

# COOPERATIVAS EM CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E A AMPLITUDE DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

**Thiago Anderson Zagatto**

Advogado e Engenheiro Civil. Mestrando em Direito Econômico pela PUC/PR. Especialista em Terceirização na Administração Pública. Auditor do Tribunal de Contas da União.

## 1. INTRODUÇÃO

O movimento cooperativista tem os seus primeiros registros históricos no ano de 1844, na cidade de Rochdale, na Inglaterra, quando um grupo de tecelões demitidos resolveu se juntar para fundar uma cooperativa com a finalidade de prover as suas necessidades básicas de consumo. Do evento, surgiu o fenômeno, que, com iniciativas similares espalhou-se por outros países da Europa<sup>1</sup>. O objetivo comum era constituir uma via alternativa para a pobreza e indiferença do Estado Liberal e dos empresários. Os cooperados desejavam uma saída própria para a sua ascensão econômica.

No Brasil, as primeiras iniciativas cooperativistas ocorreram no final do século XIX, contudo os interesses motivadores foram distintos dos precursores europeus. Em nossas terras foram as elites agrárias que patrocinaram o movimento, com o desejo de manter o controle social e econômico sobre o trabalho. Assim, como sintetiza Paulo Renato Fernandes da Silva, o modelo europeu foi implantado de forma distorcida no Brasil - mais em razão dos interesses econômicos do que em função dos interesses sociais<sup>2</sup>.

Diversos normativos trataram da regulação das cooperativas no Brasil, cabendo aqui destacar a Lei 5.764/1971, que define a Política Nacional de Cooperativismo e seu regime jurídico e a Lei 12.690/2012, que dispõe especificamente sobre a organização e o funcionamento das Cooperativas de

---

<sup>1</sup> Silva, Paulo Renato Fernandes da.. Cooperativas de Trabalho, Terceirização de Serviços e Direito do Trabalho (p. 19). Edição do Kindle.

<sup>2</sup> Silva, Paulo Renato Fernandes da.. Cooperativas de Trabalho, Terceirização de Serviços e Direito do Trabalho (p. 20). Edição do Kindle.

Trabalho e instituiu o Programa Nacional de Fomento às Cooperativas de Trabalho (Pronacoop). De fato, a nova Lei revolucionou na relação entre direito cooperativo e do trabalho – sobretudo em virtude do impacto que ela promoveu na terceirização. E isso ficará claro no decorrer deste artigo.

De acordo com a Recomendação 193 da Organização Internacional do Trabalho, cooperativa significa associação autônoma de pessoas que se unem voluntariamente para atender a suas necessidades e aspirações comuns, econômicas, sociais e culturais, por meio de empreendimento de propriedade comum e de gestão democrática<sup>3</sup>. Conceituações semelhantes são empreendidas por Valentin Carrion<sup>4</sup> e Waldirio Bulgarelli<sup>5</sup>.

Dentre os princípios básicos do cooperativismo<sup>6</sup>, pode-se mencionar: a) adesão livre e voluntária, b) gestão democrática, c) participação econômica, d) autonomia e independência, f) educação, formação e informação, g) intercooperação e h) interesse pela comunidade. E, em síntese, vale enfatizar: as cooperativas servem de apoio ao fortalecimento dos trabalhadores, no sentido de lhes garantir a melhoria nas condições de vida. Por isso recebe apoio constitucional (art. 174, §2º da Constituição Federal de 1988). Dessa razão fundante segue a máxima de que não podem servir à mera intermediação de mão de obra<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> Organização Internacional do Trabalho. R 193 – Sobre a promoção de Cooperativas. [online] Disponível em [http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_242764/lang--pt/index.htm](http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_242764/lang--pt/index.htm), acesso em 23/6/2020.

<sup>4</sup> Cooperativa: associação voluntária de pessoas que contribuem com seu esforço pessoal ou suas economias, a fim de obter para si as vantagens que o agrupamento possa propiciar”. CARRION, Valentin. Cooperativas de trabalho — Autenticidade e falsidade. Revista LTr, v-63-02, p. 167.

<sup>5</sup> Cooperativa: ao mesmo tempo “empresa econômica e associação de pessoas. Empresa econômica porque a cooperativa, tendo em vista a melhoria econômica de seus associados, assenta-se sobre um complexo organizacional dos fatores da produção; associação de pessoas, pois reúne um certo número de membros em torno do ideal de cooperação para a exploração da empresa. BULGARELLI, Waldirio. Sociedade, empresa e estabelecimento. São Paulo: Atlas, 1990. p. 76.

<sup>6</sup> Reconhecidos na Assembleia de 2002, da Organização Internacional do Trabalho — OIT.

<sup>7</sup> “Corroborando essa noção e adaptando-a ao problema da cooperativa, merece destaque também a lúcida posição de Jorge Luiz Souto Maior: Não é com a prestação de trabalho, mediante o sistema de cooperativas, sem a formação de vínculo empregatício, que os trabalhadores irão alcançar melhores condições de vida, até porque, nesse sistema desvirtuado, os trabalhadores não deixam de ser meros prestadores de serviços, não participando da atividade econômica e não usufruindo, livremente, da produção de seu trabalho. Apenas recebem uma contraprestação pecuniária pelo serviço prestado, como ocorre no sistema trabalhista, com o evidente prejuízo de não terem sua integridade física e mental protegidas

## 2. AS COOPERATIVAS DE TRABALHO NO BRASIL

Entretanto, o que se percebeu desde a segunda metade do século XX, no Brasil, foi uma verdadeira avalanche de fraudes na constituição cooperativas de trabalho, utilizadas com o fim de fraudar direitos trabalhistas e obter vantagens tributárias indevidas. Em reação, ações fiscalizatórias do Ministério Público do Trabalho e a justiça trabalhista têm descaracterizado muitas dessas falsas cooperativas, apoiando-se no princípio da primazia da realidade, orientador das lides operárias. Como decorrência dessa descaracterização, tanto as supostas cooperativas quanto os eventuais tomadores de serviços, se for o caso de terceirizações, tem sido condenados a pagar pelas verbas trabalhistas suprimidas<sup>8</sup>.

Por essa razão muitos tomadores de serviços, dentre os quais, a Administração Pública, passaram a evitar as cooperativas de trabalho. O receio de que uma vez descaracterizado o vínculo cooperativo e configurada a relação de emprego a responsabilidade pelas indenizações e multas correspondentes desbordasse para o tomador fez com que muitos simplesmente optassem por evitar as cooperativas.

Na Administração Pública, a situação não foi diferente. Diante do grande número de fraudes e tendo como objetivo proteger os trabalhadores, elo mais frágil na cadeia, em 5/6/2003, a União firmou Termo de Conciliação Judicial com o Ministério Público do Trabalho, no qual restou vedada a contratação de cooperativa de mão de obra para a realização de atividades ligadas às suas atividades-fim ou meio, quando o labor envolvesse subordinação como elemento essencial da terceirização<sup>9</sup>. Ademais, vedou-se às cooperativas, explicitamente, nas contratações dos seguintes serviços realizadas pela União:

---

pelos regras pertinentes à segurança e higiene no trabalho, além de tal situação exercer influência negativa no custeio das garantias sociais". Silva, Paulo Renato Fernandes da.. Cooperativas de Trabalho, Terceirização de Serviços e Direito do Trabalho (p. 228). Edição do Kindle.

8 A exemplo, tome-se a posição assumida no TST-AIRR-16100-45.2005.5.01.0020.

9 Cláusula Primeira – A UNIÃO abster-se-á de contratar trabalhadores, por meio de cooperativas de mão-de-obra, para a apresentação 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: Serviços de Limpeza; Serviços de Conservação; Serviços de segurança, de vigilância e de portaria; Serviços de recepção; Serviços de copeiragem; Serviços de reprografia; Serviços de telefonia; Serviços de manutenção de prédios, de equipamentos, de veículos e de instalações; Serviços de secretariado e secretariado executivo; Serviços de auxiliar de escritório; Serviços de auxiliar

Serviços de Limpeza; Serviços de Conservação; Serviços de segurança, de vigilância e de portaria; Serviços de recepção; Serviços de copeiragem; Serviços de reprografia; Serviços de telefonia; Serviços de manutenção de prédios, de equipamentos, de veículos e de instalações; Serviços de secretariado e secretariado executivo; Serviços de auxiliar de escritório; Serviços de auxiliar administrativo; Serviços de office boy (contínuo); Serviços de digitação; Serviços de assessoria de imprensa e de relações públicas; Serviços de motoristas, no caso de os veículos serem fornecidos pelo próprio órgão licitante; Serviços de ascensorista; Serviços de enfermagem; e Serviços de agentes comunitário de saúde.

Além disso, o Termo de Conciliação obrigou os órgãos e entidades da União a estabelecer em seus editais regras claras atinentes às referidas vedações. No mesmo sentido, o Tribunal de Contas da União firmou jurisprudência e sumulou o tema nos seguintes termos: “É vedada a participação de cooperativas em licitação quando, pela natureza do serviço ou pelo modo como é usualmente executado no mercado em geral, houver necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o contratado, bem como de pessoalidade e habitualidade” (Súmula 281, aprovada pelo Acórdão TCU 1.789/2012 – Plenário, de 11 de julho de 2012).

Tais posições relacionam-se fortemente com o rigor da aplicação da responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos débitos trabalhistas das empresas que contrata, entendimento veiculado na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Na leitura mais recente desse entendimento, a Administração responde pelos débitos trabalhistas inadimplidos pela empresa

---

administrativo; Serviços de office boy (contínuo); Serviços de digitação; Serviços de assessoria de imprensa e de relações públicas; Serviços de motoristas, no caso de os veículos serem fornecidos pelo próprio órgão licitante; Serviços de ascensorista; Serviços de enfermagem; e Serviços de agentes comunitário de saúde.

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.”

contratada em relação aos funcionários vinculados ao respectivo contrato. Nesse diapasão, segundo orientação da justiça trabalhista, uma vez detectada a fraude na cooperativa e configurado o vínculo empregatício, a Administração Pública passa a responder pelos direitos então sonegados.

Inaugurou-se, pois, um período de afastamento das cooperativas de trabalho das contratações públicas, ou, pelo menos, do universo de serviços terceirizados com dedicação exclusiva de mão de obra<sup>10</sup>.

Ocorre que no ano de 2019, ventos de mudança passaram pelo Tribunal de Contas da União. No Acórdão 2.463/2019 – TCU – 1ª Câmara, Relator Bruno Dantas, o Tribunal entendeu indevida a vedação apriorística da participação das cooperativas de trabalho em licitações, e encaminhou a referida decisão para a sua Comissão de Uniformização de Jurisprudência, a fim de que a Súmula 281 fosse revisitada. Com efeito, o entendimento sumulado ainda não foi alterado, contudo há razões para compreender que se caminhe no sentido da mudança.

Nesse propósito, é válido considerar que a validade da Súmula 281 do TCU é questionável, eis que quando editada já vigia a Lei 12.349/2010, que inseriu no art. 3º, §1º, I, da Lei 8.666/1993, vedação expressa a qualquer tentativa de cercear a participação de cooperativas em contratações públicas.

Além disso, em sentido oposto ao da proibição, foi editada a Lei 12.690, de 19 de julho de 2012, que, em seu art. 10, § 2º, determinou: “A Cooperativa de Trabalho não poderá ser impedida de participar de procedimentos de licitação pública que tenham por escopo os mesmos serviços, operações e atividades previstas em seu objeto social”.

Ademais, a Lei 12.690/2012 preocupou-se em instituir direitos trabalhistas mínimos aos sócios (art. 7º), como, por exemplo, o direito ao salário mínimo ou ao piso da categoria, descansos semanal e anual remunerados, hora extra, entre outros. É verdade que nas justificativas declinadas no Projeto da Lei 12.690/2012 constava a necessidade de combater o mau uso ou o uso fraudulento dessas entidades<sup>11</sup>. E nesse intento a norma foi costurada com

---

<sup>10</sup> Para usar um termo cunhado pelo art. 17 da Instrução Normativa n. 5/2017 do então Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

<sup>11</sup> Após a edição do parágrafo único ao artigo 442 da CLT, multiplicaram-se as cooperativas de mão de obra, organizadas de acordo com a lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, que define a Política Nacional de Cooperativismo e institui o regime jurídico das sociedades cooperativas.

maiores detalhes quanto aos princípios de funcionamento, o respeito à autonomia e à gestão participativa, a fiscalização e punição para o uso de cooperativas como meras intermediadoras de mão de obra (art. 17, §1º, Lei 12.690/2012). Com tais requintes a norma objetivou impor maiores controles ao uso fraudulento das cooperativas, e, sobretudo, reiterar a importância dessas entidades e a necessidade apoiar a sua inserção no mercado.

Pode-se ainda argumentar que tais vedações são contrárias ao dever constitucional de estímulo e apoio ao cooperativismo (art. 174, §2º da Constituição Federal de 1988). Dever dantes previsto no §2º do art. 2º, do Estatuto Legal das Cooperativas, Lei 5.764/1971, recepcionado pela CF/1988: “A ação do Poder Público se exercerá, principalmente, mediante prestação de assistência técnica e de incentivos financeiros e creditórios especiais, necessários à criação, desenvolvimento e integração das entidades cooperativas”.

As verdadeiras sociedades cooperativas de trabalho resultam da associação legítima entre pessoas com objetivos comuns, e que veem nessa associação uma forma de driblar crises proporcionadas pelo capitalismo. É uma tentativa de superar o trabalho assalariado e almejar ganhos repartidos, o que de outro modo seria impossível para a grande maioria dos trabalhadores. A partir dessa ideia, mas ciente da realidade fática das fraudes, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) aprovou a Recomendação 193/2002, orientando os Estados a: “8.1 b) assegurar que não se instituem cooperativas, ou sejam usadas, como artifícios para escapar a obrigações trabalhistas ou para mascarar relações de emprego, e combater falsas cooperativas que violam direitos trabalhistas, garantindo a aplicação da legislação trabalhista em todas as empresas.

---

A crescente utilização de cooperativas deve-se à necessidade de redução de custos, num cenário competitivo, e a busca de oportunidade de trabalho por pessoas que, não fossem as cooperativas, estariam na informalidade ou desocupadas.

Deve-se reconhecer que a Lei 5.764/71, apresenta lacunas no que concerne as cooperativas de mão de obra, servindo de estímulo à formação de falsas cooperativas de trabalho. É indispensável se assegurar a formação de cooperativas de mão-de-obra, pela contribuição que podem dar à geração de trabalho. O projeto ora apresentado visa suprir as ausências da lei, inspirando-se na Lei 6019/74, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e insere o cooperado no programa de Alimentação do Trabalho (PAT). Face ao exposto, solicito aos demais parlamentares apoio para a aprovação da matéria em questão.

Sem verticalizar para a defesa da permissão ou não das cooperativas nas contratações públicas, coisa que exigiria trabalho dedicado, sob pena de superficialidade, o que não é o objetivo principal deste artigo, cabe aqui apenas indicar que há argumentos para a consolidação da possibilidade das cooperativas nas contratações públicas. E, a partir desse ponto, refletiremos sobre as repercussões na realidade do gestor público, à luz, por óbvio, da responsabilidade subsidiária, aplicada nos termos da Súmula 331 – TST.

### 3. AS DIFICULDADES DO GESTOR PÚBLICO

A situação é mais complicada do que parece. O problema está no fato de a jurisprudência trabalhista não reconhecer a diferença de amplitude da responsabilidade da Administração Pública quando contrata uma cooperativa. Para esclarecer, comecemos pela situação ordinária – contratação de uma empresa pela Administração: esta responderá por direitos trabalhistas dos funcionários se evidenciada a sua culpa na fiscalização, sendo que o ônus de comprovar a fiscalização diligente é da própria Administração. A fim de mitigar esse risco, por exemplo, a IN 5/2017 (MPDG) institui a Fiscalização Administrativa – procedimento por meio do qual são requisitados das empresas os comprovantes de pagamento dos direitos trabalhistas de seus funcionários nas contratações públicas que envolvem mão de obra dedicada<sup>12</sup>.

Noutro giro, quando contrata uma cooperativa, a Administração Pública poderá, no máximo, fiscalizar o cumprimento, pela cooperativa dos direitos “equivalentes” previstos no art. 7º da Lei 12.690/2012, como, por exemplo, salário não inferior ao mínimo, descansos semanal e anual remunerados, adicional noturno etc. Os direitos trabalhistas ali não previstos não poderão ser exigidos das cooperativas porquanto incabível a exigência.

Além e mais importante do que isso, não cabe à Administração Pública averiguar os atos constitutivos das cooperativas, o seu funcionamento, a forma com que as decisões são tomadas e demais elementos caracterizadores do cooperativismo, a fim de apurar eventual burla. O que pode ser exigido da Administração, quando muito, é que diante da natureza da prestação dos

---

<sup>12</sup>Zagatto, Thiago Anderson. O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de serviços terceirizados. Revista JML Licitações e Contratos / JML Consultoria e Eventos. – v. 13, n.51 (abr./jun.2019) – Curitiba: JML Editora, p. 181; p. 4-12.

serviços, e das rotinas vivenciadas, identifique a impossibilidade de execução por meio de cooperativa e rescinda o contrato. E mesmo nesse caso, a solução não será incólume e facilmente atingida. Obviamente que a cooperativa contratada recorrerá de eventual rescisão unilateral de contrato por parte da Administração<sup>13</sup>. Será, afinal, o entendimento da Administração no sentido de que determinada situação configura fraude à cooperativa contra a opinião da cooperativa de que não houve fraude, ambas baseadas nos documentos que puderem colacionar. E essa lide sujeitará à Administração a um impasse, que será solucionado precária, individual e pulverizadamente pela justiça comum. Em outras palavras, não haverá um critério objetivo e claro para o gestor no sentido do que seja e o que não seja serviço realizável por meio de cooperativas. Não se deve esquecer que diferentemente do privado, a Administração Pública não pode simplesmente romper um contrato, arcando, eventualmente com uma multa rescisória, para se livrar do risco envolvido na contratação de uma cooperativa. Uma vez assinado o contrato administrativo, a rescisão deverá observar as hipóteses previstas na Lei 8.666/1993.

Não cabe, portanto, a partir da identificação de qualquer tipo de fraude no funcionamento de uma cooperativa, simplesmente repassar a responsabilidade para a Administração Pública. Há que se avaliar que tipo de fraude foi praticada e até que ponto a Administração teria condições de evitá-la.

Contudo, a posição dominante do Tribunal Superior do Trabalho (TST), reproduzida na sequência, parece não traçar qualquer distinção na amplitude da responsabilidade subsidiária da Administração Pública:

(...) demonstrada a ausência da adequada fiscalização por parte do ente da Administração Pública, acerca do cumprimento das obrigações trabalhistas a cargo da empresa prestadora de serviços (desvirtuamento da relação de cooperativismo, o que implicou no reconhecimento do vínculo de emprego entre a reclamante e a prestadora dos serviços), o processamento do recurso de revista encontra óbice na Súmula nº 126 do TST ". 5. Assim, reconhecida a fraude na contratação cooperada pelas instâncias ordinárias, resta caracterizada a culpa in vigilando do Ente Público a amparar a sua condenação subsidiária (Súmula 331, V/TST) (TST-AIRR-16100-45.2005.5.01.0020).

---

<sup>13</sup> Conforme art. 78, parágrafo único da Lei 8.666/1993, a empresa terá direito ao contraditório e à ampla defesa.

No mesmo sentido são as manifestações nos Acórdãos AIRR - 8900-40.2007.5.01.0012, AIRR - 167700-33.2008.5.04.0018, AIRR - 15983-57.2010.5.04.0000, AIRR - 15941-18.2004.5.01.0027.

É verdade que argumentação similar à aqui tecida foi realizada pelo Ministro Relator da decisão copiada acima, Sr. Douglas Alencar Rodrigues<sup>14</sup>, no sentido da inviabilidade de aplicação automática da responsabilidade subsidiária à Administração Pública por fatos decorrentes da detecção de fraude na cooperativa. Entretanto ele mesmo reconheceu que ela não encontrava guarida na posição dominante no TST.

Todavia, em nossa opinião, e concordando com o eminente Relator, Sr. Douglas Alencar Rodrigues, há que se avaliar com mais cautela a responsabilidade da Administração nos casos de fraude às cooperativas. Em primeiro lugar, exceto nos casos de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, não cabe aplicar culpa *in eligendo*. A Administração Pública não escolhe seus parceiros, apenas os seleciona de acordo com critérios objetivos previamente fixados em edital. E, conforme vimos nesse artigo, o ordenamento jurídico brasileiro é orientado pela não vedação apriorística dessas entidades. Colide com a nossa CF/1988 qualquer tentativa de tachar previamente as cooperativas como inidôneas e afastá-las dos certames públicos. De modo que se não houver

---

<sup>14</sup> Nos casos em que a pessoa jurídica de direito público contrata entidade cooperativa para a prestação de serviços terceirizados (art. 4º, II, da Lei 12.690/2012), agindo em conformidade com o objetivo constitucional de estímulo ao cooperativismo (CF, art. 174, § 2º c/c a Lei 12.690/2012), o conteúdo jurídico do dever de vigilância há de observar os direitos previstos para essa classe de trabalhadores, descritos no art. 7º da Lei 12.690/2012.

Não parece possível, nesse cenário, considerar que a ulterior declaração de fraude na relação jurídica entre o trabalhador e a entidade cooperativa autorize a transferência da responsabilidade ao ente público, ainda que de forma subsidiária.

Além do conteúdo estrito do dever de vigilância estar limitado aos direitos próprios à relação de cooperativismo formalmente estabelecida, não parece razoável impor à pessoa jurídica contratante o dever adicional de análise e resolução, na esfera administrativa, da real natureza do vínculo jurídico entre a entidade contratada e seus colaboradores.

De se notar que o acompanhamento e fiscalização do contrato pelo Poder Público estão ligados à execução dos serviços licitados e ao cumprimento das obrigações jurídico-patrimoniais estabelecidas nos vínculos jurídicos acessórios, constituídos pela contratada para execução das atividades que lhe foram adjudicadas no processo licitatório (art. 67 da Lei 8.666/93).

Por conseguinte, a ausência de pagamento de verbas devidas ao trabalhador antes considerado cooperado ou a constatação de fraude na relação de cooperativismo estabelecida entre a primeira e a segunda Demandadas e o Autor – sem a premissa fática de que o Ente Público estivesse ciente dessa circunstância, somente reconhecida em juízo – não caracterizam a culpa *in vigilando* da Administração Pública, mostrando-se inviável a sua condenação subsidiária.

fundamentos sólidos e concretos para o gestor impedir a entrada dessas entidades nas licitações, elas deverão ser completamente desembaraçadas.

Arrime-se, portanto, que o gestor deve permitir a participação das cooperativas nas licitações. Ele não avalia e escolhe a cooperativa, é simplesmente obrigado a admiti-la no processo licitatório se comprovar atender aos requisitos fixados em edital. E por mais que a justiça do trabalho oriente-se pela primazia da realidade, o procedimento licitatório é formal, realizado e julgado com base nos documentos apresentados. De modo que, a rigor, quando contrata uma cooperativa, a Administração pode muito bem desconhecer os vícios na sua formação.

E mesmo durante a fiscalização contratual, muitas inconformidades das cooperativas podem não ser detectáveis pelos fiscais de contratos. Ademais, até que se prove o contrário, a Administração Pública tratará aquela cooperativa esta sua natureza jurídica específica. Desarrazoado, portanto, que decisão da justiça trabalhista desconsidere tais envoltórios fáticos e simplesmente atribua à Administração Pública a responsabilidade por quaisquer débitos trabalhistas surgidos a partir da declaração de fraude na formação da cooperativa.

Uma coisa é verificar e exigir os direitos trabalhistas dos funcionários das empresas contratadas. São certos, previamente conhecidos, basta verificá-los. Outra coisa é ser interpelado, dois anos após a prestação dos serviços a responder por direitos trabalhistas de cooperados, sendo que à época da fiscalização contratual eles prestaram serviços em tais condições e nada havia ao alcance da Administração para impedir a atuação da cooperativa.

A frisar a necessidade de separar em dois grupos os vícios possíveis em determinada cooperativa: 1) os relacionados a forma de prestação dos serviços; e 2) relacionados aos trâmites internos e administrativos da cooperativa, incluindo, deliberação, assembleias, repartição de sobras, remuneração dos associados<sup>15</sup>, autonomia. Em regra, a Administração terá

---

15 A esse respeito, Paulo Renato Fernandes da Silva menciona alguns indícios de fraude nas cooperativas: "se a cooperativa não atender aos seus princípios institucionais como o da variabilidade e limitação do capital social (para aquelas que possuam capital social), livre adesão, remuneração pessoal diferenciada, igualdade de voto nas deliberações, dupla qualidade do cooperado, tomada de decisões pela maioria dos associados presente à assembleia, dentre outros, haverá fortes evidências de fraude diante da utilização da roupagem jurídica da sociedade cooperativa para mascarar outro tipo de sociedade ou de relação. Exemplo disso são os casos de cooperados que recebem salário fixo por mês, circunstância que sugere a existência de uma falsa cooperativa, uma vez que o cooperado é um trabalhador autônomo

condições de avaliar apenas o primeiro grupo, ainda assim com todas as limitações que já colocamos anteriormente.

O argumento recorrentemente utilizado pela justiça do trabalho para afirmar que cabe à Administração Pública provar a correta fiscalização do contrato é o de que pensar diferente seria impor ao trabalhador lesado o ônus da produção de “prova diabólica”. Nesse caso, com o perdão da paráfrase, está-se impondo ao gestor público a “decisão diabólica”. Se opta por vedar a participação da cooperativa será interpelado por não poder, à luz do ordenamento vigente, impedi-la. Se permite, segundo o entendimento do TST, assumiria todos os riscos relacionados à legitimidade da cooperativa.

A externalidade mais óbvia da rigidez de tal compreensão será a recalcitrância dos órgãos em permitir a participação das cooperativas nas licitações. Sabedores dos riscos envolvidos, talvez compensará mais aguardar decisões judiciais que os obriguem a tanto, hipótese em que terão pelo menos mais um argumento em sua defesa - o de que foram obrigados por decisão judicial a admitir a cooperativa.

O clima de beligerância deve aumentar, já que as cooperativas, conhecedoras da guinada jurisprudencial do TCU, e apoiadas em seus direitos, recorrerão ao judiciário e aos tribunais de contas sempre que uma vedação editalícia lhes for imposta. Ao gestor público, carente de segurança jurídica, caberá numa ou noutra direção, agarrar-se aos artigos 22 e 24 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que obrigam às instâncias controladoras a reconhecerem, na avaliação da regularidade de determinado ato administrativo praticado, as condições fáticas, as dificuldades reais dos gestores e as orientações gerais da época em que o ato foi praticado.

---

cuja participação nas sobras será ditada conforme a contribuição deste para o atingimento do objeto social da entidade. As sobras serão proporcionais e vão variar de acordo com a intensidade do labor empreendido por cada cooperado em cada período (normalmente no mês). É o que estabelece o princípio da remuneração pessoal e diferenciada, a demonstrar que na verdadeira cooperativa, em regra, os cooperados não têm salário, mas sim participação nas sobras, consoante o disposto no inciso VII do art. 1.094 do Código Civil. Silva, Paulo Renato Fernandes da.. Cooperativas de Trabalho, Terceirização de Serviços e Direito do Trabalho (p. 224). Edição do Kindle.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse é um ambiente ruim para as contratações públicas. Incerto, contraditório, estimulador de discussões. Inegável o incremento desnecessário nos custos de transação da contratação pública, que já não são baixos. Dessa aparente contradição entre o desejo constitucional de proteção às cooperativas, as fraudes trabalhistas perpetradas e a rigidez da aplicação da responsabilidade subsidiária à Administração Pública, nasce uma instituição muito cara, para usar a definição de Douglas C. North<sup>16</sup>. Instituição esta responsável por agregar enorme custo transação para as contratações públicas, mormente as de serviços terceirizados, que já são, é verdade, assoladas por inúmeros controles e respectivos custos<sup>17</sup>.

Não se olvida aqui que a proteção dos trabalhadores contra práticas degradantes assume contornos de direito fundamental básico no nosso Estado Constitucional. Direitos esses de aplicação imediata, não sujeitos ao retrocesso naquilo que possa vulnerar o mínimo existencial para uma vida digna<sup>18</sup>.

O que se coloca aqui é o *locus* do controle sobre a higidez das cooperativas. A Lei 12.690/2012 atribui ao Ministério Público do Trabalho a responsabilidade por fiscalizar as fraudes na constituição de cooperativas para a mera intermediação de mão de obra. E nos dias atuais, com o uso de tecnologia da informação, não seria muito ambicioso imaginar como possível um cadastro nacional de todas as entidades registradas como cooperativas, número

---

<sup>16</sup> NORTH, Douglas C. Economic Performance Through Time. [online] disponível em <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/1993/north/lecture/>, acesso em 23/6/2020.

<sup>17</sup> Podemos citar como exemplo máximo de tais controles o emprego de conta de depósito vinculada e o pagamento pelo fato gerador. Espécies de retenção de parte dos pagamentos das empresas contratadas como garantia de pagamento de verbas trabalhistas diferidas, nos termos do art. 8º, V, “a” e “b” do Decreto Federal 9.507/2018. A esse respeito sugerimos a leitura do artigo O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de serviços terceirizados. Zagatto, Thiago Anderson. O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de serviços terceirizados. Revista JML Licitações e Contratos / JML Consultoria e Eventos. – v. 13, n.51 (abr./jun.2019) – Curitiba: JML Editora, p. 181; p. 4-12.

<sup>18</sup> No âmbito de uma proibição de retrocesso, por exemplo, o que em geral está em causa não é a supressão do direito do texto constitucional, mas a redução ou supressão (de alguma maneira) de prestações sociais já disponibilizadas na esfera das políticas públicas, que, portanto, não podem ser artificialmente excluídas do processo de decisão judicial e das considerações sobre o quanto integram, ou não, o conteúdo essencial do direito. SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i2.46594>.

de associados vinculados por período etc. A isso poderiam ser adicionados vários tipos de cruzamentos de dados no sentido de construir tipologias fraudadoras e atuar cirurgicamente, afastando e punindo as falsas cooperativas.

Haveria assim, uma atuação precisa e especializada. Cenário que permitiria à Administração Pública e demais contratantes admitir como verdadeiras as cooperativas, enquanto legais no mercado, orientando-se pela boa-fé. Contribuir-se-ia, assim para o desenvolvimento do modelo cooperado, com reflexos imediatos na melhoria das condições de vida dos trabalhadores. Novamente, a responsabilização, nos moldes atuais, reproduz desconfiança e distanciamento das cooperativas por parte dos tomadores de serviços mais cautelosos. Externa custos sociais altíssimos<sup>19</sup>.

Nesse sentido, para o verdadeiro estímulo e apoio às cooperativas, que passa pela garantia de alguma segurança jurídica aos tomadores de serviços, talvez seja mais produtora que o TST dê um passo atrás na sanha responsabilizadora, deixando que os elos da cadeia de controle, e aí o protagonismo do Ministério Público do Trabalho, exerçam as suas funções, fazendo o uso da tecnologia como parceira a potencializar os seus resultados. Desentranhe-se, assim, da gestão dos contratos administrativos, essa função de fiscalização excessiva e ostensiva da regularidade das cooperativas, já que a Administração Pública não tem expertise no tema, e, ademais, o foco desta enquanto contratante é, por excelência, a qualidade dos serviços prestados. Para não esquecermos do princípio da eficiência, também constitucional.

#### Referências:

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contrato Administrativo. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

BULGARELLI, Waldirio. Sociedade, empresa e estabelecimento. São Paulo: Atlas, 1990. p. 76.

CARRION, Valentin. Cooperativas de trabalho — Autenticidade e falsidade. Revista LTr, v-63-02, p. 167.

---

<sup>19</sup> A esse respeito sugiro ler a obra: The Problem of Social Cost. COASE, Ronald, H. The problem of social cost. Journal of Law Economics. V. 3. October, 1960. University of Chicago. [online] Disponível em <https://www.law.uchicago.edu/files/file/coase-problem.pdf>.

COASE, Ronald, H. The problem of social cost. Journal of Law Economics. V. 3. October, 1960. University of Chicago. [online] Disponível em <https://www.law.uchicago.edu/files/file/coase-problem.pdf>.

DELGADO, Maurício Godinho. Em Curso de Direito do Trabalho. 14ª Edição. São Paulo: LTR, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. Concessão Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria-Público-Privada e outras formas. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. Administração Pública e seus fundamentos de gestão: eficiência, interesse público, direitos fundamentais e desenvolvimento. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 16, n. 186, p. 27-33, ago. 2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 33ª Edição. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

MENDES, Renato Geraldo; MOREIRA, Egon Bockmann. O que se deve entender por contratação eficiente? Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 264, p. 125-129, fev. 2016.

Organização Internacional do Trabalho. R 193 – Sobre a promoção de Cooperativas. [online] Disponível em [http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_242764/lang--pt/index.htm](http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_242764/lang--pt/index.htm), acesso em 23/6/2020.

NORTH, Douglas C. Economic Performance Through Time. [online] disponível em <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/1993/north/lecture/>, acesso em 23/6/2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i2.46594>.

Silva, Paulo Renato Fernandes da.. Cooperativas de Trabalho, Terceirização de Serviços e Direito do Trabalho. Edição do Kindle.

VIEIRA, Virginia Kirchmeyer; FORTINI, Cristiana. A terceirização pela Administração Pública no Direito Administrativo: considerações sobre o Decreto 2.271/1997, a Instrução Normativa n. 02/08 e suas alterações, a ADC n. 16 e a

nova Súmula 331 do TST. *In*: FORTINI, Cristiana (Coord.). Terceirização na Administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

Zagatto, Thiago Anderson. O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de serviços terceirizados. Revista JML Licitações e Contratos / JML Consultoria e Eventos. – v. 13, n.51 (abr./jun.2019) – Curitiba: JML Editora, p. 181; p. 4-12.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. Terceirização na Administração Pública. São Paulo: Malheiros. 2016.

**As referências a este artigo deverão ser feitas da seguinte maneira:**

ZAGATTO; Thiago Anderson.

*Cooperativas em contratações públicas e a amplitude da responsabilidade subsidiária da Administração Pública.*

Disponível em: [www.licitacaocontrato.com.br](http://www.licitacaocontrato.com.br). Acesso em: dd/mm/aaaa.