

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
FACULDADE DE DIREITO

JULIANA DE HOLANDA DANTAS

A PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS

FORTALEZA  
2006

JULIANA DE HOLANDA DANTAS

A PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Danilo Santos Ferraz

FORTALEZA  
2006

JULIANA DE HOLANDA DANTAS

A PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

---

Prof.: Danilo Santos Ferraz (Orientador)  
Universidade Federal do Ceará-UFC

---

Prof.: Rodrigo Macêdo de Carvalho  
Universidade Federal do Ceará-UFC

---

Felipe Menezes Albuquerque  
Assessor Jurídico do Serviço Nacional de  
Aprendizagem do Cooperativismo – Ceará  
(Sescoop/CE)

À minha mãe (*in memoriam*), pelo amor  
incondicional.

## AGRADECIMENTOS

Aos amigos Gresielly, Felipe e Pollyanna, pelo incentivo, pelo tempo concedido, pela paciência, pelas críticas e sugestões recebidas.

Ao meu irmão Pedro, pela compreensão.

“É impossível determinar se uma doutrina que hoje é funesta nos seus primeiros efeitos, não será amanhã amplamente benéfica. Todas as idéias sobre as quais a sociedade repousa, foram subversivas antes de serem tutelares.”

Anatório Fróes

## RESUMO

Versa sobre sociedade cooperativa e sua possibilidade de participar de licitações públicas. As cooperativas são consideradas sociedades simples pelo legislador brasileiro. A finalidade das cooperativas é prestar serviços aos seus associados. A Constituição Brasileira dispõe sobre cooperativas, indicando a necessidade de atuação do Estado no estímulo e incentivo do cooperativismo. Parte da doutrina e da jurisprudência nega a possibilidade de participação das cooperativas em licitações públicas. Essa exclusão é prejudicial para as cooperativas. A participação das cooperativas em licitações públicas não se choca com a finalidade das cooperativas. Essa participação não fere o princípio da igualdade nas licitações.

Palavras-chave: Sociedade cooperativa. Licitações Públicas.

## ABSTRACT

It deals with cooperative society and its possibility of participating of public bidding at an auction. The cooperatives are considered by the Brazilian legislator as simple societies. The cooperatives' objective is to provide services to its partners. The Brazilian Constitution disposes about cooperatives, indicating the necessity of the actuation of the State on the stimulus and incentive of cooperatives. Part of the doctrine and of the jurisprudence denies the cooperatives' possibility of participating of public bidding at an auction. This exclusion is prejudicial to the cooperatives. The cooperatives participation in public bidding at an auction not collides with cooperatives' objective. This participation do not hurt the equality's principle in bidding at an auction.

**Keywords:** Cooperative society. Public bidding at an auction.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>1 CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DO COOPERATIVISMO.....</b>	<b>12</b>
<b>1.1 Origem.....</b>	<b>12</b>
<b>1.2 Legislação.....</b>	<b>12</b>
<b>1.3 Conceito e Natureza Jurídica.....</b>	<b>15</b>
<b>1.4 Objetivo.....</b>	<b>16</b>
<b>1.5 Valores.....</b>	<b>18</b>
<b>1.6 As Cooperativas e o Novo Código Civil.....</b>	<b>18</b>
<b>1.7 Princípios.....</b>	<b>19</b>
<b>1.8 Características.....</b>	<b>21</b>
<b>1.9 Classificação.....</b>	<b>22</b>
<b>1.10 Ato Cooperativo.....</b>	<b>25</b>
<b>2 COOPERATIVAS DE TRABALHO.....</b>	<b>28</b>
<b>2.1 Cooperativas de Trabalho e Relação de Emprego.....</b>	<b>28</b>
<b>2.2 As Cooperativas de Trabalho e a Terceirização.....</b>	<b>31</b>
<b>2.3 Critérios para Identificação de uma Cooperativa de Trabalho.....</b>	<b>34</b>
2.3.1 Cooperativas x Direito do Trabalho.....	34
2.3.2 Direitos Constitucionais dos Trabalhadores Aplicáveis às Cooperativas de Trabalho...	36
2.3.3 Forma de Remuneração dos Sócios Cooperados.....	39
2.3.4 Sobras.....	40
2.3.5 Registro na Organização das Cooperativas Brasileiras (OCB)/ Organização e Sindicato Estadual de Cooperativas (OCE).....	40
2.3.6 Critérios de Legitimidade.....	41
<b>3 AS COOPERATIVAS E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....</b>	<b>44</b>
<b>3.1 Terceirização.....</b>	<b>44</b>
<b>3.2 Licitação.....</b>	<b>46</b>
3.2.1 Princípios.....	47
3.2.2 Procedimento.....	50
3.2.3 Norma Proibitiva.....	52
3.2.4 Equalização de Propostas.....	53
3.2.5 Responsabilidade Subsidiária.....	54
<b>4 A PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS.....</b>	<b>56</b>

<b>4.1 Das Relações entre as Cooperativas e o Estado.....</b>	<b>56</b>
<b>4.2 Pretensões Óbices à Participação das Cooperativas em Licitações Públicas.....</b>	<b>57</b>
4.2.1 Colisão de Interesses.....	57
4.2.2 Malferimento ao Princípio da Isonomia.....	58
4.2.2.1 Equalização.....	61
4.2.3 Ausência de Legitimidade.....	63
4.2.4 Burla ao Concurso Público.....	65
4.2.5 Falsas Cooperativas.....	66
4.2.6 Responsabilidade Subsidiária do Estado.....	67
<b>4.3 Jurisprudência Relevante Sobre o Tema.....</b>	<b>67</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>71</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>74</b>
<b>APÊNDICES.....</b>	<b>76</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>79</b>

## INTRODUÇÃO

O tema cooperativa é ainda muito pouco estudado no Direito. Sabemos da carência de doutrina especializada e da conseqüente escassez de profissionais com certa proficiência no assunto. Em parte, esse foi o impulso inicial para a escolha do tema. Forte motivação adveio, também, da nossa convicção de que a aplicação prática da matéria aponta como alternativa à voraz exploração econômica com que temos convivido.

As cooperativas são mundialmente aceitas como meio alternativo de inserção econômica. O cenário de conturbação que envolve as cooperativas em âmbito nacional (problemas com a participação em licitações, pré-conceito dos juristas acerca de sua regularidade, falta de adequado tratamento tributário do ato cooperativo...), já ocorreu em países como Argentina, Itália, Portugal, dentre outros, nos quais, atualmente, as cooperativas têm sua parcela garantida no mercado. Espera-se que o mesmo ocorra no Brasil.

A palpitação do tema é crescente e mais recentemente tem-se debatido acerca da constitucionalidade do acordo firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a Advocacia Geral da União, no qual a União se compromete a não mais contratar com determinadas categorias de “cooperativas de mão-de-obra” (classificação estranha ao Direito Cooperativo). Questiona-se a legitimidade de referido acordo, que tem como pano de fundo a presunção de fraude com relação às cooperativas de trabalho. Ademais, não estaria esse ato ferindo princípios e valores constitucionais como a isonomia e o incentivo ao cooperativismo?

Importante observar também que, dentre as muitas inovações trazidas pelo Código Civil de 2002, está a inclusão, em seu bojo, de capítulo destinado exclusivamente ao tratamento das sociedades cooperativas, o que propiciou a transmutação desse instituto jurídico, que deixou de ser extravagante, tornando-se codificado.

Essa codificação é vista com otimismo pelos estudiosos do cooperativismo, que crêem residir nela o início da conscientização dos juristas acerca do assunto, visto que seu estudo no âmbito acadêmico proporcionará menor estranheza por parte dos magistrados e demais aplicadores do Direito quando postos em contato com o tema, fato comumente verificado na atual realidade jurídica.

Cientes dessa pouca difusão de conhecimento acerca do tema, iniciaremos nosso estudo com o estabelecimento de subsídios para uma melhor compreensão, trazendo, em um primeiro momento, os conceitos e informações mais gerais acerca das sociedades cooperativas. Estudaremos aspectos da caracterização das sociedades cooperativas em geral, abordando temas como a origem e conceituação dessa espécie de sociedade, bem como os

princípios e legislação que a regem e ainda a classificação das cooperativas e peculiaridades do ato cooperativo.

Dedicaremos especial atenção ao estudo das cooperativas de trabalho, que apontam como a espécie de cooperativa que concentra o maior número de cooperados, além de serem, de longe, a maior motivação de embates jurídicos acerca da possibilidade de participação de cooperativas em certames licitatórios.

Trataremos, ainda, da possibilidade de atuação das cooperativas junto à Administração Pública através do instituto da terceirização, tecendo, ainda, considerações iniciais acerca das licitações e da participação dessas sociedades em tais procedimentos.

Finalizaremos apresentando as mais relevantes argumentações doutrinárias e jurisprudenciais acerca da participação das cooperativas em certames licitatórios.

Esperamos lograr êxito na demonstração da viabilidade dessa participação e, mais que isso, do importante papel social das sociedades cooperativas, que representam um instrumento de melhoria das condições de vida dos cooperados e, reflexamente, da sociedade.

## 1 CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DO COOPERATIVISMO

“Cooperar é agir de forma coletiva com os outros, trabalhando juntos em busca do mesmo objetivo. A prática da cooperação educa a pessoa desenvolvendo uma mentalidade mais aberta, flexível, participativa, humana e solidária.” (GAWLAK, 2004, p. 13)

### 1.1 Origem

Com o advento da Revolução Industrial, no início do século XIX, perdeu-se parte significativa do poder de troca da mão-de-obra. A população passou a enfrentar uma série de dificuldades socioeconômicas em virtude dos baixos salários e das longas jornadas de trabalho. Tal cenário propiciou o surgimento de lideranças entre a classe operária, que buscavam melhorar as condições de trabalho e de vida. Surgiram aí as cooperativas.

A primeira cooperativa conhecida na história foi a “SOCIEDADE ROCHDALE DOS PIONEIROS EQÜITATIVOS”, situada em Rochdale, na Inglaterra, fundada por vinte e oito tecelões. Foi criada em 1844, com o objetivo de possibilitar a distribuição de produtos para consumo de associados, caracterizando-se como cooperativa de consumo. Esse armazém cooperativo de Rochdale estabeleceu-se com base em certos princípios, quais sejam: a) livre adesão; b) gestão democrática; c) distribuição das sobras líquidas; d) retorno proporcional às operações; e) taxa limitada de juros sobre o capital social; f) constituição de um fundo de educação para os cooperados e do público em geral; g) ativa cooperação entre os cooperativistas (em nível local e nacional); h) neutralidade político-religiosa. Esses princípios, que evoluíram e formaram a base do cooperativismo, serão estudados adiante de maneira mais detalhada.

### 1.2 Legislação

A Constituição Federal de 1988 buscou fortalecer as cooperativas. Já no Título I - Dos Princípios Fundamentais, artigo 3º, inciso I, encontramos, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. O termo solidariedade está contido no próprio sentido etimológico do vocábulo cooperativa.

Podemos observar, em seguida, no Título II, Capítulo I - Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, que o *caput* do artigo 5º apregoa a igualdade de todos perante a lei. Como é sabido, a referida norma constitucional consagra um dos princípios mais importantes

do Estado Democrático de Direito que é o princípio da isonomia. Segundo a interpretação de RUI BARBOSA (apud REIS, 2004, p. 4), "a regra da igualdade não consiste senão em quinhoeir desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade".

Ainda sobre o princípio da isonomia, é importante frisar que é da essência da lei estabelecer desigualdades. Toda lei desiguala na medida em que, ao estabelecer uma hipótese, estará, necessariamente, dando um tratamento diferenciado a quem nela se enquadrar, em relação a quem não se encaixe na situação hipoteticamente descrita.

Em seu artigo 5º, inciso XVIII, a Constituição Federal veda a interferência estatal para a criação e funcionamento de cooperativas, assegurando-lhes, desse modo, autonomia. Percebemos ainda, ao longo do texto constitucional, outros dispositivos que visam incentivar o cooperativismo (artigos 174, parágrafos 2º, 3º e 4º; 187, inciso VI e 192, inciso VIII) e determinar que seja dado adequado tratamento tributário ao ato cooperativo (artigo 146, inciso III, alínea "c").

O capítulo II do Título II da Lei Maior trata dos direitos sociais. O artigo 7º elenca os direitos relativos aos trabalhadores e suas disposições não se restringem às relações de emprego, pelo contrário, muitas delas se aplicam também às relações de trabalho, possibilitando, assim, sua aplicação às cooperativas.

No âmbito do direito privado, as cooperativas são regidas, sobretudo, pela Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, alterada pela Lei nº 6.981, de 30 de março de 1982, pela Medida Provisória nº 2.168-40, de 24 de agosto de 2001, e pela Lei nº 11.076, de 30 de dezembro de 2004, que define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas. Referido diploma foi recepcionado pelo Texto Constitucional de 1988, com exclusão das normas intervencionistas do Estado, que antes permeavam o assunto.

Ainda no campo do direito privado, temos o Decreto nº 3.017, de 6 de abril de 1999, alterado pelo Decreto nº 5.315, de 17 de dezembro de 2004, que aprova o Regimento do Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo (SESCOOP) - criado pela Medida Provisória nº 1.715, de 03 de setembro de 1998 - que tem por objetivo organizar, administrar e executar em todo território nacional o ensino de formação profissional, e impulsionar o desenvolvimento e promoção social do trabalhador em cooperativa e dos cooperados. O SESCOOP surgiu como instrumento para viabilizar a autogestão dos cooperados.

O Novo Código Civil, Lei nº 10.406, de 11 de janeiro de 2002, em seu artigo 982, considera as sociedades cooperativas como sociedades simples, independentemente de seu

objeto. Os artigos 1.093 a 1.096 cuidam da matéria relativa à sociedade cooperativa. Dispõe o art. 1.093 que a sociedade cooperativa reger-se-á pelo disposto no referido capítulo, ressalvada a legislação especial. O artigo 1.094 elenca as características que regem a sociedade cooperativa. O artigo 1.095 cuida da responsabilidade dos sócios, que pode ser limitada ou ilimitada. O artigo 1.096 determina que nas omissões da lei sejam aplicadas as disposições referentes à sociedade simples, resguardadas as características estabelecidas no artigo 1.094.

Essas são as normas de âmbito nacional que regem as cooperativas. Alguns Estados, em suas respectivas Constituições, dispõem sobre cooperativas, colocando em prática o que reza o artigo 174, parágrafo 2º da Constituição Federal. Temos como exemplo o parágrafo 1º do artigo 163 da Constituição do Rio Grande do Sul, mencionando que “na hipótese de privatização das empresas públicas e sociedades de economia mista, os empregados terão preferência em assumi-las sob a forma de cooperativas”; o artigo 188 da Constituição do Estado de São Paulo, dispondo que “apoiará e estimulará o cooperativismo e o associativismo como instrumento de desenvolvimento socioeconômico, bem como estimulará formas de produção, consumo, serviços, créditos e educação co-associadas, em especial nos assentamentos para fins de reforma agrária”; o inciso IV do artigo 233 da Constituição Mineira afirmando que o Estado adotará instrumentos para apoio ao associativismo e estímulo à organização da atividade econômica em cooperativas, mediante tratamento jurídico diferenciado.

Também encontramos dispositivos acerca do fomento ao cooperativismo na Constituição do Estado do Ceará, como exemplo temos o artigo 312:

Art.312 - O Estado apoiará e estimulará o cooperativismo e associativismo como forma de desenvolvimento sócio-econômico dos trabalhadores rurais e urbanos, em especial nos assentamentos para fins de reforma agrária e urbana, bem como estimulará mecanismos de produção, consumo, serviços, crédito e educação, cooperados e associados, nas áreas rurais e urbanas como formas de desenvolvimento preferencial.

Parágrafo único. O Estado destinará, entre outros recursos, percentual definido por lei dos tributos, recolhidos pelas cooperativas e associações para a constituição do Fundo de Desenvolvimento, Fomento e Educação para a Cooperação e Associação.

Curiosidade observada na Constituição do nosso Estado é a inclusão de matérias sobre o cooperativismo e associativismo como disciplinas obrigatórias dos currículos nas escolas públicas e privadas, dispositivo infelizmente não aplicado.

Com efeito, as cooperativas foram objeto de muita atenção pelos legisladores, sendo que todo o arcabouço jurídico cooperativista é fruto de um pensamento voltado para o desenvolvimento social, econômico e cultural da sociedade, bem como dos princípios cooperativos, que se apresentam como linhas orientadoras por meio das quais as cooperativas levam os seus valores à prática.

### 1.3 Conceito e Natureza Jurídica

O artigo 4º da Lei nº 5.764/71 fixa o conceito legal e elenca os requisitos indispensáveis a serem preenchidos para a válida constituição das sociedades cooperativas, consagrando os princípios do cooperativismo assentados internacionalmente: “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: (...)”.

Este conceito engloba diversos aspectos. Caracteriza-as como sociedade de pessoas, traço que as aproximaria das associações, entretanto, as cooperativas possuem finalidade econômica, têm intenção de auferir um benefício e distribuí-lo, distinguindo-se desse modo das associações. Afirma-se que são sociedades de pessoas porque apresentam como elemento preponderante a chamada *affectio societatis*, ou seja, a manifesta intenção de os associados se reunirem para auferir proveitos em comum. A sua constituição *intuitu personae*, ou seja, considerando a pessoa do associado, suas qualidades pessoais e sua livre adesão, é outro elemento que as caracteriza como sociedades de pessoas. Diferem das sociedades de capitais, porque estas são constituídas *intuitu pecuniae*, isto é, visando exclusivamente o retorno do capital e os lucros do empreendimento, pouco importando o liame que une as pessoas dos sócios, seu relacionamento e sua vontade de compartilhar trabalho em prol dos demais.

As sociedades cooperativas têm natureza social e capitalista ao mesmo tempo: social em decorrência da solidariedade da pessoa para obtenção de um objetivo comum, capitalista porque há necessidade de aporte de capital para que ela possa ser criada e funcionar. Identificamos aí sua essência híbrida, que é o que a concede natureza jurídica própria.

A Lei nº 5.764/71 consagra o princípio doutrinário da dupla natureza da sociedade cooperativa: **uma natureza social**, porque pressupõe a participação solidária dos associados na condição simultânea de empresários e usuários do empreendimento, interagindo



politicamente no ambiente social através da Cooperativa; e **uma natureza societária**, porque a missão de uma cooperativa é sempre o desenvolvimento econômico de seus associados.

A Recomendação 193 da OIT define cooperativa como “uma **associação** autônoma de pessoas unidas voluntariamente para satisfazer suas necessidades e aspirações econômicas, sociais e culturais em comum, através de uma **empresa** de propriedade conjunta e de gestão democrática”.

Decompondo analiticamente as definições, encontramos os três elementos formadores do conceito de cooperativa:

- a) é uma sociedade de pessoas que possuem aí dupla qualidade: são titulares da sociedade e usuárias dos serviços desta (satisfazem suas necessidades e aspirações econômicas, sociais e culturais);
- b) possui gestão democrática (regime de autogestão);
- c) realiza distribuição eqüitativa entre riscos e benefícios entre seus associados (empresa de propriedade comum).

Renato Lopes Becho (2002, p.22) define cooperativa como sendo a “sociedade de pessoas, de cunho econômico, sem fins lucrativos, criada para prestar serviços aos sócios, de acordo com princípios jurídicos próprios e mantendo seus traços distintivos intactos”.

Quando se afirma que a sociedade cooperativa não tem finalidade especulativa não se quer afirmar que o lucro é totalmente incompatível com esse tipo societário, mas sim esclarecer que o advento do lucro nessa espécie de sociedade é mera decorrência de uma gestão profícua e nunca uma finalidade em si.

## **1.4 Objetivo**

Nos termos dos artigos 4º e 7º da Lei Cooperativista, as cooperativas são constituídas para prestar serviços ao associado. Essa norma é objeto de muitas interpretações distorcidas, principalmente por aqueles que não admitem a possibilidade jurídica de participação de cooperativas em licitações. A prestação direta de serviços aos associados significa que as cooperativas têm como objetivo o atendimento das necessidades dos cooperados, que se associam para a consecução de uma atividade de proveito comum, conforme preceitua o artigo 3º da Lei nº 5.764/71, seja relacionando-se com os próprios associados ou com terceiros.

O artigo 86 da referida lei mostra que é possível a prestação de serviços a não-associados, desde que sejam atingidos os objetivos da cooperativa.

Não se confunde o fim da cooperativa com o seu objeto. O fim é prestar serviços a seus associados; o objeto é o ramo da atividade que, segundo a lei, pode ser qualquer gênero de serviço, operação ou atividade.

A cooperativa pretende eliminar o intermediário (empresário), aquele agente autônomo que visa à exploração do lucro; é a negação da empresa enquanto finalidade. Note-se que o conceito de empresa tem dois elementos formadores: atividade e finalidade. Com relação à atividade – mobilização de recursos aliada à alocação de esforços e à instrumentalização da ciência e da técnica visando a realização de um objetivo – podemos dizer que a cooperativa realiza atividade de empresa. Já com relação à finalidade da empresa não podemos afirmar o mesmo, pois a finalidade da empresa é a exploração otimizada de um valor marginal, a alienação dos outros agentes sociais, o que não se admite nas cooperativas, que, como já afirmado, visa à eliminação do intermediário, explorador do lucro, funcionando como intermediária entre os associados e os tomadores de serviço.

Busca, ainda, a cooperativa a melhoria de renda dos associados, valorizando o trabalho das pessoas.

Uma questão importante para a consecução dos objetivos das sociedades cooperativas é verificar que, não obstante o inciso VII, do artigo 4º da Lei das Cooperativas determinar o retorno das sobras líquidas do exercício proporcionalmente às operações realizadas pelos associados, o artigo 28, incisos I e II, prevê a constituição de fundos para o atendimento das finalidades das cooperativas, o que deverá ser feito antes da destinação das sobras apuradas, senão vejamos:

Art. 28. As cooperativas são obrigadas a constituir:

I - Fundo de Reserva destinado a reparar perdas e atender ao desenvolvimento de suas atividades, constituído com 10% (dez por cento), pelo menos, das sobras líquidas do exercício;

II - Fundo de Assistência Técnica, Educacional e Social, destinado a prestação de assistência aos associados, seus familiares e, quando previsto nos estatutos, aos empregados da cooperativa, constituído de 5% (cinco por cento), pelo menos, das sobras líquidas apuradas no exercício.

Tais fundos têm objetivos declarados expressamente no texto legal, sendo importantes para os fins cooperativistas como meio de suportar as perdas e atender ao desenvolvimento das atividades cooperativas e, também, aos anseios sociais dos associados.

## 1.5 Valores

As cooperativas baseiam-se em valores de ajuda mútua e responsabilidade, democracia, igualdade, equidade e solidariedade. Na tradição dos seus fundadores, os membros das cooperativas acreditam nos valores éticos da honestidade, transparência, responsabilidade social e preservação do meio ambiente para o desenvolvimento sustentado. Entendemos melhor os valores adotados pelas sociedades cooperativas quando relembramos que essa espécie de sociedade é herdeira de um dos ramos do socialismo utópico, o mutualismo.

## 1.6 As Cooperativas e o Novo Código Civil

Com o advento do Novo Código Civil, a cooperativa deixou de ser um instituto jurídico extravagante para se tornar um instituto codificado, incluindo-se desse modo na formulação mais geral do direito obrigacional unificado.

O Código Civil Italiano – base do nosso Novo Código Civil – trata as cooperativas como sociedades empresárias, devido à presença do elemento considerado pelos italianos definidor das empresas: a marcada organização dos fatores de produção. Já o Código Civil de 2002, a despeito do posicionamento do legislador italiano, tratou as sociedades cooperativas como sociedades simples. Tal fato consagra as construções latino-americanas do direito cooperativo.

Para os italianos, as sociedades simples são aqueles pequenos empreendimentos, com poucos sócios, sem notada organização dos fatores de produção. Essa definição inviabilizaria o enquadramento de grandes cooperativas – as de médicos por exemplo – como sociedades cooperativas, já que elas fugiriam ao conceito de sociedade simples adotado pelos italianos. Reside nesse ponto, aliás, uma das questões a ser enfrentada por uma possível nova lei de cooperativas: como se admite a aplicação das normas de sociedades simples do Novo Código Civil, importadas da Itália, às cooperativas nacionais, se os italianos tem noção diferente do que venha a ser sociedade simples?

O Código Civil de 1916 classificava as sociedades em civis e comerciais. O Código de 2002 modificou essa nomenclatura para sociedades simples e empresárias.

Dessa forma, hoje, as cooperativas são consideradas sociedades simples, conforme disposto no parágrafo único do artigo 982. O código, contudo, não define a sociedade simples. O que há é apenas uma definição residual, como se observa no *caput* do

artigo 982: “salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (artigo 967); e simples, as demais”.

Isso não quer dizer que as cooperativas não sejam estruturadas como empresa, pois, como já observado no tópico sobre sua natureza jurídica, elas são estruturadas como empresa, porque precisam organizar sua atividade econômica para que possam atingir seus objetivos.

O Código Civil de 2002, reitera-se, reservou um capítulo para as cooperativas. São apenas quatro artigos que expõem sobre: I - as suas características – trazendo poucas modificações em relação à Lei nº 5.764/71 e que serão estudadas adiante –; II - as suas responsabilidades; III - a aplicação subsidiária das disposições das sociedades simples.

## **1.7 Princípios**

Os princípios do Cooperativismo foram criados, estudados e avaliados por líderes e pensadores com ideais baseados na cooperação. Estes princípios foram aprovados e colocados em prática quando da fundação da primeira cooperativa formal do mundo, na Inglaterra, em 1844.

Com a evolução e a modernização da economia mundial, os princípios cooperativistas foram reestruturados e adaptados à realidade do mundo atual.

São os seguintes os princípios consagrados pela Aliança Cooperativa Internacional (ACI):

a) **ADESÃO LIVRE E VOLUNTÁRIA** (ou **PRINCÍPIO DAS PORTAS ABERTAS**) – via de regra, qualquer pessoa tem liberdade de associar-se a uma cooperativa, contanto que esteja apta a utilizar os seus serviços e assumir as responsabilidades como membro. Ser associado é uma decisão individual, não se admitindo discriminação sexual, social, racial, política ou religiosa. Cada cooperativa tem estatuto e regimento interno com normas quanto à adesão de novos associados. As restrições existentes são quanto a interesses conflitantes (atividades paralelas) e impossibilidade técnica de prestação de serviços. Esse princípio está elencado nos artigos 4º, inciso I, e 29 da Lei Cooperativista.

b) **GESTÃO DEMOCRÁTICA** – a cooperativa é administrada conforme a vontade dos associados. São eles que definem as prioridades com base nas necessidades e objetivos estabelecidos (participam ativamente da formulação da suas políticas e da tomada de decisões). O voto de todos tem o mesmo valor (uma pessoa = um voto).

c) PARTICIPAÇÃO ECONÔMICA DOS MEMBROS – os associados integralizam o capital social da cooperativa mediante quotas-partes. Eles contribuem igualmente para o capital das suas cooperativas e controlam o seu uso democraticamente. Parte desse capital é, normalmente, propriedade comum da cooperativa. Os membros recebem, habitualmente, se houver, uma remuneração limitada ao capital integralizado, como condição de sua adesão. Os membros destinam os excedentes a uma ou mais das seguintes finalidades: I - Desenvolvimento das suas cooperativas, eventualmente através da criação de reservas, parte das quais, obrigatoriamente, será indivisível; II - Retorno de benefícios aos membros na proporção das suas transações com a cooperativa; III - Apoio a outras atividades aprovadas pelos membros.

d) AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA – as cooperativas são empreendimentos autônomos, controlados por seus associados, que devem decidir sobre suas atividades, definir sua missão, objetivos e metas. Não há interferência governamental nas decisões. Se firmarem acordos com outras organizações, incluindo instituições públicas, ou recorrerem a capital externo, devem fazê-lo em condições que assegurem o controle democrático pelos seus membros e mantenham a autonomia da cooperativa.

e) EDUCAÇÃO, FORMAÇÃO E INFORMAÇÃO – as cooperativas investem constantemente na capacitação de seus associados, representantes e funcionários, de forma que estes possam contribuir, eficazmente, para o desenvolvimento das suas cooperativas. Ademais, informam o público em geral, principalmente os jovens, da importância da cooperação.

f) INTERCOOPERAÇÃO – para assegurar de forma eficaz o alcance dos objetivos traçados por seus membros, as cooperativas trabalham em conjunto através de suas estruturas locais, regionais, nacionais e internacionais.

g) INTERESSE PELA COMUNIDADE – as cooperativas contribuem para o desenvolvimento da comunidade com a geração de empregos, produção de gêneros, serviços e preservação do meio ambiente, mediante políticas aprovadas pelos seus associados.

A não observância de qualquer desses princípios compromete o bom funcionamento de uma cooperativa.

## 1.8 Características

No que se refere às características das cooperativas, estas vêm definidas no artigo 4º da Lei nº 5.764/71, permitindo distingui-las das demais formas de sociedade conforme suas peculiaridades:

- a) adesão voluntária, com número ilimitado de associados (exceção feita às cooperativas habitacionais), salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços. A entrada de outras pessoas não acarreta modificação no ato constitutivo, o que não ocorre em outros tipos de sociedades.
- b) capital social variável, representado por quotas-partes. O capital fica adaptado às entradas e saídas das pessoas da cooperativa.
- c) limitação do número de quotas-partes para cada associado, facultado, porém, o estabelecimento de critérios de proporcionalidade, se assim for mais adequado para o cumprimento dos objetivos sociais.
- d) proibição de cessão de quotas-partes do capital a terceiros estranhos à sociedade. E, mesmo *causa mortis*, as cotas não passam aos herdeiros do sócio falecido, se estranhos à sociedade. Em tal caso, a sociedade amortizará a cota correspondente.
- e) singularidade de voto, cabendo a cada associado, independentemente do número de sua quota-parte, um único voto. Podem as cooperativas centrais, federações e confederações, com exceção das que exerçam atividades de crédito, optar pelo critério da proporcionalidade.
- f) *quorum* para funcionamento e deliberação (dispostos respectivamente nos artigos 40 e 38, parágrafo 3º) da Assembléia Geral, baseado no número de associados e não no capital.
- g) retorno das sobras líquidas do exercício, na proporção das operações realizadas pelo associado, salvo deliberação em contrário da Assembléia Geral. A cooperativa não visa ao lucro, pois seu objetivo é o compartilhamento dos benefícios do trabalho comum entre associados.
- h) indivisibilidade dos fundos de Reserva e de Assistência Técnica, Educacional e Social, justifica-se em razão da finalidade social da cooperativa.
- i) neutralidade política e indiscriminação religiosa, racial e social.
- j) prestação de assistência aos associados e, quando prevista nos estatutos, aos empregados da cooperativa, visto que a cooperativa tem por objetivo a melhoria das condições de vida dos associados.
- l) a área de admissão de associados fica limitada às possibilidades de reunião, controle, operações e prestação de serviços. Não deve a cooperativa, na execução de seus objetivos,

procurar estender a sua ação, isto é, o seu campo de operações, além dos limites em que, naturalmente, possa exercer seu controle ou tenha possibilidade de reunir seus associados. Assim, não pode criar agências ou filiais fora de sua área de ação.

No Novo Código Civil, o artigo 1.094 elenca as características que regem a sociedade cooperativa: “I - variabilidade, ou dispensa do capital social; II - concurso de sócios em número mínimo necessário a compor a administração da sociedade, sem limitação de número máximo; III - limitação do valor da soma de quotas do capital social que cada sócio poderá tomar; IV - intransferibilidade das quotas do capital a terceiros estranhos à sociedade, ainda que por herança; V - *quorum*, para a assembléia geral funcionar e deliberar, fundado no número de sócios presentes à reunião e não no capital social representado; VI - direito de cada sócio a um só voto nas deliberações, tenha ou não capital a sociedade, e qualquer que seja o valor de sua participação; VII - distribuição dos resultados proporcionalmente ao valor das operações efetuadas pelo sócio com a sociedade, podendo ser atribuído juro fixo ao capital realizado; VIII - indivisibilidade do fundo de reserva entre os sócios, ainda que em caso de dissolução da sociedade”.

Referido dispositivo reproduz quase todas as características constantes da Lei nº 5.764/71, mostrando-se, porém, em dissonância com tal diploma legal no que tange à dispensa do capital social; e ao número mínimo de pessoas necessárias para se constituir uma cooperativa - que era de 20 (vinte) na Lei nº 5.764/71 (artigo 6º, inciso I) e não é fixado no Novo Código Civil.

A falta de qualquer das características supramencionadas compromete a existência da cooperativa.

## **1.9 Classificação**

De acordo com o artigo 6º da Lei nº 5.764/71, as cooperativas podem ser singulares, centrais ou federações de cooperativas, e confederações de cooperativas.

As singulares são aquelas constituídas pelo número mínimo de 20 (vinte) pessoas físicas, sendo excepcionalmente permitida a admissão de pessoas jurídicas que tenham por objeto as mesmas ou correlatas atividades econômicas das pessoas físicas ou, ainda, aquelas sem fins lucrativos. O objetivo dessas cooperativas é a prestação direta de serviços aos associados.

As centrais ou federações de cooperativas são constituídas de, no mínimo, 3 (três) singulares, podendo, excepcionalmente, admitir associados individuais. Seu objetivo é

organizar em comum e em maior escala os serviços das filiadas, facilitando a utilização recíproca dos serviços.

As confederações de cooperativas são aquelas constituídas de, pelo menos, 3 (três) federações de cooperativas ou cooperativas centrais, da mesma ou de diferentes modalidades, cujo objetivo é organizar, em comum e em maior escala, os serviços das filiadas.

Quanto ao tipo de atividade, o legislador ordinário não arrolou as espécies possíveis de cooperativas, estatuinto, de maneira genérica, no artigo 3º da Lei Cooperativista, que as mesmas têm por objeto o exercício de uma atividade econômica de proveito comum, sem objetivo de lucro, dispondo o artigo 5º da mesma lei que “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”.

A Organização das Cooperativas Brasileiras (OCB), órgão representativo do sistema cooperativista nacional, reconhece atualmente 13 (treze) ramos de cooperativas de acordo com o segmento onde atuam:

- a) AGROPECUÁRIO – composto por cooperativas de produtores rurais ou agropastoris e de pesca, cujos meios de produção pertençam ao associado. É um dos ramos com maior número de cooperativas e associados no Brasil. O leque de atividades econômicas abrangidas por esse ramo é enorme e sua participação no Produto Interno Bruto (PIB) é significativa. Essas cooperativas geralmente cuidam de toda a cadeia produtiva, desde o preparo de terra até a industrialização e comercialização dos produtos.
- b) CONSUMO – integrado por cooperativas dedicadas à compra em comum de artigos de consumo para seus associados. A primeira cooperativa do mundo era desse ramo. Também no Brasil esse é o ramo mais antigo, cujo primeiro registro é de 1889, em Minas Gerais, com o nome de Sociedade Cooperativa Econômica dos Funcionários Públicos de Ouro Preto.
- c) CRÉDITO – formado por cooperativas destinadas a promover a poupança e financiar necessidades ou empreendimentos dos seus associados. O ramo está organizado em cooperativas de crédito rural e de crédito urbano (estas, por sua vez, subdividem-se em cooperativas de crédito mútuo e de crédito de livre admissão).
- d) EDUCACIONAL – composto por cooperativas de professores, de alunos de escola agrícola, de pais de alunos e de atividades fins. Este ramo surgiu em Itumbiara (GO), em dezembro de 1987.



- e) ESPECIAL – formado por cooperativas constituídas por pessoas que precisam ser tuteladas ou que se encontram em situação de desvantagem nos termos da Lei nº 9.867, de 10 de novembro de 1999.
- f) HABITACIONAL – constituído por cooperativas destinadas à construção, manutenção e administração de conjuntos habitacionais para seu quadro social. O maior complexo de construções do Ramo Habitacional no mundo fica em Águas Claras, no Distrito Federal.
- g) INFRA-ESTRUTURA – integrado por cooperativas cuja finalidade é atender direta e prioritariamente o próprio quadro social com serviços de infra-estrutura. As cooperativas de eletrificação rural, que são a maioria, geralmente são repassadoras de energia, contudo algumas já passaram a gerar energia. Nesse ramo também estão incluídas as cooperativas de telefonia rural.
- h) MINERAL – composto por cooperativas que têm a finalidade de pesquisar, extrair, lavar, industrializar, comercializar, importar e exportar produtos minerais.
- i) PRODUÇÃO – formado por cooperativas dedicadas à produção de um ou mais tipos de bens e mercadorias, sendo os meios de produção propriedade coletiva, da cooperativa enquanto pessoa jurídica, e não propriedade individual do associado.
- j) SAÚDE – constituído por cooperativas que se dedicam à preservação e recuperação da saúde humana. O Ramo de Saúde está subdividido nos seguintes setores: Médicos, Psicólogos, Odontólogos e serviços afins, bem como usuários desses serviços. Esse Ramo surgiu no Brasil (na cidade de Santos, SP), em 1967.
- l) TRABALHO – composto por cooperativas de trabalhadores de qualquer categoria profissional, para prestar serviços, organizados num empreendimento próprio.
- m) TRANSPORTE – formado por cooperativas que atuam no transporte de cargas e de passageiros. Foi criado pela Assembléia Geral Ordinária (AGO) da Organização das Cooperativas Brasileiras (OCB), em 2002.
- n) TURISMO E LAZER – integrado por cooperativas que prestam serviços turísticos, artísticos, de entretenimento, de esportes e de hotelaria, ou atendem direta e prioritariamente o seu quadro social nessas áreas. Foi criado pela AGO da OCB em 2000. Seu objetivo é criar um fluxo e refluxo permanente de turistas dentro do Sistema Cooperativo.

Dissertando sobre a participação de cooperativas em licitações, Geraldo Luís Spagno (apud REIS, 2002, p.10), a fim de distinguir as cooperativas por suas atuações perante os interesses dos cooperados, denomina-as como cooperativas internas, externas e mistas, senão veja-se:

Ao nosso ver, existem então cooperativas internas, aquelas que existem em função de si mesmas, criadas apenas para servir aos cooperados, alcançando para estes, de forma exclusiva, vantagens como empréstimos, financiamentos menos onerosos, aquisições e serviços compartilhados ou benefícios gerais, como proteção à saúde e prevenção, tudo girando no âmbito exclusivo dos cooperados. Outras têm como objeto a prestação de serviços ou o fornecimento de bens a terceiros, obtidas tais prestações dos esforços ou produção dos cooperados exatamente para fornecimento a terceiros interessados. A estas chamamos cooperativas externas ou de finalidades externas. Àquelas que têm por objeto as duas situações, chamamos, para fins de estudo, cooperativas mistas (esta nomenclatura é adotada também para definir algumas espécies de cooperativas agropecuárias), as quais, por também terem finalidades externas, enquadram-se em nossa tese, tanto quanto as primeiras.

O rol de cooperativas apresentado é meramente exemplificativo, haja vista a diversidade de setores nos quais atuam essa forma de sociedade. Deste modo, a distinção feita por Spagno Guimarães não deve ser analisada de forma absoluta, a despeito da proficiência com que o referido autor tratou a matéria, servindo como mais um subsídio para a árdua tarefa de definir a possibilidade jurídica de participação das sociedades cooperativas em licitações.

### 1.10 Ato Cooperativo

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. (Lei nº 5764/71)

O correto entendimento do que seja o ato cooperativo das sociedades cooperativas é de fundamental importância para a compreensão do que significa esse instituto, na medida em que as cooperativas possuem peculiaridades, devendo, destarte, ser conhecidas para um correto enquadramento de seu ato cooperativo à luz da legislação vigente.

A disposição constitucional prevista na alínea "c", inciso III do artigo 146, determina o "adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas". Tal dispositivo deve ser regulamentado por lei complementar, ainda não editada. Portanto, continuam válidas as disposições da lei cooperativista sobre o tema (artigos 79 a 88 e 111).

As cooperativas atuam como uma *longa manus* de seus cooperados (todas as operações assim realizadas, inerentes ao objeto social, estão inseridas no conceito de ato cooperativo para fins de tributação). Assim, a maior particularidade das cooperativas, em decorrência de sua natureza, é a inexistência de receita como pessoa jurídica, cuja repercussão no campo tributário é enorme, especialmente levando-se em conta serem prestadores de

serviços aos seus cooperados. Neste ponto está a grande diferença entre uma sociedade cooperativa e uma sociedade empresária. Na primeira, a cooperativa age em nome dos sócios, nas demais sociedades os sócios agem em nome da pessoa jurídica.

Note-se que a essência da atividade não envolve retorno financeiro para a própria cooperativa, isto porque, segundo a doutrina cooperativista, o objetivo final é a mutualidade.

De fato, não se pode admitir capacidade contributiva em sociedade que objetiva incrementar a capacidade individual de cada cooperado, sendo esta a essência do ato cooperativo, não cabendo falar em tributação que exceda àquela realizada pelo cooperado.

Como se percebe, as cooperativas nada mais são que instrumentos (agem como se mandatárias fossem) dos quais se servem os cooperados para otimizar o resultado de sua atividade econômica, independentemente de sua natureza.

A atividade-fim da cooperativa, que se resume na prestação de serviços aos próprios cooperados, é realizada sem fins lucrativos, ou seja, sem receita, razão pela qual não gera tributação.

Muito se tem falado em isenção ou imunidade tributária das cooperativas. Em verdade, não gozam nem de um nem de outro benefício tributário. O que ocorre quando da realização do ciclo operacional que a lei definiu como ato cooperativo, sob o ponto de vista tributário, é simplesmente uma não-incidência de tributos, em função de não haver fato gerador para que esse ônus incida sobre a cooperativa (pessoa jurídica). Cumpre salientar que os tributos incidirão sobre as pessoas físicas associadas à cooperativa.

Os cooperados são considerados autônomos, contribuindo individual e pessoalmente com os tributos que incidem sobre a sua atividade econômica.

Não se confundem, pois, os atos da cooperativa com os atos dos profissionais que a compõem. Os atos da sociedade visam, exclusivamente, organizar e planejar o labor de seus sócios, representando-os na sua contratação. Esta é sua atividade-fim, da qual a cooperativa nada auferir de receita, pois apenas propicia aos seus membros a oportunidade de operar autonomamente, oferecendo o objeto da contratação que a sociedade realiza em seu nome.

A Lei das Cooperativas, em seu artigo 86, consagra o princípio do não-exclusivismo, admitindo os atos não cooperativos, que seriam aqueles praticados entre as cooperativas e não associados: “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”.

Os atos não cooperativos são tratados pela legislação fiscal como atos comerciais, sofrendo tributação normalmente. Seus resultados, se positivos, não poderão ser distribuídos

aos associados, sendo direcionados para o Fundo de Assistência Técnica, Educacional e Social (FATES):

Art. 87. Os resultados das operações das cooperativas com não associados, mencionados nos artigos 85 e 86, serão levados à conta do 'Fundo de Assistência Técnica, Educacional e Social' e serão contabilizados em separado, de molde a permitir cálculo para incidência de tributos.

.....

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.

Por fim, temos que o conceito de ato cooperativo está bem delineado na Lei Cooperativista, que nesse ponto foi recepcionada pela Carta Magna com *status* de Lei Complementar, não podendo ser posteriormente alterada por Lei Ordinária.

## **2 COOPERATIVAS DE TRABALHO**

O antigo Decreto nº 22.239 de 1932, revogado pela Lei nº 5.764/71, trazia, no bojo do artigo 24, o conceito de cooperativas de trabalho como sendo aquelas que, constituídas por operários de uma determinada profissão ou ofício, ou de ofícios vários de uma classe, têm como finalidade primordial melhorar os salários e as condições do trabalho pessoal de seus associados e, prescindindo da intervenção de um patrão ou empresário, almejam contratar obras, tarefas, trabalhos ou serviços, públicos ou particulares, coletivamente, por todos ou por grupos de alguns. Atualmente não há conceito legal de cooperativas de trabalho, o que tem dificultado sua aceitação na seara jurídica.

Dentre os ramos reconhecidos pela Organização das Cooperativas Brasileiras (OCB), o ramo trabalho é o que concentra o maior número de cooperativas, tendo obtido notável crescimento nos últimos anos. O motivo dessa proliferação foi, principalmente, a inserção do parágrafo único do artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que positivou a inexistência de vínculo empregatício entre os cooperados e as empresas tomadoras de serviços.

Sob a denominação de cooperativas, empresas intermediadoras de mão-de-obra passaram a se utilizar deste amparo legal intencionando furtar-se ao cumprimento de obrigações trabalhistas. Em virtude destas fraudes, as cooperativas de trabalho têm sido alvo de acirrados debates acerca de sua viabilidade e legitimidade frente ao Direito do Trabalho.

Acreditamos que a exposição de elementos identificadores das cooperativas de trabalho e de sua atuação no mercado fornece os subsídios necessários para o reconhecimento de pseudocooperativas, possibilitando sua extirpação da sociedade.

### **2.1 Cooperativas de Trabalho e Relação de Emprego**

A partir dos anos 90, verificou-se um aumento significativo no número de cooperativas de trabalho no Brasil, resultado não só do desenvolvimento do “movimento cooperativista”, mas de inovações legislativas que impulsionaram as relações de trabalho, visando à economia de recursos e à simplificação administrativa, estimulando, desse modo, a terceirização. Neste quadro é que as cooperativas vêm ganhando espaço como alternativa ao desemprego e como instrumento que visa, por princípio, ao aprimoramento social, educacional e ao bem-estar de seus sócios.

As cooperativas proporcionam relações formais e protegidas, com contribuições à Previdência Social. Reina na sociedade atual uma visão equivocada acerca das cooperativas de trabalho, vistas como meio de fraude à legislação trabalhista e consideradas indesejáveis no Brasil. Ocorre, porém, que as cooperativas são meios hábeis de proporcionar ao trabalhador uma alternativa ao desemprego e à submissão ao capital, que imperam em nosso país, na medida em que proporcionam a autogestão dos trabalhadores, que deixam a condição de assalariados passando a ser autônomos.

O mercado nem sempre está apto a ofertar empregos, que têm crescimento lento, gradual e são alicerçados em uma forte estrutura burocrática e dispendiosa. No mais das vezes, contudo, há a disponibilização de trabalho. O preenchimento destes postos de trabalho não geradores de vínculo empregatício deve ocorrer de forma extremamente cuidadosa, levando-se sempre em consideração a hipossuficiência do trabalhador, que não pode estar sujeito aos alvites do capital, no mais das vezes aniquiladores de conquistas históricas dos trabalhadores. Daí a necessidade de organização dos trabalhadores de modo a vencer a sua hipossuficiência e ocupar esses postos de trabalho, não se submetendo, contudo, à exploração econômica.

A Lei nº 8.949/1994 acresceu o parágrafo único ao artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho, dirimindo qualquer dúvida acerca da existência de vínculo empregatício entre os associados de cooperativas e os seus tomadores de serviços. Note-se que a ausência de relação de emprego de *per si* não deixará desprotegido o trabalhador caso este esteja engajado numa sociedade cooperativa, eliminadora da hipossuficiência trabalhista na medida em que proporciona a gestão democrática dos sócios (um homem, um voto), a adesão livre e voluntária, a transparência (com apresentação dos relatórios de gestão), e a exposição dos números (peças do Balanço) com as devidas demonstrações das sobras ou perdas, tudo esclarecido em assembleias divulgadas e abertas. O cooperado não está submetido diretamente ao poder e, conseqüentemente, ao mando de um agente econômico detentor de capital.

Também não se configura a subordinação jurídica de que trata o artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, ante os princípios da soberania assemblear e da singularidade de voto que regem a sociedade cooperativa (regime de autogestão). E, ainda que organizados os associados de cooperativas de trabalho em equipes hierarquizadas para prestação de serviços, não resta desnaturada a autonomia dos mesmos para efeitos de legislação trabalhista se preservada a impessoalidade em relação ao tomador dos serviços, por

inexistir no caso a hipossuficiência. Tais fatos só vêm a confirmar a afirmação do parágrafo único do artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Impõe-se esclarecer, contudo, que o artigo 442, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho estabelece uma presunção *iuris tantum*, que pode ser elidida por prova em sentido contrário, diante do princípio da primazia da realidade, que informa o Direito do Trabalho. Logo, é possível a exclusão das cooperativas fraudulentas através de atuação positiva do Estado no sentido de fiscalizar e coibir esse expediente utilizado para driblar os ditames legais. Para desenvolver essa atuação preventiva é que existem órgãos como o Ministério do Trabalho e as Delegacias Regionais do Trabalho, que têm, precipuamente, a função de proteger o trabalho do cidadão, orientando o trabalhador e o empresário. Note-se que quando essas entidades não logram êxito na atividade preventiva, cabe-lhes adotar medidas que visem coibir abusos contra o trabalhador. Estes, contudo, devem ser os últimos recursos a serem utilizados.

A Portaria nº 925/95 do Ministério do Trabalho reconhece as atividades das cooperativas de trabalho, recomendando a fiscalização dentro dos limites da lei cooperativista.

O cooperativismo é uma das únicas práticas ao alcance de todos, independentemente de origem, região, idade, sexo, religião ou capacidade de investimento, mostra-se como alternativa para atenuar o desemprego, ajudando a minimizar problemas sociais e econômicos e atuando como instrumento econômico de fortalecimento de comunidades na luta pela sobrevivência. Evaristo Machado Netto em seu artigo intitulado “Cooperativas contra o Desemprego” afirmou:

A cooperativa é uma forma efetiva de organização democrática e uma maneira legítima dos cooperados oferecerem sua força e sua qualidade de trabalho. O cooperativismo atua no Brasil há mais de 100 anos e atende a todas as atividades produtivas. O Cooperativismo de Trabalho nasceu junto com o preconceito, que hoje atinge parcela das autoridades encarregadas da fiscalização das leis, especialmente parte do Ministério Público, que insiste em encarar todas as cooperativas do ramo como focos de intermediação de mão-de-obra.

Não poderíamos encerrar a análise sobre as cooperativas e a relação de emprego sem abordar o triste quadro que assola nossa sociedade: a fraude à legislação trabalhista. Já mencionamos acima a proteção dada ao empregado diante de sua hipossuficiência e também nos referimos à burocracia e aos altos custos que envolvem a relação de emprego. Visando frustrar o pagamento de obrigações sociais, eximir-se de responsabilização com relação a danos causados aos trabalhadores e tolher direitos adquiridos por estes, muitas empresas têm mascarado relações de emprego através de falsas cooperativas.

Tem-se verificado nas empresas grande número de demissões, seguidas de orientações a seus ex-empregados no sentido de formarem “cooperativas”, de modo a voltarem a trabalhar para a empresa na qualidade de “cooperados”. Observa-se, contudo, que são mantidos todos os requisitos de uma relação de emprego, por si só inconciliáveis com o cooperativismo, em atitude de nítida burla à legislação trabalhista.

A repulsa às cooperativas fraudulentas foi tamanha que levou o Ministério Público do Trabalho e a Advocacia Geral da União a firmar, perante a 20ª Vara do Trabalho de Brasília/DF, em 05 de junho de 2003, um acordo, segundo nosso entendimento, perpetrador de grande injustiça, através do qual a União se comprometeu a não mais contratar “cooperativa de mão-de-obra” para trabalho subordinado, seja na atividade fim ou na atividade meio, independentemente de ser a relação de subordinação com o tomador ou com o fornecedor de serviços.

Inicialmente tecemos duas considerações acerca desse acordo: primeiro, é abominável no bojo da Ciência do Direito a presunção de fraude, exatamente o que ocorreu com relação às cooperativas de trabalho nesse infeliz acordo; segundo, o conceito de cooperativa de mão-de-obra é estranho ao sistema cooperativista, que jamais admitiu essa classificação, incompatível com o cooperativismo, pois caracteriza subordinação, pessoalidade, etc. Para maior compreensão desse assunto, remetemos o leitor ao capítulo 4, onde analisaremos melhor esse acordo e suas implicações.

Finalmente cabe ressaltar que a relação de emprego não está totalmente apartada das cooperativas, pois no tocante aos seus próprios empregados existe o vínculo empregatício (artigo 91 da Lei Cooperativista), como ocorre com qualquer outra empresa que contrate trabalhadores para prestar serviços não-eventuais, sob sua dependência, mediante salário e tendo por base a pessoalidade. Exemplo: secretária de uma cooperativa de crédito.

## **2.2 As Cooperativas de Trabalho e a Terceirização**

Inúmeras são as atividades realizadas pelas empresas, de modo que muitas vezes se impõe a descentralização de determinadas tarefas, deixando para terceiros a responsabilidade pela administração e operacionalização de fatores acessórios da produção, de forma a concentrar esforços para uma melhor realização da atividade fim da empresa, propiciando a minimização dos custos e a otimização dos ganhos.

A descentralização de tarefas, contudo, deve cingir-se às atividades-meio da empresa, isto é, todas aquelas que não estejam diretamente ligadas ao núcleo da atividade



empresarial, à sua finalidade precípua. Não se deve olvidar, porém, a menção à tênue linha que separa as atividades-meio e as atividades-fim, não sendo rara a ocorrência de fraudes.

Como já mencionado, o parágrafo único do artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho abriu a possibilidade de terceirização de serviços por intermédio de cooperativas, afirmando a inexistência de vínculo empregatício entre elas e seus associados, qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, nem entre os cooperados e os tomadores de serviços daquela, se atendidos os requisitos legais.

A terceirização através de cooperativas é lícita desde que o tomador contrate a cooperativa como contratária qualquer empresa de prestação de serviços, independentemente da forma jurídica instituída, o que implica respeitar a autonomia ou a eventualidade da atividade laborativa do cooperado em relação a preposto da empresa tomadora dos serviços da cooperativa, mantendo sempre a consciência de que contratou um resultado e não uma alocação de força de trabalho para ter à sua disposição.

Também se deve respeitar a equidade na distribuição de riscos e benefícios, investimento e retorno entre os cooperados, característica das cooperativas elencada no artigo 4º, inciso VII, da Lei Cooperativista. Por último, deve ser respeitado o regime de autogestão, ou seja, deve-se conferir a todos os associados a possibilidade de participar direta ou indiretamente da escolha da forma de prestação do serviço.

Ressalte-se que se o que se pretende é burlar as disposições trabalhistas, haverá a aplicação do artigo 9º Consolidação das Leis do Trabalho, *in verbis* “São nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”. O Enunciado nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, abaixo transcrito, veio reforçar o repúdio do legislador às tentativas de burla:

TST Enunciado nº 331

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03-01-74).

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

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-06-1983), de conservação e limpeza, bem como a 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 dos 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 nº 8.666, de 21.06.1993). (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000)

A parceria é a verdadeira essência da terceirização, proporcionando a inter-relação e a co-participação para atingir a um fim comum – a produção de bens e serviços para o mercado – indo ao encontro do cooperativismo, sendo, portanto, avessa à intermediação ilícita de mão-de-obra.

Diante do regramento do Enunciado nº 331 Tribunal Superior do Trabalho, aferimos ser possível e lícita a terceirização em quatro situações: I - Trabalho Temporário (Lei nº 6.019/74), que é aquele realizado por pessoa física a uma empresa para satisfazer a necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviço; II - Vigilância (Lei nº 7.102/83) ; III- Serviços de conservação e limpeza; IV- Serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador. Os atributos pessoalidade e subordinação devem estar apartados das hipóteses II, III e IV, sob pena de verificar-se tentativa de burla à legislação trabalhista, o que atrairia a aplicação do artigo 9º Consolidação das Leis do Trabalho.

Ainda no tocante às terceirizações lícitas, as atividades-meio do tomador que podem ser objeto de terceirização só podem sê-lo se a realização se der por prestadora de serviços especializada, ratificando-se, desse modo, a impossibilidade de locação de mão-de-obra. A prestadora especializada é aquela que detém capacidade própria e particularizada relacionada ao serviço que se dispõe a realizar.

No afã de proteger o trabalhador da exploração econômica, o legislador previu, no inciso IV do enunciado ora tratado, a responsabilização subsidiária do tomador de serviços quando do inadimplemento da prestadora relativamente às verbas trabalhistas, o que significa que a cobrança recairá sobre o tomador de serviços caso o prestador não efetue esse pagamento.

O esteio da responsabilidade subsidiária da tomadora de serviço se encontra nas distintas modalidades de culpa admitidas pelo direito pátrio: culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*. A culpa *in eligendo* decorre da escolha, atribui-se àquele que realizou a eleição, v.g proprietário, pelas faltas cometidas por seus serviçais, empregados ou prepostos, na execução de atos ou omissões que tenham o potencial de causar danos a outrem, desde que ocorridos no exercício do trabalho que lhes é atribuído. A culpa *in vigilando* decorre da ausência de vigilância; é imputada àquele que não dispensou a atenção ou vigilância devidas aos atos dos que, sob sua dependência, geraram danos a outrem.

Diante do exposto, conclui-se que as tomadoras de serviços devem seguir rigorosos critérios na seleção das cooperativas com quem almejam firmar contratos, descartando aquelas sociedades que não se mostrem idôneas, sob pena de sofrerem responsabilização pelas verbas trabalhistas e sociais não quitadas, por força dos preceitos decorrentes da culpa *in eligendo* e *in vigilando*. Aconselha-se à tomadora exigir da prestadora de serviços a apresentação dos comprovantes de pagamento dos encargos trabalhistas e fiscais devidas, como meio de se resguardar de problemas futuros.

Tema de grande palpação é a terceirização na Administração Pública. Devido às suas implicações no campo da licitação e à especial atenção que o tema demanda, ele será objeto do próximo capítulo.

### **2.3 Critérios para Identificação de uma Cooperativa de Trabalho**

A preocupação sobre a correta identificação de uma cooperativa de trabalho surgiu não só de uma necessidade interna do sistema cooperativo, mas também da própria sociedade, visto que, pela falta de conceituação específica, as cooperativas de trabalho vêm enfrentando diversos embates com o poder constituído, tendo que provar judicialmente sua idoneidade, como se fossem, por premissa, irregulares.

Visando suprir essa lacuna, a Organização das Cooperativas Brasileiras (OCB) elaborou documento indicando critérios a serem observados na perquirição acerca do enquadramento de uma sociedade como cooperativa de trabalho. Na abordagem desse tópico seguiremos as linhas gerais apontadas nesse documento.

#### **2.3.1 Cooperativas x Direito do Trabalho**

A cooperativa, enquanto sociedade de pessoas, possui apenas uma natureza e estrutura, independentemente do ramo, sendo o objetivo sempre o mesmo, isto é, a prestação de serviços ao cooperado, diferenciando-se apenas no objeto.

Da análise da estrutura da lei cooperativista, depreende-se que a relação jurídica havida entre o sócio cooperado e a cooperativa é relação sujeita ao ramo do direito societário - para alguns autores, direito cooperativo e para outros, direito civil -, mas é certo que nunca direito do trabalho. Ser sócio cooperado significa ser ao mesmo tempo proprietário e usuário da cooperativa (princípio da dupla qualidade). A sociedade cooperativa deve ter caráter

auxiliar e possuir identidade de vontades com o cooperado, coletivamente considerado. Os atos e negócios devem ser praticados no âmbito dos objetivos sociais. Estando presentes todos esses elementos, a relação é de direito societário. Todavia, não presentes alguns desses elementos, aplicam-se as normas regentes da relação jurídica que se configurar.

Tal orientação, contudo, não pode ser admitida como porta aberta para a precarização das relações de trabalho. Embora adotem premissas e proponham soluções conceitualmente diferentes, o Cooperativismo e o Direito do Trabalho comungam da compreensão do trabalhador como ente sócio-econômico que demanda dignidade e defesa.

Urge esclarecer, de pronto, que a importância do cooperativismo do trabalho não está exatamente em atender conjuntamente à demanda das empresas por relações de trabalho mais flexíveis, ou em baratear custos com mão-de-obra. Essas podem ser até conseqüências da introdução do cooperativismo de trabalho numa determinada economia, mas não são a sua razão de ser. A razão de ser da cooperativa de trabalho é a autogestão e sua existência não pressupõe nem depende do sacrifício de direitos fundamentais do trabalhador.

Poder-se-ia afirmar que o partícipe de uma cooperativa de trabalho é um trabalhador autônomo. No entanto essa figura não é suficiente, pois o exercício da atividade laborativa nesse modelo associativo pode implicar a perda da autonomia plena do sócio cooperado, que nessa condição pode passar a ter autonomia relativa. A hipossuficiência, contudo, permanece afastada desse tipo societário.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e as Convenções e Recomendações da Organização Internacional do Trabalho, que consagram o direito ao trabalho digno, são peças fundamentais para a correta identificação de uma cooperativa de trabalho. Portanto, os sócios de uma cooperativa de trabalho estão abarcados pelas normas de ordem pública no que tange ao exercício de suas atividades: dignidade, segurança, saúde e medicina do trabalho.

É claro que uma relação de trabalho pode ser objeto da legislação cooperativista, já que o artigo 5º da Lei nº 5.764/71 dispõe que “as sociedades cooperativas poderão adotar por objeto qualquer gênero de serviço, operação ou atividade”. Ocorre que o trabalho é igualmente objeto da legislação celetista.

As cooperativas não se sujeitam às normas que versam sobre trabalho com vínculo empregatício, mas isso não permite afirmar que não se sujeitem a princípios em comum com o Direito do Trabalho. E aqui se reforça a idéia que o cooperativismo de trabalho se fundamenta no direito ao trabalho e não no direito do trabalho.

Sob o enfoque operacional, enfim, define a Organização das Cooperativas Brasileiras (OCB) as cooperativas de trabalho da seguinte forma:

Organização de pessoas físicas, reunidas para o exercício profissional em comum e em regime de autogestão, tendo como base primordial o retorno ao cooperado do resultado da sua atividade laborativa, deduzidos exclusivamente os tributos e os custos administrativos e de investimento.

### 2.3.2 Direitos Constitucionais dos Trabalhadores Aplicáveis às Cooperativas de Trabalho

A Constituição Federal, em seu artigo 1º, apregoa que a República Federativa do Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, tem como fundamentos os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV). Diante desse fato, infere-se que todo o ordenamento jurídico, orientado pelas premissas acima, deve estar voltado à valorização do trabalho enquanto gênero sustentáculo da dignidade da pessoa humana, bem como à produção, consumo e livre circulação de bens e serviços.

A interpretação sistemática do artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal, e sua combinação com o artigo 6º, que trata dos Direitos Sociais, deixa claro que os direitos sociais são aqueles fundamentais garantidores de uma existência digna, independentemente da forma jurídica de que a relação de trabalho se revista.

É evidente, portanto, que o trabalho em sentido lato, diferentemente do emprego, é tratado na Constituição Federal como princípio.

O vocábulo “trabalhadores” utilizado pela Constituição, em seu artigo 7º, é genérico. Por assim dizer, trabalhadores são todos aqueles que exercem atividade laborativa, independentemente de estarem ou não empregados.

O artigo 7º da Constituição Federal trata de direitos relativos aos trabalhadores. O texto constitucional informa que alguns direitos são inerentes tanto aos trabalhadores autônomos quanto àqueles que exercem atividade laborativa na forma de emprego, logo sua aplicação se estende aos trabalhadores associados em cooperativa. Exemplo de disposição que se aplica em sede de cooperativas é aquela que estabelece as diretrizes relativas à segurança e medicina do trabalho. A saúde do trabalhador é um bem indisponível. Não há como abdicar, por exemplo, da utilização dos equipamentos de proteção individual.

A Organização das Cooperativas Brasileiras (OCB) indica quais incisos do artigo 7º da Carta Magna devem ser observados pelos sócios de uma cooperativa de trabalho:

a) “XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada.”

Constitui direito dos trabalhadores a execução das suas atividades laborativas dentro de uma jornada de trabalho que observe a saúde física e mental do trabalhador. É norma de ordem pública. Não se pretende defender a idéia de que toda e qualquer cooperativa de trabalho deva desenvolver suas atividades limitadas a uma jornada de trabalho absolutamente rígida. O que se pretende, na verdade, é respeitar o disposto no artigo 24 da Declaração Universal dos Direitos do Homem: “Todo homem tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas”.

b) “XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos.”

O descanso está atrelado à saúde do trabalhador. É também uma norma de ordem pública. Aqui, mais uma vez, se observa o artigo 24 da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

c) “XVII - gozo de férias anuais remuneradas.”

Férias, ou descanso anual, é outro elemento que está atrelado à saúde do trabalhador e configura direito humano. Um provisionamento ou fundo específico voltado ao gozo de férias pode ser constituído nesse sentido pela cooperativa. Tal qual o repouso, o descanso anual também é naturalmente remunerado de forma proporcional.

d) “XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias.”

As mulheres cooperadas gozam desse direito. A própria condição de contribuinte individual para a Previdência Social confere à gestante o mesmo direito da trabalhadora empregada. Isto é, a sócia cooperada, inscrita na Previdência Social, não está desprotegida sob a ótica da licença maternidade.

e) “XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.”

Como já mencionado, a saúde é um bem indisponível. Não cabe ao trabalhador, seja ele autônomo ou empregado, dispor acerca da utilização de meios atenuadores dos riscos intrínsecos à realização de determinadas atividades.

f) “XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei.”

É norma de ordem pública. Vale tanto para cooperados como trabalhadores empregados. O sócio cooperado que exerce suas atividades em ambiente insalubre percebe o referido adicional de insalubridade, que deverá ser instrumentalizado no estatuto da cooperativa.

g) “XXIV – aposentadoria.”

O sócio cooperado está totalmente protegido pela lei previdenciária. Desde 1967, com a Resolução nº 836 do Departamento Nacional de Previdência Social, as cooperativas de trabalho são reconhecidas pela Previdência, que estabeleceu um modo de contribuição de seus associados, considerando-os segurados autônomos. Todos os sócios cooperados estarão obrigatória e necessariamente inscritos e protegidos pela Previdência Social, contribuindo conforme a lei e o perfil profissiográfico traçado. Ainda que contribuintes individuais, os cooperados são beneficiários da aposentadoria especial, conforme dispõe a Lei nº 10.666/2003, refletindo adequadamente a condição *sui generis* da relação de trabalho cooperativista.

h) “XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.”

Não restam dúvidas de que a extensão da cobertura do cooperado, beneficiando-lhe com o seguro acidentário, é algo necessário, bem como factível dentro dos padrões atuais da legislação previdenciária, tal como a Lei nº 10.666/2003 logrou estender a aposentadoria especial ao trabalhador cooperado, nos seguintes termos:

Art 1º As disposições legais sobre aposentadoria especial do segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social aplicam-se, também, ao cooperado filiado à cooperativa de trabalho e de produção que trabalha sujeito a condições especiais que prejudiquem a sua saúde ou a sua integridade física.

§ 1o Será devida contribuição adicional de nove, sete ou cinco pontos percentuais, a cargo da empresa tomadora de serviços de cooperado filiado a cooperativa de trabalho, incidente sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, conforme a atividade exercida pelo cooperado permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente.

§ 2o Será devida contribuição adicional de doze, nove ou seis pontos percentuais, a cargo da cooperativa de produção, incidente sobre a remuneração paga, devida ou creditada ao cooperado filiado, na hipótese de exercício de atividade que autorize a

concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente.

§ 3o Considera-se cooperativa de produção aquela em que seus associados contribuem com serviços laborativos ou profissionais para a produção em comum de bens, quando a cooperativa detenha por qualquer forma os meios de produção.

.....

### 2.3.3 Forma de Remuneração dos Sócios Cooperados

Denomina-se produção o valor comumente repassado aos associados das cooperativas de trabalho. A produção deve respeitar os pisos das categorias, não se admitindo a realização de contratos que precarizem as relações de trabalho. Recomenda-se, inclusive, que seja observado o valor de mercado nos contratos com a iniciativa privada.

A cooperativa deve propiciar a participação de todos os associados interessados na realização do trabalho na deliberação acerca das condições para execução do serviço e remuneração a ser percebida.

Poderá a Assembléia Geral deliberar, anualmente, sobre a forma de fixação dos valores dos repasses de serviços pessoais prestados pelos associados; periodicidade e jornada de trabalho; descanso semanal e anual; licenças e prestação de serviços fora do seu domicílio, observadas as normas regulamentadoras relativas à saúde e medicina do trabalho. A Assembléia Geral poderá fixar o modo como as licenças e descansos serão remunerados, definindo forma, valores e custeio. Poderá, ainda, estabelecer outros direitos para os associados, além daqueles definidos em lei.

Os ocupantes dos cargos executivos mais elevados e demais diretores eleitos nas cooperativas do Ramo Trabalho não devem receber, a título de pró-labore, mais que 15 (quinze) vezes o valor limite para isenção do Imposto de Renda Retido na Fonte-Pessoa Física-IRRF-PF (aplicação do princípio da desconcentração de renda e do capital), ressalvada a realidade de mercado onde a cooperativa atue, no que tange aos pró-labores pagos aos gestores.

Não se aplica esse teto de até 15 (quinze) vezes o valor limite para isenção do Imposto de Renda Retido na Fonte-Pessoa Física (IRRF-PF) à produção dos associados pelos serviços vendidos através da cooperativa. Tal remuneração, de acordo com o artigo 44, inciso IV da Lei nº 5.764/71, deverá ser estabelecida pela Assembléia Geral, sendo recomendado que, quando a assembléia admitir remunerações variáveis, defina sempre um teto para as mesmas.



#### 2.3.4 Sobras

O artigo 80 da Lei Cooperativista indica que “as despesas da sociedade serão cobertas pelos associados mediante rateio na proporção direta da fruição de serviços.” Assim, ao projetar o custo agregado do seu funcionamento ao longo do ano, a cooperativa fixa um valor de provisionamento. O retorno da sobra é consequência da impossibilidade prática de se calcular exatamente o seu custo real, no momento de se prestar o serviço. Como é imperativo cobrar nessa oportunidade algum valor para que a cooperativa possa se desenvolver adequadamente, é comum que se tome como base o valor de mercado.

Ao fim do ano social, realiza-se balanço. Surgirá, então, uma diferença para mais ou para menos sobre aquele preço provisório, deduzidos os custos de investimento e de assistência, caracterizados classicamente pelos Fundos de Reserva e Fundo de Assistência Técnica, Educacional e Social (FATES). Esta diferença, no mais das vezes positiva se a administração tiver sido eficiente, é o que se chama “sobras retornáveis” ou “sobras líquidas do exercício”, ou seja, a diferença exata entre o custo projetado e o custo real dos serviços prestados aos associados. Esta sobra distribui-se entre os associados como retorno em proporção aos serviços utilizados, individualmente, durante o exercício.

Podemos utilizar o raciocínio desenvolvido acima também para as cooperativas de trabalho: o associado utiliza o serviço social (a captação de clientela, mediante contrato com terceiros) e a cooperativa adianta-lhe um valor. O excedente é o que a cooperativa recebeu a mais no momento em que houve o uso de seus serviços, daí a imposição de que, constituídos os fundos e pagos os juros de capital, este excedente deva retornar para o associado como reajuste sobre aquele custo projetado, configurando-se desta maneira o custo real.

#### 2.3.5 Registro na Organização das Cooperativas Brasileiras (OCB)/ Organização e Sindicato Estadual de Cooperativas (OCE)

A Lei Cooperativista concede à Organização das Cooperativas Brasileiras o poder de representar o sistema cooperativista nacional e afirma o seu caráter de órgão técnico-consultivo do Governo, destinando-lhe, ainda, uma série de competências, tendo em vista maior desenvolvimento e organização do sistema cooperativista.

Estabelecida a Organização das Cooperativas Brasileiras (OCB) como órgão representativo das cooperativas, a lei instituiu, em seu artigo 107, o registro nesse órgão ou na entidade estadual como formalidade necessária para o funcionamento das cooperativas,

estabelecendo inclusive percentual a ser pago quando do registro nesta organização. Tal registro objetiva o monitoramento do sistema cooperativo e vem facilitar o desenvolvimento organizado das cooperativas. Dito monitoramento, previsto na Medida Provisória nº 2.168-40/2001, não fere o dispositivo constitucional que afirma a desnecessidade de autorização para o funcionamento de sociedades cooperativas e veda a interferência estatal em seu funcionamento (artigo 5º, inciso XVIII), constituindo mesmo uma exigência legal que complementa a criação de cooperativas e não interfere em sua liberdade de criação conferida pela Constituição Federal.

A imposição do registro decorre da aplicação do disposto no artigo 174 da Carta Magna e seus parágrafos, em especial o parágrafo 2º e sua atribuição à Organização das Cooperativas Brasileiras (OCB) constitui mera delegação de ação instrumental:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

.....  
 §2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.  
 .....

Duas são as funções básicas do registro na Organização das Cooperativas Brasileiras (OCB): I- atualização do cadastro único de cooperativas brasileiras, maior fonte de informações acerca do cooperativismo nacional (função informativa); II- constatação da regularidade dos atos constitutivos da sociedade cooperativa, já que ele é efetivado mediante a apresentação pela sociedade de seus atos constitutivos (função declaratória).

### 2.3.6 Critérios de Legitimidade

Para aferir a legitimidade das cooperativas de trabalho utilizam-se os mesmos critérios estabelecidos para as cooperativas em geral:

- a) Adesão livre e consciente;
- b) Gestão democrática;
- c) Proporcionalidade razoável entre serviços e remunerações dos associados;
- d) Autonomia diretiva, técnica e disciplinar do associado, em relação ao tomador dos seus serviços;
- e) Identidade entre o objeto do contrato e o objeto societário;

f) Observância das normas de saúde, segurança e higiene no trabalho.

Não nos demoraremos em esclarecer os dois primeiros critérios, posto que importantes, tendo em vista a análise que deles fizemos quando da exposição dos princípios reguladores das cooperativas, não havendo grandes diferenças no tocante às cooperativas de trabalho.

Com relação ao terceiro critério, impõe-se a garantia contratual de um nível de remuneração em consonância com os patamares, direta ou indiretamente, oferecidos pelas tomadoras de serviços a seus empregados. Essa remuneração deve realizar-se por meio de contraprestação, e ter como referência o piso salarial das categorias profissionais cujos serviços contratados se relacionem ou, na sua inexistência, o salário mínimo. Acrescente-se que por observação a esse critério deve-se, ainda, promover efetivamente o retorno das sobras líquidas do exercício ao associado em dinheiro ou em quotas-partes.

Sabemos que as cooperativas são sociedades calcadas no regime de autogestão, sendo os cooperados autônomos e participando diretamente das decisões da sociedade. A autonomia dos cooperados tem pelo menos três dimensões: diretiva, técnica e disciplinar.

Como exercício da autonomia temos, dentre outros, os atos de: contratar com o tomador a remuneração vinculada a resultados ou consecução de metas agregadas (não individuais), evitando, se possível, expor cláusula que adote o critério homem/hora para fixação do valor da remuneração; evitar a interferência direta ou explícita do tomador na escolha ou seleção de associados a serem alocados para a prestação de serviços; fixar contratualmente as condições de execução dos serviços; elaborar normas de ética e disciplina e de processo administrativo interno para verificação da imputabilidade de condutas lesivas por parte do associado e aplicação das sanções previstas etc.

A cooperativa deve tomar para si as atividades diretivas, técnicas e disciplinares dos serviços contratados, cabendo ao tomador tão-somente o acompanhamento da prestação, a fim de verificar a sua realização conforme o contrato firmado.

Para aferir a legitimidade de uma cooperativa de trabalho deve-se, ainda, analisar alguns critérios no plano concreto como a identidade entre o objeto do contrato firmado e o objeto societário da cooperativa, sob pena de atuação irregular, e a observância das normas de saúde, segurança e higiene no trabalho, que constitui inclusive garantia constitucional outorgada aos trabalhadores em geral.

A viabilidade de uma cooperativa de trabalho não pode estar fundada no sacrifício de direitos individuais do trabalhador, mas nas vantagens inerentes ao processo autogestionário. Por outro lado, estes direitos não podem ser garantidos por uma aplicação das

regras celetistas, próprias aos trabalhadores dependentes, eis que tais regras são incompatíveis com a autogestão. Existindo a autogestão, inexistente a subordinação trabalhista.

Qualquer prestação de serviços contínuos, para ser lícita ou ilícita, não depende de ser o contratado empresa ou cooperativa, mas da autonomia coletiva dos trabalhadores em relação ao tomador dos serviços. A cooperativa está, então, apta à prestação de serviços, na medida em que é espécie societária centrada na autogestão. A relação de trabalho estabelecida *interna corporis* nos moldes previstos pela Lei nº 5.764/71 (artigo 90) não configura relação empregatícia. Se preservada a autonomia coletiva dos trabalhadores cooperados em relação ao tomador, a prestação de serviços contínuos será lícita.

### 3 AS COOPERATIVAS E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

#### 3.1 Terceirização

Iniciamos nosso estudo sobre terceirização no capítulo anterior, conceituando o instituto e analisando a terceirização via cooperativas de trabalho. Discutiremos agora acerca da possibilidade de terceirização nos serviços públicos.

Sérgio Pinto Martins (2001, p. 127), em seu livro *A Terceirização e o Direito do Trabalho*, afirma que “é possível, como de fato vem sendo feito, a terceirização na Administração Pública, como forma plenamente lícita de contratação de terceiros, de acordo com os preceitos legais”.

Podemos observar que o parágrafo 7º do artigo 10 do Decreto-lei nº 200 de 1967 já permitia a contratação de terceiros pela Administração Pública para realização de tarefas não-essenciais (atividades-meio):

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

A terceirização também é reconhecida e legitimada, em texto positivado, no âmbito da Administração Pública Federal, através do Decreto nº 2.271/97, que dispõe sobre a contratação de serviços pela administração direta, autárquica e fundacional, autorizando, no artigo 1º, que 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.

Tal contratação é, ainda, admitida pela nossa Lei Magna, tanto no artigo 37, inciso XXI, quanto no artigo 175, senão vejamos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

.....

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da

lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações;

.....  
 Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.  
 .....

Observe-se que a contratação de serviços de terceiros pela Administração Pública é permitida desde que haja lei específica prevendo licitação e regras para os contratos com aquela.

Poder-se-ia pensar que a possibilidade de terceirização no serviço público ensejaria casos de corrupção, especialmente pelo fato de não se utilizar de concurso público. Não podemos, contudo, esquecer da exigência de concorrência pública para a contratação dos serviços, o que impõe legitimidade ao processo, conferindo-lhe também maior transparência e moralidade.

O Estado beneficia-se da terceirização, ao destinar atividade que não lhe é essencial a outras pessoas mais competentes (especializadas) na prestação de serviços, reduzindo os custos e diminuindo a burocracia e o déficit estatal, racionalizando sua estrutura. Ao terceirizar, a Administração Pública implementa o princípio da eficiência, que indica necessidade de otimização de resultados para melhor satisfação do interesse da coletividade. O que o Estado não pode terceirizar são aqueles serviços que lhe são peculiares, como segurança pública, fiscalização etc.

Não restam dúvidas acerca da possibilidade da atuação das cooperativas enquanto prestadoras de serviços, sendo sua atuação não somente permitida como recomendável. Vejamos o que afirma Vera Lúcia de Almeida Corrêa (apud BITTENCOURT, 2001, p. 23):

De outra parte, as diferentes instâncias governamentais têm efetuado políticas para a redução de déficit público, de modo que, a contratação de serviços para implementação de suas atividades observando-se o princípio orçamentário do custo-benefício é um dos procedimentos adotados pelos administradores públicos para a consecução da redução dos seus gastos. É, inclusive, dever do Estado controlar o gasto público, através dos seus órgãos de controle externo, cuidando para que os serviços sejam executados dentro dos princípios de economicidade e de efetividade. É neste contexto que vêm ganhando espaço as cooperativas, ao descobrir e implantar formas de gestão que incorporam vantagens comparativas em relação às empresas capitalistas para poder competir com elas.

A edição da Lei Complementar nº 82/95 (revogada pela Lei Complementar nº 101/2000), limitando os gastos com servidores, representou mais um incentivo à terceirização. O novo trato legal dado à matéria pela Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº

101/2000), continua a limitar as despesas com o funcionalismo público, na forma do artigo 169, da Constituição Federal, abrangendo o pessoal ativo e inativo da União, dos Estados e dos Municípios. A lei prevê que, em cada período de apuração, os gastos não poderão exceder os percentuais de 50% da receita líquida, para a União, e 60%, para os Estados e Municípios.

Outro ponto importante a ser abordado nesse tópico é o inciso II do Enunciado nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que dispõe sobre a não criação de vínculo empregatício com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional em casos de fraude na terceirização ou inidoneidade da prestadora de serviços. Isso ocorre porque para a investidura em cargo ou emprego público, é necessária prévia aprovação em concurso público de provas, ou de provas e títulos. É o que reza o artigo 37, inciso II, da Constituição, *in verbis*:

Art. 37. (...)

.....

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

.....

O não cumprimento dos requisitos estabelecidos no referido inciso implica a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável nos termos da lei, é o que indica o parágrafo 2º do artigo 37, da Lei Maior.

Estando, pois, a Administração Pública sujeita ao princípio da legalidade, não se pode falar em vínculo de emprego sem que haja o concurso público.

### **3.2 Licitação**

Como visto acima, o legislador constituinte previu, no inciso XXI do artigo 37 e no artigo 175 da nossa Lei Maior, o instituto das licitações, instrumento de contratação de terceiros pela Administração Pública.

Esse tema foi regulamentado pela União, no exercício de sua competência privativa, através da Lei nº 8.666/93 que dispõe sobre normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas Diretas, Autárquicas e Fundacionais da União, Estados,

Distrito Federal e Municípios, conforme reza o artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal.

A licitação constitui instrumento de que dispõe o Poder Público para coligir, analisar e avaliar comparativamente as ofertas, com a finalidade de julgá-las e decidir qual será a mais favorável, tendo como fundamento principal o atendimento ao interesse público, baseando para tanto em critério objetivo, fixado de antemão em edital a que se deu ampla publicidade.

A licitação, como procedimento administrativo, visa atingir dupla finalidade, quais sejam, a garantia de observância do princípio da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa, conforme a Lei nº 8.666/93, em seu artigo 3º:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

### 3.2.1 Princípios

O artigo 3º da Lei de Licitações, além de expor a finalidade do procedimento, também exemplifica os princípios que devem ser observados pela Administração na condução do referido certame, não se olvidando os já consagrados princípios previstos no ordenamento jurídico constitucional.

De acordo com o **princípio da legalidade**, a atuação do administrador tem que se cingir ao que a lei impõe. Como todo ato da Administração Pública, os procedimentos licitatórios devem ser conduzidos em observância ao princípio da legalidade que, diferentemente do âmbito privado em que é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, determina que na Administração só é permitido fazer o que a lei autoriza.

O **princípio da moralidade ou probidade administrativa** visa evitar a prática de ato que prejudique o erário ou a atuação final da Administração. Há necessidade de se verificar o dolo para caracterizar a improbidade. Desse princípio advêm outros dois: o da boa-fé, conseqüência direta da moralidade, e o da lealdade administrativa, pelo qual seus agentes devem manter uniformidade de conduta diante de semelhantes situações, e surge como decorrência imediata da igualdade, da legalidade e da moralidade.



O único interesse a prevalecer é o público e a única vantagem a ser perseguida é a da proposta que melhor atenda ao interesse público.

O **princípio da impessoalidade** tem por objetivo evitar qualquer concessão de privilégio e inspirar todas as diretrizes que assegurem condições justas de competição. Visa assegurar que o ato administrativo não se vincule à vontade pessoal do agente público, e impedir que possa propiciar qualquer tipo de proteção ou restrição ao licitante. Em outras palavras, a Administração deve dispensar o mesmo tratamento a todos os administrados que estejam na mesma situação jurídica, donde se conclui que tal princípio está intimamente ligado ao princípio da isonomia.

O **princípio da publicidade** impõe a divulgação de todos os atos administrativos, sendo direito fundamental a obtenção de informações do Estado. Tem por função manter sempre viva a transparência dos atos administrativos. Exegese do artigo 3º, parágrafo 3º da Lei de Licitações: “A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura”.

A Administração só poderá escolher a melhor proposta se todos os interessados tiverem acesso à licitação. Quanto maior a quantidade de pessoas que tiverem conhecimento da licitação, mais eficiente poderá ser a forma de seleção e, por conseguinte, mais vantajosa poderá ser a proposta vencedora.

O **princípio da vinculação ao instrumento convocatório** faz do edital ou carta-convite a lei interna de cada licitação, impondo-se a observância de suas regras à Administração Pública e aos licitantes, estes em face dela e em face uns dos outros, nada podendo ser exigido, aceito ou permitido além ou aquém de suas cláusulas e condições. Assim dispõe o artigo 41 da Lei nº 8.666/93: “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.

O **princípio do julgamento objetivo** é corolário do princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Atrela a Administração, na apreciação das propostas, aos critérios de aferição previamente definidos no edital ou carta-convite, com o fim de evitar que o julgamento se faça segundo critérios desconhecidos dos licitantes, ao alvedrio da subjetividade do julgador. É o que se observa nos artigos 44 e 45 da lei de licitações, abaixo transcritos:

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

.....

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

.....

Além dos princípios acima expostos, a lei fala em **princípios correlatos**. Podemos citar como exemplo o **princípio da competitividade**, sem o qual estaria comprometido o próprio princípio da igualdade. O artigo 3º, parágrafo 1º, incisos I e II, da Lei nº 8.666/93 veda discriminações que frustrem o caráter competitivo do certame, *in literim*:

Art. 3º. (...)

§1º É vedado aos agentes públicos:

I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;

II – estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no artigo 3º da Lei 8.248, de 23 de outubro de 1991.

.....

A não obediência a essas vedações pode configurar a prática de crime, como prevê a Lei de Licitação:

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Deixamos propositadamente por último a análise do **princípio da igualdade ou isonomia**, por ser o de maior relevância para o procedimento licitatório, servindo de base a todos os outros, que com ele estão intimamente ligados.

Esse princípio tem sua origem no art. 5º da Constituição Federal, como direito fundamental. A igualdade que se busca é a igualdade formal. Cabe, aqui explicar a diferenciação entre igualdade formal e igualdade substancial. Esta é a busca da igualdade material, dos bens, do conforto que a vida moderna pode oferecer. Busca-se erradicar as desigualdades sociais, fazendo com que todos os indivíduos tenham os mesmos bens materiais. Já a igualdade formal é a igualdade perante o Direito, ou a igualdade de direitos.

Esta consiste no direito de todo cidadão não ser desigualado pela lei senão quando em conformidade com os critérios albergados ou ao menos não vedados pelo ordenamento constitucional.

O princípio da igualdade implica o dever de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, e também o de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que possam oferecer as indispensáveis condições de garantia de execução do contrato.

Tal princípio não diz respeito à condição jurídica dos licitantes, mas às obrigações estabelecidas para sua participação no certame, sendo possível a qualquer pessoa jurídica ou física participar de uma licitação, desde que preencha os requisitos de qualificação jurídica, técnica e financeira, e esteja em situação regular com suas obrigações fiscais e trabalhistas.

A igualdade ora tratada é aquela entre os licitantes frente à Administração e não dos licitantes entre si.

Não configura atentado ao princípio da igualdade entre os licitantes o estabelecimento de requisitos mínimos de participação no edital, ou carta-convite, porque a Administração pode, e deve, fixá-los sempre que necessário à garantia de execução do contrato.

Cabe aqui comentar sobre o sigilo na apresentação das propostas, que garante a observância da igualdade entre os licitantes e assegura a competitividade do certame. Devassar o conteúdo de proposta apresentada corresponde a crime (artigo 94 da Lei nº 8.666/93) e a prática de ato de improbidade administrativa (artigo 10, VIII, da Lei nº 8.429/92).

### 3.2.2 Procedimento

Dentro das etapas ou fases do procedimento licitatório (I-abertura; II-habilitação; III-classificação e julgamento das propostas; IV-homologação; V-adjudicação) as mais importantes para nosso objeto de estudo são a abertura da licitação (edital) e a habilitação.

Pelo princípio da vinculação ao instrumento convocatório, o **edital** constitui lei entre as partes no procedimento licitatório e é forma de aferir a validade dos atos praticados no curso da licitação. Ao descumprir normas editalícias, a Administração frustra a própria razão de ser da licitação e viola os princípios que direcionam a atividade administrativa. Por essa razão, antes de se lançarem na participação em certame licitatório, as cooperativas devem

sempre verificar se não consta no edital norma proibitiva nesse sentido, restando-lhes a possibilidade de impugnar norma discriminatória que não encontre fundamentação plausível.

A **habilitação** é a fase de análise da aptidão dos concorrentes. A Administração não pode fazer exigências indevidas e impertinentes para a habilitação do licitante. A própria Constituição, no já citado inciso XXI do artigo 37, indica que o processo licitatório “somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. No mesmo sentido, já decidiu o STJ que as exigências na licitação devem se compatibilizar com seu objetivo, de modo que “a ausência de um documento não-essencial para a firmação do juízo sobre a habilitação da empresa não deve ser motivo para afastá-la do certame licitatório” (MS nº 5624-DF, 1ª Seção, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, publ. DJ 26/10/1998).

Para a habilitação nas licitações exige-se dos interessados, conforme artigo 27 da Lei nº 8.666/93, documentação relativa à:

I-habilitação jurídica (artigo 28) – refere-se à regularidade formal do candidato, sobretudo no que diz respeito à sua personalidade jurídica.

II-qualificação técnica (artigo 30)– é o meio de verificar a aptidão profissional e operacional do licitante para a execução do que vier a ser contratado, podendo ser genérica (inscrição no órgão de classe), específica (comprovação de que o candidato já prestou serviço idêntico a terceiros) ou operativa (comprovação de que a estrutura da empresa é compatível com o vulto e a complexidade do objeto contrato).

III-qualificação econômico-financeira (artigo 31) – é o conjunto de dados que fazem presumir que o licitante tem capacidade para satisfazer os encargos econômicos decorrentes do contrato até o momento da contraprestação por parte da Administração Pública. São requisitos exigíveis para tal situação: balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social; certidão negativa de falência ou concordata; e garantia de, no máximo, 1% do valor estimado para contrato. Tendo em vista o objeto da contratação, pode a Administração estabelecer exigência de capital mínimo, ou de patrimônio líquido mínimo, desde que prevista no edital.

IV-regularidade fiscal (artigo 29) – prova de que o participante está quite com suas obrigações fiscais federais, estaduais e municipais. Deve provar ainda sua inscrição nos cadastros fazendários cabíveis e provar a sua regularidade relativa à seguridade social e ao fundo de garantia.

V-cumprimento do disposto no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal – mostra a preocupação do legislador com o trabalho do menor. O participante da

licitação deve comprovar que não possui, em seu quadro de empregados, menores em situação vedada pela Constituição.

Esses requisitos têm natureza objetiva. São importantes porque não pode o Poder Público sujeitar-se a riscos que possam comprometer a satisfação dos interesses públicos, devendo cercar-se de cautelas frente aos contratantes.

Não existe relação única de documentos, nem regra rígida para a habilitação. Cada tipo de pessoa jurídica oferece a documentação de acordo com sua personalidade jurídica. Não se pode exigir das empresas licitantes algo que sua legislação específica delas já não exija. Desse modo, não se vislumbra em que difere uma cooperativa de uma Sociedade Anônima, por exemplo, para efeito de habilitação num procedimento licitatório. Não podem as cooperativas ser compelidas a apresentar registro em conselho de entidades outras que não naquelas relacionadas a sua natureza jurídica.

### 3.2.3 Norma Proibitiva

Adiante, a Lei nº 8.666/93 (artigo 9º) contém norma proibitiva quanto à participação nas licitações, bem como à execução de obra ou serviço e fornecimento de bens a eles necessários. Pela melhor hermenêutica, normas proibitivas constituem exceções e devem ser interpretadas restritivamente, de forma estrita, enquanto que os direitos se interpretam ampliativamente. Em licitações, a regra é que a participação no certame é direito de todos os interessados e deve, segundo esse princípio, ser entendida de maneira ampliativa. Por todo o exposto, não cabe ao intérprete distinguir onde a lei não distingue. Destarte, a indicação das pessoas enumeradas no artigo 9º deve ser interpretada como um rol taxativo, não podendo o intérprete ampliar o campo de restrições previsto na Lei de Licitações. Nesse sentido é o posicionamento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. COOPERATIVAS. PARTICIPAÇÃO. VIABILIDADE.

1. Mantida a sentença que julgou procedente o pedido e concedeu a segurança permitindo a participação de cooperativa em concorrência pública, pois o art. 9º da Lei nº 8.666/93 não faz as restrições pretendidas pela Administração.
2. Por outro lado, a Constituição Federal de 1988 (art. 174, § 2º) estabelece princípio de estímulo ao cooperativismo e outras formas de associativismo, devendo ser prestigiada, desta forma, a licitação que observou o princípio em comento.
3. Apelação e remessa oficial improvidas.

(AMS – 71401, Proc. 200071020007582 – RS, 3ª T, Rel. Juíza Marga Inge Barth Tessler, publ. DJU 21/11/01, p. 336)

### 3.2.4 Equalização de Propostas

Necessário ainda ressaltar a previsão de equalização de propostas previstas para as licitações internacionais (artigo 42, Lei nº 8.666/93), porquanto alguns doutrinadores defendam a tese de que referida norma deve ser aplicada às propostas apresentadas pelas sociedades cooperativas, tendo em vista os benefícios concedidos a tais sociedades. Essa corrente de pensamento aduz que a equalização das propostas é a única forma de garantir o cumprimento do princípio da igualdade nas licitações em que estejam participando sociedades cooperativas. *In verbis*:

Art. 42. Nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.

.....

§ 4º Para fins de julgamento da licitação, as propostas apresentadas por licitantes estrangeiros serão acrescidas dos gravames consequentes dos mesmos tributos que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros quanto à operação final de venda.

.....

É esse o posicionamento de Toshio Mukai (Revista Consulex, 2001):

Quando indagados sobre tal questão temos posicionado no sentido de para que seja cumprido o princípio fundamental da igualdade haverá de se efetuar a equalização das propostas, somando-se à proposta da cooperativa, os tributos que recaem, na hipótese, sobre os preços das empresas.

Contrário é o posicionamento de Sidney Bittencourt (apud REIS, 2002):

Parece-nos totalmente descabida a tentativa de equalizar propostas em edital visando à neutralização dos benefícios outorgados pela Constituição e pela Lei para as cooperativas, por entendermos que, se o princípio é o da livre iniciativa e a Constituição Federal estabeleceu estas distinções, não cabe ao agente público, ao elaborar os editais ou julgar recursos, estabelecer distinções, negando esse tratamento beneficiado às cooperativas.

Pensamos que se deve, sempre que possível, buscar interpretação sistemática das leis, sob pena de malferir princípios fundamentais e desvirtuar o espírito da lei em análise, pondo-a em desarmonia com o resto do ordenamento jurídico e retornando ao ultrapassado positivismo jurídico, que em nada enriquece o Direito.

Se a Carta Magna impõe ao Estado o dever de apoiar e estimular o cooperativismo (artigo 174, parágrafo 2º) e a Lei nº 5764/71 foi recepcionada pela mesma, legitimados estão os benefícios concedidos às sociedades cooperativas. Ademais, as empresas participantes do

certame licitatório muito raramente serão materialmente iguais; cada tipo societário possui vantagens próprias, que são inerentes a sua natureza. Não há que se falar em equalização por analogia, quando a lei quis interferir na isonomia do certame ela o fez explicitamente. Por fim, lembramos que o critério do menor preço é apenas um dos que a Administração pode adotar, nem sempre o menor preço determinará a escolha.

O fato é que, ao administrador público, em razão dos princípios da legalidade e da isonomia, não cabe igualar uma situação que o constituinte resolveu desigualar.

### 3.2.5 Responsabilidade Subsidiária

Por último é importante ressaltar a questão da responsabilidade da Administração em caso de inadimplência do contratado. Reza o parágrafo 1º do artigo 71 da Lei de Licitações:

Art. 71. (...)

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis

.....

O Enunciado 331 do TST, em seu inciso IV, que trata de terceirização, dispõe o contrário:

Enunciado 331 (...)

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos 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 nº 8.666, de 21.06.1993). (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000).

O conflito vem se resolvendo em favor do Enunciado, reconhecendo o Judiciário a responsabilidade subsidiária da Administração Pública quanto às obrigações trabalhistas (v.g. RO nº 0702-50 de 01.05.99, TRT da 5ª Região).

A possibilidade de responsabilização subsidiária da Administração Pública pelas obrigações trabalhistas inadimplidas é um dos argumentos utilizados por aqueles que se

posicionam contrariamente à participação de cooperativas em licitações. Afirmam que o possível advento de responsabilização pode gerar graves prejuízos financeiros ao Erário. É, na verdade, um problema não só relacionado às cooperativas, mas a qualquer empresa que venha a contratar com a Administração Pública. Isso, contudo, pode ser evitado se, durante o procedimento licitatório, principalmente na fase de habilitação, o Poder Público investigar a idoneidade das participantes do certame.



## **4 A PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS**

O cooperativismo é um movimento que promove práticas de cunho econômico, dentro de um modelo capitalista de Estado, mas em bases distintas das sociedades empresárias, como ficou demonstrado. O ponto central da diferenciação é a ausência de lucro.

Em um contexto socializante, de incentivo a todas as pessoas a superar as diferenças pecuniárias e ter acesso às mesmas oportunidades, o cooperativismo busca permitir que pessoas sem capital, ou com capital bastante reduzido, tenham acesso proporcional à obtenção da mais-valia, do melhor resultado econômico, seja com ganhos maiores, seja tendo acesso a coisas a preços mais vantajosos.

O cooperativismo sofre o preconceito de ser diferente. Nossa sociedade está acostumada a uma estrutura em que uma ou poucas pessoas se unem, com capital, organizam uma empresa, contratam empregados a salários fixos e produzem ou fazem circular bens, produtos ou serviços, concentrando em si todas as possibilidades e responsabilidades.

Apesar dessa prática geralmente observada, as cooperativas lograram obter relevante atuação na vida econômica do país. No tocante à possibilidade de participação desse tipo societário em procedimentos licitatórios, contudo, a discussão doutrinária e jurisprudencial ainda é muito acirrada.

A doutrina a esse respeito divide-se em três correntes: a que refuta plenamente tal participação; a que a admite, mediante a adoção de cláusulas de equalização, tendentes a compensar os benefícios fiscais outorgados àquela categoria de sociedade; e aquela que defende a livre possibilidade da mencionada participação, independentemente da adoção de qualquer medida equalizadora. Sendo esta última a corrente majoritária.

Abordaremos aqui os diversos argumentos dessas correntes doutrinárias, lembrando alguns pontos já abordados.

### **4.1 Das Relações entre as Cooperativas e o Estado**

Duas são as relações possíveis entre as sociedades cooperativas e o Estado. A primeira diz respeito à fiscalização estatal das cooperativas a bem da ordem pública, da lei, da credulidade e da economia social dos cofres públicos (pelo interesse arrecadatório do Estado). Lembrando que essa fiscalização em nada viola o disposto no artigo 5º, inciso XVIII, da Constituição Federal, no sentido de que não visa interferir no funcionamento das mesmas.

A outra relação possível entre essas sociedades e o Estado diz respeito à possibilidade de firmarem, entre si, contratos. A Administração Pública é o maior centro de poder econômico em um país. Contratar com o Estado permite acesso a essa fortuna circulante, o que pode ser fator crucial para salvar ou arruinar uma sociedade. Em razão das grandes vantagens em jogo, o Direito trouxe para si meios de escolha dos contratados, como a licitação pública, almejando evitar favoritismos, perseguições, corrupção de funcionários, além de outros males.

A Recomendação 193, aprovada na 90ª Conferência da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em seu item I.1. reconhece que as cooperativas operam em todos os setores da economia. E por seu item II.7.2., as cooperativas devem beneficiar-se de condições conforme com a legislação e as práticas nacionais que não sejam menos favoráveis que as que se concedam a outras formas de empresa e de organização social. Se a prestação de serviços terceirizáveis é considerada como objeto lícito às sociedades empresárias, também deve sê-lo para as sociedades cooperativas. E isso sem prejuízo ao seu item II.8.1.b., pelo qual as políticas nacionais deveriam especialmente velar para que não se possam criar ou utilizar cooperativas para burlar a legislação do trabalho, nem elas sirvam para estabelecer relações de trabalho encobertas, e lutar contra as pseudocooperativas, que violam os direitos dos trabalhadores, velando para que a legislação de trabalho se aplique em todas as empresas.

A contratação de prestação de serviços pelo Estado via cooperativas é tema ainda muito polêmico, vez que propicia diversas discussões e atinge diretamente os interesses das sociedades empresárias que participam de licitações, tendo em vista a rentabilidade dos contratos celebrados com o Poder Público.

## **4.2 Pretensos Óbices à Participação das Cooperativas em Licitações Públicas**

### **4.2.1 Colisão de Interesses**

Um dos argumentos daqueles que são contrários à participação das cooperativas nos certames licitatórios é que a cooperativa se constitui para o fim de promover o interesse dos seus próprios associados, ao passo que a contratação com o Poder Público objetiva, essencialmente, ao interesse público.

Sabemos, como decorrência da Lei nº 5.764/71 (artigo 4º), que as cooperativas são formadas para satisfazer os interesses de seus associados, prestando-lhe serviços, e que o Estado tem por meta principal a satisfação do interesse público. Isso, contudo, não parece

motivo para impedir a realização de contrato entre ambos, senão vejamos: pode o interesse de uma cooperativa estar na entrega de um bem mediante o recebimento de um preço, por exemplo uma certa quantidade de leite, e o interesse do Estado, no recebimento de certa quantidade de leite pagando o seu preço. O interesse público estaria em destinar esse leite a estudantes de uma escola pública, enquanto o interesse da cooperativa, em colocar no mercado o leite que recebeu do seu associado produtor rural. Conquanto antagônicos, esses interesses são convergentes e não conflitantes.

Veja-se, por outro lado, que não obstante as sociedades empresárias jamais tenham interesse público, pois invariavelmente buscam o lucro, são elas que, na maioria das vezes, participam das licitações. O interesse público nos certames consiste, ainda, na tentativa de evitar os lucros abusivos, daí necessidade de competição. Como podemos afirmar que sociedades empresárias e Poder Público não tem interesses antagônicos?

Conclui-se, desse modo, que não é a oposição de interesses que inviabiliza a realização de contrato, mas a impossibilidade de convergência.

O argumento, portanto, não convence.

#### 4.2.2 Malferimento ao Princípio da Isonomia

Quase toda argumentação acerca da participação ou não de cooperativas em licitações acaba desembocando na ofensa ao princípio da igualdade: isenções tributárias e falta de vínculo empregatício, que reduzem os custos; equalização das propostas apresentadas; cláusulas dos editais; documentação exigida na habilitação etc.

A igualdade é, sem dúvida, princípio aplicável às licitações, já que por meio de tal procedimento a Administração Pública busca identificar a melhor proposta, que inclui o melhor preço, no melhor prazo e com a melhor qualidade, imperativos do interesse público.

A obediência ao princípio da publicidade é um dos meios de se garantir a isonomia no certame, através da publicação de seus termos e do estabelecimento de prazos mínimos que garantam a publicidade. A Administração Pública somente irá identificar a melhor proposta se todos os interessados tiverem acesso à licitação

O princípio da isonomia assegura igualdade de condições a todos os licitantes e, sendo a cooperativa isenta de ônus financeiro e social oriundos da relação empregador-empregado, estaria em posição de vantagem frente aos outros concorrentes. Assim se posicionam os defensores da não-participação das cooperativas em licitações, argumentando que a habilitação desse tipo societário ensejaria ofensa ao princípio ora tratado.

Segundo eles, essas vantagens feririam a isonomia entre os licitantes, esquecem, contudo, que a isonomia aplicável às licitações é a formal, a de tratamento, aquela entre os licitantes frente à Administração, sem estabelecer entre estes privilégios ou perseguições. Não poderia ser igualdade entre os concorrentes, pois, se assim fosse, o que seria exigido? Igualdade de natureza jurídica, nos custos de produção, ou no montante do lucro? Seria impraticável a exigência de igualdade material entre licitantes. Não há qualquer previsão legal de que os licitantes devam ser iguais entre si.

As diferenças entre os licitantes são naturais e aceitáveis. Admitem-se no certame concorrentes com os mais diversos custos reais de produção. Alguns têm gastos reduzidos com transporte, outros baixo custo salarial etc. Tudo isso irá interferir direta ou indiretamente no preço final do produto ofertado, não justificando, porém, a exclusão dessas entidades do certame.

A Lei de Licitações não permite ao Poder Público ingressar em particularidades dos tipos societários, como os encargos a que se sujeitam, para restringir sua participação em competições licitatórias. Que se dirá, então, da atitude de proibir a participação das cooperativas em tais certames, quando suas particularidades são, em sua maioria, de natureza interna: administração democrática, juros limitados sobre o capital, retorno das sobras etc? Com muito mais razão não podem essas particularidades ser objeto de discriminação; fogem ao interesse do Poder Público.

A polêmica aumenta quando o assunto é a diferenciação no trato tributário concedido às cooperativas. Reside aí ponto freqüentemente sustentado pelos juristas para justificar a restrição à possibilidade de ingresso das cooperativas em certames. Argüem que o fato de a sociedade cooperativa se beneficiar de “isenções” de tributos não é mera particularidade, mas fator determinante na fixação do preço final oferecido.

Ocorre, porém, que as cooperativas não possuem verdadeiras isenções ou imunidades tributárias. O que ocorre, no mais das vezes, é a não-incidência de impostos.

Quando a Lei nº 5.764/71 afirma que os atos cooperativos não são operações de mercado, não está determinando uma isenção. Está simplesmente reconhecendo uma não incidência, que sequer precisaria estar prevista em lei, já que não é operação de mercado pela própria sistemática do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).

O mesmo ocorre em relação ao Imposto de Renda. As cooperativas são entidades sem fins lucrativos, esse atributo lhes é legalmente atribuído (artigo 3º da Lei Cooperativista). A cobrança de imposto sobre a renda de pessoa jurídica tem por base de cálculo a obtenção de

lucro, logo as sociedades cooperativas estão fora do campo de incidência do Imposto de Renda.

Ressalte-se que as cooperativas são tributadas do mesmo modo que as sociedades empresárias se praticam atos não cooperativos.

Não podemos punir as sociedades cooperativas por não estarem sujeitas a um tipo específico de legislação. O legislador e, principalmente, o Fisco na sua ânsia arrecadatória, insistem em equiparar as sociedades cooperativas às empresas sem atentar para suas peculiaridades.

Já que a licitação é instrumento para selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, não pode o Poder Público afastar licitantes legalmente aptos e disponíveis no mercado, nem estabelecer distinções artificiais para neutralizar os benefícios constitucionais e legais atribuídos a determinada categoria que se pretende estimular.

Outra base utilizada pelos que criticam a participação de cooperativas em certames licitatórios, sob alegação de malferir o princípio da isonomia, é a redução dos custos decorrente da inexistência de despesas com encargos trabalhistas. Alegam que a ausência de vínculo empregatício, e conseqüente desobrigação pelos encargos trabalhistas, põe esse tipo societário em situação de nítida vantagem em relação a todos os demais.

Há outros fatores a considerar quando da fixação do custo final de um produto ou serviço oriundo de sociedade cooperativa. Apesar de os encargos trabalhistas previstos na Consolidação das Leis do trabalho não serem pertinentes à relação de trabalho estabelecida em sede de cooperativas, há a constituição imperativa de, pelo menos, dois fundos: Fundo de Reserva e Fundo de Assistência Técnica Educacional e Social. O percentual total das sobras líquidas do exercício destinado a esses fundos é de 15% (quinze por cento), conforme dispõe o artigo 28 da Lei nº 5.764/71.

Além desses fundos de constituição obrigatória, há ainda a orientação de se criarem outros fundos que, na prática, proporcionarão ao cooperado garantias semelhantes às aquelas de que gozam os empregados. São exemplos desses fundos: Fundo de Descanso Anual; Fundo de Poupança; Seguro Contra Acidentes em Folha; Abono Natalino. A Assembléia poderá decidir livremente acerca dessa constituição, mas, uma vez constituídos esses fundos, parte das sobras líquidas lhes será destinada e certamente isso irá influenciar na fixação dos custos dos produtos ou serviços. Nunca devemos esquecer que a cooperativa almeja melhorar as condições de vida de seus associados e não explorar o lucro, daí a não-resistência a um aumento dos custos se isto reverterá em proveito dos próprios cooperados.

As cooperativas com administração eficiente e com elevados graus de organização são as que mais comumente interessadas nos certames, pois têm maior possibilidade de atender às grandes demandas do Poder Público. Cooperativas mais evoluídas, como as que competem nas licitações, têm tendência natural à constituição de fundos opcionais, pois esta é uma forma de estabelecer maior retorno ao seu trabalho.

#### 4.2.2.1 Equalização

Equalização, em termos gramaticais, visa compensar distorções. Alguns doutrinadores defendem a equalização das propostas oferecidas pelas cooperativas em procedimentos licitatórios, por analogia ao artigo 42, parágrafo 4º, da Lei nº 8.666/93. Dispositivo este aplicado aos licitantes estrangeiros, consiste numa fictícia elevação dos preços ofertados por eles ou numa redução dos apresentados pelos brasileiros, com o objetivo de viabilizar uma compensação de tributação (do PIS e COFINS, principalmente) que onera somente os licitantes brasileiros.

São totalmente descabidas equalizações de propostas em licitações visando à neutralização dos benefícios outorgados às cooperativas pela Constituição e pela norma legal vigente. Se o princípio é o da livre iniciativa e a Carta Magna estabeleceu estas distinções, não está autorizado o agente público, ao elaborar editais ou julgar recursos, a estabelecer distinções negando esse tratamento diferenciado às cooperativas.

Defendemos tal posicionamento por entendermos não ser possível a adoção de critérios de equalização das propostas apresentadas pelas cooperativas com as oferecidas pelas demais licitantes, incorporando-se aos preços ofertados por aquelas, os tributos e encargos trabalhistas que oneram as ofertas realizadas pelos outros proponentes, uma vez que cada licitante comparece ao certame, e dele participa, de acordo com sua estrutura e constituição.

Se tal procedimento fosse adotado para as cooperativas, tratamento idêntico deveria ocorrer para com as micro e pequenas empresas, o que não ocorre.

É importante salientar, também, que não há previsão de medidas compensatórias para empresas que colocam suas sedes em cidades cujas alíquotas do Imposto Sobre Serviços (ISS) são menores.

Convém alertar que a Administração, em qualquer tipo de licitação, mesmo na chamada de menor preço, está sempre buscando a melhor proposta.

Em conseqüência, é necessário que no julgamento seja avaliada a proposta levando-se em consideração o tipo da pessoa jurídica ofertante, buscando não a equalização –

impondo sobre ela encargos que não possui – mas sim conhecer o que realmente a Administração pagará pelo objeto pretendido, caso venha a contratá-la.

Como é cediço, o artigo 22, inciso IV, da Lei nº 8.212/91, determina que os tomadores dos serviços prestados por cooperativas de trabalho devem recolher ao Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) a alíquota de 15% sobre o valor da fatura. Tal recolhimento, em caso de contrato administrativo, correrá às expensas da Administração. Senão vejamos:

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.  
 .....

Na hipótese do contratado ser empresa, a retenção será de 11% do valor bruto da nota fiscal, em nome de empresa, para a seguridade social, nos termos do artigo 219 do Decreto nº 3.048/99. *In literim*:

Art. 219. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços e recolher a importância retida em nome da empresa contratada, observado o disposto no § 5º do art. 216.

Destarte, constata-se que as alíquotas diferenciadas implicarão diretamente no valor a ser pago, fator que deve ser observado pela Administração quando da escolha da melhor proposta.

Apesar de não fazer parte da contraprestação a ser conferida às cooperativas de trabalho, pois não se incorporam aos valores da proposta que esta ofertará, conclui-se que a Administração não poderá tão somente considerar o valor proposto pela remuneração dos serviços a serem prestados, pois o ônus do Poder Público com a contratação será acrescido dos 15% da contribuição.

Nesse caso, o critério de julgamento pelo menor preço não deve ser entendido somente como a menor remuneração para a contratada, mas sim como o menor preço advindo da contratação pela Administração. Melhor explicando, o menor preço a ser considerado é aquele que representa o menor desembolso, incluindo, assim, os valores a serem pagos como contraprestação pelos serviços prestados, bem como todos os ônus advindos da contratação,

tais como taxas, contribuições previdenciárias ou outras obrigações que a lei admitir. O próprio texto do artigo 3º da Lei nº 8.666/93, ao definir as finalidades da licitação, expõe que esta se destina a garantir a observância do princípio constitucional de isonomia e selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração.

Tal mecanismo não caracteriza uma equalização, porquanto não objetiva compensar qualquer deformidade, mas sim avaliar precisamente o dispêndio da Administração.

#### 4.2.3 Ausência de Legitimidade

Teceremos considerações acerca de alguns dispositivos da Lei nº 8.66/93, com o fito de derrubar a tese de que as cooperativas não possuem legitimidade para participar de certames licitatórios.

Inicialmente é necessário verificar se o objeto social da cooperativa é compatível com o objeto da licitação, pois só assim será viável a participação dela no certame.

Quanto à abertura do procedimento licitatório, se no edital já houver exclusão das cooperativas do certame e não houver uma justificativa jurídica e plausível, ela deve buscar a anulação do edital ou da cláusula referente à exclusão pela via administrativa, ou judicialmente através de Mandado de Segurança, remédio apropriado para estancar as ilegalidades cometidas pela Administração Pública.

Na fase de habilitação, quando ocorre a entrega e aceitação da documentação das entidades participantes, poderá haver maiores vicissitudes, em virtude da alegação referente à impossibilidade de as cooperativas apresentarem os documentos necessários a essa fase, exigidos pela Lei nº 8.666/93, sob o argumento de que sua natureza jurídica não se coaduna com a previsão legal.

A álea que deriva de contratos firmados com sujeitos que, por insuficiência econômica ou técnica, podem comprometer a satisfação das avenças, não se coaduna com o interesse público, mormente a continuidade do serviço. Daí a necessidade de o Poder Público cercar-se de acautelamentos quando da aferição da idoneidade dos possíveis licitantes.

Os requisitos exigidos nesse momento são de natureza objetiva, sem possibilidade de abertura para discriminações não correlatas com os interesses públicos. A atuação da Administração vai se resumir a verificar se os que acorreram ao certame preenchem ou não os requisitos necessários para disputá-la, segundo os termos prefixados no edital.



O artigo 27 da Lei nº 8.666/93 trata dos requisitos a serem cumpridos pelos interessados no certame, não fazendo distinção entre os tipos de sociedade admissíveis.

Além disso, o artigo 28, inciso IV da Lei das Licitações, especifica a documentação a ser exigida para a sociedade civil (termo típico do Código Civil de 1916), evidenciando a admissão desse tipo societário nos certames. De acordo com o artigo 4º da Lei nº 5.764/71, as cooperativas são consideradas sociedades civis, estando dessa forma aptas a participar de licitações públicas, desde que cumpridos os requisitos do instrumento convocatório.

As cooperativas serão analisadas no certame com os mesmos rigores utilizados para os demais licitantes. Como frisamos anteriormente, não se pode demandar documentos que já não sejam exigidos pela legislação que regulamenta essas entidades.

Não podemos olvidar que o Código Civil de 2002 alterou a nomenclatura dos tipos societários. Não se fala mais em sociedade civil e comercial e sim em sociedade simples e empresária. De acordo com o Novo Código, portanto, são as cooperativas classificadas como sociedades simples. A Lei de Licitações, contudo, não sofreu alterações no inciso que traz essa nomenclatura. Por não configurar alteração substancial, entendemos não restar prejudicado nosso argumento.

A Administração, impondo restrições ao ingresso das cooperativas no certame com base na documentação exigida, estaria restringindo o caráter competitivo do procedimento licitatório, incidindo na vedação do artigo 3º, parágrafo 1º, inciso I, do Estatuto licitatório, podendo restar configurada, inclusive, a conduta criminosa estabelecida no artigo 90 do mesmo diploma.

A discriminação cabível, nessa fase, reside em afastar os licitantes que possuem problemas legais, pois eles poderiam comprometer a normal execução do contrato ou frustrar os mecanismos aplicáveis em caso de descumprimento. É suficiente que as pessoas jurídicas que almejam ingressar no procedimento licitatório cumpram as exigências legais próprias do seu tipo societário.

Diante desse quadro, fica muito difícil de afastar as cooperativas das licitações pelo só motivo de serem sociedades criadas com essa forma jurídica. Se a possibilidade de restrições ao ingresso no certame cinge-se à exigência de documentos específicos do regime jurídico das entidades. Os privilégios e particularidades de cada sociedade não podem ser neutralizados. Mesmo as sociedades empresariais, a depender do tipo societário de que se revistam, detêm determinados privilégios; não cabe à lei extirpá-los.

Questiona-se a participação das cooperativas em licitações públicas também sob o prisma da inexistência de expressa previsão em lei acerca dessa possibilidade.

O argumento de que deveria haver previsão, na Lei das Cooperativas, de sua participação em licitações públicas, também não convence. Se houvesse impedimento para que as cooperativas participassem de tais certames, na legislação que os regula é que deveriam vir tais impedimentos. O que também não se verifica.

O artigo 9º da Lei nº 8.666/93, que contém a norma proibitiva não contempla as cooperativas. Portanto, têm elas direito de participar de licitações porque não há lei que vede isso. A Administração deve agir em estrita observância ao princípio da legalidade.

Por fim, não podíamos deixar de mencionar o posicionamento de Vera Lúcia de Almeida Corrêa (BITTENCOURT, 2001, p. 61):

Temos notado que a Administração Pública tem mostrado resistências, temores e preconceitos quando as cooperativas se apresentam para competir nas licitações públicas. Isto, além de ferir o princípio básico da igualdade entre os licitantes, tem prejudicado a eficácia das contratações. Percebe-se que os responsáveis pela elaboração de Editais têm adotado interpretações muito rígidas dos dispositivos legais. O discurso freqüente de que a atual Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93) é a causa da ineficácia do setor público distorce os fatos. Apesar da lei em vigor não estar plenamente adequada ao novo papel do Estado, a ineficácia dos contratos se deve muito mais a procedimentos burocráticos e rígidos adotados pela Administração Pública, do que aos dispositivos legais. A Administração Pública pode e deve adotar inovações e procedimentos mais flexíveis, sem violar o princípio da legalidade.

#### 4.2.4 Burla ao Concurso Público

A tese de que o Estado estaria burlando norma constitucional ao contratar com cooperativas, agindo em dissonância com o que afirma o artigo 37, inciso II, que dispõe acerca da obrigatoriedade do concurso público para o ingresso na Administração Pública, não tem sustentação. Na verdade essa tese não tem ligação direta com as sociedades cooperativas, mas sim com qualquer tipo de terceirização de serviços públicos.

A regra constitucional do obrigatório concurso público para o ingresso na Administração não pode ser esquecida. É necessário observar, porém, que existem duas formas para que a Administração consiga obter a atividade de pessoas para alcançar seus objetivos, ambas com ampla base constitucional: uma, por intermédio da seleção de pessoas para a ocupação de cargos públicos; outra, via licitação pública.

Claro está, portanto, que há uma linha divisória entre as duas situações: sendo funções inerentes ao Poder Público, o caminho é o concurso público; sendo apenas atividades-meio, o caminho é o procedimento licitatório.

Conseqüentemente, a terceirização dos serviços públicos somente poderá prosperar quando as atividades pretendidas não se referirem àquelas inerentes a cargos públicos (atividades-fim) inseridos nos quadros funcionais do órgão, pois, neste caso, deverá-se observar regra constitucional de prévio concurso público de provas ou de provas e títulos, consoante prescrito no inciso II do artigo 37 da Carta Magna.

Discute-se, portanto, sem justo motivo, a ofensa ao princípio constitucional do concurso público.

#### 4.2.5 Falsas Cooperativas

Indaga-se acerca dos riscos que a contratação de cooperativas traria à Administração Pública. Os riscos são os mesmos com relação a qualquer tipo societário, não trazendo a cooperativa peculiaridades nesse sentido. Esta indagação só faz sentido se referente a “cooperativas” que fogem a suas finalidades e são constituídas com o objetivo de fraudes trabalhistas e tributárias, caracterizando, de fato, pseudocooperativas.

Afastar as cooperativas dos certames licitatórios por presumi-las fraudulentas, seria o mesmo que afastar qualquer outro tipo de pessoa jurídica por haver risco da mesma ser uma empresa “laranja” ou “fantasma”, pois qualquer pessoa, física ou jurídica, pode caminhar na ilegalidade. Não se pode presumir a fraude, pois estaríamos assim invertendo o princípio da presunção de inocência.

Não pode a Administração correr riscos. Por isso, deve avaliar, cuidadosamente, a documentação apresentada, de modo a só permitir a presença no certame de sociedades legalmente constituídas, sejam sociedades anônimas, limitadas, cooperativas, microempresas etc. Inclusive efetuando as diligências necessárias, concluindo, então, sobre a legitimidade da cooperativa, como de qualquer outro tipo de sociedade. Afinal esse é o objetivo da fase de habilitação.

A fragilidade das falsas cooperativas facilita a sua identificação, bastando verificar: a documentação; a observância aos princípios básicos do cooperativismo; e a avaliação da participação dos cooperados nas assembleias gerais da cooperativa (se o trabalhador não participa dessas assembleias, pode usar isso para alegar que era empregado subordinado e não cooperado).

Há necessidade de todos, inclusive das verdadeiras cooperativas, combaterem as pseudocooperativas.

A simples exclusão das cooperativas nos certames licitatórios não corrige as distorções existentes no pseudocooperativismo. Apenas inibe e restringe o mercado das cooperativas autênticas e legítimas.

#### 4.2.6 Responsabilidade Subsidiária do Estado

Como já estudado no capítulo anterior, a responsabilidade subsidiária da Administração Pública em caso de inadimplência por parte do contratado no que tange às obrigações trabalhistas, prevista no inciso IV do Enunciado nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, tem prevalecido sobre o artigo 71, parágrafo 1º, do Estatuto das Licitações, que prevê a não transferência dessa responsabilidade. Em virtude dessa responsabilidade, segundo alguns doutrinadores, os riscos para a Administração na contratação de cooperativas seriam patentes.

Mas, se não há vínculo empregatício entre cooperativas e cooperados, não se pode falar em encargos trabalhistas nos moldes da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). A responsabilidade do Estado só passa a existir se se configurar, na relação entre as cooperativas e os cooperados, a presença dos requisitos do artigo 3º da CLT (subordinação, pessoalidade, não eventualidade, salário), o que caracterizaria uma falsa cooperativa que estará apenas intermediando mão-de-obra.

Afirmar que “todas as cooperativas de trabalho são fraudulentas” é uma generalização que permitiria aceitar considerar-se todos os servidores públicos como preguiçosos, todos os políticos corruptos, e tantas outras que permeiam o imaginário popular. Esse argumento demonstra apenas preconceito.

Esse “risco”, contudo, vê-se reduzido se o Poder Público fiscalizar a idoneidade das cooperativas, assim como deve fazer com todas as demais pessoas jurídicas.

### 4.3 Jurisprudência Relevante Sobre o Tema

A possibilidade de as cooperativas contratarem com o Poder Público também é tema controvertido na jurisprudência, como se percebe adiante:

Cooperativa. Participação em Licitação. Impossibilidade de contratação com o poder público. Infringência do art. 37, inc. XXI, da CF. As vantagens decorrentes da

redução de custos financeiros e sociais próprios da relação empregado-empregador fazem da cooperativa concorrente privilegiada frente aos outros licitantes, o que agride o princípio da isonomia, pedra angular da competição. (TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Resposta à consulta nº 439.155)

A restrição da participação de cooperativas em licitações públicas implica a redução das propostas ofertadas, o que vai de encontro ao objetivo fundamental do processo licitatório, qual seja, a escolha de proposta mais vantajosa para a administração.

Ademais, não consta haver impedimento legal para participação de organizações dessa espécie em certames licitatórios, sendo à primeira vista, abusiva a decisão que decidiu pela inabilitação da impetrante. (Proc. 2003.34.00.012485-7/DF – 3ª Vara Federal do Distrito Federal – Licitação da Agência Nacional de Polícia)

PROCESSO CIVIL. LIMINAR LICITAÇÃO. POSSIBILIDADE. PARTICIPAÇÃO. COOPERATIVAS. ART. 9º, LEI Nº 8.666/93.

1. As cooperativas não estão incluídas no rol das pessoas que estão impedidas de participar de licitações, nos termos do art. 9º, da Lei nº 8.666/93.
2. O art. 9º, da Lei nº 8.666/93 por conter regra de proibição deve ser interpretado restritivamente, daí porque, o referido rol só poderá ser taxativo e não exemplificativo. (Origem: TRIBUNAL – QUARTA REGIÃO – Classe: AG – AGRAVO DE INSTRUMENTO – Processo: 9704702329 UF: PR Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA – Data da Decisão: 25/03/1999 Documento: TRF400072309 – Rel. JUÍZA LUIZA DIAS CASSALES)

Devemos destacar o acordo firmado perante o juiz da 20ª Vara do Trabalho de Brasília, entre o Ministério Público do Trabalho (MPT) e a Advocacia Geral da União (AGU), em 2003, no qual a União se compromete a não mais 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 essencial ao desenvolvimento e à prestação dos serviços terceirizados.

O que pretende esse acordo é extirpar do mercado as pseudocooperativas, mas o que traz, na verdade, é uma “punição” às verdadeiras cooperativas que tenham por objeto qualquer dos serviços nele referido, ficando assim impedidas de contratar com o Poder Público, lembrando que esse acordo vincula a União e recomenda o estabelecimento dessas diretrizes à Administração Pública Indireta.

Referido acordo arrola os tipos de serviços a ele submetidos, explicitando que as partes podem, a qualquer tempo, ampliar tal lista.

Segue ainda conceituando a cooperativa de mão-de-obra: “associação cuja atividade precípua seja a mera intermediação individual de trabalhadores de uma ou várias profissões (inexistindo assim vínculo de solidariedade entre seus associados), que não detenham qualquer meio de produção, e cujos serviços sejam prestados a terceiros, de forma

individual (e não coletiva), pelos seus associados”. Essa classificação, reitera-se, não é reconhecida pelo sistema cooperativista.

A existência de cooperativas de mão-de-obra não se coaduna com o cooperativismo, desvirtuando o conceito de cooperativas de trabalho. Essas pretensas cooperativas são ilegais e não têm respaldo da lei, pois ferem os direitos do trabalhador.

A intermediação de mão-de-obra é prevista no sistema legal brasileiro, mas de modo bastante restrito, pela Lei nº 6.019/74 que regulamenta o trabalho temporário. Esta atividade tem requisitos rígidos de modo a coibir abusos, por exemplo: a empresa de mão-de-obra temporária deve fazer o registro do trabalhador, o contrato deve ser por escrito e deve demonstrar que existe um acréscimo extraordinário de trabalho. São circunstâncias que estão previstas na legislação, mas de forma restrita, para que o ordinário, que é o trabalho formal e registrado, não seja transformado numa situação excepcional.

Alguns têm defendido que existem três tipos de cooperativas, dois adequados e um inadequado. Os adequados (legais) seriam: cooperativas de serviços e cooperativas de produção. As primeiras são consideradas adequadas porque efetivamente prestam e vendem serviços, por exemplo, cooperativas de motoristas de táxi, de médicos etc. O segundo tipo é de produção, onde, por exemplo, antigos empregados tomam a gestão de empresas que faliram. O terceiro tipo é a cooperativa de mão-de-obra. Esta, no entendimento de alguns, seria ilegal, pois os trabalhadores não prestam serviços, vendem sua mão-de-obra; tampouco detêm os meios de produção, razão pela qual deveriam ser considerados empregados.

Esse acordo reavivou as discussões sobre o tema.

O Tribunal de Contas da União (TCU), baseado no termo de conciliação judicial firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a Advocacia Geral da União, emitiu acórdão, com caráter normativo, em que proíbe a participação de cooperativas de mão-de-obra nas licitações da Administração Pública Indireta Federal. O objetivo é evitar que o processo de terceirização desrespeite os direitos dos trabalhadores ao não reconhecer o vínculo empregatício, na hipótese em que as cooperativas são consideradas fraudulentas, meras intermediadoras de mão-de-obra. A decisão foi tomada em representação do Sindicato e Organização das Cooperativas do Estado do Ceará contra editais de licitação da Caixa Econômica Federal que vedavam a participação de cooperativas.

A decisão muda jurisprudência anterior do TCU, pois o Órgão vinha adotando posicionamento sobre a ilicitude da proibição de participação de cooperativas em licitações, em razão da ausência de vedação na Lei nº 8.666/93, bem como em função do parágrafo 2º

do artigo 174 da Constituição Federal, que estabelece que a lei apoiará a estimulará o cooperativismo e outras formas de associação.

Também é importante destacar Parecer emitido pela Procuradoria Geral do Estado do Ceará após o acordo firmado entre o MPT e a AGU, alterando seu posicionamento sobre o assunto. Alega a PGE-CE que a relação custo/benefício, decorrente de possíveis contratos entre cooperativas e a Administração Pública, trabalha em desfavor desta. O posicionamento anterior dessa Procuradoria era pela possibilidade de participação das cooperativas em licitações, desde que as propostas fossem equalizadas.

Vale ressaltar, ainda, a sentença, proferida pelo juiz Antônio Umberto de Souza Júnior, da 6ª Vara do Trabalho de Brasília, homologando acordo entre o Ministério Público do Trabalho e o Banco do Brasil S/A, em que afasta premissa (contida no acordo firmado entre a Advocacia Geral da União e o Ministério Público do Trabalho), segundo a qual haveria, na contratação de cooperativas pela Administração, serviços terceirizáveis caracterizados por subordinação. A aplicação de tal premissa inviabilizaria a participação de cooperativas em processos licitatórios.

De acordo com a sentença, o acordo em sua versão anterior fere o princípio isonômico (deixando o mercado livre para atuação exclusiva de sociedades empresárias prestadoras de serviços) e agride a regra de incentivo constitucional a este tipo de organização social (artigo 174, parágrafo 2º, Constituição Federal).

Assim, esse novo acordo objetiva, partindo da necessária e inarredável presunção de boa fé dos contratantes, segregar as falsas cooperativas de trabalho (verdadeiras locadoras de mão-de-obra), deixando aberto o espaço para o autêntico cooperativismo atuar, com todo o vigor, premiando o espírito de solidariedade formador das cooperativas e punindo iniciativas oportunistas de obtenção de vantagens financeiras decorrentes da inexistência de vínculo empregatício com os trabalhadores.

O novo acordo representa uma importante vitória na busca do respeito ao cooperativismo do trabalho, pois a versão anterior praticamente asfixiava todo o sistema cooperativo no setor de serviços, pois o rol de exigências era tão amplo que não deixava hipótese viável de atuação das cooperativas, qualquer que fosse o seu grau de legitimidade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As sociedades cooperativas são marcadas por uma série de características especialíssimas que as efetivam como fator de transformação social. Diante de seu potencial de distribuição eqüitativa de renda, esse tipo societário recebeu do constituinte forte incentivo, estando mesmo expresso na Constituição Federal de 1988 o dever do Estado de, através de lei, apoiar e estimular o cooperativismo.

Os princípios que regem as cooperativas surgiram em meados do século XIX, mormente após o advento da Revolução Industrial, e vêm se desenvolvendo continuamente. Essas regras basilares têm como pano de fundo a autogestão do trabalhador, intencionando a melhoria da qualidade de vida dos cooperados.

A América Latina produziu abalizada doutrina acerca do cooperativismo, especialmente no que diz respeito ao ato cooperativo. O legislador pátrio rendeu-se à magnitude da doutrina latino-americana sobre o cooperativismo e consagrou, em dispositivo expresso do Código Civil de 2002, a natureza de sociedade simples das cooperativas, conduzindo ao ostracismo as cogitações acerca de sua natureza empresarial.

Via de regra as cooperativas têm um objeto e uma finalidade. Em que pese o diverso leque de escolhas possíveis acerca do objeto das atividades cooperativistas, admite-se apenas uma finalidade: a prestação de serviços aos associados, visando a uma melhoria em sua qualidade de vida. Se não for esse o objetivo da sociedade, não há que se falar em cooperativa. Há diversos critérios e formas de classificação das cooperativas, logrando grande aceitação a classificação realizada pela Organização das Cooperativas Brasileiras (OCB), que as divide em 13 (treze) ramos.

Dentre os ramos catalogados pela OCB, o ramo trabalho impõe-se como o grande foco concentrador de cooperados e de controvérsias jurídicas acerca da natureza de que se revestem as relações por ele perpetradas. Em razão desses fatos, imperioso se torna o estudo aliado das cooperativas de trabalho e dos direitos constitucionais fundamentais, mantendo sempre em foco o direito ao trabalho e não o direito do trabalho.

Grande polêmica gerou a constatação de fraudes à legislação trabalhista por meio de pseudocooperativas. As verdadeiras cooperativas passaram a receber tratamento discriminatório, sofrendo com abjetas presunções de fraude, desde que se constatou o fato de que alguns empresários, em nítida atitude de burla à legislação trabalhista, passaram a utilizar o expediente de contratar trabalhadores através de “cooperativas” para relação de trabalho, mantendo, porém, os atributos característicos da relação de emprego. As burlas ocorrem



sobretudo nas cooperativas de trabalho; o estabelecimento de critérios para identificação das cooperativas de trabalho facilita o banimento das pseudocooperativas.

Crescente é a atuação das sociedades cooperativas junto à Administração Pública. A terceirização aponta como instituto essencial à especialização do Estado, que a utiliza como meio de repassar a realização de suas atividades-meio a terceiros, concentrando-se o Poder Público na execução das atividades-fim. A terceirização não gera vínculo empregatício com o Estado, que age como tomador de serviços, daí sua viabilidade na Administração e seu potencial como redutor de custos.

A licitação pública é instrumento utilizado pela Administração para escolher as melhores propostas dentre as que se lhes apresentam, deve-se obedecer uma série de princípios a fim de manter a lisura do procedimento. Sendo o certame meio de contratação com o Poder Público, é natural que acorram diversos interessados quando da publicação do edital. Os tipos societários mais diversos são admitidos a competir em sede de licitação, sendo admissíveis restrições apenas se relacionadas à persecução de interesse público.

Apesar da ausência de proibição à participação de cooperativas nos certames licitatórios, como se depreende do estudo da Lei nº 8.666/93, e da delineação de diretrizes incentivadoras do cooperativismo na Constituição Federal de 1988, alguns juristas vêm negando a possibilidade de acesso de cooperativas às licitações públicas. Doutrina e jurisprudência desdobram-se em esforços para fundamentar a restrição de acesso, alegam colisão de interesses entre cooperativa e Poder Público; malferimento do princípio da isonomia; possibilidade de responsabilização subsidiária do Estado; burla ao concurso público etc. Todos os argumentos são frágeis e somente ilustram o preconceito e/ou desconhecimento acerca das cooperativas.

A participação de cooperativas em licitações públicas é não apenas viável, mas recomendável, já que a Administração Pública objetiva selecionar no mercado as melhores propostas. Os riscos e cuidados ao se contratar com cooperativas são os mesmos que envolvem a contratação de qualquer outra empresa, devendo a Administração ter especial cautela quanto à idoneidade dos proponentes. Proibir essa participação é o mesmo que se querer consolidar um sistema de exclusão social, de divisão rígida de classes.

As características especiais da cooperativa e os benefícios e incentivos a ela concedidos não são por si só fatores determinantes na vitória no procedimento licitatório. Cada empresa que compete tem características próprias que a concederão vantagens em determinados aspectos e desvantagens em outros.

Não cabe ao legislador ordinário neutralizar os benefícios e incentivos constitucionalmente concedidos às sociedades cooperativas. A ausência de finalidade lucrativa e atuação como fator de equilíbrio social autorizam o tratamento diferenciado desse tipo societário, que tem como missão não a exploração econômica e conseqüente concentração de renda, mas a divisão eqüitativa dos resultados auferidos e natural divisão da renda, sendo fator de pacificação social.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECHO, Renato Lopes. *Elementos de Direito Cooperativo*. São Paulo: Dialética, 2002.

BITTENCOURT, Sidney. *A Participação de Cooperativas em Licitações Públicas*. Rio de Janeiro: Temas e Idéias Editora, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*.

BRASIL. Lei Federal nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971. *Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências*. <<http://www.planalto.gov.br>>

BRASIL. Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências*. <<http://www.planalto.gov.br>>

BRASIL. Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 10ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2003.

GAWLAK, Albino. *Cooperativismo: Primeiras Lições*. Brasília: SESCOOP, 2004.

<<http://www.ocb.org.br>>

<<http://www.pge.ce.gov.br>>

<<http://www.planalto.gov.br>>

<<http://www.portaldocooperativismo.org.br>>

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

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

\_\_\_\_\_. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 5ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Atlas, 2001.

MUKAI, Toshio. *Cooperativas Não Podem Participar de Licitações Públicas*. Revista Consulex – Ano V – nº 99, Fevereiro, 2001.

REIS, Samuel Mota de Souza. *A participação de Cooperativas em Licitações*. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 238, 2 mar. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4916>>. Acesso em 11 ago. 2005.

TEIXEIRA JÚNIOR, Amílcar Barca e CIOTTI, Lívio Rodrigues. *Participação de Cooperativa sem Procedimentos Licitatórios*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

XAVIER, Bruno de Aquino Parreira. *Licitações públicas e a participação de cooperativas*. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3287>>. Acesso em: 11 ago. 2005.

APÊNDICES

---

APÊNDICE A - DIFERENÇAS ENTRE SOCIEDADE COOPERATIVA E SOCIEDADE EMPRESÁRIA

<b>SOCIEDADE COOPERATIVA</b>	<b>SOCIEDADE EMPRESÁRIA</b>
Sociedade de pessoas (O fator principal é o ser humano)	Sociedade de capital (O fator principal é o capital)
Objetivo: prestação de serviços	Objetivo principal: o lucro
Número ilimitado de cooperados	Número limitado de acionistas (exceção: S/A)
O cooperado é usuário da sociedade	A empresa vende produtos e serviços aos consumidores
Cada cooperado tem direito a um voto na Assembléia	Cada ação ou cota tem direito a um voto na Assembléia
Afasta o intermediário	É o intermediário
Defende preços justos	Defende maior lucro
O compromisso é social e econômico	O compromisso é econômico
O controle é democrático e pessoal	O controle é em função do capital
Retorno proporcional ao valor das operações	Dividendo proporcional ao valor das ações

APÊNDICE B - DIFERENÇAS: TRABALHADOR COOPERADO E TRABALHADOR CELETISTA

<b>TRABALHADOR COOPERADO</b>	<b>TRABALHADOR CELETISTA</b>
Não há subordinação	Subordinação a um empregador ou patrão
Não tem salário. Recebe rendimentos variáveis de acordo com o que produz	Recebe salário
Não tem carteira de trabalho assinada. É trabalhador autônomo, contribuinte do INSS	Tem carteira de trabalho assinada
Possibilidade de constituição de fundo de descanso anual (decisão da Assembléia)	Férias
Possibilidade de constituição de fundo para abono natalino (decisão da Assembléia)	13º Salário
Possibilidade de constituição de fundo de poupança compulsório (decisão da Assembléia)	FGTS
Possibilidade de constituição de fundo para seguro contra acidentes (decisão da Assembléia)	Seguro contra acidentes descontado do salário
Constituição obrigatória do FATES - Fundo de Assistência Técnica, Educacional e Social (cuja contribuição depende da existência de sobras)	Capacitação profissional se for interesse da empresa
Desde que haja recursos, os trabalhadores cooperados podem conceder-se quaisquer benefícios, porque são donos da Sociedade Cooperativa	Benefícios diversos da CLT

ANEXOS

---



## ANEXO A – TERMO DE CONCILIAÇÃO JUDICIAL ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO E A UNIÃO

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, neste ato representado pelo Procurador-Geral do Trabalho, Dr. Guilherme Mastrichi Basso, pela Vice-Procuradora-Geral do Trabalho, Dra. Guiomar Rechia Gomes, pelo Procurador-Chefe da PRT da 10ª Região, Dr. Brasilino Santos Ramos e pelo Procurador do Trabalho Dr. Fábio Leal Cardoso, e a UNIÃO, neste ato representada pelo Procurador-Geral da União, Dr. Moacir Antonio da Silva Machado, pela Sub Procuradora Regional da União - 1ª Região, Dra. Helia Maria de Oliveira Bettero e pelo Advogado da União, Dr. Mário Luiz Guerreiro;

CONSIDERANDO que toda relação jurídica de trabalho cuja prestação laboral não eventual seja ofertada pessoalmente pelo obreiro, em estado de subordinação e mediante contraprestação pecuniária, será regida obrigatoriamente pela Consolidação das Leis do Trabalho ou por estatuto próprio, quando se tratar de relação de trabalho de natureza estatutária, com a Administração Pública;

CONSIDERANDO que a legislação consolidada em seu art. 9º, comina de nulidade absoluta todos os atos praticados com o intuito de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação da lei trabalhista;

CONSIDERANDO que as sociedades cooperativas, segundo a Lei n. 5.764, de 16.12.1971, art. 4º, “(...) são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas à falência, constituídas para prestar serviços aos associados”.

CONSIDERANDO que as cooperativas podem prestar serviços a não associados somente em caráter excepcional e desde que tal faculdade atenda aos objetivos sociais previstos na sua norma estatutária, (art. 86, da Lei n. 5.764, de 16.12.1971), aspecto legal que revela a patente impossibilidade jurídica das cooperativas funcionarem como agências de locação de mão-de-obra terceirizada;

CONSIDERANDO que a administração pública está inexoravelmente jungida ao princípio da legalidade, e que a prática do merchandage é vedada pelo art. 3º, da CLT e repelida pela jurisprudência sumulada do C. TST (En. 331);

CONSIDERANDO que os trabalhadores aliciados por cooperativas de mão-de-obra, que prestam serviços de natureza subordinada à UNIÃO embora laborem em situação fática idêntica a dos empregados das empresas prestadoras de serviços terceirizáveis, encontram-se à margem de qualquer proteção jurídico-laboral, sendo-lhes sonogada a

incidência de normas protetivas do trabalho, especialmente àquelas destinadas a tutelar a segurança e higidez do trabalho subordinado, o que afronta o princípio da isonomia, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (arts. 5º, caput e 1º, III e IV da Constituição Federal);

CONSIDERANDO que num processo de terceirização o tomador dos serviços (no caso a administração pública) tem responsabilidade sucessiva por eventuais débitos trabalhistas do fornecedor de mão-de-obra, nos termos do Enunciado 331, do TST, o que poderia gerar graves prejuízos financeiros ao erário, na hipótese de se apurar a presença dos requisitos do art. 3º, da CLT na atividade de intermediação de mão-de-obra patrocinada por falsas cooperativas;

CONSIDERANDO o teor da Recomendação Para a Promoção das Cooperativas aprovada na 90ª sessão, da OIT – Organização Internacional do Trabalho, em junho de 2002, dispondo que os Estados devem implementar políticas nos sentido de: “8.1.b Garantir que as cooperativas não sejam criadas para, ou direcionadas a, o não cumprimento das lei do trabalho ou usadas para estabelecer relações de emprego disfarçados, e combater pseudocooperativas que violam os direitos dos trabalhadores velando para que a lei trabalhista seja aplicada em todas as empresas.”

## RESOLVEM

Celebrar CONCILIAÇÃO nos autos do Processo 01082-2002-020-10-00-0, em tramitação perante a MM. Vigésima Vara do Trabalho de Brasília-DF, mediante os seguintes termos:

Cláusula Primeira - 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 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.

Parágrafo Primeiro – O disposto nesta Cláusula não autoriza outras formas de terceirização sem previsão legal.

Parágrafo Segundo – As partes podem, a qualquer momento, mediante comunicação e acordos prévios, ampliar o rol de serviços elencados no *caput*.

Cláusula Segunda - Considera-se cooperativa de mão-de-obra, aquela associação cuja atividade precípua seja a mera intermediação individual de trabalhadores de uma ou várias profissões (inexistindo assim vínculo de solidariedade entre seus associados), que não detenham qualquer meio de produção, e cujos serviços sejam prestados a terceiros, de forma individual (e não coletiva), pelos seus associados.

Cláusula Terceira - A UNIÃO obriga-se a estabelecer regras claras nos editais de licitação, a fim de esclarecer a natureza dos serviços licitados, determinando, por conseguinte, se os mesmos podem ser prestados por empresas prestadoras de serviços (trabalhadores subordinados), cooperativas de trabalho, trabalhadores autônomos, avulsos ou eventuais;

Parágrafo Primeiro - É lícita a contratação de genuínas sociedades cooperativas desde que os serviços licitados não estejam incluídos no rol inserido nas alíneas “a” a “r” da Cláusula Primeira e sejam prestados em caráter coletivo e com absoluta autonomia dos cooperados, seja em relação às cooperativas, seja em relação ao tomador dos serviços, devendo ser juntada, na fase de habilitação, listagem contendo o nome de todos os associados.

Esclarecem as partes que somente os serviços podem ser terceirizados, restando absolutamente vedado o fornecimento (intermediação de mão-de-obra) de trabalhadores a órgãos públicos por cooperativas de qualquer natureza.

Parágrafo Segundo – Os editais de licitação que se destinem a contratar os serviços disciplinados pela Cláusula Primeira deverão fazer expressa menção ao presente termo de conciliação e sua homologação, se possível transcrevendo-os na íntegra ou fazendo parte integrante desses editais, como anexo.

Parágrafo Terceiro - Para a prestação de serviços em sua forma subordinada, a licitante vencedora do certame deverá comprovar a condição de empregadora dos prestadores de serviços para as quais se objetiva a contratação, constituindo-se esse requisito, condição obrigatória à assinatura do respectivo contrato.

#### DAS SANÇÕES PELO DESCUMPRIMENTO

Cláusula Quarta – A UNIÃO obriga-se ao pagamento de multa (astreinte) correspondente a R\$ 1.000,00 (um mil reais) por trabalhador que esteja em desacordo com as condições estabelecidas no presente Termo de Conciliação, sendo a mesma reversível ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT).

Parágrafo Primeiro – O servidor público que, em nome da Administração, firmar o contrato de prestação de serviços nas atividades relacionadas nas alíneas “a” a “r” da Cláusula Primeira, será responsável solidário por qualquer contratação irregular, respondendo pela multa prevista no caput, sem prejuízo das demais cominações legais.

Parágrafo Segundo – Em caso de notícia de descumprimento dos termos firmados neste ajuste, a UNIÃO, depois de intimada, terá prazo de 20 (vinte) dias para apresentar sua justificativa perante o Ministério Público do Trabalho.

#### DA EXTENSÃO DO AJUSTE À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA

Cláusula Quinta – A UNIÃO se compromete a recomendar o estabelecimento das mesmas diretrizes ora pactuadas em relação às autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, a fim de vincular todos os órgãos integrantes da administração pública indireta ao cumprimento do presente termo de conciliação, 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.

#### DA HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL DO AJUSTE

Cláusula Sexta – - As partes submetem os termos da presente conciliação à homologação do Juízo da MM. Vigésima Vara do Trabalho, para que o ajuste gere os seus efeitos jurídicos.

Cláusula Sétima - Os termos da presente avença gerarão seus efeitos jurídicos a partir da data de sua homologação judicial.

Parágrafo único – Os contratos em vigor entre a UNIÃO e as Cooperativas, que contrariem o presente acordo, não serão renovados ou prorrogados.

Cláusula Oitava -A presente conciliação extingue o processo com exame do mérito apenas em relação à UNIÃO, prosseguindo o feito quanto aos demais réus. Dito isto, por estarem as partes ajustadas e compromissadas, firmam a presente conciliação em cinco vias, a qual terá eficácia de título judicial, nos termos dos artigos 831, parágrafo único, e 876, caput, da CLT.

Brasília, 05 de junho de 2003.

GUILHERME MASTRICHI BASSO GUIOMAR RECHIA GOMES  
Procurador-Geral do Trabalho Vice-Procuradora-Geral do Trabalho

BRASILINO SANTOS RAMOS FÁBIO LEAL CARDOSO  
Procurador-Chefe/PRT 10ª Região Procurador do Trabalho

MOACIR ANTONIO DA SILVA MACHADO  
Procurador-Geral da União

HELIA MARIA DE OLIVEIRA BETTERO MÁRIOLUIZ GUERREIRO  
Sub-Procuradora-Regional da União–1ª Região Advogado da União

Testemunhas:

---

GRIJALBO FERNANDES COUTINHO

Presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA

---

PAULO SÉRGIO DOMINGUES

Presidente da Associação dos Juízes Federais do Brasil - AJUFE

---

REGINA BUTRUS

Presidente da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho - ANPT

**ANEXO B – PARECER DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO CEARÁ**

Parecer n<sup>o</sup>

Processo n<sup>o</sup> 03347339-0

Origem: SECRETARIA DA CONTROLADORIA - SECON

Interessada: SECON/CORAR

Procuradora: MARIA DO SOCORRO DEMÉTRIO XIMENES

Estagiário: JEFFERSON VIANA FILHO

**EMENTA: Cooperativas – Licitações.**

**Impossibilidade de participação de Cooperativas nos Torneios Licitatórios Públicos.**

**Tais entidades, em face dos incentivos que recebem, participam com vantagem nas licitações, o que as coloca em pé de desigualdade com as demais licitantes.**

**Princípio da Isonomia desobedecido.**

**I – RELATÓRIO**

1. Chega a esta CONSULTORIA GERAL Processo oriundo da SECRETARIA DA CONTROLADORIA – SECON solicitando esclarecimentos, no âmbito do Estado do Ceará, no que concerne à decisão homologada pelo juiz da 20<sup>a</sup> Vara do Trabalho de Brasília-DF, a qual trata do acordo entre o Ministério Público do Trabalho e a Advocacia Geral da União, onde a União se compromete a não mais contratar Cooperativas de mão-de-obra, em algumas categorias, para trabalho subordinado.

2. O Processo encontra-se bem instruído constando nos seus autos; **a)** Termo de conciliação Judicial entre o MPT e a AGU homologado perante a vigésima Vara do Trabalho de Brasília-DF (fls. 04-07); **b)** Pareceres desta Casa tratando da matéria sob análise (fls. 11-14).

3. É o relatório.

## II – PARECER

4. O tema é, sobremaneira, controvertido, no qual perquire-se a possibilidade de participação das Cooperativas em licitações públicas, tendo em vista que a própria Constituição Federal incentiva a sua criação (artigo 5º, inciso XVII) e, que, a legislação que as rege lhes confere tratamento diferenciado, no tocante a certos incentivos, que, no confronto com outras empresas, as deixa em posição privilegiada, quando integram embates licitatórios.

5. Preliminarmente, lembra-se que o objetivo primordial da Licitação é a busca da melhor proposta para um contrato com a Administração Pública, que se traduz, principalmente, na cotação do **menor preço**, dentre outras condições que são dadas a partir do objeto pretendido pelo Poder Público. Em segundo lugar, informa-se que a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), silenciou quanto à temática, ou seja, sobre a possibilidade de participação de Cooperativas nas licitações, o que motivou controvérsias de todo tipo, inclusive discussões acerca do Princípio Constitucional da Isonomia, para muitos desobedecido, quando do confronto das propostas apresentadas, toda vez que Cooperativas participam de licitações, lado a lado com outras interessadas, o que, igualmente, farpeia a Lei 8.666/93, já que esta proíbe expressamente a participação de licitantes em condições desiguais. Assim preceitua o art.3º, par. 1º, da citada lei:

**“Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.**



§ 1º - É vedado aos agentes públicos:

(...)

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.

§ 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços: “ (Grifo Nosso)

6. A Lei 5.764/71 (que define a Política Nacional de Cooperativismo) art. 4º, ao conceituar as Cooperativas, determinou que estas seriam constituídas para prestarem serviços aos seus associados. Abaixo o texto legal:

“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 (...)**”

7. Já o artigo 86 da mesma norma, utilizado como forma de defesa das Cooperativas toda vez que se tenta afastá-las do embates licitatórios, preceitua que tais entidades poderão prestar serviços a não associados, porém, *data venia*, SOMENTE em caráter excepcional, e desde que tal faculdade atenda aos objetivos sociais previstos na sua norma estatutária. Vejamos o citado dispositivo:

“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”.

8. O citado artigo revela, ressalvado o mais sábio entendimento, a patente impossibilidade jurídica das Cooperativas funcionarem como agências de locação de mão-de-obra terceirizada (o que acontece, diuturnamente, inclusive participando de licitações). Em relação a esse mérito não se deve olvidar que a Legislação Consolidada, em seu art.9º, comina

de nulidade absoluta todos os atos praticados com o intuito de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação da lei trabalhista.

9. Nesse tocante é bom que se esclareça que os trabalhadores que prestam serviços às Cooperativas, encontram-se desprotegidos de qualquer tutela jurídica, já que a estes não são aplicáveis as regras trabalhistas mais comuns, mormente as que dizem respeito à segurança do trabalho subordinado. Ora, interesse da Administração é, exatamente, o contrário, ou seja: que os empregados subordinados às empresas contratadas tenham todas as garantias do emprego, outorgadas pela legislação celetista.

10. Outro ponto de relevo é a questão da **RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA**, que incide sobre o Estado ao acordar com seus contratados, inclusive com as Cooperativas, quando for o caso, no tocante às obrigações trabalhistas.

É verdade que a Lei de Licitações deixou expresso o sentido de que as obrigações trabalhistas assumidas pelo contratado **NÃO SE TRANSFEREM PARA A ADMINISTRAÇÃO**, art. 71, abaixo transcrito, o que colide frontalmente com o Enunciado nº 331, do Superior Tribunal do Trabalho, modificado pela Resolução nº 96/2000 (Diário Oficial de 18.09.2000), que passou a considerar o poder público, quando tomador dos serviços cooperados, como **RESPONSÁVEL SUBSIDIÁRIO DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS**. Transcrevem-se os textos mencionados. Vejamos o artigo 71 e § 1º da citada norma que positiva o seguinte:

Lei 8.666/93 – “**Art. 71 - O contratado** é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º - **A inadimplência do contratado**, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais **não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento**, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. *(Redação dada pela Lei nº 9.032, de 28.4.95)*” (Grifo Nosso).

Enunciado nº 331/ Resolução 96/2000 – “O Inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador implica **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”. (Grifo Nosso).

11. O conflito entre esse enunciado e o artigo 71, §1º da lei nº 8.666/93, **VEM SE RESOLVENDO EM FAVOR DO ENUNCIADO**, reconhecendo o Judiciário a Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública quanto as obrigações trabalhistas, (v.g. RO nº 0702-50 de 01.05.99, TRT da 5ª região; RO nº 0772-50 de 01.17.99, TRT da 5ª região, entre outros).

12. Denota-se, assim, que os riscos para a Administração, na contratação de cooperativas como intermediárias de mão-de-obra, são patentes, diante da responsabilidade subsidiária que é imposta ao Poder Público, podendo gerar graves prejuízos financeiros ao Erário, (na hipótese de se apurar a presença dos requisitos do art. 3º da CLT na atividade de intermediação de mão-de-obra patrocinada por falsas Cooperativas).

13. Em conformidade com o entendimento aqui exarado, expõem-se a seguir posicionamentos técnicos-jurídicos dos Tribunais pátrios, começando pelo emitido no **Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, ao responder a Consulta nº 439.195, submetida àquela corte:

“Cooperativa. Participação em Licitação. Impossibilidade de contratação com o poder público. Infringência do art. 37, inc. XXI, da CF. As vantagens decorrentes da redução de custos financeiros e sociais próprios da relação empregado-empregador fazem da cooperativa concorrente privilegiada frente aos outros licitantes, o que agride o princípio da isonomia, pedra angular da competição.”

14. A conclusão da corte de Contas foi, também, no sentido de não haver previsão legal que possibilite a participação de Cooperativas nas licitações, propugnando pela impossibilidade de suas contratações pelo Poder Público, “seja qual for a natureza da atividade que ela exerça.”<sup>1</sup>

15. A Procuradoria do Estado da Bahia, em valioso trabalho de Ana Lúcia Berbet Fontes, assim se posiciona:

---

<sup>1</sup> BLC abril 99, p.204-208

“Assim, é defeso à Administração, ainda que com propósitos não reprováveis moralmente, admitir, em procedimentos licitatórios, sociedades, as quais, em razão de sua natureza jurídica, gozem de privilégios fiscais não estendidos às demais espécies de sociedades. A participação de cooperativas, nos certames licitatórios fere o princípio da igualdade e, por via de consequência, o da fiel observância do procedimento licitatório, que veda a participação de concorrentes em condições desiguais”.<sup>2</sup>

16. A Jurisprudência pátria contribui para o assunto, nos seguintes termos:

A cooperativa, na sua essência, visa a ajuda mútua dos associados, e não de terceiro. Fornecer mão-de-obra sob o manto de cooperativa de trabalhadores, é burlar à lei trabalhista (RO nº1.523/87 – 5ªRegião. Rel. Juiz José Pedro de Camargo R. de Souza)

Cooperativa. Relação de Emprego. Quanto o fim almejado pela cooperativa é a locação de mão-de-obra de seu associado, a relação jurídica revela uma forma camuflada de um verdadeiro contrato de trabalho (TRT da 4ª Região – RO nº7.789).

17. Importante esclarecer que **a presente posição** é exarada no intuito de substituir os primeiros posicionamentos sobre o assunto, que alvitavam pela possibilidade de participação das Cooperativas nas licitações, desde que as propostas fossem equalizadas, o que colocaria todas as participantes de um torneio em pé de igualdade. Na realidade, o chamado “custo/benefício” ocorrente, quando uma Cooperativa é contratada, trabalha em desfavor do Poder Público, que sai, sempre lesado (é o que acontece, infelizmente, no dia a dia), o que justifica, plenamente, a decisão de não mais aceitar estas “sociedades” como partes das relações contratuais públicas, solução, aliás, que não é isolada, tendo em vista que noutras esferas da Federação e em vários Tribunais, semelhantes contratos são, há muito, evitados.

18. O **ACORDO** assinado entre o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO e a ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO** (em 05.06.2003), cuja cópia está anexa à consulta, que tem por fim impedir a contratação de trabalhadores por meio de Cooperativas de mão de obra, homologado pelo Juiz da 20ª Vara do Trabalho de Brasília, do qual foram testemunhas os Presidentes das Associações Nacionais dos Procuradores do Trabalho (ANPT), dos

---

<sup>2</sup> FONTES, Ana Lúcia Berbet. Estudo sobre a regularidade da participação das cooperativas nas licitações públicas. Revista PGE, nº 23,1997. p. 2-22.

Magistrados da Justiça do Trabalho, (ANAMATRA) e dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE), embora não obrigue a esfera estadual, serve de fundamento para a tese aqui defendida, na proporção que esclarece que a questão é de âmbito nacional e precisa ser resolvida.

19. Em face do que foi exposto, visando a proteção do dinheiro público, em última análise, da própria sociedade, tendo em vista os palpáveis riscos assumidos pela Administração ao contratar com as Cooperativas, **POSICIONAMO-NOS NO SENTIDO DE QUE SEJA VEDADO A ESSAS ENTIDADES A PARTICIPAÇÃO NAS LICITAÇÕES**, de qualquer espécies.

À elevada consideração do Exmo. Sr. Procurador Geral do Estado.

Fortaleza, 23 de abril de 2004.

**MARIA DO SOCORRO DEMÉTRIO XIMENES**

Procuradora-Chefe da Consultoria Geral

**JEFFERSON VIANA FILHO**

Estagiário-PGE