

ATAME PÓS-GRADUAÇÃO DE CURSOS

IRACEMA SANTOS DE FARIAS

**COOPERATIVA DE TRABALHO, TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO-DE-
OBRA E A ATUAÇÃO DO AUDITOR FISCAL DO TRABALHO.**

Brasília

2010

IRACEMA SANTOS DE FARIAS

**COOPERATIVA DE TRABALHO, TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO-DE-
OBRA E A ATUAÇÃO DO AUDITOR FISCAL DO TRABALHO.**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de pós-graduação “lato sensu” em Direito do Trabalho, processo do trabalho e direito previdenciário pela ATAME pós-graduação e cursos.

Brasília

2010

Autora: Iracema Santos de Farias

Título do trabalho: Cooperativa de trabalho, terceirização de mão-de-obra e a atuação do auditor fiscal do trabalho

Natureza do trabalho: Estudo utilizando a pesquisa bibliográfica.

Objetivo: Analisar a atuação do auditor fiscal do trabalho nas empresas tomadoras de mão-de-obra que se utilizam, na sua atividade fim, de cooperativas de trabalho.

Instituição de Ensino: ATAME – Pós-graduação e Cursos

Área de concentração: Direito do trabalho, processo do trabalho e direito previdenciário
Brasília, 2010.

O presente trabalho é dedicado à minha família, em especial à minha filha que é o sentido da minha existência e, aos meus amigos, que participam das minhas conquistas.

Agradeço

A Deus que desde o começo me deu as oportunidades no momento certo.

Os meus pais (*in memoriam*) pelas inesquecíveis lições de vida, dentre elas os pilares do homem de bem: o amor, o respeito, a fraternidade e a honestidade.

Os meus familiares e amigos por serem presentes na minha vida.

“Buscar o verdadeiro sentido da norma não é tarefa das mais fáceis, uma vez que a lei, feita em abstrato numa determinada época, destina-se a regular casos concretos que acontecerão em outra”.

Gilberto Ferreira

RESUMO

O cooperativismo é uma doutrina fundada em valores de solidariedade, igualdade, e responsabilidade mútua, respeitando e buscando a dignidade da pessoa humana. As cooperativas de trabalho têm como objetivo a congregação de profissionais de um determinado ramo de atividade para criar melhores condições de trabalho. O trabalhador cooperado não necessita da intervenção de terceiros e o capital existente é a sua própria força de trabalho. Com a inserção do parágrafo único do artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho, ocorreu, em busca de lucro fácil, um aumento desenfreado da criação de cooperativas apenas para burlar a lei, impedindo a aplicação das normas de proteção ao trabalhador. O presente trabalho propõe-se a escrever sobre as cooperativas de trabalho, a terceirização e a intermediação de mão-de-obra e a atuação dos auditores fiscais do trabalho. Verificar como procede o auditor fiscal do trabalho nas ações fiscais em tomadoras de serviços que contratam cooperativas de trabalho e verificar se essa forma de terceirização é legal ou é mera intermediadora de mão-de-obra. Apresenta os aspectos mais relevantes das cooperativas de trabalho, discorrendo sobre seu conceito, natureza jurídica, princípios e características básicas para ser uma cooperativa genuína. Além disso, discorre sobre a diferenciação entre a terceirização e intermediação de mão-de-obra e a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Escreve, ainda, sobre a atuação do auditor fiscal do trabalho nas ações fiscais em tomadoras de serviços que contratam cooperativas de trabalho. Conclui pela necessidade de adoção de medidas sérias no combate à prática de fraudes no sistema cooperativista ampliando os dispositivos legais e estabelecendo regras que permitam ações mais seguras.

Palavras-chave: Cooperativas de trabalho. Terceirização de mão-de-obra. Fraude. Atuação. Auditores Fiscais do Trabalho.

ABSTRACT

The cooperative is a doctrine based on values of solidarity, equality and mutual responsibility, respect and seeking human dignity. Work cooperatives aim congregation of professionals in a particular field of activity to create better working conditions. The employee cooperated requires no third party intervention and the existing capital is their own workforce. With the insertion of the sole paragraph of Article 442 of the Consolidation of Labor Laws, came in search of easy profits, a rise of unbridled creation of cooperatives only to circumvent the law by preventing the enforcement of environmental protection to the worker. This paper intends to write about the work cooperatives, outsourcing and intermediation of workmanship and performance of the work of tax auditors. Check how the tax auditor shall work in fiscal actions in borrowing services that hire co-workers and see if this is legal form of outsourcing or a mere mediator of manpower. Presents the most relevant aspects of cooperative work, discussing his concept, legal, and basic principles to be a genuine cooperative. Furthermore it discusses the distinction between outsourcing and brokerage manpower and Precedent 331 of the Superior Labor Court. Write also about the performance of the auditor's tax deeds work in tax-makers who hire services cooperatives. It was necessary to adopt serious measures to combat fraud in the practice of cooperative system and expanding the legal provisions establishing rules that allow actions safer.

Word-key: Cooperative work. Outsourcing manpower. Fraud. Performance.
Fiscal Auditors of Labor.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1	13
ASPECTOS FUNDAMENTAIS DAS COOPERATIVAS DE TRABALHO.....	13
1.1. Breve histórico legal	13
1.2 Conceito de cooperativa	16
1.3 Natureza jurídica.....	17
1.4 Os princípios fundamentais que regem as cooperativas	18
1.4.1 Princípio da dupla qualidade e princípio da retribuição mensal diferenciada....	19
1.4.2 Princípio da adesão voluntária e aberta	20
1.4.3 Princípio da gestão democrática por parte dos sócios.....	21
1.4.4 Princípios da autonomia, independência, educação, formação e informação....	21
1.4.5 Princípios da cooperação entre cooperativas e interesse pela comunidade	22
1.5 Principais características.....	22
1.5.1 Cooperativa genuína.....	24
1.5.2 Vantagens e desvantagens no mercado atual.....	25
CAPÍTULO 2	27
A TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA.....	27
2.1 Diferenciação entre terceirização e intermediação de mão-de-obra.....	27
2.1.1. Elementos definidores da intermediação de mão de obra.....	28
2.2. Questões gerais sobre terceirização e o direito do trabalho	31
2.2.1 Elementos caracterizadores da relação de emprego.....	32
2.2.2 Definição e natureza do fenômeno terceirização	34
2.2.3 Vantagens e desvantagens da terceirização	36
2.2.4 A terceirização no direito do trabalho e seu pilar estrutural.....	37
2.3 Hipóteses de licitude da terceirização – Enunciado 331 do TST.....	39
2.3.1 A responsabilidade das empresas tomadoras de serviços.....	41
CAPÍTULO 3	43
A ATUAÇÃO DO AUDITOR FISCAL DO TRABALHO NAS COOPERATIVAS.....	43
3.1 A interpretação do parágrafo único do artigo 442 da CLT	43
3.1.1 Portaria 925 do Ministério do Trabalho e Emprego	46
3.2 Intermediação de mão-de-obra por cooperativas de trabalho	47
3.3 Principais fraudes constatadas.....	49
3.3.1 O contrato realidade	51
3.3.2 A convicção do auditor fiscal do trabalho para a atuação.....	52
3.4 Conteúdo essencial na lavratura do auto de infração	53
3.5 Encaminhamento do auto de infração ao MPT	54
CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS.....	57

INTRODUÇÃO

Desde os tempos mais remotos o cooperativismo já existe, claro que de forma primitiva. Mas, o marco do cooperativismo nos moldes atuais foi com os pioneiros de Rochdale em 1844, que criaram uma cooperativa para si com o objetivo de acabar com a exploração que sofriam em seu trabalho como tecelões.

Não é nova a discussão sobre as relações entre o cooperativismo e o direito do trabalho, e principalmente, sobre a utilização das cooperativas de trabalho como intermediadora de mão-de-obra. Essas cooperativas não atuam em conformidade com o verdadeiro cooperativismo, pois empresários com objetivos puramente capitalistas tentam desvirtuar o sentido da norma.

O cooperativismo é uma doutrina fundada em valores de solidariedade, igualdade, e responsabilidade mútua, respeitando e buscando a dignidade da pessoa humana. A cooperativa de trabalho detém caráter social de suma importância, na participação direta dos trabalhadores nos resultados a que se propõem. O trabalhador aqui, não necessita da intervenção de terceiros e o capital existente é a sua própria força de trabalho.

Como meio de socialização do capital, as cooperativas de trabalho têm como objetivo a congregação de profissionais de um determinado ramo de atividade para criar melhores condições de trabalho, ou seja, agrupar trabalhadores de um mesmo ofício, através da mútua cooperação, do aprimoramento técnico e, principalmente, com a finalidade de obter melhores remunerações e condições de trabalho.

Nesse sentido, a cooperativa de trabalho, a primeira vista, não pode ser admitida como mera intermediadora de mão-de-obra em favor de terceiros, pois decorre da união produtiva dos cooperados em prol da própria associação e qualquer admissão de terceiros tomadores dos serviços junto a cooperados, através da entidade associativa, deve exigir como premissa básica a inexistência de vínculo entre a atividade-fim do tomador de serviço e da Cooperativa de Trabalho.

O presente trabalho propõe-se a escrever sobre as cooperativas de trabalho, a terceirização e intermediação de mão-de-obra e a atuação dos auditores fiscais do trabalho.

O objetivo desta pesquisa é analisar a atuação do auditor fiscal do trabalho nas empresas tomadoras de mão-de-obra que se utilizam de cooperativas de trabalho como mera intermediadora de mão-de-obra. Além disso, tem ainda como objetivo analisar a legalidade da terceirização por cooperativa de mão-de-obra.

A escolha do tema foi motivada pela curiosidade de saber como procede o auditor fiscal do trabalho e quais os limites de atuação nas ações fiscais em tomadoras de serviços que contratam cooperativas de trabalho e verificar se essa forma de terceirização é legal, haja vista que após a introdução do parágrafo único do artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho começaram a existir muitas cooperativas que foram criadas apenas para burlar a lei, como forma de impedir a aplicação das normas de proteção ao trabalhador.

Em razão dos objetivos da pesquisa e da delimitação do tema não serão tratados os aspectos processuais, mas exclusivamente o direito material.

As palavras em latim ou estrangeiras serão destacadas com a utilização do recurso itálico, bem como os nomes das obras nas notas de rodapé serão destacadas com o negrito.

Para a elaboração da monografia será utilizado o método dedutivo, com pesquisas bibliográficas de publicações e doutrinas relacionadas ao tema. Para facilitar o entendimento será dividida em três capítulos.

O primeiro capítulo visa apresentar os aspectos mais relevantes das cooperativas de trabalho, discorrendo sobre seu conceito, sua natureza jurídica e os princípios fundamentais mais importantes que as regem. Além disso, trata também das características básicas para ser uma cooperativa genuína e demonstra as vantagens no mercado atual.

No capítulo que se segue, o assunto tratado será a terceirização de mão-de-obra, discorrendo primeiramente sobre a diferenciação entre a terceirização e intermediação de mão-de-obra, além da relação com o direito do trabalho e seu pilar estrutural. Será verificada

a gestão do trabalho pela tomadora de mão-de-obra e sua responsabilidade jurídica em relação aos empregados, conforme o enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

E finalmente, após ter tratado dos conceitos para contextualizar a problemática a ser discutida, será examinado no terceiro capítulo a atuação do auditor fiscal do trabalho e quais seus limites nas ações fiscais em tomadoras de serviços que contratam cooperativas de trabalho. Além disso, abordará o conteúdo essencial na lavratura do auto de infração e os elementos caracterizadores para a convicção do auditor fiscal do trabalho na atuação.

CAPÍTULO 1

ASPECTOS FUNDAMENTAIS DAS COOPERATIVAS DE TRABALHO

1.1. Breve histórico legal

O cooperativismo nasceu depois de reiteradas situações práticas, o qual pela necessidade humana na repartição do produto social seria o método mais justo. Os pioneiros de Rochdale foram o marco da metodização definitiva com a fundação da sua cooperativa em 1844. Nela foram estabelecidos os princípios básicos teóricos e práticos para a organização e funcionamento das cooperativas. Estes princípios foram se aperfeiçoando e expandindo o movimento cooperativista pela Europa e pelo mundo.

No Brasil as cooperativas são criadas para o exercício dos mais diversos tipos de atividades, como as cooperativas agrícolas, comerciais, industriais ou capitalistas. Entretanto, a primeira modalidade de cooperativa regulamentada no Brasil foi a Cooperativa de Trabalho, com as diretrizes de funcionamento estabelecidas pelo Decreto Legislativo 1.637, de 5 de janeiro de 1907, alterado pelo Decreto-lei 22.239, em 19 de dezembro de 1932.

Em 1934, o Decreto 24.647 estabeleceu novas normas regendo as cooperativas nos Brasil. Neste Decreto as cooperativas de trabalho foram extintas, sendo previstas apenas as cooperativas de indústrias, comércio e capitais.

Já em 1938, o Decreto-lei 581, incluiu novamente no ordenamento jurídico brasileiro as cooperativas de trabalho. Inclusive, neste mesmo Decreto-lei, foi estabelecida a competência do Ministério do Trabalho e Emprego para a fiscalização das cooperativas de trabalho.

O Decreto-lei nº 8.401, de 19 de dezembro de 1945, revigorou o Decreto-lei nº 22.239/32 e o Decreto-lei nº 581/38, para consolidar a legislação cooperativista nacional, mantendo-se vigente até a promulgação da Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971.

Em 1971, editou-se a Lei nº 5.764, que até hoje está em vigor no Brasil. Esta Lei definiu a Política Nacional de Cooperativismo, instituiu o regime jurídico das sociedades e outros. O artigo 5º estabelece: “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.”¹ Este artigo vem corroborar com a liberdade de criação quanto ao objeto da cooperativa, incluindo-se aí a cooperativa de trabalho, e com a realidade atual estabelecida na Carta Magna de 1988.

A Constituição Federal de 1988 disciplinou, em alguns artigos, diretrizes sobre as cooperativas, sendo que a Constituição anterior não fazia menção sobre o assunto.

O artigo 5º, inciso XVIII, da CF/88, dispõe que: “a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independe de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento.”²

Já o artigo 146 dispõe sobre o tratamento tributário adequado ao ato cooperativo, ou seja, assegurou um tratamento tributário privilegiado às cooperativas.

Art. 146. Cabe a lei completar:

[...]

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

[...]

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.³

O artigo 174, § 2º da CF/88, estabelece como um dos princípios gerais da atividade econômica o estímulo ao cooperativismo.

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.

¹ BRASIL. **Lei 5764**, de 16 de dezembro de 1971. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislação>>. Acesso em: 08 jun. 2010.

² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislação>>. Acesso em: 08 jun. 2010.

³ Ibidem.

[...]

§ 2º- A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.⁴

Ademais, a Lei nº 5764/71 estabelece que entre cooperativa e associados não há vínculo empregatício. “Artigo 90. Qualquer que seja o tipo de cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados.”⁵

Em dezembro de 1994, em sintonia com o preceito constitucional, foi promulgada a Lei nº 8.949, que incluiu o parágrafo único ao artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual reza a inexistência de vínculo empregatício dos associados da cooperativa, independente do ramo da atividade.

Art. 442...

Parágrafo único – Qualquer que seja o ramo da atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.⁶

Em 2002, foi instituído pela Lei 10.406, o novo Código Civil que destinou às sociedades cooperativas os artigos 1.093 a 1.096 e também os artigos 982, 983 e 1.159.

Em junho/2002, a conferência anual da Organização Internacional do Trabalho-OIT, aprovou a recomendação nº 123, que define cooperativa como uma “associação autônoma de pessoas unidas voluntariamente para satisfazerem suas necessidades e aspirações econômicas, sociais e culturais em comum por meio da formação de uma empresa de propriedade conjunta e uma gestão democrática.”⁷

⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislação>>. Acesso em: 08 jun. 2010.

⁵ BRASIL. **Lei 5764**, de 16 de dezembro de 1971. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislação>>. Acesso em: 08 jun. 2010.

⁶ CARRION, Valentim. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**/Legislação complementar/jurisprudência. 34ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.282.

⁷ BRASIL. **Recomendação 193 sobre a promoção das cooperativas**. Votada na plenária da 90ª Conferência da OIT, em 20.06.2002. Disponível em: <http://www.coopcultural.org.br/web/emanager/documentos/upload_/RECOMENDA%C3%87%C3%83O%20193.doc>

As cooperativas de trabalho, então, apresentam-se em perfeita harmonia com os consectários legais atuais e, desde que estejam de acordo com o estabelecido na Lei 5764/71 e no Código Civil, em princípio, não existirá vínculo de emprego com seus associados.

1.2 Conceito de cooperativa

A palavra cooperação tem origem no latim do vocábulo *cooperatio*, que quer dizer ação de cooperar. Já a palavra cooperativa tem origem do vocábulo *cooperativus*, que significa obra em comum.

Os interesses da cooperação, seja econômico, social ou cultural, têm como fundamento a dignificação do ser humano. O que efetivamente importa são as pessoas que compõem a cooperativa. Entretanto, a definição de cooperativas de trabalho é dada pela Lei 5764/71 e por vários doutrinadores.

Nesse sentido, a Lei 5764/71 conceitua a cooperativa como sendo sociedade de pessoas com natureza jurídica própria. É o que estabelece o artigo 4º, caput:

Artigo 4º As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características:
I a IX – *omissis*.⁸

Por outro lado, o artigo 86 da mesma Lei dispõe que “as cooperativas poderão fornecer bens e serviços a não associados, desde que tal faculdade atenda aos objetivos sociais e esteja de conformidade com a presente Lei.”⁹

Nessa esteira a recomendação 123/2002, da OIT define cooperativa como uma “associação autônoma de pessoas unidas voluntariamente para satisfazerem suas necessidades

⁸ BRASIL. Lei 5764, de 16 de dezembro de 1971. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislação>>. Acesso em: 08 jun. 2010.

⁹ Ibidem.

e aspirações econômicas, sociais e culturais em comum por meio da formação de uma empresa de propriedade conjunta e uma gestão democrática.”¹⁰

Além disso, Bruno de Aquino explicita que a cooperativa de serviços tem por finalidade eliminar o empregador e aumentar o rendimento do associado, organizando o trabalho a ser desenvolvido

[...] a finalidade precípua da cooperativa de serviços é organizar o trabalho do seu associado provendo-lhe de suas necessidades, eliminando a figura do patrão e o conceito de lucro, ou como que o neo-capitalismo, do rendimento capital. Neste quadro, o cooperativismo surge visando corrigir a distribuição de riqueza, se inspirando em princípios de ordem ética e moral na busca de uma economia mais humana.¹¹

Sérgio Pinto Martins conceitua cooperativa como sendo “ a sociedade de pessoas que tem por objetivo a organização de esforços em comum para a consecução de determinado fim.”¹²

Também Cláudia Salles Vilela Vianna define cooperativa:

São sociedades de pessoas, constituídas para prestar serviços aos próprios associados. São, portanto, sistemas de auxílio mútuo em que algumas pessoas com necessidades e ideais comuns se associam, voluntariamente, para que, por meio de um esforço conjunto e cooperado, consigam atingir seus objetivos.¹³

Cláudia Salles comenta ainda que “existe nas cooperativas o princípio da identidade, ou seja, a finalidade do empreendimento será sempre a mesma que os objetivos dos cooperados.”¹⁴

1.3 Natureza jurídica

¹⁰ BRASIL. **Recomendação 193 sobre a promoção das cooperativas**. Votada na plenária da 90ª Conferência da OIT, em 20.06.2002. Disponível em: <http://www.coopcultural.org.br/web/emanager/documentos/upload_/RECOMENDA%C3%87%C3%83O%20193.doc>

¹¹ XAVIER, Bruno de Aquino Parreira. **Cooperativas de trabalho e relação de emprego**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3635>>. Acesso em 23 jun.2010.

¹² MARTINS, Sérgio Pinto. **Cooperativas de Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2003. p.45.

¹³ VIANNA, Cláudia Salles Vilela. **Manual prático das relações trabalhistas**. 7ed. São Paulo: LTr,2005.p.657.

¹⁴ Ibidem.

A própria Lei 5764/71 traz além do conceito de cooperativa a sua natureza jurídica, quando determina no artigo 4º: “[...] com forma e natureza jurídica próprias [...]”¹⁵.

As cooperativas têm natureza *sui generis* porque essa forma de associação tem características peculiares. É a opinião de Vilma Dias:

Por outro lado, além de consagrá-la como sociedade de pessoas e não de capital, reconheceu referido decreto a natureza *sui generis* dessa modalidade associativa, em face das características que a distinguem das demais espécies e que não podem ser desrespeitadas por qualquer disposição estatutária¹⁶.

Quanto à natureza jurídica da cooperativa, Sérgio Pinto Martins explica:

Sua natureza é contratual, porque a própria lei menciona que há contrato de sociedade. [...] A sociedade cooperativa tem natureza social e capitalista ao mesmo tempo. Social em decorrência da solidariedade da pessoa para a obtenção de um objetivo comum. Capitalista porque há necessidade de aporte de capital que serve para que ela possa ser criada e funcionar. O trabalho é feito com a utilização do capital, que serve para comprar os bens necessários para a cooperativa funcionar, como máquinas. Não atua para o capital.¹⁷

Na verdade, a própria Lei 5764/71 estabelece que a Cooperativa tem natureza jurídica própria, sendo assim por características que lhes são peculiares, como por exemplo, seu objetivo, que é a prestação de serviços para conceder melhores condições socioeconômicas a seus associados.

Assim, pode-se dizer ainda que as cooperativas são de natureza civil, sem fins lucrativos, proporcionando aos cooperados a possibilidade de desenvolver atividades com remuneração igualitária.

1.4 Os princípios fundamentais que regem as cooperativas

¹⁵ BRASIL. **Lei 5764**, de 16 de dezembro de 1971. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislação>>. Acesso em: 08 jun. 2010.

¹⁶ GIL, Vilma Dias Bernardes. **As novas relações trabalhistas e o trabalho cooperado**. São Paulo: LTr, 2002, p.68.

¹⁷ MARTINS, Sergio Pinto. **Cooperativas de Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2003. p.53.

O cooperativismo teve seu marco com os pioneiros de Rochdale em 1844. A doutrina majoritária entende que desde esta data surgiram também os princípios, que são os alicerces, são as bases de qualquer construção jurídica. E, no caso, as regras que surgiram nesta época se transformaram em pontos básicos do cooperativismo. Tão importante que são que a Lei 5.764/71 dispõe sobre os princípios.

O cooperativismo é uma doutrina fundada em valores de solidariedade, igualdade, e responsabilidade mútua, respeitando e buscando a valorização do trabalho e a dignidade da pessoa humana.

Segundo Sérgio Pinto Martins: “os princípios são proposições que se colocam na base da ciência, informando-a e orientando-a.”¹⁸

Desse modo, os princípios têm várias funções: informadora, normativa e interpretativa. Ademais, são de suma importância no presente trabalho. Serão abordados aqui os princípios da dupla qualidade e da retribuição mensal diferenciada; da adesão voluntária e aberta; da gestão democrática por parte dos sócios; da autonomia, independência, educação, formação e informação; e da cooperação entre cooperativas e interesse pela comunidade.

1.4.1 Princípio da dupla qualidade e princípio da retribuição mensal diferenciada

O princípio da dupla qualidade, segundo Maurício Goudinho “informa que a pessoa filiada tem de ser, ao mesmo tempo, em sua cooperativa, cooperado e cliente, auferindo as vantagens dessa duplicidade de situações.”¹⁹

A própria Lei 5764/71 estabelece que as cooperativas são constituídas para prestar serviços aos associados. Reforçando, assim, que as cooperativas têm particularidades que outras associações não têm.

André Cremonesi também conceitua o princípio:

¹⁸ MARTINS, Sergio Pinto. **Cooperativas de Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2003. p.65.

¹⁹ DELGADO, Maurício J. Godinho. **Cursos de direito do trabalho**, 6ª Ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 329.

Consiste no fato de que o cooperado tem dupla qualidade em relação à cooperativa de trabalho, à qual está associado, a saber: é o prestador dos serviços e o beneficiário desses mesmos serviços. Com efeito, na medida em que haja prestação de serviços por um trabalhador cooperado, ele mesmo é quem deve beneficiar-se desse ato.²⁰

Já o princípio da retribuição pessoal diferenciada trata da retribuição pessoal que o cooperado deverá receber pelo seu trabalho e que deverá ser superior ao que receberia se não fosse cooperado ou se fosse empregado. Nesse sentido Maurício Goudinho escreve:

O princípio da retribuição pessoal diferenciada é a diretriz jurídica que assegura ao cooperado um complexo de vantagens comparativas de natureza diversa muito superior ao patamar que obteria caso atuando destituído da proteção cooperativista.²¹

Assim, se esses dois princípios obrigatórios não estiverem presentes, ou seja, se o cooperado não se beneficia deles, pode-se concluir que terceiros estranhos à cooperativa é que estão se beneficiando.

1.4.2 Princípio da adesão voluntária e aberta

Esse princípio aduz que a adesão deve ser voluntária, pois o direito à associar-se é livre, conforme dispõe a própria CF/88, em seu artigo 5º, inciso XX “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado.”²² A pessoa não pode ser coagida a ingressar na cooperativa.

Associar-se gera responsabilidades e por isso deve ser voluntária a adesão ou o desligamento, sendo assegurada a liberdade individual de escolha, a qualquer momento, seja para aderir, ou seja para desvincular-se como sócio da cooperativa.

A adesão deverá ser aberta não podendo ter restrição em relação à raça, sexo, classe cultural, social, religiosa, ou qualquer outra forma de discriminação. Entretanto, pode-se disciplinar o ingresso dos cooperados com restrições estabelecidas no estatuto, seja referente à

²⁰ CREMONESI, André. **Cooperativas de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009. p.27.

²¹ DELGADO, Maurício J. Godinho. **Cursos de direito do trabalho**, 6ª Ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 331.

²² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislação>>. Acesso em: 01 jul.2010.

qualificação técnica, seja em relação à compatibilidade de objetivos. Não sendo esses, casos de discriminação.

1.4.3 Princípio da gestão democrática por parte dos sócios

O princípio acima está ligado à organização dos sócios. Os sócios de cooperativas participam ativamente das tomadas de decisões e da elaboração de suas políticas de organização, ou seja, gerem a cooperativa.

Todos os sócios são responsáveis entre si e cada sócio tem direito a um voto. Além disso, privilegiam o espírito da democracia dentro da entidade, onde são discutidos os interesses da cooperativa por todos. Esse espírito democrático é essencial para a manutenção dos objetivos da cooperativa e demonstra a gestão democrática entre os sócios.

De um modo geral, todos os associados participam da gestão da cooperativa. Contudo, para facilitar a gestão, alguns membros são eleitos para representarem e administrarem a cooperativa.

Os dirigentes eleitos têm duas responsabilidades. A primeira é como sócio da cooperativa, devendo exercer seu direito de votar e responder perante terceiros como cooperado. A segunda como dirigente eleito que deve responder pelos seus atos perante os demais sócios durante a gestão.

Princípio da participação econômica dos sócios está ligado ao fato de que os sócios contribuem para a formação do capital e gerem democraticamente este capital de maneira igual. Uma parte deste capital é de todos os cooperados e o restante é direcionado para fundos de reservas da cooperativa e em outras atividades. O capital é destinado a servir à cooperativa e aos sócios.

1.4.4 Princípios da autonomia, independência, educação, formação e informação

Esses princípios defendem que as cooperativas são organizações autônomas e independentes em relação a organizações públicas ou privadas. Ou seja, mesmo que a

cooperativa firme acordo ou negocie ações com governo a autonomia e a independência devem ser preservadas.

Noutro giro, as cooperativas devem se preocupar em promover a educação, formação e informação aos seus cooperados para que todos possam entender o funcionamento, a as diretrizes e os objetivos das cooperativas.

1.4.5 Princípios da cooperação entre cooperativas e interesse pela comunidade

O princípio da cooperação entre as cooperativas é também chamado de intercooperação e tem o objetivo de fortalecer o trabalho das cooperativas e propiciar um melhor atendimento aos associados por meio de convênios e alianças entre cooperativas, através das estruturas locais, nacionais e internacionais.

Já o princípio do interesse pela comunidade infere-se na responsabilidade da cooperativa de melhorar, beneficiar, não só a situação do cooperado, mas também, promover o desenvolvimento da comunidade no âmbito econômico, social e cultural.

1.5 Principais características

As cooperativas podem praticar diversas espécies de negócios ou atos negociais que compreendem as relações entre a cooperativa e os cooperados. Nesse sentido Guilherme Krueger define que “o ato cooperativo é instrumento peculiar das cooperativas para a consecução de sua finalidade, que, em última análise, serão sempre a prestação de serviços aos associados pela cooperativa.”²³

Já Vanessa Cardone escreve sobre a convergência de interesses como uma das principais características das cooperativas:

²³ KRUEGER, Guilherme. **Cooperativas de trabalho na terceirização**. Belo Horizonte: Mandamentos. 2003. p. 43.

Note do exposto que as cooperativas têm por característica principal a união, a solidariedade e a comunhão de interesses, em que todos os sócio-cooperados são iguais, não havendo entre eles hierarquia ou subordinação.²⁴

Logo, todos os atos cooperativos são importantes para o desenvolvimento dos objetivos e finalidades da cooperativa com os cooperados e da cooperativa com terceiros.

A prestação dos serviços aos associados é a finalidade da cooperativa e o objeto é o ramo da atividade, podendo ser qualquer gênero de serviço, operação ou atividade. O objetivo é a melhoria da renda e a ajuda mútua dos cooperados, onde ainda que haja entrada de outras pessoas não acarretará modificação dos atos constitutivos.

Além da remuneração do cooperado, que é proporcional às atividades desempenhada por ele, outra característica importante é o retorno das sobras líquidas do exercício que, segundo Sérgio Pinto Martins é:

Proporcionalmente às operações realizadas pelo associado, salvo deliberação em contrário da assembléia geral, é outra particularidade da cooperativa. Isso implica dizer que o cooperado assume riscos de sua atividade.²⁵

Ainda que as cooperativas de trabalho sejam perfeitamente legais e atendam às necessidades e interesses da sociedade moderna, não será válida a prestação do serviço de cooperados se a cooperativa funcionar apenas como intermediadora de mão-de-obra, ficando neste caso o falso cooperado diretamente subordinado à tomadora dos serviços.

Márcia Costa Misi escreve que na prestação de serviço por cooperativa pode ocorrer alguns requisitos do vínculo de emprego, mas nunca o da subordinação jurídica:

Como na contratação de mão-de-obra, via cooperativa (uma modalidade de terceirização nas relações de trabalho) muitas vezes pode estar presente o caráter da pessoalidade, continuidade e onerosidade, o elemento diferenciador nesta situação específica será o da subordinação jurídica.²⁶

²⁴ CARDONE, Vanessa. **Cooperativas de trabalho: legalidade e subsistência**. São Paulo: Antiqua. 2007. p. 25.

²⁵ MARTINS, Sergio Pinto. **Cooperativas de Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2003. p.70.

²⁶ MISI, Márcia Costa. **Cooperativas de trabalho: direito do trabalho e transformação social no Brasil**. São Paulo: LTr, 2000. p.97.

Por outro lado, a cooperativa de trabalho que oferece seus serviços ao público deve possuir cooperados capazes de desenvolver as atividades que se propuseram, haja vista que os associados devem ser profissionais. Não tem sentido, então, que o tomador de serviços possa exigir que o serviço seja prestado por determinado cooperado.

1.5.1 Cooperativa genuína

O cooperativismo é uma doutrina fundada em valores de solidariedade, igualdade, e responsabilidade mútua, respeitando e buscando a dignidade da pessoa humana. A OIT rejeita a utilização de cooperativas de trabalho como substitutivo do trabalho subordinado protegido, por meio de intermediação de mão-de-obra. Carelli diz “que não há como se servir a cooperativa como fornecedora de trabalhadores, já que essa é a forma em que se daria a fraude aos direitos trabalhistas.”²⁷

Os objetivos da verdadeira cooperativa consistem na prestação de serviços e aos seus sócios por meio de fornecimento de trabalho, administração e comercialização das tarefas por eles desempenhadas, sem objetivo de lucro, visando apenas a geração de trabalho para os cooperados. O objetivo e a finalidade são as pessoas e não o lucro.

Ademais, a cooperativa genuína está regulada além da Lei 5764/71, também no Código Civil de 2002, em seus artigos 1093 e 1096. Nesse sentido, Eduardo Saad estabelece:

...chegamos ao termo deste item com a convicção de que a sociedade cooperativa é pessoa jurídica de direito privado, regulada por uma lei especial, complementada pelo Novo Código Civil e, obviamente, pelo artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.²⁸

Outrossim, a cooperativa para ser legítima tem que existir formal e materialmente. Formalmente, a cooperativa existe quando arquiva seus atos constitutivos, após uma análise jurídica criteriosa, no registro próprio e se constitui de acordo com a Lei 5764/71. Já materialmente, além de seguir o disposto na referida lei, ela deve propiciar aos cooperados, de

²⁷ CARELLI Rodrigo de Lacerda. **Cooperativas de mão-de-obra**: manual contra fraude. São Paulo: LTr, 2002. p. 16.

²⁸ SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; CASTELO BRANCO, Ana Maria Saad. **CLT comentada**. 41 ed. São Paulo: LTr, 2008. p.401.

forma geral, maiores benefícios que se atuassem no mercado com empregado, ou, mesmo como autônomo. Caso seja constatada inexistência formal ou material será desconsiderada como cooperativa.

A prestação de serviço pela genuína cooperativa de trabalho desonera o tomador de serviço de encargos trabalhistas, haja vista que a prestação de serviços não se dá sob o contrato de trabalho subordinado, pois não há elementos que caracterizam vínculo empregatício. Não se pode olvidar que o verdadeiro cooperado assume total liberdade para a execução dos serviços, uma vez que não fica sujeito à subordinação jurídica do empregador, sendo considerado como se fosse um trabalhador autônomo.

Não existe subordinação entre o cooperado e a empresa tomadora e nem da cooperativa e o cooperado. O sistema é horizontal, isto é, desde que a cooperativa esteja agindo corretamente, todos os cooperados são iguais perante o princípio de democracia das cooperativas.

A relação que existe entre cooperado e verdadeira cooperativa é de *affectio societatis*, ou seja, o elo se dá pela vontade do cooperado ser sócio, pois há um objetivo comum entre os cooperados. Existe uma relação institucional ou societária entre o sócio e a cooperativa.

Assim, a cooperativa genuína tem que existir formal e materialmente, possuir os meios materiais de produção e autogestão. Os cooperados não podem estar juridicamente subordinados ao tomador de serviços e nem a própria cooperativa de trabalho, eis que possuem vínculos societários com esta.

1.5.2 Vantagens e desvantagens no mercado atual

O mercado de trabalho atual por um lado é marcado pela máquina substituindo o homem na produção, gerando uma diminuição nos postos de trabalho, e por outro a necessidade de responder de forma rápida à demanda para absorver os desempregados. Nesta esteira Márcia Costa Misi comenta:

A idéia do cooperativismo de trabalho como alternativa de ocupação de postos de trabalho surge nesse momento de grandes conturbações. Essa forma de organização dos trabalhadores pode então exercer um papel, não só de alocador de mão-de-obra disponível, mas também como instrumento de resgate da autonomia do trabalho, perdida com a Revolução Industrial.[...] ²⁹

Uma das vantagens no mercado atual é que as cooperativas são uma importante alternativa de trabalho e renda, diminuindo o desemprego. Além disso, visam melhorar as condições dos trabalhadores, tanto nas questões sociais e culturais, quanto remuneratória, já que não existe a figura do patrão. Repartindo, então, todo o lucro entre os cooperados.

Outra vantagem resultante do cooperativismo é a econômica, que é aquela que obtém o justo preço nos serviços e produtos, porque o cooperativismo possibilita que haja supressão de intermediários, redução de custos, e conseqüentemente aumento do poder de barganha.

Já como desvantagens, a proteção da CLT deixa de existir a partir do momento que a mão-de-obra está sendo desenvolvida por associados de cooperativa, fragilizando assim, os direitos do trabalhador. Márcia Costa Missi comenta:

Isso porque as cooperativas estão inseridas no mercado informal, ou seja, estão à margem da forma institucionalizada do trabalho, atendendo assim aos interesses econômicos que dominam o mundo globalizado que objetivam primordialmente a obtenção de lucros exarcebados em detrimento da preocupação com a dignidade do ser humano. A informalidade implica menor proteção do trabalhador e maior liberdade de atuação do meio produtivo, com metas voltadas para aumento da produtividade e competitividade. ³⁰

Ainda como desvantagens têm-se a abertura para facilitar as fraudes que visam prejudicar os direitos dos trabalhadores, inclusive com a falta de informação aos cooperados.

Também há uma grande preocupação dos doutrinadores no que diz respeito à facilidade das cooperativas de trabalho atuar apenas como meras intermediadoras de mão-de-obra, haja vista a fragilidade e a distorção da interpretação da legislação, com o intuito de baratear os custos com mão-de-obra pela não incidência da proteção justralhista.

²⁹ MISI, Márcia Costa. **Cooperativas de trabalho**: direito do trabalho e transformação social no Brasil. São Paulo: LTr, 2000. p.88.

³⁰ Ibidem. p.89.

CAPÍTULO 2

A TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA

2.1 Diferenciação entre terceirização e intermediação de mão-de-obra

Para caracterizar a verdadeira terceirização antes é necessário ter claro a diferenciação entre esta e a mera intermediação de mão-de-obra. Pois na verdade, o que mais acontece não é a terceirização, mas o mero fornecimento de mão-de-obra mais barata e sem especialização para ocupar postos de trabalho nas tomadoras de serviço.

A relação trabalhista, dependendo como se apresenta, pode ser considerada uma intermediação de mão-de-obra, que em geral é nula, segundo o ordenamento jus trabalhista, ou uma terceirização.

Carelli conceitua terceirização como sendo “a entrega de serviços a empresa especializada que melhor realizaria aquele serviço, concentrando a terceirizante naquilo que sabe fazer melhor”.³¹

Todavia, na intermediação de mão-de-obra também ocorre a entrega de serviços da prestadora para a tomadora, mas há algumas peculiaridades que diferenciam uma forma de contratação da outra.

A terceirização, em regra, só pode ocorrer na atividade-meio da empresa e desde que não haja subordinação direta do prestador de serviços com a tomadora, ou seja, não haja gerência do prestador de serviços. Ocorre em apenas uma etapa do processo e a empresa prestadora é que fornece equipamentos, matérias-primas e empregados próprios e especializados.

³¹ CARELLI Rodrigo de Lacerda. **Cooperativas de mão-de-obra**: manual contra fraude. São Paulo: LTr, 2002. p. 41.

Importante se faz diferenciar atividade-meio e atividades-fim. Aquela é a atividade preponderante da empresa e estas são atividades acessórias para se atingir o fim principal, é o que diz Sérgio Pinto Martins:

A atividade-meio pode ser entendida como a atividade desempenhada pela empresa que não coincide com seus fins principais. É a atividade não essencial da empresa, secundária, que não é o seu objeto central. É uma atividade de apoio ou complementar. São exemplos da terceirização na atividade-meio: a limpeza, a vigilância, etc. Já a atividade-fim é a atividade em que a empresa concentra seu mister, isto é, na qual é especializada.³²

Por outro lado, a mera intermediação de mão-de-obra pode ser verificada quando: a organização, fiscalização e direção do contrato se dão pela tomadora dos serviços; há falta de especialidade técnica dos empregados da empresa prestadora dos serviços; os meios materiais são da empresa prestadora; a realização do objeto do contrato é atividade permanente da contratada; prevalece o elemento humano na contratação, sendo a tomadora que define quais os empregados da prestadora vão desenvolver as tarefas; a prestadora existe apenas para a prestação de serviços para uma única tomadora ou ocorre a realização do objeto do contrato por várias prestadoras sucessivamente, sendo que os trabalhadores são os mesmos.

2.1.1. Elementos definidores da intermediação de mão de obra

O primeiro dos elementos que pode demonstrar a mera intermediação de mão de obra é quando o contratante organiza o trabalho, ou seja, a gestão do trabalho é realizada pela tomadora de serviços.

A constatação de gerenciamento pela contratante da forma e do modo como o trabalho será desenvolvido, bem como qual o horário de trabalho durante a sua execução, indica a existência da subordinação jurídica. Nesse sentido esclarece o Rodrigo de Lacerda Carelli:

A gestão do trabalho, isto é a determinação do modo, tempo e forma que o trabalho deve ser realizado, é o indicador mais perfeito da existência de subordinação jurídica. Assim, a constatação da gestão ou organização do trabalho por parte do tomador de serviços, deixa clara a existência de uma

³² MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários às Súmulas do TST**. São Paulo: Atlas, 2008. p.214.

interposição de empresa para fuga do vínculo empregatício direto com os trabalhadores.³³

Uma das formas que é muito comum na caracterização da intermediação de mão-de-obra é a empresa contratante indicar a quantidade de trabalhadores e as funções que irão desempenhar. Demonstrando, assim, que os trabalhadores têm uma posição de trabalho dentro da empresa contratante, ou seja, serão inseridos na organização estrutural da empresa contratante.

Quando a contratante determina as funções que os empregados terceirizados irão desempenhar estes passam a fazer parte da organização estrutural da tomadora, ainda que não haja a subordinação hierárquica. Então, se existe a subordinação estrutural, ou seja, se o empregado ainda que não receba ordens diretas integra o processo produtivo e a dinâmica estrutural de funcionamento da tomadora de serviços, passa a ser uma mera intermediação mão-de-obra da prestadora com a tomadora de serviços.

A subordinação estrutural é uma teoria do Ministro Maurício Delgado que vem sendo adotada pelos tribunais. Nesse sentido, o Ministro define a subordinação estrutural:

Estrutural é, pois, a subordinação que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento.³⁴

Segue o magistério de Maurício Delgado pontuando esse novo conceito

Subordinação estrutural supera as dificuldades de enquadramento de situações fáticas que o conceito clássico de subordinação tem demonstrado dificuldades que se exacerbam em face, especialmente, do fenômeno contemporâneo da terceirização trabalhista. Nesta medida ela viabiliza não apenas alargar o campo de incidência do Direito do Trabalho, como também conferir resposta normativa eficaz a alguns de seus mais recentes instrumentos desestabilizadores em especial a terceirização.³⁵

Sendo assim, se o empregado indiretamente recebe ordens da prestadora da mão de obra, mas, no desempenho de suas tarefas as diretrizes do trabalho são repassadas ao

³³ CARELLI Rodrigo de Lacerda. **Cooperativas de mão-de-obra**: manual contra fraude. São Paulo: LTr, 2002. p. 40.

³⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Direitos fundamentais na relação de trabalho**. São Paulo: Revista LTr, vol. 70, nº 6, junho/2006, p. 657.

³⁵ Idem. **Direitos fundamentais na relação de trabalho**, in SILVA, Alessandro *etti alli* coordenadores *Direitos humanos: essência do direito do trabalho* São Paulo: LTr, 2007.p.86.

empregado pela tomadora do serviço, tem-se a subordinação estrutural ou integrativa. Se a função desempenhada pelo empregado está perfeitamente e essencialmente inserida nas atividades da empresa tomadora de mão de obra não há mais necessidade de ordem direta do empregador, pois já se configura a subordinação estrutural.

Com a subordinação estrutural-reticular há uma integração do empregado à dinâmica organizativa e operacional do tomador de serviço, adequando-se às diretrizes deste, não importando ao empregado se recebe ordem direta ou indireta. Assim sendo, a licitude da terceirização dispensa a prova da subordinação direta do trabalhador com a tomadora. Ainda que não receba ordens diretas da empresa à qual presta serviços, na prática, o trabalhador fica submetido à sua dinâmica de organização e funcionamento, caracterizando, em regra, uma mera intermediação de mão-de-obra por gestão de trabalho.

Outro forte indício de gestão de trabalho é a imposição do horário de trabalho pela contratante, gerando subordinação direta com a tomadora, inclusive se a tomadora determinar o trabalho extraordinário aos empregados da contratada.

Também pode ser considerada gestão de trabalho o caso da contratante determinar no contrato previsão para a substituição de trabalhadores a seu pedido. Demonstra a personalidade nos serviços, eis que está escolhendo quem vai trabalhar, participando, assim, na gestão da execução do contrato, gerando fortes indícios de intermediação de mão-de-obra.

O segundo dos elementos que pode demonstrar a mera intermediação de mão de obra refere-se à empresa contratada que não tem especialização, ou, que tenha especialização distinta das atividades da contratante e igual ou inferior a desta.

O terceiro elemento de indício da mera intermediação de mão de obra é o elemento humano. Ocorre quando o objeto do contrato puder ser realizado pelos próprios empregados do contratante, não existindo, então, a necessidade de empregados da contratada para o desenvolvimento do trabalho. Nesse sentido explica Carelli:

Outro elemento forte indicador de intermediação de mão-de-obra é a prevalência do elemento humano na prestação de serviços. No caso concreto, deve verificar se o objeto contratual se satisfaz com o mero emprego de mão-de-obra, ou se há a necessidade de um conhecimento técnico específico e uma estrutura de apoio operacional com utilização de meios materiais próprios para a execução do contrato.

Se, por outro lado, o objeto contratual se encerrar na prestação de trabalho pelos empregados do contratante, estaremos provavelmente frente a uma intermediação de mão-de-obra.³⁶

Também se a empresa contratante fornecer os materiais e meios próprios para a execução do serviço se está diante um indício de mera intermediação, pois para a terceirização válida um dos quesitos é a utilização das ferramentas e meios materiais do prestador de serviços.

Carelli resume os elementos definidores da intermediação de mão-de-obra como “gestão do trabalho pela tomadora de serviços, especialização da prestadora de serviços e prevalência do elemento humano no contrato de prestação de serviços.”³⁷

Complementando, Ophir Cavalcante Junior entende que uma forma de desvio da terceirização é a falta de idoneidade financeira da prestadora de serviços para suportar os encargos do contrato firmado, podendo ser considerado também um indício de mera intermediação de mão-de-obra. Assim ele conclui:

Cumprir avaliar, ainda, a idoneidade técnica e econômico-financeira do contratado para suportar todos os encargos do ajuste celebrado. Se o contratado não está em condições de responder pelas consequências do trabalho prestado, seja quanto ao aspecto técnico, seja quanto ao aspecto econômico-financeiro, estaremos diante de desvio do instituto da terceirização.³⁸

A mera intermediação da mão-de-obra, então, é proibida pelo nosso ordenamento jurídico, não importando se a atividade da tomadora é meio ou fim, mas uma vez constatada os trabalhadores deverão ter reconhecidos seus vínculos empregatícios.

2.2. Questões gerais sobre terceirização e o direito do trabalho

A terceirização é uma realidade no Brasil, embora ainda não seja legalmente regulamentada, mas é praticada com base na súmula 331 do TST. Entretanto, mesmo sem essa previsão legal expressa para a terceirização, a súmula trata das terceirizações permitidas.

³⁶ CARELLI Rodrigo de Lacerda. **Cooperativas de mão-de-obra**: manual contra fraude. São Paulo: LTr, 2002. p. 42.

³⁷ Ibidem.

³⁸ CAVALCANTE JUNIOR, Ophir. **A terceirização das relações laborais**. São Paulo: LTr, 1996. p. 136.

Existem vários diferenciadores para caracterizar a verdadeira terceirização como: a especialização da empresa contratada no objeto do contrato; o objeto do contrato deve estar inserido dentro das atividades meio da tomadora; não pode ter os requisitos que estabelece o vínculo empregatício; os recursos materiais utilizados pelos empregados devem ser da prestadora; dentre outros. Ainda deverá ser observado que a contratação de trabalho via terceirização é realizada, em geral, por pessoas jurídicas.

Se há burla à legislação trabalhista no caso de terceirização é porque não é uma verdadeira terceirização, mas mera intermediação de mão-de-obra, nas palavras de Carelli é “ simplesmente a interposição de empresa para retirada do vínculo empregatício direto.”³⁹

O Direito do Trabalho visa verificar se está sendo cumprida a legislação relacionada aos direitos postos aos trabalhadores, expondo princípios e normas de direito que regem as relações do trabalho subordinado. Existem alguns elementos fundamentais para caracterizar esse trabalho subordinado.

2.2.1 Elementos caracterizadores da relação de emprego

O Direito do trabalho define para existência do vínculo empregatício, em primeiro lugar, a relação entre empregador e empregado e este deve atender alguns requisitos. A CLT em seu artigo 2º e 3º conceitua empregador e empregado

Art. 2º. Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.

Art. 3º. Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.⁴⁰

O artigo 442 do mesmo diploma legal, traz em seu caput “contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.”⁴¹

³⁹ CARELLI Rodrigo de Lacerda. **Cooperativas de mão-de-obra**: manual contra fraude. São Paulo: LTr, 2002. p. 33.

⁴⁰ CARRION, Valentim. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. Legislação complementar/jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2009. ps.27e34.

A existência de um contrato de trabalho, ou emprego, é imprescindível para que a relação empregatícia produza efeitos jurídicos, ainda que este contrato seja tácito ou verbal. Ainda que seja contra a vontade dos contratantes, se estes se enquadrarem nos artigos acima, existirá o vínculo de emprego. Márcia Costa Misi assim define contrato de emprego:

O contrato de emprego é portanto o negócio jurídico pelo qual uma pessoa física (empregado) se obriga, mediante o pagamento de uma contraprestação (salário), a prestar trabalho não eventual em proveito de outra pessoa, física ou jurídica (empregador), a quem fica juridicamente subordinada.⁴²

Assim, o artigo 3º da CLT estabelece que para ser considerado empregado este tem que preencher os requisitos da prestação por pessoa física, da pessoalidade, da não-eventualidade, da onerosidade e da subordinação jurídica.

A prestação do serviço do empregado não poderá ser realizada por pessoa jurídica, porque o direito do trabalho ampara apenas aquele executado por pessoa física, haja vista a própria pessoalidade ou prestação pessoal do trabalho, que disciplina que o contrato de trabalho é personalíssimo, devendo ser executado pelo empregado que foi contratado pelas suas características próprias, qualidades e conhecimentos.

O requisito da não-eventualidade ou continuidade é aquele que tem como característica a continuidade na prestação do serviço, ou seja, o trabalho não pode ser eventual. Há a inserção do trabalhador nas atividades normais da empresa. O empregado é essencial na atividade fim da empresa.

A onerosidade ou pagamento de salários é outro requisito para caracterizar o vínculo empregatício. Tem que haver pagamento de salários, é a contraprestação pecuniária pela prestação da mão-de-obra. Dessa forma, os que fazem trabalho voluntário não seriam considerados empregados.

⁴¹ CARRION, Valentim. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. Legislação complementar/jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2009. p.282.

⁴² MISI, Márcia Costa. **Cooperativas de trabalho**: direito do trabalho e transformação social no Brasil. São Paulo: LTr, 2000. p.96.

A subordinação ou dependência é o principal requisito da relação empregatícia. Se não há subordinação descaracteriza-se as relações de emprego. A subordinação jurídica implica em que o empregador tem que dirigir, coordenar, controlar e comandar a prestação de serviço pela outra parte, que é o empregado. O empregador tem o direito de direcionar e coordenar a execução do trabalho e o empregado tem o dever de obedecê-lo, pois a ele é subordinado. É o poder diretivo e disciplinar do empregador na relação contratual.

Se ocorrer a subordinação direta com o tomador de serviços será com este que o vínculo de emprego será estabelecido, pois é o tomador que dá as ordens ao empregado.

Ainda que não haja subordinação hierárquica, mas a tomadora determina as funções que os empregados terceirizados irão desempenhar, estes passam a fazer parte da organização estrutural da tomadora, denominando-se então, subordinação estrutural. Ou seja, o empregado ainda que não receba ordens diretas integra o processo produtivo e a dinâmica estrutural de funcionamento da tomadora de serviços.

Com a subordinação estrutural-reticular há uma integração do empregado à dinâmica organizativa e operacional do tomador de serviço, adequando-se às diretrizes deste, não importando ao empregado se recebe ordem direta ou indireta.

2.2.2 Definição e natureza do fenômeno terceirização

A terceirização pode ser entendida como o repasse da realização de tarefas para ser desenvolvida por empresa especializada, sendo que estas atividades poderiam ser desenvolvidas pela própria empresa. Nesse sentido Carelli conceitua terceirização como sendo:

A contratação pela empresa de serviços que serão realizados por outras empresas especializadas naquelas atividades, que executariam com maior perfeição e qualidade do que a tomadora, interessando-se essa última somente no resultado dos serviços fornecidos.⁴³

⁴³ CARELLI Rodrigo de Lacerda. **Cooperativas de mão-de-obra**: manual contra fraude. São Paulo: LTr, 2002. p. 15.

Segundo Wilson Alves a terceirização é “o processo de gestão empresarial consistente na transferência para terceiros (pessoas físicas ou jurídicas) de serviços que originalmente seriam executados dentro da própria empresa.”⁴⁴

Carelli dispõe que a terceirização permite “a entrega de serviços a empresa especializada que melhor realizaria aquele serviço, concentrando a terceirizante naquilo que sabe fazer melhor”.⁴⁵

Para a caracterização de uma verdadeira terceirização é necessário que a empresa contratada tenha os meios materiais próprios para a execução dos serviços. Além disso, em tese quem determina a quantidade de trabalhadores e as funções que irão desempenhar é a empresa contratada, que por sua vez deverá ser especializada no objeto do contrato. Entretanto, quando a contratante repassa a tarefa para quem tem melhores condições de realizá-la está se utilizando de técnica de administração e não de gestão de pessoal. Nesse sentido, explica Carelli.

O mote da terceirização é o repasse de serviços ou atividades especializadas para empresas que detenham melhores condições técnicas de realizá-las. É técnica de administração, e não de gestão de pessoal.⁴⁶

Para determinar a natureza jurídica de uma relação trabalhista se examina a realidade fática presente no desenvolvimento diário. Se a empresa tomadora que se utilizou da terceirização for mera intermediadora de mão-de-obra deverá arcar com o ônus do reconhecimento do vínculo trabalhista. Na terceirização, a empresa tomadora não poderá descentralizar a sua atividade fim nem ter controle direto sobre o prestador de serviços.

Então, pode-se observar que a natureza jurídica do contrato de terceirização vai depender dos elementos em que o contrato for estabelecido ou da combinação entre eles: isto é, o que importa é a atividade e não o resultado.

⁴⁴ POLÔNIO, Wilson Alves. **Terceirização**: Aspectos legais, trabalhistas e tributários. São Paulo: Atlas, 2000. 97.

⁴⁵ CARELLI Rodrigo de Lacerda. **Cooperativas de mão-de-obra**: manual contra fraude. São Paulo: LTr, 2002. p. 41.

⁴⁶ Ibidem. p. 23.

2.2.3 Vantagens e desvantagens da terceirização

As mais importantes vantagens da terceirização seria a melhoria do produto, o aumento da produtividade e conseqüentemente do lucro. A empresa que repassa as atividades não ligadas ao seu objetivo a uma terceira, que é tecnicamente especializada em atividades acessórias, fica liberada para concentrar-se em seu objetivo principal, melhorando a qualidade dos produtos, a produtividade e a competitividade.

A terceirização permite no plano interno que a tomadora dos serviços reduza os controles e as perdas, liberando os recursos disponíveis para outros seguimentos da empresa. Permite ainda que a tomadora simplifique a estrutura empresarial, agilizando as decisões e diminuindo o nível hierárquico na empresa.

Ademais, no plano externo cria condições para melhoria na economia de mercado, proporcionando melhor distribuição de renda com a geração de mais empregos em novas empresas.

Quando há distorções nas finalidades da terceirização ocorrem desvantagens nessa forma de contratação. As desvantagens podem ocorrer no plano individual e no plano coletivo.

No plano individual, pode-se elencar as distorções mais importantes como sendo: a terceirização em fraude aos direitos trabalhistas ou falsa terceirização, que consiste na atuação da empresa prestadora como mera intermediadora de mão-de-obra, mascarando o vínculo empregatício entre o executor de serviços e a empresa beneficiária; a contratação com empresas que não respeitam os direitos regularmente assegurados aos trabalhadores, ocorrendo um rebaixamento do padrão salarial e de benefícios dos trabalhadores; ou ainda, a utilização da terceirização com o objetivo de transferir os riscos do negócio ao terceiro e seus contratados.

No plano coletivo dificulta a ação fiscal diligenciada pelo auditor fiscal do trabalho, pois desagrega os trabalhadores para várias frentes de trabalho; desmobiliza a luta sindical, sobretudo em movimentos grevistas, dificultando as negociações em face da pulverização dos empregados; ou ainda, ocorre a redução do número de empregos.

2.2.4 A terceirização no direito do trabalho e seu pilar estrutural

O conceito de terceirização é utilizado pelo direito do trabalho para a verificação da existência da terceirização ou de mera intermediação de mão-de-obra. Considerando os direitos do trabalhador, interessa para o direito do trabalho se há ilegalidade na terceirização porque a partir daí pode existir um trabalho subordinado e os direitos dos empregados serem mitigados. Nesse sentido explica Rodrigo Carelli

Destarte, não tem o condão o Direito do Trabalho de declarar legalidade ou ilegalidade em uma terceirização de serviços, e sim dizer da existência ou não de burla à legislação trabalhista, que se dará quando não for uma verdadeira terceirização, e simplesmente a interposição de empresa para retirada do vínculo empregatício direto, ou seja, quando houver intermediação de mão-de-obra.⁴⁷

A linguagem, segundo a lei trabalhista, para determinar a natureza jurídica de uma relação trabalhista é a realidade fática e presente os requisitos do vínculo empregatício a empresa tomadora dos serviços deverá arcar com o ônus do reconhecimento deste vínculo trabalhista.

Abaixo está relacionado, de forma muito sucinta, as principais formas de terceirização existentes. A cooperativa de trabalho, que também é uma forma de terceirização de trabalho, foi tratada no capítulo I.

Algumas formas de terceirização têm reflexos no direito do trabalho e no direito civil, como é o caso de terceirização por empreitada e subempreitada. O verdadeiro empregador do empregado que foi contratado por subempreiteiro é este próprio, que em tese, não tem relação direta com o dono da obra. Entretanto, o Direito do Trabalho, protecionista, determina que haja responsabilidade solidária do empreiteiro principal, que contratou com o dono da obra, pois este geralmente é que detém os recursos para pagar o empregado.

A empreitada tem como principais características a inexistência de subordinação jurídica entre o empreiteiro e o dono da obra, sendo que àquele incumbe a direção e fiscalização da obra. A remuneração é efetuada à medida que o serviço objeto do contrato vai

⁴⁷ CARELLI Rodrigo de Lacerda. **Cooperativas de mão-de-obra**: manual contra fraude. São Paulo: LTr, 2002. p. 33.

sendo executado. Já na subempreitada o subempreiteiro é quem contrata os empregados que vão trabalhar na obra, fiscalizando-os, dirigindo-os e remunerando-os.

Maurício Goudinho Delgado também escreve:

a empreitada preserva com o próprio profissional prestador de serviços a direção do cotidiano da prestação laborativa, no cumprimento da obra pactuada. Não se transfere tal direção para o tomador de serviços. Não há, pois, subordinação nessa prestação de trabalho.⁴⁸

Já a subempreitada, Ophir Cavalcante Junior define: “como uma espécie do contrato de empreitada e acontece quando o empreiteiro contrata pessoas para executar partes ou até mesmo toda a obra contratada.” É uma forma de subcontratação.⁴⁹

Outra forma de terceirização está disposta na lei 6.019 de 03/01/74, regulamentada pelo Decreto 73.841, de 13.03.74, que trata do contrato de trabalho temporário e a Lei 7.102 de 20/06/83, alterada pelas Leis 8.863, de 28/03/94 e 9.017, de 30/03/95, que trata do contrato de vigilância.

No contrato de trabalho temporário a atividade produtiva da tomadora de serviços geralmente é contínua e esta contrata a empresa prestadora para atender trabalho temporário com pessoal especializado, por tempo determinado. Suas principais características são: contrato celebrado por escrito constando o motivo justificador entre fornecedora de serviços e tomadora de mão-de-obra, pelo prazo máximo de três meses, podendo, mediante autorização do Ministério do Trabalho e emprego, ser prorrogado por mais três meses; o empregado deve receber a mesma remuneração paga aos empregados da tomadora e demais direitos trabalhistas, embora esteja consignado em CTPS a contratação de trabalho temporário pela prestadora de serviços.

Ademais, a empresa tomadora dos serviços é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas dos empregados da prestadora quando por esta não cumprida. Nesse sentido Ophir comenta: “[...] ser o tomador responsável subsidiário pelas obrigações trabalhistas dos empregados do fornecedor, se este se revelar inadimplente [...]”.⁵⁰

⁴⁸ DELGADO, Maurício J. Godinho. **Cursos de direito do trabalho**, 6ª Ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 337.

⁴⁹ CAVALCANTE JUNIOR, Ophir. **A terceirização das relações laborais**. São Paulo: LTr, 1996. p.46.

⁵⁰ Ibidem. p.52.

Já a terceirização pela contratação da empresa tomadora para a prestação de serviços de vigilância e segurança tem justificativa na necessidade de treinamento especial para habilitar os empregados. Assim Ophir escreve:

“justifica-se esse tipo de contratação em face da necessidade de treinamento especial a que devem ser submetidos esses trabalhadores, o que não se compatibiliza com a atividade-fim do cliente. [...] não configuradora de relação empregatícia entre a empresa cliente e a fornecedora da mão-de-obra, desde que não haja pessoalidade e subordinação na prestação dos serviços.”⁵¹

Seguindo o mesmo raciocínio, a terceirização nas atividades de limpeza e conservação inicialmente era vista como intermediação ilegal de mão-de-obra, ainda que não fosse atividade-fim da tomadora dos serviços. A jurisprudência evoluiu e com base na Lei nº 5.645/70, que permitiu a contratação de empresa para a atividade de limpeza, a súmula 331, II do TST, reconheceu a legalidade deste tipo de terceirização, não havendo vínculo de emprego com a tomadora de serviços desde que não haja pessoalidade e subordinação na prestação dos serviços.

2.3 Hipóteses de licitude da terceirização – Enunciado 331 do TST

A terceirização não é devidamente regulamentada, pois não há permissão expressa por Lei, mas a Súmula 331 do Egrégio TST, juntamente com alguns entendimentos doutrinários, vem sendo utilizado para dirimir as controvérsias:

Nº 331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (mantida)
- Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

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 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e 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,

⁵¹ CAVALCANTE JUNIOR, Ophir. **A terceirização das relações laborais**. São Paulo: LTr, 1996. p. 53.

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).⁵²

A súmula acima contempla quatro tipos de terceirização lícita: o trabalho temporário; o serviço de vigilância; a atividade de limpeza e conservação; e serviços especializados ligados à atividade meio do tomador de serviços.

A Súmula 331 tem restrições, pois a terceirização só pode ocorrer na atividade meio da empresa e desde que não haja subordinação direta do prestador de serviços com a tomadora e apenas em alguns casos legalmente estabelecidos. Então, observa-se que para uma terceirização lícita devem ser resguardados alguns requisitos, quais sejam:

1 - que a terceirização ocorra somente na atividade-meio da tomadora para que não sejam terceirizadas as atividades essenciais da empresa e esta exima-se dos riscos da atividade, tendo em vista que o risco empresarial faz parte da definição de empregador constante na Consolidação das Leis do Trabalho;

2- que a empresa prestadora é que seja a fornecedora de equipamentos, matérias-primas e empregados;

3- que os empregados fornecidos pela empresa prestadora sejam próprios e especializados, não podendo ser uma simples locação de mão-de-obra, devendo possuir capacitação para o serviço a ser realizado. Carelli conceitua terceirização como sendo “a entrega a empresa especializada que melhor realizaria aquele serviço, concentrando a terceirizante naquilo que sabe fazer melhor”⁵³

Patente, então, que a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, ressalvadas as atividades das empresas de trabalho de contrato temporário e de vigilância, de conservação e limpeza, e a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a pessoalidade e subordinação direta.

⁵² MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários às Súmulas do TST**. São Paulo: Atlas, 2008. p.207.

⁵³ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Cooperativas de mão-de-obra**: manual contra fraude. São Paulo: LTr, 2002. p. 41.

O trabalho cooperativado está enquadrado no item III, in fine da Súmula acima, logo o trabalho prestado pelo cooperado tem de ser dirigido pela cooperativa e não pela tomadora de serviços. Assim, Irany Ferrari esclarece:

A proposição colima viabilizar a terceirização. Terceirização de serviços terceirizáveis - bem claro -, não de atividades-fim da empresa. Indispensável que, sob o manto da Lei nº 8.949/94, não se acoberte uma simulação ao contrato de trabalho.⁵⁴

Ademais, não há personalidade, qualquer cooperado pode prestar o serviço, eis que a tarefa tem que ser cumprida, sendo irrelevante por qual cooperado.

2.3.1 A responsabilidade das empresas tomadoras de serviços

O inciso IV da súmula 331 do TST determina que no caso de não pagamento das obrigações trabalhistas por parte do empregador a tomadora de serviços terá responsabilidade subsidiária.

A responsabilidade subsidiária é uma espécie de benefício de ordem. Caso a empresa prestadora de serviços, que é a devedora principal não arque com suas obrigações trabalhistas a tomadora de serviços, que é a devedora secundária deverá ser responsabilizada.

Em princípio, a responsabilidade subsidiária das tomadoras de serviços não se aplica no caso de contratação com cooperativas. É o que diz Irany Ferrari:

A rigor esse item do Enunciado não se aplica às cooperativas, tendo em vista que tais sociedades não são empregadoras dos sócio-cooperados. Assim, apenas nos casos de fraude à legislação trabalhista, é que a cooperativa poderá vir a ser considerada empregadora e, nessa condição, se inadimplente com relação às obrigações trabalhistas, será responsável de forma subsidiária com o tomador dos serviços e, isto, se fizer parte da relação processual que vier a se instaurar judicialmente.⁵⁵

⁵⁴ FERRARI, Irany e AFFONSO, Geórgia Cristina. **Cooperativas de trabalho**: existência legal. 2 ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 10.

⁵⁵ Ibidem. p. 40.

Desse modo, nos termos da súmula 331 do TST e quando ocorrer a terceirização legítima, o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do prestador de serviços, implicará na responsabilidade subsidiária do tomador de serviços.

CAPÍTULO 3

A ATUAÇÃO DO AUDITOR FISCAL DO TRABALHO NAS COOPERATIVAS

Com a proliferação das cooperativas de trabalho, por força do parágrafo único, do Artigo 442, da CLT começaram a surgir cooperativas em desacordo com a legislação, prejudicando direitos trabalhistas de cooperados que eram verdadeiros empregados. Nesse sentido, o título 3.1 abaixo, visa estudar o referido artigo.

3.1 A interpretação do parágrafo único do artigo 442 da CLT

As cooperativas de trabalho já existiam antes da introdução do parágrafo único do artigo 442 na CLT, mas em quantidade muito inferior à atual. Com esta inovação legal é que houve um grande incremento de locação de mão-de-obra através de cooperativas. Aproveitando-se das interpretações mais diversas do indigitado artigo, aumentou-se também o número de cooperativas. Muitas vezes os empregados eram dispensados e voltavam para a mesma empresa como “cooperados” e, conseqüentemente, não tinham mais acesso aos direitos garantidos pela CLT.

Cooperativa de trabalho, como já foi conceituada no capítulo I, é uma sociedade de pessoas com o objetivo de realizar uma atividade empreendedora em comum. Logo, o associado cooperativista não é empregado porque não se enquadra na definição do artigo 3º e 4º da CLT, ou seja, na definição de empregado subordinado. Não desempenha o trabalho com subordinação e não possui os requisitos necessários para reconhecimento de vínculo empregatício.

Assim, o parágrafo único do artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido no ordenamento jurídico pela Lei nº 8.949, de 09.12.94, dispõe:

Art. 442 – Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

Parágrafo único – Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.⁵⁶

Essa regra já tinha previsão na Lei de política nacional de cooperativismo, Lei nº 5.764/71, artigo 90 e artigo 91 que dispunha sobre a não existência de vínculo empregatício dos associados, mas somente dos empregados.

Artigo 90 - qualquer que seja o tipo de cooperativa, não existe vínculo empregatício entre elas e seus associados.

Artigo 91 - as cooperativas igualam-se as demais empresas em relação aos seus empregados para os fins da legislação trabalhista e previdenciária.⁵⁷

Entretanto, com a publicação deste artigo a discussão da legalidade ou não das cooperativas foi acentuada. Os empregadores, que são os detentores do capital, entenderam que a lei ao ratificar a inexistência do vínculo empregatício quer entre associados e a cooperativa ou entre a cooperativa e os tomadores de serviços estaria permitindo uma nova forma legal de contratação de mão-de-obra, onde as empresas não teriam qualquer ônus com o trabalhador além da remuneração equivalente a salário.

Contudo, a doutrina majoritária entende que o citado artigo não autorizou a intermediação de mão-de-obra realizada por cooperativas, mas apenas regulamentou, de forma desnecessária, a realização de trabalho sem vínculo empregatício por associados de cooperativas, que atendessem as finalidades legais e requisitos necessários da cooperativa, nos termos dos artigos 3º e 4º da Lei 5.764/61.

Logo, ao analisar a existência de uma cooperativa, primeiro há que verificar se esta é regular ou se está atuando de forma fraudulenta. Não se pode conceber a interpretação restritiva do artigo, pois nesse caso seria afastada, em qualquer caso, a incidência do vínculo empregatício na contratação por cooperativa e os direitos e garantias fundamentais do trabalhador, previstos na Constituição Federal/1988, estariam sendo mitigados.

⁵⁶CARRION, Valentim. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. Legislação complementar/jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2009. p.282.

⁵⁷BRASIL. **Lei 5764**, de 16 de dezembro de 1971. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislação>>. Acesso em: 08 jun. 2010.

As cooperativas que atuam como mera intermediadora de mão-de-obra são ilegais porque não estão amparadas pelo parágrafo único do artigo 442, eis que sua interpretação está restrita às verdadeiras cooperativas, que são aquelas que estão em acordo com a Lei 5.764/71. Segundo Carelli, elas são ilegais e inconstitucionais, ferindo o artigo constitucional que trata da proteção ao trabalhador:

Além de ilegais, são inconstitucionais. Isso porque uma interpretação de que estaria permitida a intermediação de mão-de-obra, tratando o trabalho humano como mercadoria, como gado humano, sem o reconhecimento de vínculo empregatício, geraria simplesmente o fim de toda a legislação protetora trabalhista. Seria um parágrafo revogando uma lei inteira, pois nenhum empregador iria contratar pelo sistema celetista, já que há um sistema muito mais benéfico para seus lucros e sua operacionalidade. E mais, esse parágrafo seria inconstitucional, pois estaria revogando todo o sistema protetivo previsto no artigo 7º da Constituição Federal, o que não é lógico nem aceitável.⁵⁸

A própria Constituição Federal de 1988, artigo 1º e artigo 7º, vem proteger os valores sociais do trabalho e os direitos dos trabalhadores de um modo geral, não podendo ser, então, mitigado os direitos, inclusive da espécie de trabalhador - cooperado.

Ademais, a Recomendação da OIT junho/2002 também trata a cooperativa como associação de pessoas reunidas voluntariamente para satisfação de fim comum e prevê que os governos devem “garantir que cooperativas não sejam criadas para, ou direcionadas a, o não cumprimento das leis do trabalho ou usadas para estabelecer relações de empregos disfarçadas.”⁵⁹ Além disso, recomenda que o Governo lute contra as pseudocooperativas, que violam os direitos dos trabalhadores.

Nesse sentido, segundo Carelli, a OIT rejeita a utilização das cooperativas de trabalho como intermediadora de mão-de-obra, como substitutivo de trabalho subordinado legalmente protegido:

Verifica-se, portanto, que não há como se servir a cooperativa como fornecedora de trabalhadores, já que essa é a forma em que se daria a fraude aos direitos

⁵⁸ CARELLI Rodrigo de Lacerda. **Cooperativas de mão-de-obra**: manual contra fraude. São Paulo: LTr, 2002. p. 16.

⁵⁹ BRASIL. Recomendação 193 sobre a promoção das cooperativas. Votada na plenária da 90ª Conferência da OIT, em 20.06.2002. Disponível: <http://www.coopcultural.org.br/web/emanager/documentos/upload_/RECOMENDA%C3%87%C3%83O%20193.doc>. Acesso em: 14 jun. 2010.

trabalhistas. Desta forma, qualquer interpretação do parágrafo único do art. 442 da CLT que tente retirar a qualidade de empregado de quem realmente o é deverá ter sido uma tentativa de fraude, impedida pelo art. 9º da mesma lei.⁶⁰

Assim, não há interpretação que corrobore com a retirada dos direitos de trabalhadores, cooperados ou não, sendo o parágrafo único do artigo 442, redundante, pois quando se tem uma empresa cooperativa devidamente estabelecida, com verdadeiros cooperados, prestando serviços nos limites legais não há que se falar em vínculo empregatício.

Por outro lado, quando ocorre fraude na contratação com cooperativa, ou seja, quando a cooperativa se afasta dos seus objetivos cooperativos, este artigo cede espaço para o princípio da primazia da realidade, o qual os fatos primam sobre as formas. Logo, havendo discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge dos documentos, deve-se dar preferência ao que sucede na realidade.

3.1.1 Portaria 925 do Ministério do Trabalho e Emprego

Desde que houve a proliferação das cooperativas de trabalho o Ministério do Trabalho e Emprego, órgão do Governo Federal, instituído para fiscalizar as normas de proteção ao empregado subordinado, começou a promover ações fiscais, por meio de auditores fiscais do trabalho, com o objetivo de verificar a realidade nos postos de trabalho das empresas tomadoras da mão-de-obra de cooperados, eis que esse é o mecanismo estatal que age de forma mais direta e imediata nos problemas do dia-a-dia dos trabalhadores.

Em face da introdução do parágrafo único do artigo 442 na CLT, o Ministério do Trabalho e Emprego publicou, em 28/09/1995, a Portaria nº 925 para direcionar a atuação da fiscalização.

A indigitada Portaria é utilizada até os dias de hoje e determina que os auditores fiscais verificando a existência de requisitos que afunilem para o artigo 3º e 9º da CLT, lavrem o auto de infração, bem como façam relatórios comunicando a chefia se a cooperativa não se enquadrar na Lei 5.764/71. Abaixo a redação dos artigos:

⁶⁰ Ibidem. p. 21.

Art.1º O Agente da Inspeção do Trabalho, quando da fiscalização na empresa tomadora de serviços de sociedade cooperativa, no meio urbano ou rural, procederá ao levantamento físico, objetivando detectar a existência dos requisitos da relação de emprego entre a empresa tomadora e os cooperados, nos termos do art. 3º da CLT.

§ 1º Presentes os requisitos do art. 3º da CLT, ensejará a lavratura de Auto de Infração.

§ 2º Sem prejuízo do disposto neste artigo e seu § 1º, o Agente da Inspeção do Trabalho verificará junto à sociedade cooperativa se a mesma se enquadra no regime jurídico estabelecido pela Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, mediante a análise das seguintes características:

- a) número mínimo de vinte associados;
- b) capital variável, representado por quotas-partes, para cada associado, inacessíveis a terceiros, estranhos à sociedade;
- c) limitação do número de quotas-partes para cada associado;
- d) singularidade de voto, podendo as cooperativas centrais, federações e confederações de cooperativas, exceção feita às de crédito, optarem pelo critério de proporcionalidade;
- e) quorum para as assembléias, baseado no número de associados e não no capital;
- f) retorno das sobras líquidas do exercício, proporcionalmente às operações realizadas pelo associado;
- g) prestação de assistência ao associado;
- h) fornecimento de serviços a terceiros atendendo a seus objetivos sociais.

Art.2º Constatada a ausência das características da sociedade cooperativa, deverá o Agente da Inspeção do Trabalho comunicar o fato, por escrito, à chefia imediata.

Parágrafo único. Recebida a comunicação, a chefia imediata, quando for o caso, apresentará denúncia à Procuradoria Regional do Trabalho, conforme previsto no art. 6º da Lei nº 7.347, de 05 de julho de 1985, e incisos I, III e IV do art. 83 da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993.⁶¹

Assim, com o advento desta Portaria os auditores fiscais direcionaram suas ações fiscais e constataram muitas cooperativas de “fachadas” desvirtuando seu verdadeiro propósito.

3.2 Intermediação de mão-de-obra por cooperativas de trabalho

A constituição de cooperativa de trabalho é perfeitamente legal e atende às necessidades e interesses da sociedade moderna, mas não será válida se a cooperativa funcionar apenas como mera intermediadora de mão-de-obra, ficando neste caso o falso cooperado diretamente subordinado à tomadora dos serviços.

⁶¹ BRASIL. **Portaria MTE 925**, de 28 de setembro de 1995. Dispõe sobre fiscalização do trabalho na empresa tomadora de serviço de sociedade cooperativa. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/legislacao/portarias/1995/p_19950928_925.asp>. Acesso em: 06 jul. 2010.

A mera intermediação de mão-de-obra por cooperativa é ilícita tanto na atividade meio, quanto na atividade fim. Na verdade, não é forma de terceirização lícita, mas apenas sublocação de mão-de-obra para postos de trabalho.

Na terceirização ilegal o tomador de serviços responderá pelos empregados da prestadora de serviços. Na contratação por intermédio de cooperativa de trabalho de forma ilegal tem-se o mesmo tratamento. É o que Carelli resume de forma muito simples:

Se é ilegal uma empresa, que pagará os seus empregados com todos os direitos trabalhistas, fornecer trabalhadores, realizando intermediação de mão-de-obra, quanto mais uma cooperativa de trabalho, onde os trabalhadores não terão, a princípio, nenhum direito trabalhista.⁶²

As empresas costumam se utilizar da mão-de-obra da cooperativa de trabalho para reduzir custos, contratando cooperados para fazer o serviço que seria realizado por seus próprios empregados. Não há impedimento que a atividade terceirizada seja realizada por cooperativa. Somente se exige que realize uma atividade própria e lícita. Entretanto, só estão aptas para participar de uma terceirização lícita as verdadeiras cooperativas. Nesse sentido Sérgio Pinto Martins escreve:

não se poderá utilizar da cooperativa para substituir a mão-de-obra, permanente ou interna da empresa, pois seu objetivo é ajudar seus associados. A cooperativa não poderá ser, portanto, intermediadora de mão-de-obra, no sentido do *marchandage* ou do *leasing* de mão-de-obra, indicador da exploração do trabalho alheio. O objetivo da cooperativa não é explorar o trabalho do cooperado, nem de o tomador obter mão-de-obra barata, mas proporcionar trabalho ao cooperado, mediante esforço em conjunto.⁶³

Carelli esclarece que a cooperativa, como qualquer empresa, pode realizar terceirização que em princípio será legal. Entretanto “Somente será ilegal se na realidade não for uma verdadeira cooperativa, e existir, provavelmente na presidência ou diretoria da cooperativa, o seu “dono”, aquele que lucrará com trabalho alheio.”⁶⁴

Ainda nas palavras de Carelli:

⁶² CARELLI Rodrigo de Lacerda. **Cooperativas de mão-de-obra**: manual contra fraude. São Paulo: LTr, 2002. p. 17.

⁶³ MARTINS, Sergio Pinto. **Cooperativas de Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2003. p.75.

⁶⁴ CARELLI Rodrigo de Lacerda. **Cooperativas de mão-de-obra**: manual contra fraude. São Paulo: LTr, 2002 p. 43.

Agora, se for uma cooperativa de trabalhadores que são classicamente subordinados, não poderá haver “terceirização”, pois haverá no caso mero fornecimento de trabalhadores. É o caso de cooperativas de porteiros, faxineiras, operários de construção civil, trabalhadores rurais, enfermeiras, auxiliares de enfermagem, médicos subordinados, etc.⁶⁵

Por outro lado, Vanessa Cardone explica que a tomadora que compra serviços não pode subordinar o prestador do serviço, pois toda a consecução do trabalho a ser desenvolvido deverá ser por intermédio do gestor da cooperativa:

...quando se compra serviços e não mão-de-obra, qualquer um pode realizá-lo, importando ao contratante de serviços somente o resultado final, que é a entrega pronta e acabada do serviço contratado, objeto do contrato de prestação de serviços.⁶⁶

Portanto, as cooperativas de trabalho como meras intermediadoras de mão-de-obra desvalorizam o empregado, subloca seu trabalho a custo reduzido, mitigando seus direitos trabalhistas. O nosso ordenamento jurídico considera a intermediação de mão-de-obra por empresas terceirizadas ilegal.

3.3 Principais fraudes constatadas

A existência da cooperativa está condicionada aos aspectos materiais e formais. Quando ocorre a inexistência formal ou material a cooperativa deixa de ser legítima e passa a ser uma pseudocooperativa. Será considerada uma sociedade de fato se no aspecto formal ou irregular se no aspecto material. E, por conta da fraude, deixará de gozar dos privilégios legais que as cooperativas possuem.

Fraude é um ato praticado para lesar terceiros intencionalmente, violando obrigação ou dispositivo legal usando procedimentos aparentemente lícitos. É o caso das cooperativas de trabalho que enganam os trabalhadores, substituindo-os por cooperados, com a intenção de não pagar as verbas trabalhistas.

⁶⁵ Ibidem. p. 44.

⁶⁶ CARDONE, Vanessa. **Cooperativas de trabalho: legalidade e subsistência**. São Paulo: Antiqua. 2007. p. 28.

A fraude não pode ser presumida, devendo resultar de prova inequívoca, caso contrário deve prevalecer as leis existentes. Entretanto, no direito do trabalho há que se respeitar o princípio da primazia da realidade onde o que prepondera são os fatos.

Se o serviço for prestado por trabalhador formalmente vinculado a uma cooperativa de trabalho, mas for dirigido pelo tomador de serviços, pelo princípio da primazia da realidade, será considerada a existência de vínculo empregatício. E, por previsão do artigo 9º da CLT, será nula a contratação e reconhecido o vínculo empregatício.

Se a cooperativa teve a intenção de sonegar ou fraudar as obrigações trabalhistas poderá ser levado a efeito o princípio da desconsideração da pessoa jurídica, que retira a relação de cooperativa e responsabiliza quem dirige a cooperativa, se este deu causa.

Há cooperativas que são criadas apenas para mascarar a relação empregatícia e funcionam como mera empresa fornecedora de mão-de-obra, obtendo lucros com essa atividade, beneficiando geralmente apenas os criadores da cooperativa, que em geral são os cooperados dirigentes, que passam a agir como verdadeiros donos da falsa cooperativa.

Há ainda as cooperativas formadas por empresas que eram prestadoras de serviços, dispensaram seus empregados e, com promessas enganadoras, convenceram-lhes a tornarem-se cooperados. Aqui os donos da cooperativa é que serão responsabilizados, observando-se a subsidiariedade da tomadora. Nesse sentido esclarece Márcia Misi:

Nesses casos, é patente a responsabilidade daqueles que são os verdadeiros donos da cooperativa, devendo assim ser declarado o vínculo com a cooperativa, ressalvando-se o disposto no Enunciado 331, que prevê a subsidiariedade da empresa principal para responder pelas obrigações trabalhistas não pagas, desde que convocada a participar da relação processual.⁶⁷

Assim, as cooperativas de “fachada” cadastram pessoas para desenvolver atividades de mão-de-obra com custo mínimo, onde há redução quase total dos encargos trabalhistas e fiscais em relação às empresas legalizadas.

⁶⁷ MISI, Márcia Costa. **Cooperativas de trabalho**: direito do trabalho e transformação social no Brasil. São Paulo: LTr, 2000. p.100.

3.3.1 O contrato realidade

O contrato de emprego para ser devidamente caracterizado, deve ter presentes alguns requisitos que são basicamente: a prestação por pessoa física, a pessoalidade, não eventualidade, a onerosidade e a subordinação. Ou seja, será considerado empregado se preencher esses requisitos.

Ainda que pareça tratar-se de um tipo de contrato que não seja de emprego, há que se observar o princípio da primazia da realidade, onde prepondera os fatos, para definir a verdadeira relação jurídica. É o contrato realidade que vai preponderar sobre o contrato pactuado entre as partes.

Délio Maranhão entende que “o contrato de trabalho seria um contrato-realidade, exigindo as condições reais de prestação de serviço.”⁶⁸

Não é o contrato escrito de terceirização de mão-de-obra por cooperativa de trabalho, que gera uma proteção do direito do trabalho, mas sim a realidade fática presente no desenvolvimento diário na relação. Logo, se estiverem presentes os elementos caracterizadores da definição de empregado e empregador, será um contrato de emprego, pois é o contrato realidade que terá valor jurídico. No caso, a empresa tomadora que se entendia segura por força de um contrato escrito deverá arcar com o ônus do reconhecimento do vínculo de emprego.

Ainda que seja uma contratação de serviços terceirizada, mas que ante a situação fática, segundo o princípio da primazia da realidade, estiverem presentes os requisitos da uma relação trabalhista subordinada, será caracterizado o vínculo empregatício.

Assim, presentes a pessoalidade, a não eventualidade e a subordinação, caracteriza-se a relação de emprego com a tomadora, embora esta a atribua ao contrato de trabalho *nomen juris* diverso, para furtar-se a aplicação das leis trabalhistas, beneficiando-se com uma ilícita redução de custos. Essa aparência de legalidade que se dá a uma situação ilegal constitui a fraude à lei.⁶⁹

⁶⁸ SUSSEKIND, Arnaldo [et al.] **Instituições de Direito do Trabalho**. 21.ed.São Paulo: LTr, 2003. p. 232.

⁶⁹ NASCIMENTO, Nilton Santos. **As cooperativas de trabalho e as fraudes aos direitos dos trabalhadores in** Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho. As cooperativas de trabalho e as fraudes aos direitos dos trabalhadores. Resultado concurso do 19º ENAFIT, Brasília, SINAIT, 2001. p. 59

3.3.2 A convicção do auditor fiscal do trabalho para a autuação

Com a proliferação das cooperativas de trabalho começaram a surgir cooperativas em desacordo com a legislação, prejudicando direitos trabalhistas de cooperados que eram verdadeiros empregados. Nesse sentido, o Ministério do Trabalho e Emprego começou a promover ações fiscais, por meio de auditores fiscais do trabalho, com o objetivo de verificar a realidade nos postos de trabalho das empresas tomadoras da mão-de-obra de cooperados, eis que esse é o mecanismo estatal que age de forma mais direta e imediata nos problemas do dia-a-dia dos trabalhadores.

As prerrogativas dos auditores fiscais do trabalho estão estabelecidas na Consolidação das Leis do Trabalho e no Regulamento Interno Trabalho. Cabe ao auditor fiscal do trabalho a verificação do fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho, devendo autuar as empresas que incorrerem em infrações trabalhistas.

Uma atividade terceirizada pode ser realizada por cooperativa, desde que esta realize uma atividade específica e que esteja legalmente constituída. O que não pode é a cooperativa revestir-se de empresa de prestação de serviços em geral, sendo mera intermediadora de mão-de-obra, sem área de especialização.

Para a autuação, então, o auditor fiscal deverá firmar convencimento da existência de vínculo empregatício, baseando-se nos fundamentos legais existentes, analisando documentos, verificando fatos e entrevistando pessoas.

O auditor fiscal deverá analisar os documentos pertinentes à regularidade da formação e funcionamento das cooperativas, conforme determina a Lei 5.7464/71, o Código Civil e a Portaria Mtb nº 925/95.

Logo, o Auditor fiscal entrevistará os cooperados para saber: idade; data de início da prestação dos serviços na tomadora; porque não trabalha como empregado; forma e data de ingresso na cooperativa; qual o emprego anterior. Além disso, poderá solicitar os contratos de tomadora e prestadora de serviços, relação dos cooperados que prestam serviços na tomadora; contrato social da tomadora; controle de horário ou similar dos cooperados.

Referente às cooperativas o auditor deverá, ainda, verificar sua regularidade observando se as quotas-partes estão devidamente distribuídas; se estão adequados o quorum para as assembléias e singularidade do voto; se há o devido retorno das sobras líquidas do exercício e prestação de assistência aos cooperados.

Algumas cooperativas impetram Mandado de Segurança para não apresentar os documentos solicitados, alegando o principio da não-intervenção do Estatal. Entretanto, esse argumento não tem prosperado.

Após a análise dos documentos e entrevistas com os “cooperados”, constatando-se que a cooperativa de trabalho não é uma verdadeira cooperativa, com amparo no artigo 9º da CLT que explicita que os atos praticados por meio de fraudes serão nulos, o Auditor Fiscal convicto que existe relação de emprego subordinado, poderá autuar a tomadora dos serviços com o fundamento jurídico no artigo 3º da CLT, que trata do vínculo empregatício.

3.4 Conteúdo essencial na lavratura do auto de infração

Após a análise dos documentos e entrevistas com os empregados, constatado pelo Auditor Fiscal a incidência dos requisitos no artigo 3º da CLT, este deverá autuar a tomadora dos serviços lavrando o auto de infração com fundamento legal no artigo 41, *caput*, da CLT. Do auto de infração procedente é que será aplicada a multa administrativa.

No histórico do auto de infração deverá constar os elementos de convicção para a caracterização do vínculo de emprego, bem como a relação dos empregados/“cooperados”. Além disso, deverá ser elaborado um relatório fiscal minucioso com todos os fatos ocorridos e provas colhidas. Neste relatório deverá constar: qualificação dos auditores fiscais; datas das visitas; qualificação completa da cooperativa, da tomadora de serviços e dos dirigentes da cooperativa; informações se a cooperativa preenche os requisitos e formalidades legais para a regular constituição e funcionamento; qual a forma de adesão e participação dos cooperados nas assembléias; se há benefícios oferecidos pela cooperativa aos associados; se há equivalência de salários dos empregados e cooperados; e de quem são os recursos materiais.⁷⁰

⁷⁰ BRASIL. MTb. SEFIT. **Manual de cooperativas**. Brasília: MTb,1997. p.53 a 56.

3.5 Encaminhamento do auto de infração ao MPT

O Ministério do Trabalho e Emprego atua em conjunto com o Ministério Público do Trabalho para combater a simulação fraudulenta e acabar com a intermediação de mão-de-obra.

Após a constatação da formação de cooperativa irregular, o Auditor fiscal do trabalho deverá comunicar por escrito à chefia imediata, para que sejam tomadas as medidas cabíveis, dentre elas o encaminhamento da denúncia para a Procuradoria Regional do Trabalho.

Nas palavras de Cláudia Salles Vilela:

[...] havendo irregularidades, portanto, o Ministério do Trabalho e Emprego e o Ministério Público podem mover ações administrativas. Assim, as cooperativas irregulares ou falsas devem ser denunciadas, para que sejam fechadas nas suas atividades, e seus administradores, responsabilizados civil e criminalmente.⁷¹

Além disso, caracterizado o vínculo empregatício, o auto de infração lavrado com fundamento no artigo 41, *caput*, da CLT deverá ser enviado, juntamente com relatório circunstanciado e demais provas que possam caracterizar a fraude, à Procuradoria Regional do Trabalho, para que esta entendendo cabível proponha um acordo de ajustamento de conduta, ou ainda, ajuíze Ação Civil Pública.

⁷¹ VIANNA, Cláudia Salles Vilela. **Manual prático das relações trabalhistas**. 7ed. São Paulo: LTr,2005.p.671.

CONCLUSÃO

Com o estudo para a elaboração da presente monografia, verificou-se que as cooperativas de trabalho surgiram com propósitos lícitos, com a intenção de combater a falta de emprego e as injustiças sociais. Tanto o empregado como o desempregado passaram a poder tornar-se sócios das cooperativas, tornando-se patrões de si mesmos. Os cooperados conquistaram o título de autônomos e tornando-se gestores das próprias atividades promoveu-se a melhoria das suas condições.

Entretanto, com a introdução do parágrafo único no artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho, estabelecendo que a cooperativa não gera vínculo empregatício entre os cooperados e tomadores de serviço, permitiu-se mais uma forma de terceirização.

A partir daí a idéia central do cooperativismo foi desvirtuada. Empresários inescrupulosos passaram a criar cooperativas com o objetivo de lucro sobre a exploração da mão-de-obra do trabalhador. Então, em função do pouco conhecimento dos cooperados transformou uma flexibilização legal em fraude.

As normas trabalhistas se apresentam para garantir os direitos dos trabalhos subordinados e oferecem amparo para o trabalhador explorado por práticas fraudulentas. Quando as cooperativas atentam contra os direitos do trabalhador é um mal a ser combatido. Mas, quando é legítima verifica-se que há um aproveitamento pelo mercado.

A legislação do trabalho estabelece direitos e obrigações aos sujeitos da relação de trabalho. O contrato de trabalho, fonte autônoma do Direito do Trabalho, não comunga com qualquer fraude que venha a afetar os direitos do trabalhador. Quando os cooperados trabalharem de fato como empregados do tomador de serviço, configurada estará a relação trabalhista subordinada entre esse e os cooperados, por força do princípio da primazia da

realidade e fundamento no artigo 9º da CLT. Nesse caso, poderão ser fiscalizados pelo Ministério do Trabalho e Emprego e demandados na Justiça do Trabalho.

Necessário se faz para preservar o cooperativismo e a dignidade do trabalhador a normatização das relações de trabalho de um modelo mais centrado na relação de trabalho como gênero, ampliando a proteção estatal, nas suas respectivas tutelas. Assim, o revigoramento do cooperativismo impõe desafios que exigem rompimentos de paradigmas historicamente construídos voltados para proteção precípua no modelo ‘relação de emprego’ para acrescentar na normatização de proteção estatal do trabalho o modelo ‘relação de trabalho’.

As cooperativas de trabalho que são constituídas regularmente estão legitimadas a terceirizar, desde que os serviços a serem prestados possam ser terceirizados e não haja características de empregado ou empregador. Nesse sentido, não há que se terceirizar a atividade-fim da empresa, seja por cooperativa ou não.

Apesar de pouca regulamentação sobre o tema, os auditores fiscais do trabalho, junto com os Procuradores do Trabalho, embasados em suas prerrogativas, têm realizado um trabalho árduo para tentar eliminar as cooperativas fraudulentas, evitando muitas demandas na Justiça do Trabalho.

Concluindo, a fiscalização do trabalho por vezes tem dificuldade de descaracterizar uma cooperativa de trabalho que se vale de atividades fraudulentas nas contratações com tomadoras de serviços, mascarando uma efetiva relação de emprego nos exatos termos dos artigos 2º, 3º e 9º da CLT. Urge a necessidade de adoção de medidas sérias no combate à prática de fraudes no sistema cooperativista ampliando os dispositivos legais e estabelecendo regras que permitam ações mais seguras: por parte dos empresários, gerando trabalho seguro; e por parte do Estado, assegurando a dignidade e proteção ao trabalhador.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. MTb. SEFIT. **Manual de cooperativas**. Brasília: MTb,1997.
- CARDONE, Vanessa. **Cooperativas de trabalho**: legalidade e subsistência. São Paulo: Antiqua. 2007.
- CARELLI Rodrigo de Lacerda. **Cooperativas de mão-de-obra**: manual contra fraude. São Paulo: LTr , 2002.
- CARRION, Valentim. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**/Legislação complementar/jurisprudência. 34ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CAVALCANTE JUNIOR, Ophir. **A terceirização das relações laborais**. São Paulo: LTr, 1996.
- CREMONESI, André. **Cooperativas de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Direitos fundamentais na relação de trabalho**. São Paulo: Revista LTr, vol. 70, nº 6, junho/2006.
- DELGADO, Maurício J. Godinho **Direitos fundamentais na relação de trabalho**, in SILVA, Alessandro *etti alli* coordenadores *Direitos humanos: essência do direito do trabalho* São Paulo: LTr, 2007
- FERRARI, Irany e AFFONSO, Geórgia Cristina. **Cooperativas de trabalho**: existência legal. 2 ed. São Paulo: LTr, 2002.
- GIL, Vilma Dias Bernardes. **As novas relações trabalhistas e o trabalho cooperado**. São Paulo: LTr, 2002.
- KRUEGER, Guilherme. **Cooperativas de trabalho na terceirização**. Belo Horizonte: Mandamentos. 2003.
- MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários às Súmulas do TST**. São Paulo: Atlas, 2008.
- MARTINS, Sergio Pinto. **Cooperativas de Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2003.
- MISI, Márcia Costa. **Cooperativas de trabalho**: direito do trabalho e transformação social no Brasil. São Paulo: LTr, 2000.
- NASCIMENTO, Nilton Santos. **As cooperativas de trabalho e as fraudes aos direitos dos trabalhadores** in Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho. As cooperativas de trabalho e as fraudes aos direitos dos trabalhadores. Resultado concurso do 19º ENAFIT, Brasília, SINAIT, 2001.
- POLÔNIO, Wilson Alves. **Terceirização**: Aspectos legais, trabalhistas e tributários. São Paulo: Atlas, 2000.

SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; CASTELO BRANCO, Ana Maria Saad. **CLT comentada**. 41 ed. São Paulo: LTr, 2008.

SUSSEKIND, Arnaldo [et al.] **Instituições de Direito do Trabalho**. 21.ed.São Paulo: LTr, 2003.

VIANNA, Cláudia Salles Vilela. **Manual prático das relações trabalhistas**. 7ed. São Paulo: LTr, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislação>>. Acesso em: 08 jun. 2010.

BRASIL. **Lei 5764**, de 16 de dezembro de 1971. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislação>>. Acesso em: 08 jun. 2010.

BRASIL. **Portaria MTE 925**, de 28 de setembro de 1995. Dispõe sobre fiscalização do trabalho na empresa tomadora de serviço de sociedade cooperativa. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/legislacao/portarias/1995/p_19950928_925.asp>. Acesso em: 06 jul. 2010.

BRASIL. **Recomendação 193 sobre a promoção das cooperativas**. Votada na plenária da 90ª Conferência da OIT, em 20.06.2002. Disponível em: <http://www.coopcultural.org.br/web/emanager/documentos/upload_/RECOMENDA%C3%87%C3%83O%20193.doc>. Acesso em: 01 jul. 2010.

XAVIER, Bruno de Aquino Parreira. **Cooperativas de trabalho e relação de emprego**. Disponível em:<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3635>>. Acesso em: 23 jun.2010.