirização foi pactuada em bases ilícitas, sendo inevitável a aplicação do art. 9º da CLT.”⁷⁰

Para Misi, “essa medida legislativa provocou a proliferação de cooperativas de trabalho, uma vez que institucionalizou a sua atividade como prestadora de serviços para

⁶⁸ LARAIA, in CLT Interpretada – 2007. pg. 313.

⁶⁹ LIMA, Denise Holanda Costa – Terceirização na Administração Pública: As Cooperativas de Trabalho – Belo Horizonte: Fórum, 2007.p.53.

⁷⁰ LIMA, Denise Holanda Costa – Terceirização na Administração Pública: As Cooperativas de Trabalho – Belo Horizonte: Fórum, 2007.p.58.

empresas submetidas à chamada reestruturação produtiva. No entanto, assim como ocorrera com as cooperativas habitacionais, desvirtuadas em detrimento das necessidades de moradia das classes populares para favorecer os interesses das grandes construtoras, essa alteração na legislação trabalhista também desencadeou a formação e proliferação de cooperativas, constituídas com o intuito de baratear os custos com mão-de-obra pela não incidência da proteção justralhista.⁷¹

Para Sussekind, esta lei “gerou a falsa impressão e conseqüente abuso no sentido de que os cooperativados podem prestar serviços às empresas contratantes, sob a supervisão ou direção destas, sem a caracterização da relação de emprego. 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”.

“Afronta o Direito transformar a cooperativa em agência de emprego, simulando uma relação jurídica imprópria. E, precisamente porque essa simulação não ocorre apenas no Brasil, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) adotou na conferência geral de junho de 2002 a Recomendação nº 185, na qual adverte que as cooperativas não devem ser utilizadas para encobrir relações de emprego em prejuízo dos trabalhadores”

“Destarte, as cooperativas de trabalho permanecem fora do campo de incidência do artigo 7º da Constituição sempre que operarem de conformidade com a sua estrutura jurídica e finalidade social. Inversamente, quando os cooperativados trabalharem, na realidade, como empregados do tomador dos serviços da cooperativa, configurada estará a relação de emprego entre eles e a empresa contratante. Aplicar-se-ão ao caso a o princípio da primazia da realidade, consagrado nos artigos 9º e 442, caput, da CLT, tal como referido no Enunciado nº 331, e, por via de conseqüência, os preceitos relacionados no art. 7º da Carta Magna”⁷².

Vê-se, pela palavra dos doutrinadores, que o problema advindo da nova redação do parágrafo único do artigo 442 da CLT consistiria na proliferação de falsas cooperativas de trabalho, que só existiriam para fraudar direitos trabalhistas, como é o caso, por exemplo, de empresas que demitem seus funcionários e, depois, os admitem através de uma falsa cooperativa por eles formados apenas para não pagar direitos trabalhistas advindos da relação de trabalho, mas ao ser verificada a relação de subordinação entre a empresa contratante e os

⁷¹ MISI, Marcia Costa - Cooperativas de Trabalho: Direito do Trabalho e Transformação Social no Brasil - São Paulo: LTr, 2000.p.92.

⁷² SUSSEKIND, Arnaldo – Curso de Direito do Trabalho – 2ª. Edição revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2004.p.162,163.

empregados da pretensa cooperativa, a empresa tomadora do serviço deve ter seus responsáveis obrigados a pagar tudo o que devem, na forma da lei.

Como a norma legal permanece em vigor, cabe aqui o exame de suas repercussões mediante a participação de cooperativas nos processos de terceirização. A esse respeito, assim se manifesta Sérgio Pinto Martins⁷³:

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

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

“Art. 3º Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro.

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

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

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

⁷³ MARTINS, Sérgio Pinto. A Terceirização e o Direito do Trabalho. São Paulo, Ed. Atlas, 4ª ed., 2000,p.90.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

É importante que se dê o devido destaque à distinção entre cooperativas e empresas, uma vez que boa parte das críticas às cooperativas de trabalho e à participação das mesmas no mercado de terceirização de serviços tem por foco as “cooperativas de fachada”, ou seja, aquelas cooperativas forjadas por alguns indivíduos com o único objetivo de fugir às obrigações legais incidentes sobre a atividade empresarial, mormente as de natureza trabalhista e tributária. Tais empresas travestidas de cooperativas configuram flagrante desvio do verdadeiro cooperativismo, não se justificando, contudo, que tal sirva de pretexto para restringir o campo de atuação das verdadeiras cooperativas. A esse respeito, assim se pronuncia Renato Lopes Becho⁷⁴:

⁷⁴ BECHO, Renato Lopes. A participação de cooperativas nas licitações da administração pública. Revista de Direito Administrativo, n° 224, abr./jun. 2001. p. 67.

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

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

As cooperativas são entidades sujeitas à fiscalização do Estado. Cabe aos órgãos fiscalizadores atuar com rigor, aplicando as sanções cabíveis nos casos de irregularidades. Registre-se também que a violação contumaz de disposições legais sujeita a cooperativa à intervenção, nos termos do art. 93 da já referida Lei nº 5.764, de 1971 e ainda que, quando for o caso, poderá ser demandada em juízo a extinção de cooperativas fraudulentas. Marcos Juruena Villela Souto⁷⁵ comenta a esse propósito:

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

Complementa em seguida o mesmo autor:

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

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

⁷⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Terceirização na administração pública e as cooperativas. Repertório IOB de Jurisprudência. 1ª quinzena de jan. 1988, nº1/98, p. 19.

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

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

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

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

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

Embora a prestação de serviços a terceiros não possa ser caracterizada como ato cooperativo, isto não a torna ilegal, uma vez que a própria lei tratou de admitir também a prática de atos não cooperativos, distinguindo-os todavia para fins de tributação. Esse entendimento é expresso por Renato Lopes Becho⁷⁶ nos seguintes termos:

“Se a cooperativa de trabalho contrata um trabalhador para preencher uma vaga surgida inesperadamente (por exemplo, em caso de doença do associado), tal ato será não cooperativo. Trazendo essa doutrina para o nosso tema, se uma cooperativa participa de uma licitação com a Administração, estará realizando ato não-cooperativo, que não se enquadrará com os apontados no art. 79. Assim, a cooperativa se iguala, nesse ponto, às sociedades comerciais.”

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

⁷⁶ BECHO, Renato Lopes. A participação de cooperativas nas licitações da administração pública. Revista de Direito Administrativo, nº 224, abr./jun. 2001. p. 70.

que venham a ser estabelecidos em seu edital. Este é o entendimento da maior parte dos autores, como Renato Lopes Becho⁷⁷, por exemplo:

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

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

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

Também similar é a manifestação de Ivan Barbosa Rigolin⁷⁸, em texto escrito especificamente sobre tal questão:

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

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

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

Mais adiante, acrescenta o mesmo autor⁷⁹:

“Tolher-lhes antecipadamente o caminho, com argumentos pessoais da autoridade competente para licitar, ou com lucubrações que neste caso são sempre carecedoras de maior

⁷⁷ BECHO, Renato Lopes. A participação de cooperativas nas licitações da administração pública. Revista de Direito Administrativo, nº 224, abr./jun. 2001. p. 73.

⁷⁸ RIGOLIN, Ivan Barbosa. Cooperativas em licitação – podem participar. Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública. nº 4, abr. 2000. p. 27.

⁷⁹ RIGOLIN, Ivan Barbosa. Cooperativas em licitação – podem participar. Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública. nº 4, abr. 2000. p. 28.

objetividade, sustentação ou fundamento jurídico, não se nos afigura nem tecnicamente correto nem formalmente permitido aos entes públicos licitadores.”

O entendimento quanto à admissibilidade de cooperativas em processos licitatórios não é totalmente pacífico. O principal fundamento a que recorrem os que negam tal possibilidade é a suposta violação do princípio de igualdade de condições entre todos os concorrentes, estatuído pelo art. 37, XXI da Carta Magna. Esse é o sentido, por exemplo, da manifestação da Procuradora do Estado da Bahia, Ana Lúcia Berbert de Castro Fontes⁸⁰:

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

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

Também Toshio Mukai, em nota publicada⁸¹, defende acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que inadmitiu a participação de cooperativas nas licitações públicas:

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

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

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

⁸⁰ FONTES, Ana Lúcia Berbert de Castro. Estudo sobre a regularidade da participação das cooperativas nas licitações públicas. Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia, v. 23, 1997. p. 22.

⁸¹ MUKAI, Toshio. Cooperativas não podem participar de licitações públicas. Revista Consulex, ano V, nº 99, fev. 2001. p. 35, e Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública, nº 3, março 2001. p.6.

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

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

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

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

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

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

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

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

Sobre a questão do efeito que possa ter na licitação a desigualdade existente entre empresas e cooperativas, assim se manifesta Marcos Juruena Villela Souto⁸²:

“O fato de se questionar a desigualdade de competição entre cooperativas, que não buscam lucro e não pagam encargos sociais, e empresas, também merece observações. Afinal, numa licitação da qual participam cooperativas, o preço proposto será a soma dos preços individuais dos cooperados acrescidos de uma taxa de administração (que viabiliza a existência de uma sede e dos serviços de gerenciamento interno da atividade).

No preço individual, o cooperado deverá cogitar de incluir todos os benefícios de saúde e previdência que ele terá que contratar junto à iniciativa privada (já que não dispõe dos direitos do celetista). Tal situação praticamente nivela licitantes, inexistindo, pois, fundamento para a vedação de participação de cooperativas em competição com empresas nas licitações.”

Para Maria Isabel Pereira: " essas duas peculiaridades inerentes às cooperativas - a não incidência de encargos sociais sobre a remuneração dos cooperados e a não incidência de tributação sobre o ato cooperativo - é sobre o segundo aspecto que, de um modo geral, se focalizam as argumentações; praticamente, não se questiona o primeiro aspecto, no caso das cooperativas lícitas, da mesma forma que não incidem encargos sociais sobre o pró-labore de empresários ou os dividendos de acionistas".⁸³ (Pereira, 2003, pg. 26)

Copola argumenta que "impedir que cooperativas participem de licitações é dar tratamento desigual aos participantes de uma licitação; isso, sim, é desrespeito ao princípio da igualdade tão ventilado pelos doutrinadores no direito contemporâneo"⁸⁴.

Para Moraes: "conforme demonstrado anteriormente, a Administração Pública deverá incentivar a participação de cooperativas em suas licitações, quando aquelas realmente visarem ao fornecimento de bens e serviços a terceiros, resguardada a solidariedade entre seus associados, a propriedade dos meios de produção e a inexistência de vínculo empregatício entre as cooperativas e seus associados. por evidente, contrario sensu, não estando presentes tais características, deve a Administração Pública impedir a participação de tais cooperativas em seus procedimentos licitatórios, sob pena de afronta aos arts. 37, caput, e 174, parágrafo 2º da Constituição Federal"⁸⁵.

⁸² SOUTO, Marcos Juruena Villela. Terceirização na administração pública e as cooperativas. Repertório IOB de Jurisprudência. 1ª quinzena de jan. 1988, nº1/98, p. 19.

⁸³ PEREIRA, Maria Isabel - Cooperativas de Trabalho: O Impacto no Setor de Serviços - São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2003.p.26.

⁸⁴ LIMA, Denise Holanda Costa – Terceirização na Administração Pública: As Cooperativas de Trabalho – Belo Horizonte: Fórum, 2007.p.80.

⁸⁵ LIMA, Denise Holanda Costa – Terceirização na Administração Pública: As Cooperativas de Trabalho – Belo Horizonte: Fórum, 2007.p.83.

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

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

4.7 Perspectiva futura sobre as cooperativas de trabalho como uma forma de terceirização na Administração Pública

Para a parte da doutrina que tem uma visão pessimista sobre as cooperativas de trabalho, "o futuro próximo das cooperativas de trabalho, como intermediadoras de mão-de-obra estará concentrado no fornecimento de trabalhadores para a Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, travestida de prestação de serviços. Isto, pois, as empresas públicas, ao contrário das privadas, estão, por mandamento constitucional, impossibilitadas de verem, por ordem judicial, contra si, declarados eventuais vínculos empregatícios existentes segundo a realidade. Assim, enquanto as empresas privadas já estarão percebendo que 'o barato pode sair caro', e abandonando essa utilização, para esta parte da doutrina, fraudulenta, as entidades públicas não correriam, *a priori*, esse 'perigo'⁸⁶, vendo estes autores como futuro das cooperativas de trabalho, uma grande expansão das falsas cooperativas visando a fraude à lei.

Para uma parte mais otimista da doutrina, "a ampliação do campo de normatização das relações de trabalho, para que alcance também o trabalho cooperativado, é de suma importância para preservar a dignidade do trabalhador, conquista da civilização contemporânea". Segundo esta corrente, "a atual conjuntura apresenta (...)o desafio de construir um direito do trabalho centrado não mais no modelo clássico de um certo tipo de relação de trabalho subordinado denominada de emprego, mas, centrado na relação de trabalho como gênero, da qual a de emprego sendo espécie demanda tutela própria, porém, e

⁸⁶ CARELLI, Rodrigo de Lacerda - Cooperativa de Mão-de-Obra: Manual Contra Fraude- São Paulo: LTR, 2002. p.59.

isto é o que é importante, as demais também ensejariam suas respectivas tutelas, necessariamente marcadas por variações dos princípios de reequilíbrio relacional da matriz trabalhista ou laboral, do que o estatuto do trabalho autônomo francês é exemplo interessante a merecer observação"⁸⁷, enfocando, no caso, o futuro das cooperativas de trabalho como um horizonte de legalidade institucional, de acordo com as novas regras trabalhistas que não se circunscrevem apenas à normal relação de trabalho, ensejando a que as cooperativas de trabalho funcionariam melhor se mais regulamentadas e menos sujeitas à interpretação doutrinária e jurisprudencial.

Um terceiro entendimento sobre as perspectivas futuras acredita que "se faz necessária uma legislação que estabeleça diretrizes mínimas de concessões aos cooperados (legislação essa, visando orientar o contrato de trabalho dos cooperados), para que a cooperativa possa contratar. isto é, o próprio art. 7º da Constituição Federal, que estabelece garantias mínimas aos trabalhadores, poderia para o seguidores dessa idéia servir de parâmetro, devendo ficar claro em tal legislação vindoura, que todo trabalhador-cooperativado deverá ter pelo menos 30 dias de férias anuais, salário mínimo, auxílio ou seguro para os dias em que estiver doente, recolhimento obrigatório, como já é hoje, de INSS para os cooperados, descontado pela cooperativa, a fim de que possam gozar do direito à aposentadoria e licença à gestante. Que ao menos estes direitos obrigatórios sejam garantidos, e outros, tantos quanto possíveis, conforme a produção da cooperativa. Também é necessário que se estabeleça a responsabilidade solidária do tomador em relação à cooperativa"⁸⁸, vendo-se que o ponto de vista desta autora é que tudo pode ser resolvido no futuro coma inserção da cooperativa como mais uma empresa, o que não parecia ser a vontade dos que criaram o movimento cooperativo, e não parece ser uma solução futura para as cooperativas de trabalho, muito menos quando atuam junto à Administração Pública.

Pode-se, então, dizer, que o futuro das cooperativas de trabalho como uma forma de terceirização na Administração Pública é um livro ainda a ser escrito, pois dependerá das futuras legislações que permitirão ou não essa atuação, e se o Enunciado 331 da Súmula do TST tornar-se-á instrumento legal e for aprofundado e pormenorizado o tratamento da terceirização na Administração Pública, o qual não é proibido, mas ainda tem um largo caminho a percorrer.

⁸⁷ MISI, Marcia Costa - Cooperativas de Trabalho: Direito do Trabalho e Transformação Social no Brasil - São Paulo: LTr, 2000.p.100,101.

⁸⁸ SILVA, Leda Maria Messias da Silva – Cooperativas de Trabalho: terceirização Sem Intermediação: As cooperativas de mão-de-obra e a terceirização sem fraudes – São Paulo: LTR, 2005.p.109.

5 CONCLUSÃO

Ao falar-se de cooperativas de trabalho já existe quase um preconceito quanto às mesmas e há autores que não as admitem, muito menos como forma de terceirização na Administração Pública. Mas, em princípio, elas podem funcionar desta forma, elas podem participar de licitações, elas podem ser um fator de geração de trabalho neste nosso mundo cheio de desemprego.

E quais seriam os grandes problemas causados pelas cooperativas de trabalho? Em princípio, dizem alguns que elas seriam um fator de "precarização" do trabalho, pois as cooperativas de trabalho, por não terem custos trabalhistas, seriam concorrentes desleais a outras empresas não cooperativadas. A este pensamento deve-se dizer que só as cooperativas ilegais atuam desta forma, e todos os argumentos contrários às cooperativas de trabalho na Administração Pública se baseiam na existência destas falsas cooperativas de trabalho, o que é um argumento que não cabe neste trabalho, que trata das verdadeiras cooperativas de trabalho. Negar a sua existência, impedi-las de participarem de licitações, cercear o seu crescimento, nada disto fará com que deixem de existir.

Então, o que se pode fazer? Pode-se criar uma legislação específica para as cooperativas, que abranja as cooperativas de trabalho e que defina a sua forma de atuação como uma forma de terceirização na Administração Pública, aprendendo com o disposto no Enunciado da Súmula 331 do TST e desenvolvendo-o, torná-lo lei. Ao mesmo tempo, pode-se fiscalizar com mais afinco a atuação das falsas cooperativas de trabalho - ainda que esta função seja feita magnificamente pelo Ministério Público do Trabalho -, devendo ser incrementado o combate a estas empresas travestidas de cooperativas de trabalho. Estas, sim, são fatores de crescimento de um mercado informal de trabalho, sem leis, sem regras e sem direitos sociais.

Serão as cooperativas de trabalho um futuro do trabalho e a terceirização da economia o único futuro, tendo em vista a crescente terceirização em todos os setores da economia, desde a produção de autopeças para automóveis até a segurança de tribunais? É razoável que isto aconteça? Claro que não! Se não seremos todos, no futuro, cooperativados e terceirizados.

Por terem as cooperativas de trabalho enormes vantagens comparativas elas seriam imbatíveis em licitações públicas e, por isso, deveriam ser obstadas de participarem destas licitações? Isto não é justo e nem é um tratamento isonômico, mas a Administração Pública deve sempre se precaver contra as falsas cooperativas e fiscalizar as verdadeiras, que se legalmente organizadas, dentro dos princípios que balizam o cooperativismo, podem servir como mais uma válvula de escape ao contínuo e crescente problema do desemprego.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de – **Curso de Direito do Trabalho** – 3ª. Edição revista e ampliada – São Paulo: LTR, 2007.

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

BOLETIM de Direito Administrativo, ano XVII, nº 1, jan.2001.

BOLETIM de Licitações e Contratos, ano XI, nº 9, set. 1998

CAMPELO, Estenio – **Cooperativas de Trabalho: Relação de Emprego** – Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda - **Cooperativa de Mão-de-Obra: Manual Contra Fraude**- São Paulo: LTR, 2002

- **Formas Atípicas de Trabalho** – São Paulo: LTR, 2004.

CARRION, Valentim – **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho** – 32ª. Edição Atualizada por Eduardo Carrion – São Paulo: Saraiva, 2007.

CLT Interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo/ Antônio Cláudio da Costa Machado, organizador; Domingos Sávio Zainaghi, coordenador. – Barueri, SP: Manole,2007.

Consolidação das Leis do Trabalho/ [compilação de] Armando Casimiro Costa, Irany Ferrari, Melchíades Rodrigues Martins – 34ª. Edição – São Paulo: LTR, 2007.

DELGADO, Mauricio Coutinho – **Curso de Direito do Trabalho** – 6ª. Edição – São Paulo: LTR,2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo, Ed. Atlas, 13ª ed.,2001.

FERRARI, Irani – **Cooperativas de trabalho: existência legal** – com Geórgia Cristina Affonso – 2ª. Edição – São Paulo: LTR, 2002.

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

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

FURQUIM, Maria Célia de Araújo – **A Cooperativa Como Alternativa de Trabalho** – São Paulo: LTR, 2001.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa – **Curso de Direito do Trabalho** – São Paulo: Método, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo, Ed. Dialética, 5ª ed., 1998.

KRUEGER, Guilherme – **Cooperativas de Trabalho na Terceirização** – Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

LIMA, Denise Holanda Costa – **Terceirização na Administração Pública: As Cooperativas de Trabalho** – Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto – **Cooperativas de Trabalho** – 2ª. Edição – São Paulo: Atlas, 2007.
– **Direito do Trabalho** – 23ª. Edição – 2ª. Reimpressão – São Paulo, Atlas, 2007.

– **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. São Paulo, Ed. Atlas, 4ª ed., 2000.

MAZUCHOWSKI, George Ricardo. **Terceirização. Jurisprudência Brasileira Trabalhista** v.51.

MAUAD, Marcelo José Ladeira - **Cooperativas de Trabalho: Sua relação com o Direito do Trabalho** - 2a. Edição revista e atualizada - São Paulo : LTr, 2001.

MISI, Marcia Costa - **Cooperativas de Trabalho: Direito do Trabalho e Transformação Social no Brasil** - São Paulo: LTr, 2000.

MUKAI, Toshio. **Cooperativas não podem participar de licitações públicas**. Revista Consulex, ano V, nº 99, fev. 2001.

— **Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública**, nº 3, março 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro - **Curso de Direito de Trabalho** - 22a. Edição revista e atualizada - São Paulo: Saraiva, 2007.

PEREIRA, Maria Isabel - **Cooperativas de Trabalho: O Impacto no Setor de Serviços** - São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2003.

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

SARATT, Newton e MORAES, Rogério Pires. **Cooperativas de trabalho: um diferencial inteligente**. Porto Alegre, Ipsis Litteris Editora, 1997.

SILVA, Leda Maria Messias da Silva – **Cooperativas de Trabalho: terceirização Sem Intermediação: As cooperativas de mão-de-obra e a terceirização sem fraudes** – São Paulo: LTR, 2005.

SILVA, De Plácido e - **Vocabulário Jurídico** - Volume I - 5ª edição - Rio de Janeiro: Forense, 1978.

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

SUSSEKIND, Arnaldo – **Curso de Direito do Trabalho** – 2ª. Edição revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEIXEIRA JÚNIOR, Amílcar Barca - **Cooperativas de Trabalho na Administração Pública** - Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.