

Doutrina

Responsabilidade da Administração Pública na Terceirização de Serviços

Autor:

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo analisar as principais consequências jurídicas da terceirização no âmbito da Administração Pública. Além disso, procura-se delimitar as hipóteses em que a terceirização é considerada lícita, bem como aquelas não admitidas pelo ordenamento jurídico, sob o enfoque da exigência constitucional de prévia aprovação em concurso público. As hipóteses em que o ente público figura como dono da obra, e como tomador de serviços prestados por cooperativa e empresa prestadora de serviços, também são enfocadas.

PALAVRAS-CHAVE: Terceirização. Administração Pública. Responsabilidade.

1 Introdução

O tema a ser analisado refere-se à responsabilidade da Administração Pública na terceirização de serviços, analisando, inclusive, a controvertida questão das cooperativas de trabalho.

Importa saber em que situações a terceirização é considerada lícita e ilícita, bem como as possíveis consequências para o ente público.

2 Breves Considerações sobre a Terceirização

A terceirização pode ser entendida como a transferência de certas atividades do tomador de serviços, passando a ser exercidas por empresas distintas.

Para o Direito do Trabalho, interessa o fato de se ter trabalhador prestando serviços ao ente tomador, mas possuindo relação jurídica com a empresa prestadora de serviços. A relação, assim, passa a ser triangular ou trilateral.

Entre o empregado e o empregador (que é uma empresa prestadora de serviços) verifica-se a *relação de emprego*, ou seja, o *contrato de trabalho* (art. 442, *caput*, da CLT). O vínculo entre o tomador (quem terceirizou alguma de suas atividades) e a empresa prestadora decorre de outro contrato, cujo objeto é a prestação do serviço empresarial. No tema em estudo, verifica-se a terceirização de certa atividade da Administração Pública, por meio de contrato administrativo firmado com a empresa prestadora (precedido, em tese, de regular licitação⁽¹⁾). Por fim, na terceirização, o empregado da empresa prestadora presta serviços ao tomador.

Trata-se de panorama diferenciado, pois, tradicionalmente, a relação jurídica de emprego é bilateral, ou seja, ela tem como sujeitos apenas o empregado e o empregador, que também é o tomador do serviço prestado.

A terceirização é um fenômeno verificado com grande frequência nos dias atuais, como forma de diminuição de custos, prestação de serviços com maior eficiência, produtividade e competitividade, que são objetivos intensamente buscados em tempos de globalização(2).

Entretanto, o sistema jurídico estabelece certos limites à terceirização. No âmbito trabalhista, as restrições são impostas visando a tutelar as garantias inerentes ao contrato de trabalho e a dignidade da pessoa humana do trabalhador.

3 Terceirização Lícita e Terceirização Ilícita

O TST possui verbete de jurisprudência a respeito da terceirização, que é a sua Súmula de número 331(3).

Tem-se como lícita a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102/83), 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" (inciso III da Súmula nº 331 do TST). Em sentido inverso, a terceirização de atividade-fim, em princípio, não é admitida.

Para a melhor compreensão, é necessário analisar os conceitos de atividade-fim, atividade-meio, pessoalidade e subordinação.

A *atividade-meio* é a de mero suporte, que não integra o núcleo, ou seja, a essência, das atividades empresariais do tomador, sendo *atividade-fim*, portanto, aquela que a compõe. Quanto à pessoalidade (requisito da relação de emprego mencionado no art. 2º, *caput*, da CLT), significa a prestação dos serviços pelo próprio trabalhador (pessoa física, conforme art. 3º da CLT), sem que seja substituído constantemente por terceiros, aspecto este relevante ao empregador, que o contratou tendo em vista a sua pessoa. Como se nota, o contrato de trabalho caracteriza-se por ser *intuitu personae*.

A *subordinação* (ou "dependência", na redação do art. 3º da CLT) significa que a prestação dos serviços é feita de forma dirigida pelo empregador, o qual exerce o poder de direção. O empregador é quem corre os riscos da atividade exercida e o empregado, justamente por não ser trabalhador autônomo, exerce sua atividade não por conta própria, mas sim alheia (ou seja, com subordinação jurídica ao empregador).

Na realidade, admite-se a terceirização, mesmo no âmbito da Administração Pública(4), de atividade-meio, desde que se trate de serviço especializado, exercido autonomamente, e estejam ausentes "a pessoalidade e subordinação direta"(5). Cabe verificar o que isso significa.

Para o tomador, não deve importar a *pessoa* de quem está efetivamente prestando os serviços terceirizados, mas sim a atividade empresarial contratada, sendo irrelevante qualquer substituição de trabalhadores da prestadora. O ente estatal, no caso, contrata o serviço empresarial oferecido, mas não a mão de obra ou certo trabalhador.

Efetivamente, o trabalho humano, protegido constitucionalmente (CRFB/1988, arts. 1º, IV, 6º, 170), não pode, em hipótese alguma, ser objeto de intermediação, nem ter tratamento semelhante ao de mercadoria, sob pena de afronta ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana (CRFB/1988, art. 1º, III).

Na terceirização lícita, a rigor, quem deve fiscalizar, controlar e organizar as atividades do empregado (do serviço terceirizado) não é o ente tomador, mas sim o empregador, que é a empresa prestadora. Na

hipótese em análise, a relação jurídica da Administração Pública, é com a referida empresa, e não com os empregados desta.

Da mesma forma, quem deve exercer o chamado poder disciplinar, perante o trabalhador terceirizado, é o seu empregador. Assim ocorrendo, o empregado não estará subordinado ao ente estatal, por ser mero tomador dos serviços oferecidos pela empresa prestadora, uma vez que o poder de direção estará sendo exercido por esta.

Cabe frisar ser aplicável ao Direito do Trabalho o princípio da primazia da realidade, no sentido de que importa a efetiva verdade dos fatos, e não a simples forma ou denominação atribuída ao negócio jurídico⁽⁶⁾.

Portanto, se o trabalhador for contratado por empresa interposta, forma-se o vínculo de emprego diretamente com o tomador dos serviços, salvo em se tratando de trabalho temporário, observados os requisitos da Lei nº 6.019/74 (inciso I da Súmula nº 331 do TST). Vale dizer, caso, na realidade dos fatos, o empregado tenha vínculo com o tomador, este é o verdadeiro empregador, e não a empresa que somente intermediou a mão de obra, ainda que seja ela quem tenha figurado, formalmente, como contratante do trabalhador.

A correção dessa conclusão é confirmada ao se verificar que a referida intermediação representa fraude aos preceitos jurídico-trabalhistas, de natureza cogente, não produzindo efeitos em razão da nulidade incidente (art. 9º da CLT). Se, com o fim de terceirizar certa atividade, for contratada empresa prestadora, mas o tomador exercer o poder diretivo perante o trabalhador, este, certamente, na realidade, passa a ter sua relação jurídica de emprego com o próprio tomador. Trata-se da consequência da terceirização ser considerada ilícita.

Além disso, mesmo a empresa que intermediou a mão de obra, pode também responder, de forma solidária, pelos créditos trabalhistas, com fundamento no art. 942 do CC/02 c/c art. 8º, parágrafo único, da CLT, justamente por ter participado da lesão do direito decorrente da terceirização fraudulenta. Importante lembrar, no entanto, que o inciso II da Súmula nº 331 expressamente afasta a possibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego "com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional", mesmo em se tratando de "contratação irregular, através de empresa interposta", em razão da ausência do requisito constitucional do concurso público (art. 37, II, e § 2º, da CF/1988)⁽⁷⁾.

Em consequência, por exemplo, no caso de terceirização efetivada por empresa estatal (art. 173, § 1º, II, da CRFB/1988), não se pode aplicar, ao empregado terceirizado, as normas coletivas da categoria profissional da tomadora⁽⁸⁾.

Apesar do acima exposto, nos termos da OJ nº 383 da SBDI-I do TST:

"Terceirização. Empregados da empresa prestadora de serviços e da tomadora. Isonomia. Art. 12, 'a', da Lei nº 6.019, de 03.01.74. (mantida) - Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles

contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, a, da Lei nº 6.019, de 03.01.74."

Não obstante o mencionado até aqui, conforme a OJ 321 da SBDI-I do TST, em se tratando de vínculo empregatício com a Administração Pública, em relação a período anterior à vigência da CF/88: "Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis 6.019/74, e 7.102/83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços, inclusive ente público, em relação ao período anterior à vigência da CF/88" (Redação determinada pela Resolução nº 129/05).

Efetivamente, no regime da CF/67, com a Emenda nº 1/69, a investidura em *cargo público* é que dependia, em princípio, da aprovação em concurso público, não havendo esta mesma exigência quanto ao emprego público, regido pela CLT. Em razão disso, quanto ao período anterior a 5 de outubro de 1988, caso a Administração Pública figure como tomadora de serviços, em se tratando de contratação de trabalhador por empresa interposta (terceirização ilícita), forma-se o vínculo empregatício diretamente com aquela.

Para o empregado público em específico, a prévia provação em concurso público é requisito exigido somente a partir da vigência da CR/88 (art. 37, II e § 2º). Portanto, a contratação, antes de 05.10.88, sem esse requisito, não implica nulidade, e o vínculo de emprego prossegue normalmente. Aliás, se presentes os requisitos do art. 19 do ADCT, o servidor será, inclusive, considerado estável no serviço público.

4 Responsabilidade Subsidiária do Tomador de Serviços

Ainda que a terceirização seja considerada lícita, a Súmula nº 331, em seu inciso IV, estabelece a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quando do inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial⁽⁹⁾.

Ou seja, quem terceirizou a prestação de serviços tem os deveres de escolher empresa prestadora idônea e de acompanhar o correto cumprimento dos preceitos trabalhistas. Havendo o descumprimento dos direitos do empregado, o responsável principal é o empregador, no caso, a empresa prestadora. Mesmo assim, caso esta não tenha condições patrimoniais de satisfazer estes direitos trabalhistas, o tomador passa a responder de forma subsidiária, em razão de sua culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, ou mesmo em razão do risco que assume por ter preferido a terceirização de atividade, deixando de contratar empregados para exercê-la diretamente.

Esclareça-se que referido verbete, em seu inciso IV, trata de *terceirização não fraudulenta*, em que há mera prestação de serviços autorizada pelas normas trabalhistas. A hipótese de terceirização ilícita, ou seja, com fraude, é objeto da referida Súmula, porém em seu inciso I, como verificado acima.

Sobre o tema, cabe fazer menção às ponderações de Mauricio Godinho Delgado: "No Direito do Trabalho a doutrina e a jurisprudência maturaram-se em direção ao encontro dessa responsabilidade subsidiária do tomador que se utiliza da prestação de serviços ou consecução de obra *como parte de sua dinâmica empresarial*. Hoje, o Enunciado 331 do TST, sob a epígrafe da terceirização, veio incorporar esse entendimento, reconhecendo a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora de serviços pelas

verbas trabalhistas devidas pela empresa concretizadora da obra ou serviço, ainda quando se tratando de terceirização lícita"(10).

Essa responsabilização subsidiária do ente tomador, conforme a aplicação da Súmula nº 331, IV, do TST, representa o entendimento jurisprudencial cristalizado e pacificado quanto ao tema, resultante da aplicação de normas trabalhistas de proteção pertinentes à hipótese, com inspiração inclusive no art. 455 da CLT, não representando, assim, violação do princípio da legalidade(11).

Qualquer disposição contratual entre o tomador e a empresa prestadora, excluindo a responsabilidade subsidiária da primeira, não tem eficácia perante o trabalhador, eis que a responsabilização decorre de norma de ordem pública, cogente, e, portanto, irrevogável pela vontade das partes.

Ademais, de acordo com o inciso VI da Súmula nº 331 do TST, acrescentado pela Resolução 174, de 24 de maio de 2011: "A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral" (DEJT de 27.05.2011).

Sendo assim, a integralidade das verbas trabalhistas devidas ao empregado, relativas ao período em que ocorreu a prestação do serviço, alcançam a responsabilidade subsidiária do tomador. Entretanto, por critério de lógica e justiça, se a empresa não figurava como tomadora em certo período, pode-se dizer que não tem como responder subsidiariamente por verbas trabalhistas relativas apenas a essa época.

A maior controvérsia surge, no entanto, quando o ente tomador dos serviços é a Administração Pública, principalmente em razão do disposto no art. 71 e § 1º da Lei nº 8.666/93, que regulamentou o art. 37, XXI, da CF/88, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública. Quando o ente tomador dos serviços é a Administração Pública, mesmo com o disposto no art. 71 e § 1º, da Lei nº 8.666/93, *anteriormente*, o tema era objeto do inciso IV da Súmula nº 331 do TST, na redação determinada pela Resolução nº 96/00, *atualmente modificada*:

"O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.93)."

Como se nota, o entendimento adotado pelo TST era de que a disposição da Lei nº 8.666/93, sobre licitação, não afastava a responsabilidade *subsidiária* da Administração Pública, quando esta terceiriza as suas atividades(12). O máximo que se poderia admitir é a exclusão de transferência da responsabilidade principal, ou seja, solidária. Nesse enfoque, argumenta-se que se o empregado da empresa prestadora teve os seus direitos trabalhistas inadimplidos, observa-se a ausência de efetiva diligência no acompanhamento pelo tomador da observância e do cumprimento da legislação trabalhista pela empresa contratada, o que, no caso do ente público, não pode ficar limitado ao momento da licitação, justificando a responsabilidade subsidiária do tomador.

Entretanto, cabe aqui ressaltar a relevante decisão do Pleno STF, a qual foi proferida em 24.11.2010, e que julgou (por maioria de votos) procedente o pedido formulado na ADC 16-9/DF, cujo objeto é o reconhecimento da validade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

O mencionado dispositivo legal assim dispõe:

"Art. 71 - O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º. - *A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.*" (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995; destaquei)

Como se observa, nos casos de terceirização de serviços em que a Administração Pública figure como tomadora, o dispositivo legal em questão afasta a responsabilidade desta quanto aos encargos trabalhistas, mesmo nas hipóteses em que a empresa prestadora dos serviços deixa de cumpri-los. Conforme acima destacado, a decisão do STF foi no sentido da constitucionalidade dessa previsão legal.

Ainda assim, embora seja necessário acompanhar a evolução da jurisprudência a respeito do importante tema, é possível dizer que a exclusão da responsabilidade subsidiária da Administração Pública apenas pode ser aplicada quando esta tenha cumprido todos os preceitos da norma relativa a licitações e contratos administrativos, inclusive fiscalizando a empresa ou o ente prestador dos serviços contratados, no sentido de verificar o regular adimplemento dos direitos trabalhistas.

Nessa linha, pode-se defender que, conforme o caso em concreto e as suas peculiaridades de fato, ainda é possível a responsabilização do ente público tomador dos serviços terceirizados, quando incorrer em dolo ou culpa na contratação e fiscalização da empresa prestadora, notadamente se restar demonstrada a omissão da Administração Pública no acompanhamento e na exigência da demonstração de regularidade e de quitação das verbas trabalhistas devidas aos empregados da empresa contratada.

Nesse sentido, o TST, por meio da Resolução nº 174/11, revisou a Súmula nº 331, passando a assim dispor:

"IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial."

"V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada." (DEJT 27.05.2011)

Destaque-se, ainda, a OJT 66 da SBDI-I do TST, com a seguinte previsão:

"SPTRANS. Responsabilidade subsidiária. Não configuração. Contrato de concessão de serviço público. Transporte coletivo. A atividade da São Paulo Transportes S/A - SPTrans de gerenciamento e fiscalização

dos serviços prestados pelas concessionárias de transporte público, atividade descentralizada da Administração Pública, não se confunde com a terceirização de mão de obra, não se configurando a responsabilidade subsidiária." (*Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho* 03.12.08)

Ainda quanto ao tema, é importante apresentar algumas considerações sobre a posição do chamado dono da obra, ao firmar contrato de empreitada, especialmente no que tange à possibilidade de sua responsabilização para fins trabalhistas.

O art. 455, *caput*, da CLT, versa sobre os "contratos de subempreitada", estabelecendo, como não poderia deixar de ser, a responsabilidade do subempreiteiro "pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar". Nada mais coerente, pois o subempreiteiro, como empregador, responde pelos direitos trabalhistas de seus empregados. No entanto, o mesmo dispositivo amplia a regra de responsabilidade, ao prever o cabimento do "direito de reclamação", pelos empregados do subempreiteiro, "contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro".

Como se nota, o empreiteiro, mesmo não sendo o empregador, responde pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas dos empregados do subempreiteiro contratado. Tanto é assim que o parágrafo único do art. 455 da CLT ressalva ao empreiteiro, "nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo". Assim, apesar da responsabilidade do empreiteiro, a lei indica que o responsável principal, na realidade, é o empregador (subempreiteiro).

O dispositivo comentado, tratando da relação do empreiteiro com subempreiteiro, não prevê a responsabilidade do dono da obra, ou seja, daquele contratou o empreiteiro, quanto às obrigações trabalhistas pertinentes aos empregados deste último(13). Eis a explicação para o que dispõe a OJ 191 da SBDI-I do TST, com a seguinte redação, decorrente da Resolução 175/2011:

"Contrato de empreitada. Dono da obra de construção civil. Responsabilidade (nova redação). Diante da inexistência de previsão legal específica, o contrato de empreitada de construção civil entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora." (*DEJT* 27.05.2011)

Seguindo esta linha de entendimento, se a Administração Pública, não sendo empresa construtora nem incorporadora, apenas contrata o empreiteiro, figurando como mera dona da obra, e não como tomadora de serviços terceirizados propriamente, não responde por obrigações trabalhistas pertinentes aos empregados do empreiteiro.

De acordo com a parte final deste verbete, se o dono da obra for uma empresa construtora ou incorporadora, *a contrario sensu*, pode responder, de forma solidária ou subsidiária, pelas obrigações trabalhistas originadas de contratos de emprego mantidos pelo empreiteiro. A ressalva se justifica porque, nesse caso, observa-se verdadeira terceirização de serviço pela empresa construtora ou incorporadora, ao transferir parte de sua atividade empresarial ao empreiteiro. Por isso, mesmo figurando como

tomadora de serviço terceirizado licitamente, pode incidir a responsabilidade subsidiária, conforme a Súmula nº 331, IV, do TST.

Tratando-se de mera intermediação de mão de obra, por meio de empresa interposta, forma-se o vínculo de emprego diretamente com a empresa tomadora (inciso I da mesma Súmula), desde que, como já mencionado, não se trate de ente integrante da Administração Pública (inciso II).

Por fim, cabe fazer menção à OJ nº 185 da SBDI-I do TST, que assim prevê:

"Contrato de trabalho com a Associação de Pais e Mestres - APM. Inexistência de responsabilidade solidária ou subsidiária do Estado (Inserida em 08.11.00. Nova redação - Res. 129/2005, DJ 20.04.05). O Estado-Membro não é responsável subsidiária ou solidariamente com a Associação de Pais e Mestres pelos encargos trabalhistas dos empregados contratados por esta última, que deverão ser suportados integral e exclusivamente pelo real empregador."

Na hipótese do verbete em questão, entende o TST que a mencionada associação civil, com finalidade específica, não se equipara à empresa prestadora de serviços, não figurando o Estado-membro, portanto, como tomador de serviços terceirizados (não sendo alcançado, assim, pela previsão da Súmula nº 331, inciso IV)(14).

Como já decidido pelo TST: "o simples fato do reclamante executar as atividades para as quais foi contratado em estabelecimento de ensino do Estado não autoriza que a este seja imposta qualquer responsabilidade em relação aos encargos trabalhistas daí decorrentes. Cabe, isto sim, ao real empregador, ou seja, o Círculo de Pais e Mestres, suportá-los integralmente, visto que é ele quem dirige e remunera a prestação dos serviços" (TST, SBDI-I, E-RR-301.378/96.0, Rel. Min. Milton de Moura França, trecho do voto, DJU 02.06.00).

5 Cooperativas de Trabalho

A Lei nº 8.949/94 acrescentou o parágrafo único ao art. 442 da CLT, estabelecendo que: "Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela".

Esse dispositivo acarretou considerável aumento de terceirizações através das chamadas cooperativas de prestação de serviço. O art. 90 da Lei nº 5.764/71, sobre as sociedades cooperativas, já estabelecia que: "Qualquer que seja o tipo de cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados". O que a Lei nº 8.949/94 explicitou é a ausência de relação de emprego entre os associados da cooperativa e os seus tomadores de serviço.

Entretanto, segundo o já mencionado princípio da primazia da realidade, somente o verdadeiro cooperado é que não será considerado empregado. Caso seja utilizado somente o rótulo de cooperativa para simular verdadeiro contrato de trabalho, isso será considerado fraude à legislação trabalhista, sendo nulo de pleno direito (art. 9º da CLT)(15).

O verdadeiro cooperado beneficia-se de serviços prestados pela cooperativa diretamente a ele associado (Lei nº 5.764/71, art. 4º, *caput*). Além disso, o cooperativismo autêntico viabiliza a obtenção de vantagens e resultados ao cooperado muito superiores, quando comparados à atuação de forma isolada, em razão da ampla estrutura colocada à disposição de cada filiado(16).

Se a cooperativa, na verdade, somente tem o objetivo de intermediação de mão de obra, havendo a prestação de serviços de forma subordinada, e não autônoma, em face do tomador, o vínculo de emprego forma-se diretamente com este, por não se tratar de cooperado propriamente.

No entanto, como já mencionado, em se tratando de "órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional", o inciso II, da Súmula nº 331 do TST impede o reconhecimento de vínculo de emprego, em razão da ausência do requisito constitucional do concurso público (art. 37, II, e § 2º, da CRFB/1988)(17).

Mesmo assim, cabe frisar que as cooperativas podem ter empregados (art. 91 da Lei nº 5.764/71). Portanto, caso os requisitos do vínculo de emprego estejam presentes em face da própria cooperativa, o ente público, tomador dos serviços, pode responder de forma subsidiária pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas (Súmula nº 331, IV e V, do TST). Por fim, cabe registrar que, mais recentemente, a Lei nº 12.690/2012, publicada no DOU de 20.07.2012, com entrada em vigor na data de sua publicação (art. 29), passou a dispor sobre a organização e o funcionamento das cooperativas de trabalho, instituiu o Programa Nacional de Fomento às Cooperativas de Trabalho (Pronacoop).

Entretanto, foram excluídas do âmbito da Lei nº 12.690/2012: as cooperativas de assistência à saúde na forma da legislação de saúde suplementar; as cooperativas que atuam no setor de transporte regulamentado pelo poder público e que detenham, por si ou por seus sócios, a qualquer título, os meios de trabalho; as cooperativas de profissionais liberais cujos sócios exerçam as atividades em seus próprios estabelecimentos; as cooperativas de médicos cujos honorários sejam pagos por procedimento (art. 1º, parágrafo único).

Cabe questionar se essa exclusão não colide com o princípio da igualdade (material), no sentido de saber se existem fundamentos suficientes, que diferenciem as referidas cooperativas das demais, justificando a disciplina legal diversa (art. 5º, *caput*, da CRFB/1988). De todo modo, para as cooperativas indicadas nos incisos I a IV do art. 1º, parágrafo único, são aplicáveis a Lei nº 5.764/71 e o CC (art. 1.093 a 1.096).

Considera-se cooperativa de trabalho "a sociedade constituída por trabalhadores para o exercício de suas atividades laborativas ou profissionais com proveito comum, *autonomia* e autogestão para obterem melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho" (art. 2º). A mencionada autonomia da atividade laborativa ou profissional deve ser exercida de forma coletiva e coordenada, mediante a fixação, em Assembleia Geral, das regras de funcionamento da cooperativa e da forma de execução dos trabalhos, nos termos da Lei nº 12.690/2012 (art. 2º, § 1º).

Considera-se *autogestão* o processo democrático no qual a Assembleia Geral define as diretrizes para o funcionamento e as operações da cooperativa, e os sócios decidem sobre a forma de execução dos trabalhos, nos termos da lei (art. 2º, § 2º).

Cabe ressaltar, ainda, que a cooperativa de trabalho deve se reger pelos seguintes princípios e valores (art. 3º): adesão voluntária e livre; gestão democrática; participação econômica dos membros; autonomia e independência; educação, formação e informação; intercooperação; interesse pela comunidade; preservação dos direitos sociais, do valor social do trabalho e da livre iniciativa; não precarização do trabalho; respeito às decisões de assembleia, observado o disposto na Lei nº 12.690/2012; participação na gestão em todos os níveis de decisão de acordo com o previsto em lei e no Estatuto Social.

De acordo com a Lei nº 12.690/2012 (art. 4º), a cooperativa de trabalho, como gênero, pode ser das seguintes espécies: *de produção*, quando constituída por sócios que contribuem com trabalho para a produção em comum de bens e a cooperativa detém, a qualquer título, os meios de produção; e *de serviço*, quando constituída por sócios para a prestação de serviços especializados a terceiros, sem a presença dos pressupostos da relação de emprego. De todo modo, a *cooperativa de trabalho não pode ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada* (art. 5º). Trata-se de importante previsão, aplicável também na esfera da Administração Pública, mas que já é inerente ao sistema jurídico, justamente em razão do valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana, de modo que o labor humano jamais pode ser tratado como mercadoria.

O art. 7º da Lei nº 12.690/2012 passar a garantir aos sócios das cooperativas de trabalho, embora não sendo empregados, certos direitos tipicamente trabalhistas. Vale dizer, mesmo sendo regular a cooperativa de trabalho, isto é, mesmo não havendo fraude, determinados direitos trabalhistas são assegurados aos cooperados.

Por fim, cabe o registro de que as cooperativas de trabalho devem observar as *normas de saúde e segurança do trabalho*, previstas na legislação em vigor, bem como em atos normativos expedidos pelas autoridades competentes (art. 8º). Ademais, o contratante da cooperativa de trabalho prevista no inciso II do *caput* do art. 4º da Lei nº 12.690/2012, isto é, o contratante da cooperativa de serviço, responde solidariamente pelo cumprimento das normas de saúde e segurança do trabalho quando os serviços forem prestados no seu estabelecimento ou em local por ele determinado (art. 9º).

6 Bibliografia

- CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Formas atípicas de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Introdução ao direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.
- _____. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- MARTINS, Sergio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____. *Comentários à CLT*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 26. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2001.
- PRUNES, José Luiz Ferreira. *Trabalho terceirizado e composição industrial*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2000.

Notas

- (1) Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 255-256.
- (2) Cf. MARTINS, Sergio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 22: "O objetivo principal da terceirização não é apenas a redução de custos, mas também trazer maior agilidade, flexibilidade e competitividade à empresa. Esta pretende com a terceirização a transformação de seus custos fixos em variáveis, possibilitando o melhor aproveitamento do processo produtivo, com a transferência de numerário para aplicação em tecnologia ou no seu desenvolvimento, e também em novos produtos".
- (3) De acordo com a Resolução nº 129/05 do TST, foi alterada a denominação dos verbetes da jurisprudência predominante do Tribunal Superior do Trabalho de "Enunciado" para "Súmula".

(4)Cf. DL nº 200, de 25.02.19, art. 10, § 7º. Cf. CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Formas atípicas de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004. p. 48: "Verifique-se que em nenhum momento se fala em fornecimento de pessoal, o que seria até mesmo absurdo atualmente, em face da exigência constitucional de concurso público para a inserção de trabalhador na Administração. Vê-se que se trata claramente de terceirização, cessão de tarefas ou serviços a serem realizados autonomamente por empresas capacitadas tecnicamente (especializadas). Assim, houve a previsão de terceirização pelo Dec.-lei nº 200/67, e não de fornecimento de trabalhadores".

(5)Cf. Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997:

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

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

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

Art. 2º - A contratação deverá ser precedida e instruída com plano de trabalho aprovado pela autoridade máxima do órgão ou entidade, ou a quem esta delegar competência, e que conterá, no mínimo:

I - justificativa da necessidade dos serviços;

II - relação entre a demanda prevista e a quantidade de serviço a ser contratada;

III - demonstrativo de resultados a serem alcançados em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais ou financeiros disponíveis.

Art. 3º - O objeto da contratação será definido de forma expressa no edital de licitação e no contrato exclusivamente como prestação de serviços.

§ 1º. - Sempre que a prestação do serviço objeto da contratação puder ser avaliada por determinada unidade quantitativa de serviço prestado, esta deverá estar prevista no edital e no respectivo contrato, e será utilizada como um dos parâmetros de aferição de resultados.

§ 2º. - Os órgãos e entidades contratantes poderão fixar nos respectivos editais de licitação, o preço máximo que se dispõem a pagar pela realização dos serviços, tendo por base os preços de mercado, inclusive aqueles praticados entre contratantes da iniciativa privada.

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

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

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

III - previsão de reembolso de salários pela contratante;

IV - subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante".

(6)Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 102.

(7)Cf. ainda a Súmula nº 363 do TST: "A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II, e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário-mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS" (Redação dada pela Resolução nº 121/03).

(8)Cf. a seguinte ementa (In: *Trabalho em Revista*, Curitiba, Decisório Trabalhista, ano 21, n. 248, p. 47, mar. 2003): "Vínculo empregatício. Tomador dos serviços. Parcelas relativas à condição de bancário. Diante da impossibilidade de se reconhecer o vínculo empregatício com o banco tomador dos serviços, tendo em vista o art. 37, II, da Constituição Federal, não cabe deferir à reclamante pagamento de verbas relativas à categoria dos bancários. Isso porque, muito embora os serviços prestados sejam inerentes à atividade bancária, a categoria da reclamante é outra e não enseja o reconhecimento de direitos reconhecidos apenas aos bancários, ante a não formação do vínculo com a entidade bancária. Embargos conhecidos e providos." (TST E-RR 488731/98.9 - Rel. Juiz Convocado Vieira de Mello Filho. DJU 07.02.03).

(9)"IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial".

(10)DELGADO, Mauricio Godinho. *Introdução ao direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 373.

(11)MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 404: "O inciso IV do Enunciado 331 do TST menciona que há responsabilidade subsidiária do tomador em relação ao inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte daquele que terceiriza suas atividades. Toma por base o verbete do TST o artigo 455 da CLT".

(12)Cf. DELGADO, Mauricio Godinho. *Introdução ao direito do trabalho*, cit., p. 403-404.

(13)Cf. PRUNES, José Luiz Ferreira. *Trabalho terceirizado e composição industrial*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2000. p. 447.

(14)"Responsabilidade subsidiária. Estado do Rio Grande do Sul. Círculo de pais e mestres. Ilegitimidade passiva do estado. O reclamante foi contratado pelo Círculo de Pais e Mestres, entidade com personalidade jurídica própria, para prestar serviços em escola pública estadual, sem qualquer ingerência do Estado. Nesse contexto, inviável a imposição a este último de qualquer responsabilidade subsidiária pelos encargos trabalhistas decorrentes da relação de emprego, que deverão ser suportados integral e exclusivamente pelo real empregador. Recurso de embargos provido" (TST, SBDI-I, E-RR-301.378/96.0, Rel. Min. Milton de Moura França, DJU 02.06.00).

(15)Cf. MARTINS, Sergio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*, cit., p. 86: "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".

(16)Cf. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. p. 323-327.

(17)Cf. MARTINS, Sergio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*, cit., p. 128.