

## O Fenômeno da Terceirização e Suas Implicações Jurídicas\*

**IVES GANDRA DA SILVA MARTINS FILHO**

Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Mestre em Direito pela Universidade de Brasília, Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho.

SUMÁRIO: I – Introdução – A audiência pública sobre terceirização no TST; II – A essência do fenômeno econômico da terceirização; III – A terceirização em sua dimensão jurídica; IV – A evolução jurisprudencial do TST quanto à terceirização; V – Terceirização no setor de telecomunicações; VI – Terceirização no setor bancário; VII – O cooperativismo de trabalho e a terceirização; VIII – Conclusão – Terceirização sem precarização.

### I – INTRODUÇÃO – A AUDIÊNCIA PÚBLICA SOBRE TERCEIRIZAÇÃO NO TST

Nos dias 4 e 5 de outubro de 2011, o Tribunal Superior do Trabalho realizou, pela primeira vez em sua história, uma *audiência pública* para coleta dos elementos técnicos necessários a uma melhor compreensão socioeconômica do fenômeno da *terceirização*. O objetivo traçado pelo Presidente do TST, Ministro *João Oreste Dalazen*, que, em louvável iniciativa, a convocou era o esclarecimento da Corte, na esteira do que já tem sido feito pelo STF, com vista ao *embasamento fático* das decisões judiciais, apontando os caminhos da *legalidade* dessa moderna forma de organização empresarial.

Nesse diapasão, e levando em conta os subsídios fornecidos pelos depoimentos de cerca de 40 especialistas na matéria<sup>1</sup> colhidos nessa audiência

\* Colaborou na elaboração deste artigo a Dra. *Francini de Castro Thomazini*, Assessora de Ministro do TST.

1 Foram depoentes na audiência: A) *sobre terceirização em geral*: 1) *José Pastore*, Professor da USP; 2) *Ricardo Antunes*, Professor da Unicamp; 3) *Gesner Oliveira*, representante do Instituto Abradee da Energia; 4) *Anselmo Luis dos Santos*, Professor da Unicamp; 5) *Lívio Giosa*, Presidente do Centro Nacional de Modernização Empresarial – Cenam; 6) *Clemente Ganz Lúcio*, Diretor Técnico do Dieese; 7) *Márcio Milan*, representante da Confederação Nacional do Comércio – CNC; 8) *Maria da Graça Druck de Faria*, Professora da UFBA; 9) *Márcio Túlio Viana*, Desembargador e Professor da UFMG; 10) *Nelson Mannrich*, Presidente da Academia Nacional de Direito do Trabalho; 11) *Rosângela Silva Rassy*, representante do Sindicato Nacional dos Auditores-Fiscais do Trabalho – Sinait; 12) *Adauto Duarte*, Diretor Sindical da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP; 13) *Artur Henrique da Silva Santos*, Presidente da Central Única dos Trabalhadores – CUT; 14) *Adriano Dutra da Silveira*, Especialista em Gestão Empresarial; 15) *Sebastião Vieira Caixeta*, Presidente da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho – ANPT; 16) *Sônia Bridi*, Jornalista representante da Associação Brasileira das Relações Empresa Cliente – Abrarec; 17) *Renato Henry Sant’Anna*, Presidente da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho – Anamatra; 18) *Márcio Pochmann*, Presidente do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA; B) *sobre marco regulatório da*

pública, podemos estabelecer alguns *marcos teóricos* que balizem a análise jurídica dos casos concretos com os quais a Justiça do Trabalho tem se deparado ultimamente, refletindo sobre alguns à luz desses esclarecimentos.

Em que pese o objetivo da audiência pública tenha sido o de obter *dados técnicos* para melhor compreensão do fenômeno e de seus desdobramentos na vida do trabalhador, todos os técnicos e acadêmicos ouvidos acabaram também por se situar, *axiologicamente*, diante do fenômeno, canonizando-o ou anatematizando-o.

Se o escopo maior da audiência era o esclarecimento dos Ministros do Tribunal, o duelo dialético que se travou nos dois dias da audiência serviu para apresentar, em toda a sua extensão para os mais de 500 assistentes aos depoimentos, os *argumentos* a favor ou contra a terceirização. Assim, os partidários de uma ou outra posição puderam também aquilatar quais os *pontos fortes ou*

---

terceirização: 19) Sandro Mabel, Deputado Federal; 20) Vicentinho, Deputado Federal; C) sobre o setor bancário-financeiro: 21) Murilo Portugal Filho, Presidente da Federação Brasileira de Bancos – Febraban; 22) Miguel Pereira, Secretário de Organização da Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro – Confrac; 23) Magnus Ribas Apostólico, Representante da Confederação Nacional do Sistema Financeiro – Consif; 24) Ana Tercia Sanches, Diretora do Sindicato dos Bancários de São Paulo, Osasco e Região; 25) Thiago D’Avila Fernandes, representante do Sindicato dos Bancários de Sergipe; D) sobre telecomunicações: 26) Carlos Ari Sundfeld, representante da Associação Brasileira de Telecomunicações – TeleBrasil; 27) Sávio Machado Cavalcante, representante do Sindicato dos Trabalhadores em Telecomunicações – Sinttel/PI; E) sobre indústria: 28) Emerson Casali Almeida, Gerente-Executivo da Confederação Nacional da Indústria – CNI; 29) Rodrigo de Lacerda Carelli, Professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro; 30) Fábio Abranches Pupo Barboza, representante da Associação Brasileira da Indústria Têxtil e de Confecção – ABIT; 31) Anselmo Ernesto Ruosso, representante da Federação Única dos Petroleiros; 32) Paulo Safady Simon, representante do Sindicato da Indústria da Construção Civil do Estado de São Paulo – SindusCon/SP e da Câmara Brasileira da Indústria da Construção – CBIC; 33) César Augusto de Mello – Consultor Jurídico da Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Químico – CNTQ; F) Sobre Serviços: 34) Percival Menon Maricato, Central Brasileira do Setor de Serviços – Cebrasse; 35) Hudson Marcelo da Silva, representante do Sindicato dos Trabalhadores em Telemarketing da Cidade de São Paulo e da Grande São Paulo – Sintratel/SP; 36) Indalécio Gomes Neto, representante da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias – ABCR; 37) Topázio Silveira Neto, Vice-Presidente do Conselho da Associação Brasileira de Telesserviços – ABT; 38) Flávio Rodrigues, Presidente do Sindicato dos telefônicos do RS – Sinttel/RS; 39) Celita Oliveira Sousa, representante da Federação Brasileira das Empresas de Asseio, Conservação, Manutenção e Serviços Terceirizáveis – Febrac; da Federação Nacional das Empresas de Segurança e Transporte de Valores – Fenavist e da Federação do Comércio do Distrito Federal – Fecomércio/DF; 40) Antonio Rosella, representante da Força Sindical e da Federação Nacional dos Trabalhadores em Empresas de Telecomunicações – Fenattel; G) sobre o setor elétrico: 41) Diogo Clemente, representante do Sindicato da Indústria da Energia no Estado de São Paulo – Siesp; 42) Fernando Ferreira Duarte, representante da Federação Nacional dos Urbanitários – FNUCUT; 43) Nelson Fonseca Leite, Presidente da Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica – Abradee; 44) Paulo Henrique Falco Ortiz, Representante do Sindicato dos Eletricitários de São Paulo; 45) Cláudia Viegas, representante da Associação Brasileira das Empresas Geradoras de Energia Elétrica – Abrage; 46) Alexandre Donizete Martins, Presidente do Sindicato dos Empregados em Concessionárias dos Serviços de Geração, Transmissão, Distribuição e Comercialização de Energia Elétrica de Fontes Hídricas, Térmicas ou Alternativas de Curitiba – Sindeneil; H) sobre tecnologia e informação: 47) Reges Bronzatti, representante da Associação das Empresas Brasileiras de Tecnologia da Informação – Assespro Nacional; 48) Carlos Alberto Valadares Pereira, Presidente da Federação Nacional dos Trabalhadores em Empresas de Processamento de Dados, Serviços de Informática e Similares – Fenadados; 49) Gerson Schmitt, Presidente da Associação Brasileira das Empresas de Software – ABES; 50) Antônio Fernandes dos Santos Neto, Presidente do Sindicato dos Trabalhadores em Processamento de Dados e Tecnologia da Informação e da Central Geral dos Trabalhadores do Brasil; 51) Edmundo Machado de Oliveira, representante da Brasscom – Associação Brasileira de Empresas e Tecnologia da Informação e Comunicação.

*fracos* de seus discursos, bem como as *vantagens e desvantagens* da terceirização, seus *perigos e necessárias adequações*. A discussão sobre a terceirização em nosso País não será mais a mesma depois dessa audiência pública.

## II – A ESSÊNCIA DO FENÔMENO ECONÔMICO DA TERCEIRIZAÇÃO

Sintetizando os diversos elementos trazidos em contribuição ao posicionamento do TST, podemos dizer que o *fenômeno* da terceirização é uma *realidade econômica de caráter universal e irreversível*<sup>2</sup>, cuja *face perversa* deve ser *transformada*, quer pela via legislativa, quer pela via judicial.

Como fenômeno econômico, caracteriza-se pela *concentração empresarial* na atividade de sua *especialização*, pela passagem do modelo da empresa verticalizada para o de empresas ligadas a redes de produção:

- a) *empresas verticalizadas* – em que todas as etapas do processo produtivo e todas as espécies de atividade necessárias à sua existência são realizadas por elas mesmas, com seus próprios empregados;
- b) *empresas ligadas a redes de produção* – em que cada qual desenvolve parte do processo produtivo, especializando-se cada vez mais.

Basicamente, teríamos duas *espécies de terceirização*:

- a) *prestação ou fornecimento de bens e serviços*, em que a empresa prestadora de serviços ou fornecedora de bens realiza em sua sede (ou fora das dependências da tomadora de serviços), com seu equipamento e com seus empregados, determinado serviço ou produz determinado bem, acessório do processo produtivo, entregando o produto acabado para a empresa tomadora dos serviços, como pode ocorrer, *v.g.*, com as atividades de contabilidade, informática ou medição de consumo de água e luz, ou os insumos da indústria automobilística;
- b) *fornecimento de mão de obra*, em que a empresa terceirizada contrata, treina e fornece à empresa principal mão de obra especializada que, mesmo sendo dirigida e subordinada à empresa terceirizada, trabalha nas dependências da empresa principal, eventualmente com equipamento da própria empresa beneficiária do labor, como pode ocorrer, *v.g.*, nos casos de copa, cozinha, vigilância, asseio e conservação.

A *diferença essencial* entre as duas modalidades está no *local do trabalho do empregado*: enquanto na prestação de serviços típica ele trabalha na empresa terceirizada e com equipamento da terceirizada, entregando apenas o bem ou serviço, na locação de mão de obra ele labora nas dependências da

2 Cf., *inter alia*, Thomas L. Friedman (*O mundo é plano*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005).

empresa tomadora dos serviços, ombro a ombro com os empregados diretos da empresa principal.

Daí a expressão “terceirização”, aplicável fundamentalmente ao fenômeno da *intermediação de mão de obra* (já que nas cadeias produtivas de serviços poder-se-ia falar até de “quarteirização” e assim por diante): entre o trabalhador e a empresa beneficiária direta de seus serviços coloca-se um *terceiro*, que é a empresa contratante do trabalhador e fornecedora de mão de obra.

### III – A TERCEIRIZAÇÃO EM SUA DIMENSÃO JURÍDICA

Ninguém discute a legalidade da terceirização de bens e serviços típica, como se dá na *indústria automobilística*, em que as empresas tomadoras dos bens e serviços são apenas *montadoras*, recebendo as peças de outras empresas e construindo o automóvel.

Já no que diz respeito à *locação de mão de obra*, ainda que se pretenda também chamá-la de prestação de serviços, a realidade é distinta e demanda a *intervenção da Justiça do Trabalho*, em face das *distorções* que pode apresentar.

Realmente, muito se falou na audiência pública do TST sobre terceirização a respeito dos *efeitos perversos* dessa forma de organização do trabalho:

- a) mera *redução de custos* das empresas tomadoras dos serviços, com sensível *redução de salários* (e outros direitos laborais) para os trabalhadores, sendo que parte do que lhes seria devido vai para o intermediador de mão de obra;
- b) *não integração do trabalhador na empresa* em que efetivamente presta serviços e que é a real beneficiária de seus esforços;
- c) *descuido das normas de segurança e medicina do trabalho* por parte das empresas terceirizadas em relação a seus empregados (sem contar o fato de que as empresas principais não se preocupariam com esse aspecto), o que tem ocasionado aumento considerável dos acidentes de trabalho;
- d) *precarização da relação de trabalho*, com altos índices de rotatividade da mão de obra terceirizada, a par da inadimplência reiterada das empresas contratadas pelo setor público, sem a responsabilização da administração pelos direitos trabalhistas dos empregados terceirizados, o que transferiria os riscos da atividade econômica para o empregado.

Não se pode negar nenhum deles, mas também não é possível nem conveniente tratar o fenômeno como nefasto em sua essência e esperar do TST a sua desconstrução, como pretendido por alguns dos participantes na referida audiência.

Com efeito, a *competitividade empresarial* própria da *economia de mercado*, somada ao *desenvolvimento tecnológico*, aponta para a *especialização* como o caminho a ser trilhado para se chegar ao aumento da *qualidade* do bem ou serviço oferecido. Quanto mais especializado é um médico, advogado ou fornecedor, mais ele passa a ser procurado, por atender melhor à necessidade específica das pessoas.

Nesse sentido, a terceirização *não é um mal em si mesmo*, mas um fenômeno econômico generalizado que deve ser compreendido em sua essência e corrigido, pela intervenção estatal no domínio econômico, naquilo que atenta contra os *direitos humanos fundamentais*, entre os quais o do trabalho.

#### IV – A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO TST QUANTO À TERCEIRIZAÇÃO

A *evolução jurisprudencial* no âmbito do TST em torno do fenômeno da *terceirização* mostra como esta Corte tem buscado uma *posição moderada*, que garanta os direitos dos trabalhadores em face das modernas técnicas de organização empresarial:

- a) *Súmula nº 256* (editada em 30.09.1986) – admitia a terceirização, sob a modalidade de *locação de mão de obra*, apenas nos casos de *trabalho temporário* (Lei nº 6.019/1974) e *vigilância* (Lei nº 7.102/1983), sendo extremamente *limitativa*, uma vez que, no entender de então do TST, somente as atividades que *expressamente* fossem *legalmente elencadas* como passíveis de serem exercidas por *empresas especializadas* é que poderiam ser terceirizadas;
- b) *Súmula nº 331* (editada em 21.12.1993) – *ampliava* as hipóteses em que se admitia a terceirização sob a modalidade de locação de mão de obra permanente, para abranger os serviços de *conservação e limpeza*, além de outros *especializados* ligados à *atividade-meio* do tomador dos serviços (categoria conceitual distintiva entre atividade-fim e atividade-meio introduzida pelo verbete sumular), tendo em vista a *ampliação da competência da Justiça do Trabalho* para abranger os entes públicos (CF, art. 114) e a *autorização legal* da terceirização no setor público (Decreto-Lei nº 200/1967<sup>3</sup>);
- c) *inciso IV da Súmula nº 331* (alterado em 18.09.2000) – reconhecimento da *responsabilidade subsidiária objetiva* da Administração Pública no caso de inadimplência dos direitos trabalhistas por parte

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

[...]

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

da empresa terceirizada, intermediadora de mão de obra, não obstante a vedação expressa do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993;

- d) *inciso V da Súmula nº 331* (introduzido em 27.05.2011) – adequação da jurisprudência do TST ao entendimento do STF expresso na ADC 16-DF, no sentido de que, sendo constitucional o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, somente se pode admitir a *responsabilidade subsidiária subjetiva* da Administração Pública nos casos de inadimplência da empresa terceirizada, quando *evidenciada a culpa* in vigilando ou in eligendo do ente estatal tomador dos serviços.

É importante conhecer as *razões* da evolução jurisprudencial do TST, pois ditada pela realidade fática e pelo desenvolvimento legislativo sobre a matéria.

Tivemos participação direta na *edição da Súmula nº 331 do TST*, ao formular, como membro do Ministério Público do Trabalho, o *pedido de revisão da Súmula nº 256*, em face de inquérito civil público instaurado para investigar as condições de terceirização no âmbito do Banco do Brasil<sup>4</sup>.

O dilema que deu origem a essa revisão jurisprudencial relacionava-se ao fato de que a *Súmula nº 256 do TST* dizia respeito ao universo normativo anterior à *Constituição Federal de 1988* e a uma realidade fática ainda de verticalização empresarial.

Com a exigência constitucional do *concurso público* para toda a Administração Pública, inclusive a indireta (CF, art. 37, II), tornou-se *absolutamente impraticável* a contratação, mediante concurso, de pessoal para *atividades acessórias* em que a exigência de escolaridade mínima afastaria da concorrência aqueles mais afetos à sua realização. Seria o caso dos serviços de *limpeza, asseio e conservação*. A par do fato de que se mostra impossível qualquer prova prática seletiva dos melhores, em um universo que poderia chegar a milhões de concorrentes: quem deixa a vidraça mais limpa ou o chão mais brilhante?

Com vistas a resolver a questão das atividades de baixa escolaridade mínima, o TST passou a aplicar *critério* que nos parece não superado até o momento, para traçar a linha divisória entre a licitude e a ilicitude em matéria de terceirização sob a modalidade de locação de mão de obra: qual a *espécie de atividade* desenvolvida pelo trabalhador terceirizado? Se está ligada, pelo seu *conteúdo ocupacional*, à *atividade-fim* ou à *atividade-meio* da empresa principal, tomadora dos serviços do trabalhador, seguindo na esteira da definição traçada no § 2º do art. 581 da CLT<sup>5</sup>.

4 Cf. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, São Paulo: LTr, a. IV, n. 7, p. 48-57, mar. 1994.

5 "Art. 581. [...]"

§ 2º Entende-se por atividade preponderante a que caracterizar a unidade de produto, operação ou objetivo final, para cuja obtenção todas as demais atividades convirjam, exclusivamente, em regime de conexão funcional."

Nesse sentido, esta Corte tem considerado *ilícita a terceirização permanente de mão de obra para atividade-fim* da empresa tomadora dos serviços, nos termos da referida Súmula nº 331, em seu inciso III, impondo o *reconhecimento do vínculo empregatício direto* com a tomadora dos serviços nesses casos (inciso II).

Assim, é *lícita a terceirização de mão de obra para atividade-meio* da empresa principal, desde que *não haja personalidade ou subordinação* no fornecimento de mão de obra, de modo a não restarem caracterizados os requisitos da *relação de emprego* com a empresa tomadora dos serviços, nos moldes do art. 3º da CLT.

De fato, a *empresa terceirizada* se compromete a *realizar o serviço* na empresa principal, mas não com esse ou aquele trabalhador concreto, e sem que haja ingerência direta da empresa principal ou de seus prepostos no comando dos trabalhadores terceirizados.

No entanto, apenas essa cautela não é suficiente; daí ter o TST garantido, pelo *inciso IV da Súmula nº 331*, a *responsabilidade subsidiária* da tomadora dos serviços em caso de inadimplência dos direitos trabalhistas por parte da prestadora dos serviços.

No *setor público*, as *distorções* que se tem visto em matéria de terceirização, em face de a *Lei de Licitações* adotar como critério o *menor preço* do bem ou serviço, fazem com que as *irregularidades se multipliquem*:

- a) *empresas de fachada*, que loteiam entre si os contratos com o setor público, possuindo, muitas vezes, apenas uma sala, telefone e computador e desaparecendo do mercado quando recebem valor substancial de recursos financeiros ou não têm condições de honrar as condições mínimas a que se comprometeram para vencer a licitação;
- b) *empregados terceirizados permanentes* mantidos nos órgãos públicos, não obstante a mudança das empresas que os contratam, apontando nitidamente para a personalidade na prestação dos serviços (mudam os uniformes, permanecem os empregados nos mesmos postos de trabalho na tomadora dos serviços).

Justamente diante dessa *realidade fática de exploração indevida do trabalho humano* é que o TST acabou por reconhecer, mesmo em face da literalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, a *responsabilidade subsidiária* também da *Administração Pública* pelos débitos trabalhistas não satisfeitos pelas empresas terceirizadas. Afinal, não se admite que seja justamente o trabalhador que fique ao desamparo, quando a Administração se beneficiou de seus esforços.

Nesse diapasão é que, recém ingresso no TST, *votei em 2000 pelo reconhecimento da responsabilidade subsidiária da Administração Pública*, não



obstante vir para esta Corte diretamente de experiência profissional na Presidência da República, mas justamente por não ter perdido o prisma visual do Ministério Público, vivenciando as injustiças sofridas pelos trabalhadores terceirizados devido à forma de exploração de seus serviços.

Por dez anos, o *inciso IV da Súmula nº 331 do TST* foi bombardeado pelos entes públicos, em face da literalidade do art. 71 da Lei de Licitações, a ponto de um dos auditórios mais hostis que já enfrentei ter sido de *advogados públicos* em palestra sobre o tema no STJ<sup>6</sup>.

A insistência desses, entretanto, acabou por ver-se premiada, pela decisão do *STF* na ADC 16/DF, *afastando a responsabilidade subsidiária objetiva* do Estado nos casos de inadimplência das empresas terceirizadas que contrata.

Com efeito, o *TST*, na redação anterior do *inciso IV da Súmula nº 331*, admitia a *responsabilidade subsidiária* da Administração Pública, em face das *teorias da responsabilidade objetiva e do risco administrativo* (CF, art. 37, § 6º), como também em homenagem aos *princípios constitucionais da valorização e primado do trabalho humano e da proteção ao trabalhador* (CF, arts. 1º, IV, 170 e 193). Entendia a Suprema Corte Trabalhista que não se poderia admitir que a Administração Pública se beneficiasse do esforço produtivo do trabalhador e este *acabasse sem nada receber*, por conta da inadimplência da prestadora de serviços. Sem a mitigação de sua literalidade, o art. 71 da Lei de Licitações apresentaria a face *mais perversa do fenômeno da terceirização*.

O *STF*, ao apreciar a *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16/DF*<sup>7</sup>, concluiu pela *constitucionalidade* do art. 71 da Lei nº 8.666/1993, no sentido de *afastar a responsabilidade trabalhista subsidiária objetiva* dos entes públicos nos casos de inadimplência das empresas prestadoras de serviços por eles contratadas. Entendeu que a *responsabilidade trabalhista é sempre contratual e subjetiva*, não se admitindo a teoria do risco ou da responsabilidade objetiva da Administração em matéria trabalhista<sup>8</sup>.

6 Seminário Nacional "Advocacia Pública perante os Tribunais Superiores", realizado no dia 03.12.2002.

7 Relator Ministro Cezar Peluso, DJe nº 176, publicado em 09.09.2011.

8 Os fundamentos nesse sentido expendidos pelos Ministros Marco Aurélio e Cármen Lúcia foram acolhidos pela Corte e assim foram expressos:

"A Sra. Ministra Cármen Lúcia – Ai, faz referência (o *incidente de uniformização de jurisprudência no TST*) aos arts. 173 e 195, § 3º, da Constituição, para se afirmar responsabilidade, afirmando-se ali:

*'Registre-se, por lado, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro.'*

Com um detalhe: essa frase é *rigorosamente, fragorosamente e exemplarmente contrária à Constituição*, porque o art. 37, § 6º, trata de *responsabilidade objetiva patrimonial ou extracontratual*. Aqui é responsabilidade contratual, então, na verdade, contrariaram a Constituição" (p. 40-41) (grifos nossos).

"O Sr. Ministro Marco Aurélio – Então, creio que sobra, unicamente, o parágrafo único do art. 71 da Lei nº 8.666/1993, no que exclui – e, a meu ver, ao excluir, não há conflito dessa norma com a Carta a República – a responsabilidade pela inadimplência do contratado, isso quanto ao poder público que licita, formaliza o contrato, e o contratado vem a deixar de cumprir com as obrigações trabalhistas, fiscais e comerciais.



Por outro lado, a discussão travada em torno das exceções à regra da não responsabilização subsidiária, nos casos em que possa ter havido culpa in vigilando ou in eligendo da Administração Pública, levou o Pretório Excelso à matização da responsabilidade. Assim, conforme a constatação, caso a caso, da culpa da Administração Pública, poderia ser atribuída responsabilidade ao ente público contratante, nos termos do voto do Relator, Ministro Cezar Peluso<sup>9</sup>.

Em face dessa orientação do STF é que o TST, revendo sua Súmula nº 331, admitiu apenas excepcionalmente a responsabilidade subsidiária da entidade pública, no caso de ficar evidenciada a culpa in vigilando ou in eligendo do tomador dos serviços, por irregularidade na licitação ou descaso na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas. Ou seja, não com base em presunção ou responsabilidade objetiva, conforme consta do inciso V da referida súmula.

Assim, a jurisprudência atual desta Corte é a de reconhecer a responsabilidade subsidiária em matéria de terceirização:

- a) *objetivamente no setor privado*, pelo simples fato de a empresa terceirizada ser inadimplente quanto aos direitos trabalhistas dos seus empregados;
- b) *subjetivamente no setor público*, quando demonstrada a culpa do ente público tomador dos serviços, seja por irregularidades na contratação, seja por inobservância do dever de fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa terceirizada.

---

A entender-se que o poder público responde pelos encargos trabalhistas, numa responsabilidade supletiva – seria supletiva, não seria sequer solidária –, ter-se-á que assentar a mesma coisa quanto às obrigações fiscais e comerciais da empresa que terceiriza os serviços.

Por isso, a meu ver, *deu-se alcance ao § 6º do art. 37 da Constituição Federal que ele não tem, decididamente não tem*" (p. 50-51).

- 9 "O Sr. Ministro Cezar Peluso – A informação prestada pelo Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, invocando inclusive as decisões, é que o Tribunal Superior do Trabalho reconhece a responsabilidade da Administração com base nos fatos, isto é, com base no descumprimento do contrato, e não com base em inconstitucionalidade da lei. Ou seja, o Tribunal Superior do Trabalho não tem dúvida da constitucionalidade da norma, só que reconhece responsabilidade da Administração por questões factuais ligadas a cada contrato em particular. Noutras palavras, eu entendi que, como o Tribunal Superior do Trabalho não tem dúvida sobre a constitucionalidade, seria de todo modo em todo dispensável que o Tribunal a reconhecesse quando não há controvérsia a respeito.

Mas, enfim, se esta Corte entender de conhecer ainda assim quanto ao mérito, não tenho nada que discutir. Considero a norma constitucional também, *o que não impedirá que a Justiça do Trabalho continue reconhecendo a responsabilidade da Administração com base nos fatos de cada causa.*" (p. 38)

"[...] Eu reconheço a plena constitucionalidade da norma, e se o Tribunal a reconhecer, como eventualmente poderá fazê-lo, a mim me parece que *o Tribunal não pode nesse julgamento impedir que a Justiça Trabalhista, com base em outras normas, em outros princípios e à luz dos fatos de cada causa, reconheça a responsabilidade da Administração.*" (p. 40)

"[...] Só estou advertindo ao Tribunal que *isso não impedirá que a Justiça do Trabalho recorra a outros princípios constitucionais e, invocando fatos da causa, reconheça a responsabilidade da Administração, não pela mera inadimplência, mas por outros fatos.* Por isso declarei que seria carecedor da ação, porque, a mim, me parece reconhecer a constitucionalidade, que nunca foi posta em dúvida, não vai impedir a postura da justiça trabalhista que é agora impugnada, mas é impugnada sob outro ponto de vista. *Não é a constitucionalidade dessa norma que vai impedir a Justiça do Trabalho de reconhecer a responsabilidade da Administração perante os fatos!*" (p. 42-43) (grifos nossos)

Penso ser *inconveniente e injusta* a ampliação da *responsabilidade* no setor privado, que já é objetiva, para a *solidária*, uma vez que o reconhecimento da responsabilidade subsidiária já atende, justa e convenientemente, ao imperativo de resguardar os direitos dos trabalhadores: a prática demonstra que as *reclamações trabalhistas* de empregados de empresas terceirizadas inidôneas já indicam como reclamadas ambas as entidades patronais, ou seja, a empresa prestadora e a entidade tomadora dos serviços terceirizados.

A passagem para a responsabilidade solidária levaria qualquer empregado, quer a empresa terceirizada fosse ou não inidônea, a ir reclamar direta e exclusivamente contra o tomador dos serviços, desnaturando absolutamente as relações entre empregados e seus empregadores.

Portanto, ponderados os elementos trazidos pela audiência pública sobre terceirização, concluímos que o *critério da distinção por atividade-fim ou atividade-meio* continua sendo *adequado*, devendo, no entanto, ser *conjugado* com o do *local da prestação dos serviços*, de modo a não engessar a economia nem prejudicar o trabalhador. Assim, na terceirização mediante locação de mão de obra, haverá o reconhecimento do *vínculo direto* com a tomadora de serviços se estes forem realizados para atividade-fim em suas dependências, no setor privado, ou com o reconhecimento da *responsabilização subsidiária* em caso de inadimplemento da empresa terceirizada no setor público.

## V – TERCEIRIZAÇÃO NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES

Passando às hipóteses concretas que têm sido discutidas pelo Tribunal Superior do Trabalho, uma das mais emblemáticas é a da *terceirização* dos serviços de *call center* por empresas de telecomunicações, uma vez que, supostamente, essa tarefa estaria ligada à *atividade-fim* da tomadora de serviços.

A *Lei nº 8.987/1995*, regulando o regime de concessão de serviços públicos, *admitiu expressamente a contratação*, pelas concessionárias dos serviços de telecomunicações, de *terceiros* para o desenvolvimento não apenas de *atividades acessórias e complementares* aos serviços, mas, *inclusive, para atividades inerentes* ao serviço concedido<sup>10</sup>.

Por sua vez, a *Lei nº 9.472/1997*, versando especificamente sobre a organização dos *serviços de telecomunicações*, chegou a definir no que consiste o cerne da atividade – *oferta de telecomunicação* – e, novamente, a admitir

10 Assim dispõe o art. 25 da Lei nº 8.987/1995:

“Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuie sua responsabilidade.

§ 1º *Sem prejuízo da responsabilidade* a que se refere este artigo, a *concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido*, bem como a implementação de projetos associados.” (grifos nossos)

explicitamente a *terceirização de atividade-fim ou meio* das empresas concessionárias de serviços de telecomunicações<sup>11</sup>.

Por esse prisma, a *validade da terceirização* de um serviço pela *concessionária de serviço telefônico* parece clara, diante do disposto na lei, inclusive para atividade-fim da tomadora dos serviços. No entanto, havendo a *Súmula nº 331 do TST*, caberia perquirir sobre a natureza da atividade de *call center*, para verificar sua *caracterização* como *atividade-fim* ou como *atividade-meio*, seja ela inerente, acessória ou complementar da concessão de serviço de telecomunicações. A rigor, tal análise seria despicienda, dado que a súmula não pode ir contra a lei e o caso dos serviços de telecomunicações seria de exceção a ser contemplada pela jurisprudência.

Ora, o serviço de *call center*, em toda a sua amplitude, caracteriza-se pela intermediação da comunicação entre os clientes e a empresa e, hoje, bastante disseminado, está presente não apenas em diversas áreas do mercado, como bancos, hospitais e empresas de transporte, mas também no próprio poder público, racionalizando o contato entre os cidadãos e os entes da Administração.

Diante dessa realidade, o fato de uma empresa desenvolver *atividade vinculada ao serviço telefônico* não é o bastante para que sua finalidade precípua abarque tal serviço especializado como inerente (nos termos do art. 581, § 2º, da CLT), igualmente presente em empresas ligadas a ramos tão diversos e sem qualquer semelhança com os serviços de telefonia, utilizando *call centers* com igual proveito.

Assim, o serviço de *call center*, que não se confunde com a efetiva oferta de *telecomunicação*, somente pode ser entendido como *atividade-meio* da concessionária de telefonia, da mesma forma como na estrutura funcional de qualquer outra empresa que dele se utilize, à exceção da própria empresa especializada, afirmando-se, portanto, *passível de terceirização*.

O mesmo se diga em relação aos serviços de *instalação e manutenção de linhas telefônicas*. Se, nos termos das *Leis nºs 8.987/1995 e 9.472/1997*, podem ser terceirizados, independentemente da natureza de atividade-fim ou meio das empresas de telecomunicações, o fato é que, além do mais, *não são inerentes à oferta de telecomunicações*.

11 Assim dispõem os arts. 60 e 94 da Lei nº 9.472/1997:

“Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.” (grifos nossos)

“Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência:

[...]

II – contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.” (grifos nossos)

Como já referido anteriormente, se o serviço pode ser prestado fora da empresa principal e com equipamento da empresa terceirizada, não há locação de mão de obra, mas efetiva prestação de serviços, com entrega do serviço ou do bem acabado. No caso da instalação e manutenção das linhas telefônicas, estas são o *meio* através do qual a telecomunicação se dá. O que a concessionária oferece é a telecomunicação. O meio físico pode ser construído, montado e conservado por empresas terceirizadas. Pretender que a instalação e manutenção das linhas telefônicas seja atividade-fim da empresa concessionária é o mesmo que dizer que as máquinas de uma fábrica de automóveis devem ser fabricadas por elas mesmas, como algo inerente à sua atividade.

## VI – TERCEIRIZAÇÃO NO SETOR BANCÁRIO

Situação similar é a que se dá na *área bancária*. Os serviços típicos de *bancário*, pelo seu *conteúdo ocupacional*, são de *natureza burocrática*, ligados ao depósito de dinheiro, saque e compensação de cheques, abertura de contas, realização de operações de crédito, financiamento e investimento, pois o que caracteriza um *banco* e uma *instituição financeira* é o comércio com a mercadoria de maior fluidez do mundo, que é o *dinheiro*, captando-o, guardando-o e fazendo-o multiplicar-se por meio da atividade creditícia<sup>12</sup>.

Ora, no setor bancário, essas atividades de cunho burocrático que compõem o dia a dia do bancário, nas agências, nos balcões ou nos bastidores da sede ou das filiais das instituições financeiras, integram o núcleo da *atividade-fim* dos bancos. Poderiam elas ser terceirizadas?

O *Conselho Monetário Nacional*, invocando a Lei nº 4.595/1964, editou a *Resolução nº 3.954/2011*, prevê que a terceirização de serviços bancários pelos denominados “correspondentes no País”, que seriam a *longa manus* dos bancos para atendimento em locais onde não chegam as agências bancárias<sup>13</sup>. O modelo já havia sido criado em 2000 pela Resolução nº 2.707 do Banco Central.

Antes da adoção do sistema de correspondentes, cerca de 1.700 Municípios dos mais de 5.000 existentes no Brasil não contavam com nenhum serviço bancário. Atualmente, passados mais de 10 anos da adoção da sistemática, os *Correios*, *supermercados*, *farmácias*, *revendedoras de automóveis*, *lotéricas* e

12 “Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.” (Lei nº 4.595/1964)

13 “Art. 1º As instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil devem observar as disposições desta resolução como condição para a contratação de correspondentes no País, visando à prestação de serviços, pelo contratado, de atividades de atendimento a clientes e usuários da instituição contratante.” (Resolução nº 3.954/2011 do Bacen)

outras empresas locais ou redes nacionais foram contratadas para prestar, além de seus próprios, *serviços bancários* à demanda contida.

Para se ter uma ideia da capilaridade do sistema, capitaneado hoje pelo *Banco Postal*, serviço acessório prestado pela ECT, verifica-se que o total de *agências bancárias* no Brasil gira em torno de 20.000, que se somam a cerca de 8.500 *postos de atendimento* e 45.000 *pontos de caixas eletrônicos*. Ora, o total de *correspondentes* em 2011 no Brasil ultrapassa a cifra de 160.000<sup>14</sup>.

A resolução supramencionada elenca quais as atividades que podem ser desenvolvidas pelos correspondentes, incluindo recepção de pedidos de *abertura de contas* e de *fornecimento de cartões de crédito*, bem como a realização de *pagamentos*, de *operações de crédito* e *movimentação de contas*, todas elas atividades tipicamente bancárias<sup>15</sup>.

Ora, a resolução em tela deixa claro, por outro lado, que essas *atividades delegadas* aos correspondentes são *realizadas nos estabelecimentos dessas empresas "terceirizadas"*, proibindo-se que adotem qualquer configuração que dê ao público a impressão de que se trata de agências bancárias, mas exigindo, por outro lado, que informem serem prestadoras desses serviços e que tenham *vínculo empregatício formal* com os trabalhadores que atuam no atendimento a clientes e usuários dos serviços bancários delegados<sup>16</sup>.

14 Dados fornecidos pela Divisão de Sistemas Cadastrais (Disic) do Departamento de Monitoramento do Sistema Financeiro e de Gestão da Informação (Desig) do Banco Central do Brasil (Bacen).

15 "Art. 8º O contrato de correspondente pode ter por objeto as seguintes atividades de atendimento, visando ao fornecimento de produtos e serviços de responsabilidade da instituição contratante a seus clientes e usuários:

I – recepção e encaminhamento de propostas de abertura de contas de depósitos à vista, a prazo e de poupança mantidas pela instituição contratante;

II – realização de recebimentos, pagamentos e transferências eletrônicas visando à movimentação de contas de depósitos de titularidade de clientes mantidas pela instituição contratante;

III – recebimentos e pagamentos de qualquer natureza, e outras atividades decorrentes da execução de contratos e convênios de prestação de serviços mantidos pela instituição contratante com terceiros;

IV – execução ativa e passiva de ordens de pagamento cursadas por intermédio da instituição contratante por solicitação de clientes e usuários;

V – recepção e encaminhamento de propostas referentes a operações de crédito e de arrendamento mercantil de concessão da instituição contratante;

VI – recebimentos e pagamentos relacionados a letras de câmbio de aceite da instituição contratante;

VII – execução de serviços de cobrança extrajudicial, relativa a créditos de titularidade da instituição contratante ou de seus clientes; (Revogado pela Resolução Bacen nº 3959, de 2011)

VIII – recepção e encaminhamento de propostas de fornecimento de cartões de crédito de responsabilidade da instituição contratante; e

IX – realização de operações de câmbio de responsabilidade da instituição contratante, observado o disposto no art. 9º.

Parágrafo único. Pode ser incluída no contrato a prestação de serviços complementares de coleta de informações cadastrais e de documentação, bem como controle e processamento de dados." (Resolução nº 3.954/11 do Bacen)

16 "Art. 10. O contrato de correspondente deve estabelecer:

I – exigência de que o contratado mantenha relação formalizada mediante vínculo empregatício ou vínculo contratual de outra espécie com as pessoas naturais integrantes da sua equipe, envolvidas no atendimento a clientes e usuários;

Como se pode perceber, o *local da prestação de serviços* é elemento que deve ser conjugado ao da *diferenciação entre atividade-fim e atividade-meio* como critério de verificação da *legalidade da terceirização*, fixando a linha divisória entre o lícito e o ilícito.

Assim, a *terceirização de atividade-fim* da tomadora dos serviços só se admite na hipótese de real *prestação de serviços fora do estabelecimento da empresa principal*, como ocorre no caso dos correspondentes bancários, em que estes possuem seus próprios estabelecimentos, operam com seus próprios equipamentos e contratam e dirigem o trabalho de seus próprios empregados.

Situação distinta, que nem se enquadra na normativa do Bacen, *nem se admite legalmente*, é a da *terceirização de serviços bancários dentro das próprias agências bancárias*. Exemplo dessa prática é a contratação de empresas terceirizadas, que operam dentro das próprias agências bancárias, na *captação de clientes* por meio de “promotores de vendas” nelas postados.

Nessa hipótese, trabalhando o terceirizado ombro a ombro com o bancário em agência e atividades cujo conteúdo ocupacional não se distingue daquele próprio do bancário, tem ele o direito ao reconhecimento do *vínculo empregatício direto* com o banco que se beneficia de seus serviços.

Do contrário, teríamos o *esvaziamento da própria noção de atividade bancária* sob o prisma ocupacional, pois as atividades elencadas na resolução retromencionada do Bacen são tipicamente bancárias, podendo ser terceirizadas apenas sob a modalidade de correspondência, com o fito de capilarizar a atuação dos bancos, mas *nunca de desonerar os bancos dos direitos trabalhistas dos bancários*.

Nesse sentido, é *lícita a terceirização de atividades bancárias por correspondentes*, sem que se constituam os empregados das empresas correspondentes em bancários, pois cada uma delas tem a sua atividade principal e própria, atuando acessória e subsidiariamente como correspondentes bancários.

O fato de, *tópica e ocasionalmente*, o *volume de atividade bancária*, pelas *circunstâncias do local*, em face justamente da quase absoluta ausência de agências bancárias, ser *maior que o da atividade principal do correspondente* não pode ser elemento que autorize o enquadramento do empregado da empresa correspondente como bancário. Pretender o contrário importaria *desvir-*

---

II – vedação à utilização, pelo contratado, de instalações cuja configuração arquitetônica, logomarca e placas indicativas sejam similares às adotadas pela instituição contratante em suas agências e postos de atendimento;

III – divulgação ao público, pelo contratado, de sua condição de prestador de serviços à instituição contratante, identificada pelo nome com que é conhecida no mercado, com descrição dos produtos e serviços oferecidos e telefones dos serviços de atendimento e de ouvidoria da instituição contratante, por meio de painel visível mantido nos locais onde seja prestado atendimento aos clientes e usuários, e por outras formas caso necessário para esclarecimento do público;

[...]” (Resolução nº 3.954/2011 do Bacen)

tuamento do quadro funcional da empresa correspondente (que teria bancários e empregados comuns, conforme a oscilação da demanda bancária) e poderia provocar o *desinteresse da empresa terceirizada em ser correspondente*, já que, não podendo ter, efetivamente, agências bancárias, por vedação resolutive, enfrentaria o dilema de continuar a contribuir para a capilarização do sistema financeiro, o que só traria prejuízos para a sociedade.

## VII – O COOPERATIVISMO DE TRABALHO E A TERCEIRIZAÇÃO

No Brasil, o marco jurídico do *cooperativismo* foi a *Lei nº 5.764/1971*, que estabeleceu o *regime jurídico* das cooperativas, independentemente de seu objeto, definindo-as como associações sem fins lucrativos que congregam pessoas que se obrigam a contribuir com bens e serviços para o *exercício de alguma atividade econômica em proveito comum*<sup>17</sup>. As mais típicas cooperativas são as *agrícolas*, as de *crédito* e as de *trabalho*.

No caso das de *crédito*, a lei proíbe que sejam chamadas de “bancos” (art. 5º, parágrafo único), porque não o são, ainda que possam guardar semelhança com essa atividade. Da mesma forma, as de *trabalho* não se confundem com *empresas*, tanto que o proveito comum que seus associados auferem da cooperativa é a *colocação no mercado como trabalhadores cooperados*, garantindo-se a *inexistência de vínculo de emprego* entre o cooperado e a empresa tomadora dos seus serviços (CLT, art. 442, parágrafo único<sup>18</sup>).

O parágrafo único do art. 442 da CLT, introduzido pela *Lei nº 8.949/1994*, que salvaguardava o genuíno espírito cooperativo, acabou, no entanto, no Brasil, a gerar o fenômeno das *falsas cooperativas de trabalho*, criadas pelos empregadores para furtar-se ao pagamento dos direitos trabalhistas. Como *procurador do trabalho*, instaurei vários inquéritos contra *cooperativas de trabalho no setor médico*, em que hospitais aliciavam médicos para subscreverem estatutos de criação de cooperativa médica e depois obrigavam plantonistas a se filiarem à cooperativa, sob pena de serem dispensados dos plantões.

Justamente por vivenciar essa triste realidade é que, vindo a integrar o TST como *ministro*, e sendo designado pela Corte para representá-la como observador na *90ª Conferência Internacional do Trabalho* em Genebra, não pude deixar de apresentar, na Comissão sobre Cooperativas de Trabalho, os problemas que enfrentávamos no Brasil com as *cooperativas de fachada*, especialmente no meio rural (o intermediador denominado “gato” alicia trabalhadores em várias regiões, formando uma cooperativa fictícia e levando-os às fazendas

17 “Art. 3º Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro.” (Lei nº 5.764/1971)

18 “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.” (CLT)



em época de colheita, com o que deixam esses trabalhadores de receber todos os seus direitos trabalhistas). Com isso, incluiu-se no texto da *Recomendação nº 193 da OIT*, sobre cooperativas de trabalho, dispositivo por nós sugerido, coibindo a prática<sup>19</sup>.

Se, por um lado, o problema das “pseudocooperativas” foi enfrentado e disciplinado, por outro, o que podemos verificar no contato com representantes de todos os países integrantes da OIT é o *caráter altamente positivo do cooperativismo de trabalho*, como elemento de *estímulo à empregabilidade* e de *autonomia laborativa do cidadão*. Tanto que a referida recomendação teve o cuidado de incluir dispositivo que cuida do *tratamento isonômico* entre empresas e cooperativas de trabalho nas relações com o poder público<sup>20</sup>.

Justamente por isso causa espécie o *termo de conciliação judicial* imposto pelo Ministério Público do Trabalho à União, para que *não admitissem em licitações de serviços cooperativas de trabalho*<sup>21</sup>. O termo de ajuste de trabalho, a par de *inconstitucional*, já que vai de encontro aos *arts. 5º, XVIII, e 174, § 2º, da Constituição Federal*<sup>22</sup>, atenta contra a própria normativa internacional, alijando cooperativas e seus associados do mercado de trabalho ofertado pelo

19 Cf. Ives Gandra Martins Filho e Antonio José de Barros Levenhagen (90ª Conferência Internacional do Trabalho. Relatório de participação. Cooperativas de trabalho. *Revista LTr*, 66-08/922-930, ago. 2002). O dispositivo reza: “[...] 8.1) *Las políticas nacionales deberían, especialmente: [...] b) velar por que no se puedan crear o utilizar cooperativas para evadir la legislación del trabajo ni ello sirva para establecer relaciones de trabajo encubiertas, y luchar contra las pseudo-cooperativas, que violan los derechos de los trabajadores, velando por que la legislación del trabajo se aplique en todas las empresas.*”

20 “7.2) *Las cooperativas deben beneficiarse de condiciones conformes con la legislación y la práctica nacionales que no sean menos favorables que las que se concedan a otras formas de empresas y de organización social.*”

21 O termo de conciliação judicial foi firmado em 05.06.2003 nos autos do Processo nº 01082-2002-020-10-00-0, em tramitação perante a 20ª Vara do Trabalho de Brasília/DF, estabelecendo, entre outras condições, as seguintes:

“*Cláusula Primeira* – A União abster-se-á de contratar trabalhadores, por meio de cooperativas de mão de obra, para a prestação de serviços ligados às suas atividades-fim ou meio, quando o labor, por sua própria natureza, demandar execução em estado de subordinação, quer em relação ao tomador, ou em relação ao fornecedor dos serviços, constituindo elemento essencial ao desenvolvimento e à prestação dos serviços terceirizados, sendo eles:

a) serviços de limpeza; b) serviços de conservação; c) serviços de segurança, de vigilância e de portaria; d) serviços de recepção; e) serviços de copeiragem; f) serviços de reprografia; g) serviços de telefonia; h) serviços de manutenção de prédios, de equipamentos, de veículos e de instalações; i) serviços de secretariado e secretariado executivo; j) serviços de auxiliar de escritório; k) serviços de auxiliar administrativo; l) serviços de *office-boy* (contínuo); m) serviços de digitação; n) serviços de assessoria de imprensa e de relações públicas; o) serviços de motorista, no caso de os veículos serem fornecidos pelo próprio órgão licitante; p) serviços de ascensorista; q) serviços de enfermagem; e r) serviços de agentes comunitários de saúde. [...]”

*Cláusula Terceira* [...]

*Parágrafo Primeiro* – É lícita a contratação de genuínas sociedades cooperativas desde que os serviços licitados não estejam incluídos no rol inserido nas alíneas “a” a “r” da Cláusula Primeira e sejam prestados em caráter coletivo e com absoluta autonomia dos cooperados, seja em relação às cooperativas, seja em relação ao tomador dos serviços, devendo ser juntada, na fase de habilitação, listagem contendo o nome de todos os associados. Esclarecem as partes que somente os serviços podem ser terceirizados, restando absolutamente vedado o fornecimento (intermediação de mão de obra) de trabalhadores a órgãos públicos por cooperativas de qualquer natureza.”

22 “Art. 5º [...] XVIII – a criação de associações e, na forma da lei, a de *cooperativas de trabalho* independem de autorização, sendo *vedada a interferência estatal em seu funcionamento.*”

setor público. Com efeito, a Carta Política, além de colocar como missão do Estado *estimular e apoiar o cooperativismo, impede a intervenção estatal* no funcionamento das cooperativas.

O termo de conciliação representa *intervenção indevida na própria sobrevivência das cooperativas, desestímulo à sua atuação, a par de atentar flagrantemente contra um dos pilares do devido processo legal, que é a garantia do contraditório*, uma vez que o termo foi tomado em processo ajuizado contra a União, sem defesa das cooperativas atingidas ou do ente confederativo que as congrega, em matéria que as afeta diretamente!

Não se argumente que a *prestação de serviços* como objeto de cooperativa refoge da *autorização legal*, pois esta é *ampla*, ao tratar do “proveito comum” que a atividade econômica desenvolvida pela cooperativa pode gerar. Com efeito, se, em sua origem, as *cooperativas* eram exclusivamente de *produção*, o desenvolvimento do cooperativismo em âmbito mundial mostrou todas as potencialidades do fenômeno, inclusive o do *cooperativismo de trabalho*. Neste, o proveito comum auferido pelos associados é justamente a *oferta de trabalho* e a *inserção no mercado* dos trabalhadores que, unindo suas forças, oferecem a terceiros os seus serviços, sem uma empresa intermediária, mas com os próprios associados gerindo o seu negócio, sob a forma de cooperativa.

Descartar *a priori* a possibilidade de cooperativa de trabalho prestar serviços no setor público é tomar as exceções irregulares como regra e estrangular iniciativa que, bem encaminhada, atende adequadamente tanto a Administração Pública quanto os trabalhadores. Nesse sentido, é digno de nota o fato de ser o Professor *Paul Singer*, insigne economista e atual *Secretário Nacional de Economia Solidária* do Ministério do Trabalho e do Emprego, um dos maiores defensores das cooperativas de trabalho como instrumento de *assunção da atividade produtiva pelos próprios trabalhadores, ofertando à comunidade os bens e serviços que desenvolvem*<sup>23</sup>.

Mantive muitas conversas com o Professor Paul Singer, discutindo o tema e buscando fórmulas de viabilizar tais cooperativas, a par de combater eficazmente as falsas cooperativas. Tive, inclusive, a oportunidade de visitar, após seminário sobre o tema<sup>24</sup>, uma *genuína cooperativa de trabalho do setor de limpeza pública, a Cootravipa*, criada pelos moradores das vilas da zona sul de Porto Alegre para viabilizar seu acesso ao mercado de trabalho formal e aos serviços de saúde, pelo ingresso na Previdência Social. Convivendo e almoçando com os associados, para sentir diretamente como se organizavam e trabalhavam esses cooperados, cheguei à seguinte conclusão: se o cooperativismo de traba-

---

“Art. 174. [...] § 2º A lei *apoiará e estimulará o cooperativismo* e outras formas de associativismo.” (grifos nossos)

23 Cf. *Introdução à economia solidária*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002.

24 Seminário sobre “O Cooperativismo e as Novas Relações de Trabalho no Brasil”, realizado em 11.09.2009 pela Amatra e Fetrabalho, no TRT da 4ª Região, em Porto Alegre/RS.

lho sobreviver à sanha desconstrutiva do Ministério Público, deverá muito ao Rio Grande do Sul e a *iniciativas genuínas* como a da Cootravipa, em defesa de um modelo que, depurado dos defeitos inerentes a qualquer obra humana, é de fantástica eficácia para a promoção social.

Para que isso ocorra, no entanto, é necessário deixar claro quais são os sinais distintivos da verdadeira cooperativa de trabalho, os quais, inobservados, caracterizam a falsa. As notas características da *verdadeira cooperativa de trabalho* (promovidas pela *Recomendação nº 193 da OIT*) são:

- a) *espontaneidade* na criação da cooperativa pelos próprios trabalhadores e não induzida pela empresa;
- b) *autonomia* dos cooperados, que não realizam trabalho subordinado, mas prestação de serviços;
- c) *autogestão* da cooperativa, com seus estatutos, normas e solidariedade entre os associados;
- d) *liberdade* de associação, sem imposição do tomador de serviços para que seus empregados nela ingressem para reduzir encargos sociais;
- e) *não flutuação* dos associados, pois, do contrário, está-se diante de nítido expediente fraudulento para contratação temporária de pessoal em época de safra.

Para dar *pleno foro de cidadania* às cooperativas de trabalho, de modo a que não sofram a *discriminação* de que hoje são objeto, mister se faz que seja aprovado o *projeto de lei* que ora tramita no Congresso Nacional<sup>25</sup> e que garante aos *trabalhadores cooperados os mesmos direitos trabalhistas do art. 7º da Constituição Federal*. A rigor, se são trabalhadores, é óbvio que gozam desses direitos. Mas a explicitação não é demais para cessar o litígio. A partir dessa concepção, não haverá motivo para a criação de cooperativas de fachada, já que a redução de custos não será possível, sob o prisma salarial.

Nesse sentido, entendo perfeitamente possível a constituição e contratação de cooperativas de trabalho, quer no setor público, quer no setor privado, para a prestação de serviços ou locação de mão de obra, desde que *observados os demais parâmetros aplicáveis às empresas terceirizadas que atuam no mesmo setor*.

## VIII – CONCLUSÃO – TERCEIRIZAÇÃO SEM PRECARIZAÇÃO

Portanto, não se pode pretender impedir a terceirização a todo custo, inclusive *contra legem*, nem distorcer realidades fáticas que demonstram a possi-

---

25 Projeto de Lei nº 4.622-C, de 2004.

bilidade, viabilidade e conveniência da terceirização de serviços. O que, sim, é necessário é a *adoção de medidas que protejam adequadamente os trabalhadores terceirizados*, assegurando-lhes não apenas os direitos trabalhistas mínimos, mas também as condições de trabalho seguras e dignas.

Nesse sentido, a *audiência pública* realizada no TST sobre terceirização foi de *excepcional resultado*, ao fazer com que ministros, acadêmicos, técnicos, sindicalistas, patrões e empregados pudessem ouvir e refletir sobre as mais diferentes facetas e problemas que a realidade desse fenômeno econômico acarreta. Não tenho dúvidas de que a jurisprudência do TST, nessa matéria, não será a mesma após a audiência, uma vez que, ponderados os vários aspectos e esclarecidas as dúvidas reinantes, poderemos progredir na construção de um mundo do trabalho que, atento à modernidade, não deixe de focar o homem em sua dimensão de trabalhador, centro e fim de toda a atividade produtiva.