

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL

Núm. 41 (2018-2019), págs. 93-129
ISSN: 1130-2682

**TERCEIRIZAÇÃO PÚBLICA POR COOPERATIVAS DE
TRABALHO: UM OLHAR CRÍTICO À VISÃO CONTROVERTIDA
DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO**

*PUBLIC OWNERSHIP BY COOPERATIVES OF WORK: A
CRITICAL LOOK AT THE CONTROVERSY VISION OF THE
BRAZILIAN 5TH REGION REGIONAL COURT OF WORK*

PEDRO HENRIQUE SILVEIRA FERREIRA DO AMARAL DUARTE*

Recepción: 24/7/2019 - Aceptación: 25/10/2019

* Advogado; Pós-graduado em Direito Público; Mestrando em Desenvolvimento Regional e Urbano. Presidente da Comissão Especial de Direito Cooperativo da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Bahia (OAB/BA). Membro e Delegado Regional do Instituto Brasileiro de Estudos em Cooperativismo (IBECOOP). Membro do Instituto dos Advogados do Brasil (IAB). E-mail para contato: pedro@phd.adv.br

RESUMO

O presente artigo objetiva realizar uma análise crítica acerca de 4 (quatro) decisões controvertidas proferidas pelo Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, as quais versam sobre terceirização pública por cooperativas, apontando a legalidade e as razões de utilização, tratando ainda dos mitos e verdades, doutrina, súmulas e entendimentos paradoxais.

A análise conjugada destes elementos perpassa, necessariamente, pela fraude nas relações de trabalho, sem esquivar-se, dessarte, do interesse público que envolve a matéria, confrontando-os com a legislação, jurisprudência e súmulas, possibilitando, assim, a obtenção de um olhar crítico sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública. Terceirização. Cooperativas. Decisões Controvertidas.

ABSTRACT

This article aims to perform a critical analysis of four controversial decisions issued by the Brazilian Regional Court of the 5th Region, which deal with public outsourcing by cooperatives, pointing out the legality and the reasons for its use, also dealing with myths and truths, doctrine, overviews and paradoxical understandings.

The combined analysis of these elements necessarily goes through fraud in the labor relations, without evading the public interest that surrounds the matter, confronting them with the legislation, jurisprudence and precedents, thus making it possible to obtain a critical look at the topic.

KEYWORDS: Public Administration. Outsourcing. Cooperatives. Controversial decisions.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. LEGALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO ATRAVÉS DE COOPERATIVAS. 3. CONCLUSÃO. 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. LEGALITY OF OUTSOURCING THROUGH COOPERATIVES. 3. CONCLUSION. 4. BIBLIOGRAPHY.

1 INTRODUÇÃO

Em artigo anterior, já se tinha asseverado que a terceirização de serviços públicos é uma matéria que passa longe da convergência de ideias. Não obstante a panaceia de interpretações e equívocos, tal instituto é legal e possui vasta utilização, mesmo sendo objeto de diversos questionamentos, muitas vezes evitados de subjetivismo, distantes da legislação e, o mais grave, com decisões divergentes entre si. É fato, ora tratado pelo autor em artigo anterior, que a grave crise econômica e política, em conjunto com as recentes alterações legislativas, por sua vez, impõem uma reanálise do tema, perpassando, necessariamente, pelas razões, legalidade, modelos e, mais importante, por uma mudança de paradigma nos julgamentos, evitando uma insegurança jurídica.

Sem pretender apontar uma fórmula pronta, capaz de afastar a dicotomia existente entre os que defendem e os que atacam a terceirização de serviços públicos via cooperativa, o presente artigo tem como objetivo confrontar as decisões do Tribunal Regional da 5ª Região, perpassando, necessariamente, pelas fraudes nas relações de trabalho, o interesse público envolvido e, sobretudo, a legislação e jurisprudência que regulam a matéria, sem olvidar de trazer a doutrina existente.

Basicamente, os 4 (quatro) entendimentos judiciais que serão analisados no presente artigo tratam dos seguintes elementos: o primeiro deles é quando a fraude trabalhista é declarada e o vínculo é reconhecido com a terceirizada (cooperativa); o segundo ocorre quando a fraude trabalhista é declarada e o vínculo é reconhecido com o tomador; o terceiro, por sua vez, trata de quando a relação cooperativa é declarada válida em razão dos documentos apresentados; por fim, o quarto, trata da improcedência do reconhecimento de fraude, com aplicabilidade da Súmula nº 363¹, que determina que o vínculo deva ser declarado nulo. Desta forma, através de um olhar crítico, o presente artigo esboça algumas razões, priorizando o enfoque legal e econômico.

¹ Disponível em http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-363.

A título de contemporização, mas sem adentrar na análise das questões administrativas, este trabalho trará um esforço legal em relação ao serviço público e suas formas de contratação, apontando alguns equívocos de gestão que impedem a prestação de um serviço público eficaz, eficiente e efetivo, o qual atenda aos anseios da população.

Além disso, uma rápida passagem pelos principais modelos de contratação, mantendo-se o enfoque legal, servirá de arcabouço para uma análise adequada das decisões em apreço. Registre-se, por ser de extrema importância, que cada modelo tem sua contribuição para os serviços públicos, mas a utilização desmedida, sem análise ou gestão é incapaz de contribuir para uma melhor prestação, afastando-se, pois, da eficácia, eficiência e, principalmente, da efetividade impostas aos serviços públicos.

Diante do exposto, neste arrazoado tratar-se-á apenas, e *en passant*, de três formas de contratação direta: concurso, Regime Especial de Direito Administrativo (REDA) e nomeação de cargos, bem como da terceirização de serviços *stricto sensu*, via regular processo licitatório.

No Brasil, o cooperativismo vem sendo tratado ultimamente como um grande vilão, mas na verdade o modelo de terceirização adotado no país tem sido utilizado de forma equivocada, sem as devidas cautelas. Mesmo com toda a panaceia trazida, há de se considerar o cooperativismo como um modelo apto a ajustar a terceirização de serviços públicos especializados, notadamente de saúde pública, sendo esta instrumento eficaz de gestão, como leciona Danny Monteiro².

Nesse caminhar, a confrontação dos entendimentos esposados nas decisões, em estrita apreciação dos dispositivos legais e da jurisprudência em vigor, possibilitarão um ensaio amplo e lógico, afastando-se o subjetivismo.

2 LEGALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO ATRAVÉS DE COOPERATIVAS

O ordenamento jurídico brasileiro não possui o termo terceirização expressamente escrito em qualquer lei. No entanto, há muito tempo que se verifica permissivo legal para a contratação de terceiros para prestação de serviços públicos.

De início, é importante tratar dos dispositivos constitucionais que mencionam a terceirização de serviços públicos e cooperativismo. O art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988³, em seu *caput*, traz o seguinte texto: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de lega-

² MONTEIRO DA SILVA, D., *Terceirização na Administração Pública como Instrumento Estratégico de Gestão*, Curitiba, Editora Juruá, 2014.

³ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

lidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”. Os incisos II, V, IX e XXI do referido dispositivo merecem ser transcritos, visando facilitar a análise:

[...]

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

[...]

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

[...]

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações⁴.

Da simples leitura e análise conjugada destes dispositivos, percebe-se que há um problema grave que precisa ser destrinchado: o Estado tem por obrigação prestar os serviços públicos e, para isso, necessita de servidores.

O *caput* do art. 37 supra impõe ao gestor público o cumprimento estrito aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além de ordenar regras específicas nos seus incisos: no II impõe a sujeição a concurso público para provimento de cargos e vagas; o V, por sua vez, trata dos cargos de confiança, trazendo a primeira exceção à regra do concurso público; já o inciso IX traz uma segunda exceção, a contratação por Regime Especial de

⁴ Idem.

Direito Administrativo (REDA), na qual é permitida a contratação especial, sem sujeição ao concurso público, para casos excepcionais, podendo ser por 2 (dois) anos, prorrogáveis por mais 2 (dois); por derradeiro, o inciso XXI possibilita claramente a contratação de terceiros para prestação de serviços públicos, contanto que haja regular processo licitatório.

Realizada essa digressão constitucional, é necessário analisar alguns elementos do direito administrativo e, não objetivando fugir do tema, é imperiosa a análise da doutrina, destrinchando alguns componentes da relação jurídico-administrativa.

O primeiro deles é o serviço público. A autora Dinorá Grotti⁵, tratando do tema, assevera:

Cada povo diz o que é serviço publico em seu sistema jurídico. A qualificação de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da concepção do Estado sobre seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado tempo histórico.

Para o doutrinador Celso Antonio Bandeira de Mello⁶, serviço público é:

[...] toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob o regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de interesses especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Abstrai-se que o serviço público consiste na atividade prestada pelo Estado para os cidadãos de uma determinada jurisdição. Estes serviços, por sua vez, podem ser prestados direta ou indiretamente. No presente artigo será analisada apenas a prestação de serviços de forma indireta, realizada por terceiros, especificamente por cooperativas. Além disso, é importante destacar que o serviço público, mesmo quando prestado por quem faça às vezes do Estado, possui interesses especiais e supremacia do interesse público.

⁵ GROTTI, D., *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 87.

⁶ BANDEIRA DE MELLO, C. A., *Curso de direito administrativo*, São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 659.

Tratando especificamente de cooperativas, a Constituição da República Federativa do Brasil traz os dispositivos adiante elencados. Destaque-se que o cooperativismo é permitido desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, que estabelece já no seu art. 5º, inciso XVIII, a liberalidade na criação de cooperativas e, ao mesmo tempo, impõe o proibitivo de interferência estatal no seu funcionamento. Mais adiante, no art. 146, a Constituição Federal impõe o adequado tratamento tributário às cooperativas, facultando à lei complementar estabelecer regras sobre o tema; já o art. 174 da Carta Magna impõe o apoio e estímulo ao cooperativismo; e, por derradeiro, traz em seu art. 192 a menção às cooperativas de crédito.

Nota-se, portanto, que a diversidade de normas constitucionais certifica a importância do cooperativismo para o desenvolvimento econômico e social do país. Por estas razões, não resta dúvida quanto à necessidade do Estado em garantir e assegurar o fomento ao cooperativismo, bem como possibilitar ampliação de espaços e, sobretudo, garantir legalidade e a segurança jurídica.

Parafraseando o renomado estudioso Diogo Figueiredo de Moreira Neto⁷ – saudoso membro emérito do Instituto Brasileiro de Estudos em Cooperativismo (Ibecoop) –, o fomento é a atividade administrativa por meio da qual o Estado incentiva entidades públicas e privadas a desempenhar atividades que a Constituição ou Lei considerem de especial interesse público. Nesse contexto, cumpre lembrar que o fomento ao cooperativismo é imprescindível para o desenvolvimento econômico social do país.

Na esfera pública, sua aplicabilidade objetiva, acima de tudo, a eficácia, efetividade e eficiência, adotando-se como premissas o cumprimento irrestrito aos princípios inerentes à Administração Pública, notadamente a isonomia, legalidade e moralidade, sem afastar-se do regramento do art. 37 da Carta Magna⁸, que impõe a realização de concurso público para provimento de cargos e vagas.

Há de ser levado em consideração, portanto, a forma e o modelo adequado para cada situação concreta. A terceirização impensada e não programada aumenta os riscos de cometimento dos mesmos erros que vêm sendo perpetrados de forma genérica e ampla, uma das causas das altas taxas de desemprego no Brasil.

Sem entrar no mérito do pensamento *keynesiano* do *welfare state*⁹, é imprescindível esclarecer que a crise econômico-social vivida atualmente impõe, de igual modo, a mudança de paradigmas e suas consequentes transformações.

⁷ FIGUEIREDO DE MOREIRA NETO, D., *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Editora Gen, 2014

⁸ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

⁹ Segundo Marcelo Medeiros (2001), o pensamento *keynesiano* do *welfare state* é entendido como a mobilização em larga escala do aparelho de Estado em uma sociedade capitalista a fim de executar medidas orientadas diretamente ao bem-estar de sua população. Conclui, então, que o *welfare state*

A terceirização é, nesse enfoque, uma das transformações necessárias e irreversíveis, vez que se torna instrumento estratégico de gestão¹⁰, possibilitando melhor qualidade, eficiência, eficácia e efetividade nos serviços públicos prestados à sociedade.

Sob outro enfoque, não menos importante, destaque-se que a constante prática de atos reprováveis, algumas vezes irregulares ou ilícitos, não tem o condão de superar o fenômeno da terceirização que, diferente do que é genericamente difundido, tem seu lado positivo. Esse é o entendimento do Desembargador aposentado do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, Raymundo Antônio Carneiro Pinto¹¹: as mazelas da cíclica má gestão, incluindo nesse rol o desvio de condutas e finalidades ou a sobreposição de interesses político-partidários e pessoais ao interesse público, que fere, inclusive, a regra do art. 8º da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT)¹², adiante tratado, não podem – e nem devem – superar a necessidade de garantir ao cidadão um melhor serviço público.

A título exemplificativo, cita-se o caso do profissional de saúde que atua em regular processo de terceirização por anos, em cujo processo o judiciário trabalhista reconhece o vínculo laboral, atribuindo, em alguns casos, uma condenação que supera o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), em clara intervenção na gestão pública.

O ordenamento jurídico brasileiro, por seu turno, demonstra claramente a legalidade da terceirização na Administração Pública, mesmo sem trazer no texto legal, expressamente, o vocábulo terceirização. Portanto, a ausência de referido termo, de forma expressa na Lei, não significa inexistência de norma legal regulamentadora. Como exemplo, é importante trazer à colação que a Consolidação das Leis Trabalhistas, datada de 1943, já previa a subempregada em seu art. 455.

é, portanto, um mecanismo funcional para a sustentação da concepção fordista de progresso, que confere ao Estado o papel ativo de controlador do processo de produção pela regulação do progresso tecnológico, do consumo de massa e da defesa de interesses nacionais. Essa concepção dá precedência à “hierarquia” (organização) sobre o mercado e à modernização sobre o tradicionalismo. Como consequência dá prioridade à hierarquia e à modernização, os sistemas de solidariedade, organizados pelo *welfare state*, tomam uma forma exclusivamente administrativa [Lipietz (1992, p.12)], com características burocráticas ou, mais especificamente, tecnocráticas. MEDEIROS COELHO DE SOUZA, M. *A trajetória do welfare state no Brasil: papel redistributivo das políticas sociais dos anos 1930 aos anos 1990*, Brasília, dezembro de 2001. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0852.pdf; LIPIETZ, A., *Towards a new economic order: postfordism, ecology and democracy* [Choisir l'audace. Paris: La Découverte, 1989], Nova York, Oxford University Press, 1992.

¹⁰ Conforme entendimento do doutrinador Danny Monteiro da Silva.

¹¹ CARNEIRO PINTO, R. A., *Terceirização: Tem, sim, um lado positivo*, artigo publicado no Jornal Tribuna da Bahia, em 27 de setembro de 2014.

¹² Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm.

A Lei nº 6.019/1974¹³, por sua vez, trouxe a previsão do trabalho temporário. Já a norma de nº 7.102/1983¹⁴ permitiu a prestação de serviços de vigilância e transporte de valores para Instituições Financeiras.

No âmbito judicial, em um primeiro momento (1986), o Tribunal Superior do Trabalho (TST) editou a Súmula nº 256, que considerou ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta. Entretanto, a reação negativa e a imposição socioeconômica fizeram com que o TST flexibilizasse o verbete, editando a Súmula nº 331¹⁵, datada de 1993, que permitiu a contratação de mão de obra fora dos quadros da empresa para serviços de conservação e limpeza e os ligados à atividade-meio do tomador. Vale ressaltar que em 2018 o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a inconstitucionalidade da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), a qual vedava a terceirização de atividades finalísticas¹⁶.

Anotese, por ser de extrema importância, que desde 2017 o ordenamento jurídico brasileiro vem sofrendo uma transição significativa na legislação trabalhista, bem como no entendimento jurisprudencial. Nesse diapasão, foi promulgada a Lei nº 13.429/2017¹⁷ – que alterou a Lei nº 6.019/1974¹⁸ – e trouxe regras para a prestação de serviços por terceiros. Houve também a edição da Lei nº 13.467/2017¹⁹, que alterou dispositivos da CLT, flexibilizando as regras das relações de emprego. Por fim, em 2018 o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a inconstitucionalidade da Súmula nº 331, do TST, que vedava a terceirização de atividades finalísticas.

Apesar das constantes críticas ao modelo de terceirização no serviço público, a atividade da Administração Pública pode ser exercida de forma direta ou indireta, havendo respaldo legal para ambas as situações.

Na forma direta, os próprios órgãos da Administração exercem as atividades; na indireta há uma transferência de atribuições, que pode ser a antes da Administração Indireta ou à terceiros (pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas).

¹³ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm.

¹⁴ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7102.htm.

¹⁵ Disponível em http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/sumula-331-preve-responsabilidade-subsidiaria-em-relacao-a-todas-as-verbas.

¹⁶ Maiores informações disponíveis em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=387588>.

¹⁷ BRASIL, *Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017: Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros*, disponível em <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/lei-13429-2017.htm>.

¹⁸ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm.

¹⁹ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm.

Mesmo não havendo expressamente o termo terceirização no ordenamento jurídico brasileiro, o art. 175 da Constituição prevê a prestação de serviços públicos: “[...] diretamente ou sob regime de concessão ou permissão”²⁰. A Lei nº 8.987/1995²¹ complementa, dispondo sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no referido artigo constitucional.

Ainda se tratando da descentralização dos serviços públicos, o Decreto-Lei nº 200/1967²², por sua vez, determina em seu art. 10º:

[...]

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

§1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

[...]

c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

[...]

§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.

§8º A aplicação desse critério está condicionada, em qualquer caso, aos ditames do interesse público e às conveniências da segurança nacional.

A Lei nº 13.429/2017²³, que alterou a Lei nº 6.019/1974, trouxe o seguinte texto:

²⁰ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

²¹ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm.

²² BRASIL, *Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967: Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm.

²³ BRASIL, *Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017: Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros*, disponível em <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/lei-13429-2017.htm>.

[...]

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução (Idem, 2017).

Diante do estudo de referido dispositivo, resta indubitosa a possibilidade de terceirização de serviços. Fato que foi corroborado com o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 324²⁴ e do Recurso Especial (RE) nº 958.252²⁵, concluído em 31 de agosto de 2018, no qual foi declarada a constitucionalidade da terceirização de todas as etapas produtivas, incluindo nesse rol a denominada atividade-fim.

Tratando de um tema mais específico, cumpre anotar que, em relação aos serviços públicos de saúde, a Constituição Federal, em seu art. 197²⁶, permite expressamente a sua prestação através de terceiros, como se observa no trecho abaixo enunciado:

[...]

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Por sua vez, a Lei nº 8.080/1990²⁷, que estabeleceu o Sistema Único de Saúde (SUS), trouxe no seu art. 24 o permissivo para prestação de serviços por terceiros:

[...]

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o

²⁴ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584>.

²⁵ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4952236>.

²⁶ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

²⁷ BRASIL, *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990: Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm.

Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

A simples leitura dos dispositivos adrede citados permite abstrair que o objetivo maior das regras é impedir o crescimento do aparato estatal, utilizando-se de terceiros capazes e capacitados de desempenhar as tarefas estatais privativas, sem que haja uma desestatização.

Quando há transferência de serviços públicos a terceiros, existem alguns modelos que podem ser utilizados: concessão (também denominada permissão), regulada pela Lei nº 8.987/1995²⁸ ou terceirização de serviços *strictu sensu*, que deve respeitar as regras do art. 37 da Constituição Federal²⁹ e da Lei nº 8.666/1993³⁰.

A terceirização via contrato público de prestação de serviços é o modelo mais criticado e, em especial na Bahia, o cooperativismo vem sendo reprovado sobremaneira. No entanto, a legislação permite expressamente tal modalidade, que vem sendo adotada em larga escala por entes públicos. Ressalte-se, por ser de extrema importância, que sua utilização em largo espectro tem ocasionado prejuízos, não por conta do modelo, porém em virtude da má contratação e fiscalização.

Portanto, abstrai-se que não cabe separar atividade fim de atividade meio, notadamente após a decisão proferida pelo Colendo STF, datada de agosto de 2018, na qual restou pacificada a possibilidade de terceirização ampla, incluindo a tão criticada transferência das atividades tidas como finalísticas.

Em uma breve retroação histórica, lembre-se que alguns renomados Professores, a exemplo de Diogo Figueiredo de Moreira Neto (2014), ao tratar do tema, distinguiam atividade-fim de atividade-meio, pontuando que “a desestatização que tem por objeto atividades-fim se faz pela via da concessão ou da permissão, bem como por outros instrumentos de parceria, enquanto a terceirização ficaria reservada para viabilizar a parceria com o setor privado nas atividades-meio da Administração”³¹.

Sem pretender contrapor o renomado administrativista e decano na matéria, há de ser esclarecido que tal entendimento merece ser revisto, em razão da recente normatização sobre a permissividade de transferência a terceiros de atividades-

²⁸ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm.

²⁹ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

³⁰ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm.

³¹ FIGUEIREDO DE MOREIRA NETO, D., *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Editora Gen, 2014.

-fim e atividades-meio. Outro fator que merece enfoque, objetivando a mudança de paradigmas, é a crise econômico-social vivida na atualidade, a qual pode ser analisada sob um enfoque mais liberal, sem qualquer violação da legislação, que supere – ao menos reduza – o absurdo número de desocupados existentes no Brasil.

Não é despendendo esclarecer que a convenção que separa atividade-fim de atividade meio é doutrinária e não existe qualquer norma sobre o tema. O Projeto de Lei (PL) nº 4330³², que se encontra no Senado, após aprovação do Congresso Nacional, seria – ou será – a primeira lei a regular a matéria. Dessa forma, não existe, ainda, nenhuma lei que proíba a terceirização de atividades-fim, tendo sido, repise-se, recentemente declarada a constitucionalidade da terceirização de toda e qualquer atividade pelo STF, o que supera, pelo menos por enquanto, a discussão sobre o tema.

Ao analisar a terceirização, o Desembargador baiano Raymundo Antônio Carneiro Pinto³³, em artigo publicado no dia 27 de setembro de 2014, no Jornal Tribuna da Bahia, apontou os seguintes benefícios da terceirização:

Eis algumas vantagens da terceirização para a empresa tomadora: a) diminuição de encargos trabalhistas e previdenciários; b) melhoria da produtividade e da qualidade do produto ou serviço oferecido, pois a empresa se dedicará mais à sua especialização; c) simplificação da estrutura organizacional; d) redução dos custos, podendo destinar recursos a novos investimentos e pesquisa de tecnologia; e) diminuição do espaço ocupado, contribuindo para melhorar as condições ambientais, de segurança e de saúde dos trabalhadores. Quanto aos empregados das prestadoras, os principais benefícios são: a) geração de novos empregos nas terceirizadas; b) melhor distribuição de renda entre os participantes do processo produtivo; c) aperfeiçoamento da mão de obra daqueles que vão trabalhar em empresas especializadas; d) possibilidade de criação de sindicatos que vão defender interesses de empregados das terceirizadas.

Esclareça-se que o texto adrede transcrito analisou especificamente a terceirização em empresas privadas, mas isso não afasta os benefícios para a Administração Pública. Em relação à terceirização de serviços públicos, vários benefícios devem ser observados, como se percebe a seguir.

³² Texto do Projeto de Lei disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841>.

³³ CARNEIRO PINTO, R. A., *Terceirização: Tem, sim, um lado positivo*, artigo publicado no Jornal Tribuna da Bahia, em 27 de setembro de 2014.

A terceirização no âmbito público tem como finalidade a transferência da execução de atividades públicas para terceiros. Esse tipo de contratação deve ser precedido de processo licitatório, que originará contrato administrativo, visando à economicidade. Além disso, convém salientar novamente a sábia denominação do Professor Danny Monteiro da Silva³⁴, a qual sintetiza, de forma extraordinária, o principal objetivo da terceirização na Administração Pública: tornar instrumento estratégico de gestão.

Registre-se, que não será adotado o conceito generalizado de atividades-fim e atividades-meio, já superado. Assim, ao longo do presente artigo, a terceirização será tratada de acordo com as leis em vigor, elidindo-se, ainda, o PL nº 4.330, não votado no Senado, cujo último texto – aprovado na Câmara Federal – exclui de sua incidência a terceirização no âmbito da Administração Pública direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Superada a distinção de atividades e a aplicabilidade do referido PL, é necessário, a partir de agora, elencar os benefícios que a terceirização pode trazer.

O fenômeno da terceirização é amplamente adotado em diversos países, não fugindo à esta regra o Brasil. A questão que dita o preconceito enraizado no país tem íntima relação com o desvirtuamento do modelo. As constantes irregularidades praticadas não podem afastar os benefícios que esse sistema possibilita.

A terceirização de serviços públicos, quando feita de forma planejada e com gestão eficiente, é capaz de mitigar os erros e preconceitos, tornando eficaz, eficiente e trazendo efetividade à prestação, possibilitando que o usuário final tenha um serviço de qualidade, sem que o Estado tenha um alto custo.

Em atendimento à dinâmica socioeconômica brasileira, o redimensionamento do Estado tem sido um dos grandes entraves dos gestores públicos. Por outro lado, a Lei de Responsabilidade Fiscal – que impõe limite de gastos com funcionários públicos – pressiona os gestores para reduzirem o quantitativo do funcionalismo público efetivo. Contrapondo-se essas regras, o significativo crescimento dos serviços públicos implica em um confronto desleal e perigoso.

Aliado a tudo isso, a má gestão pública – utilizando-se de eufemismo – impôs aos servidores públicos penas severas, tais como trabalhar mais de 3 (três) meses sem receber seus salários (a título de exemplo, o que ocorreu no Rio de Janeiro, em 2016³⁵); programas de demissão em massa (Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil e Correios, ocorridos naquele mesmo ano), além de não afastar a possibilidade de mais de 9 (nove) Estados não conseguirem honrar com os salários de

³⁴ MONTEIRO DA SILVA, D., *Terceirização na Administração Pública como Instrumento Estratégico de Gestão*, Curitiba, Editora Juruá, 2014.

³⁵ Notícia disponível em <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/04/com-500-mil-servidores-sem-salarios-rj-ja-sente-efeitos-da-greve-geral.html>

seus servidores. Quando se transfere essa realidade para os mais de 5.500 municípios brasileiros³⁶, a situação fica ainda mais crítica e assustadora.

Dessa forma, ao contrário dos abusos perpetrados, a terceirização não deve ser utilizada para fraudar o concurso público – normalmente adulterado mediante REDA –, mas sim, para buscar um redimensionamento do Estado, através de instrumento estratégico de gestão.

Em suma, ao mesmo tempo em que o Estado não pode parar suas atividades, a desestatização tem se mostrado um ‘mal necessário’, na esperança de que os direitos sociais sejam garantidos aos cidadãos, principalmente àqueles que necessitam da assistência estatal.

Em apertada síntese, conclui-se que não faltam razões legais para a terceirização, as quais superam a divisão de atividades finalísticas e de meio, absolutamente ultrapassada, em razão das recentes mudanças legislativas e jurisprudenciais.

Diante do exposto, além dos benefícios inerentes à terceirização privada, a maior vantagem que a terceirização de serviços públicos possibilita é em relação à gestão pública, que vem, ao longo dos anos, mostrando-se precária e ineficiente.

Não obstante, convencionou-se genericamente que não era possível contratar terceiros para a atividade finalística. A partir daí passou-se a delegar funções indispensáveis e menos importantes para terceiros. Essa, entretanto, é a visão mais simplista da terceirização, que traz o enfoque apenas na dualidade entre atividade-fim e atividade-meio.

A terceirização deve, ao invés disso, ser vista como instrumento capaz de implementar o aumento no quantitativo e melhoria na qualidade da produção, com significativa redução de custos, sem distinguir o que é atividade-fim da atividade-meio. Ou seja, deve haver com a implantação do modelo a otimização sem que haja descumprimento dos direitos sociais dos trabalhadores envolvidos no contrato. Por essa lógica, a terceirização não deve ser restrita às atividades tidas como menos importantes, até mesmo para que possibilite novos empregos – ou trabalho (no caso de cooperativas) – aos milhões de desempregados brasileiros.

No Poder Público, a implementação desse fenômeno inspira os mesmos objetivos do setor privado, pois com o aumento do rol de serviços prestados pelo Estado, a prestação exclusiva através do aparato estatal tornou-se inviável. Mas, por outro lado, exige uma série de cuidados, de forma que os erros não sejam repetidos.

A terceirização poderá ser o elemento necessário para uma prestação de serviços públicos mais eficaz, que atenda aos anseios da população, principalmente

³⁶ De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, IBGE, atualmente o Brasil é composto de 5.570 municípios distribuídos em 26 Estados. Informações disponíveis em https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/indicadores_sociais_municipais/tabela1a.shtm.

aquela que depende da assistência do Estado, contanto que sejam obedecidas as regras do serviço público e, o mais importante, sejam evitados os desvios de finalidade, tão desagradável para qualquer relação, mormente as públicas.

Por outro lado, tem-se discutido muito as recentes alterações na legislação trabalhista brasileira.

Nesse aspecto, é bom lembrar que, desde 2012, quando foi promulgada a Lei nº 12.690/2012³⁷, a qual dispõe sobre a organização e funcionamento das cooperativas de trabalho, o legislador já demonstrava especial interesse sobre a temática trabalhista, notadamente no que diz respeito à necessidade de adequação às novas demandas, além de regulamentar uma espécie de trabalho, diferente da relação de emprego.

Em que pese a Lei nº 5.764³⁸ tratar de forma ampla sobre cooperativismo, desde sua promulgação, em 1971, não havia no ordenamento pátrio nada significativo sobre o tema. A Lei nº 12.690/2012 veio, portanto, promover de forma coerente o fomento ao cooperativismo, no sentido amplo do vocábulo.

Por outro lado, o legislativo promoveu alterações significativas nas relações de trabalho, com a promulgação da Lei de Terceirização e as inovações na legislação trabalhista.

Alguns críticos de plantão tentam impor, de forma desarrazoada, que as leis vieram precarizar ainda mais as relações de trabalho, o que parece mera crítica dualista, sem um debate mais aprofundado. O problema das relações de trabalho é muito mais amplo do que a dicotomia esquerda \times direita; ou mesmo a dicotomia empregador \times empregados.

O ilustre doutrinador Richard Sennett, Professor da Universidade de Cambridge, trata da cooperação fraca em sua obra intitulada “Juntos, os Rituais, os Prazeres e a Política da Cooperação”³⁹. Neste trabalho, é tratado o isolamento com o inimigo óbvio da cooperação, citando-se o efeito silo, contrapondo o estoque de desocupados com os trabalhadores dos silos, que não se comunicam entre si. Mais adiante, elenca o efeito silo na moderna gestão, comparando-o com um efeito estrutural integrado às organizações de esquerda política, funcionando de cima para baixo⁴⁰.

³⁷ Texto disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12690.htm.

³⁸ Texto disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5764.htm.

³⁹ SENNET, R., *Juntos, os Rituais, os Prazeres e a Política da Cooperação*, Rio de Janeiro, Editora Record, 2015.

⁴⁰ Faz-se necessário elogiar a iniciativa da Universidade Federal do Recôncavo da Bahia (UFRB), que em 2008 criou o Curso de Tecnologia em Gestão de Cooperativas, com ênfase na economia solidária, vez que as universidades brasileiras não tratam especificamente do tema. Situação grave ocorre durante os cursos de Direito, que, ao mencionar o tema, referem-se somente às fraudes trabalhistas. Ou seja, só observam o lado negativo, sem trazer ao estudante uma análise mais aprofundada.

O cooperativismo é vítima de um conceito prévio e equivocado de que toda cooperativa é ilícita e, quando se fala em trabalho, perpassando necessariamente pela terceirização, *o pré-conceito é ainda maior*. Além disso, falta espírito de cooperação, também ilustrado como ‘cooperação cooperativa’, de acordo com o autor Dieter Benecke⁴¹.

Existe, há algum tempo, uma crise de identidade nas relações cooperativas, que surgem desde a ausência de referida cooperação cooperativa, até mesmo a ausência de interesse nas cooperativas em si.

Sobre o tema, é bom realizar uma digressão histórica, lembrando que a terceirização no Brasil surgiu como modelo que visava ofertar mão de obra a terceiros e, por conta da constante falta de trabalho para todos os cidadãos, aqueles mais capciosos se beneficiavam da mão de obra barata, precarizando-a para atender a serviços menores.

Essa lógica precisa ser mudada, e para que isso aconteça a cooperativa deve surgir dos anseios de um grupo específico que pretendam fazer uso de seus serviços e instalações em benefício comum. Segundo Benecke, essa identidade é intencional e pressuposto elementar para a cooperação cooperativa.

Nessa lógica, a cooperativa não deve surgir para atender a interesses de terceiros, sejam eles empresários, tomadores dos serviços – muitas das vezes gestores públicos – ou compradores dos produtos. O primeiro e mais importante ponto nas relações cooperativas diz respeito, portanto, à identidade cooperativa, mediante espírito de cooperação cooperativa.

Em outro enfoque diferente do que vem sendo difundido, a cooperativa pode – e deve – gerar excedentes. A diferença, entretanto, de uma cooperativa para uma empresa comum é que o lucro deve ser repartido de forma proporcional às operações, não permanecer nas mãos de poucos.

Nas cooperativas, os donos são todos os associados que ingressam com seu capital – normalmente o seu trabalho – e têm como expectativas assegurar a produção de serviços e bens dos membros.

O ritmo e a marcha da cooperativa devem ser ditados pelos associados e não pela diretoria. Para isso, a Lei estabeleceu como órgão maior nas entidades cooperativas as assembleias gerais, ou seja, a tomada de decisões é conjunta e não individualizada.

A relação operacional entre os associados possibilita a fixação de condições de desenvolvimento dos negócios cooperativos. No entanto, a crise de identidade tem afetado esta relação, contribuindo para o aumento significativo do preconceito contra o modelo.

⁴¹ BENECKE, Dieter W., *Cooperação & desenvolvimento: o papel das cooperativas no processo de desenvolvimento econômico nos países do Terceiro Mundo*, Porto Alegre, Coojornal, 1980.

É necessário lembrar que a cooperativa deve ser constituída para beneficiar seus associados, não para suprir interesses de terceiros. Mas, mesmo quando são criadas para beneficiar seus associados, estes devem entender o espírito da cooperação cooperativa, o qual inclui necessariamente a escolha da estratégia econômica e da gestão a ser implantada.

A aspiração econômica não pode – e nem deve – ser subjugada por interesses de uma minoria, nem muito menos de terceiros. A força da cooperativa vem, portanto, do espírito de cooperação e do comprometimento dos associados, os quais, na maioria das vezes, sujeitam-se à subserviência, e, por comodidade, *não buscam despertar e obter as aspirações econômicas*.

Por outro lado, é fato público e notório que o amplo contingente de trabalhadores disponíveis no mercado está fadado a exercer trabalhos parciais ou temporários, sendo que grande parte encontram-se desocupados, como pontua Robert Castel⁴².

Essa lógica tem imposto uma precarização nas relações de trabalho, pois o trabalhador – sempre menos favorecido na relação – busca a sobrevivência, através do mínimo, submetendo-se à estas condições.

De acordo com o autor Ricardo Antunes⁴³, o exemplo das cooperativas talvez seja ainda o mais eloquente para superarmos isso. Conforme entendimentos do estudioso, o que se deve combater é a criação de falsas cooperativas pelo capital, não a ideia das cooperativas.

O empreendedorismo e, sobretudo, o fortalecimento da cooperação cooperativa são as melhores armas para combatermos a precarização nas relações de trabalho.

Arrematando o tema, impõe asseverar que as cooperativas não são apenas um modelo alternativo, porém consistem na emancipação do trabalhador e na busca incessante por melhores condições, as quais não se confundem com os direitos e garantias dos trabalhadores na modalidade de emprego. O que falta, entretanto, é a conscientização sobre isso por parte dos cooperados e o apoio, fomento e divulgação do verdadeiro cooperativismo.

Uma das soluções importantes nesse intento é a criação de cursos de gestão cooperativa, por exemplo, pois consistirá na preparação daqueles que contribuirão para o desenvolvimento sustentável do cooperativismo, através da formação de profissionais que serão o futuro de um modelo que está desgastado e necessita de uma metamorfose.

⁴² CASTEL, R., *As transformações da questão social*, In: BOGUS, L.; YAZBEK, M. C.; BELFIORE-WANDERLEY, M., *Desigualdade e a questão social*, São Paulo, Educ, 1997.

⁴³ ANTUNES, R., *O adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*, Campinas, Cortez, 1995.

O grave problema do desconhecimento quanto à gestão de uma cooperativa e sobre qual modelo e estratégia econômica devem ser seguidos impõe a desastrosa falência do modelo cooperativista e precisa ser combatido.

Por outro lado, a falta de apoio e fomento do Estado, em clara violação às normas constitucionais, complementam a crise de identidade, sobretudo, na consecução dos objetivos cooperativistas.

Por derradeiro, e não poderia deixar de ser, as fraudes nas relações, os desvios de finalidade e de conduta impedem que haja, ao menos, uma contribuição do modelo de terceirização pública cooperativista.

1. Análise da jurisprudência

A jurisprudência majoritária tem caminhado para o reconhecimento de terceirizações fraudulentas. Neste ponto, a transcrição de alguns julgados faz-se importante para realização de comparativo, assim como de comentários acerca deles.

Os exemplos, com trechos a seguir transcritos, são de dois processos transitados no ordenamento jurídico brasileiro. No primeiro, o Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região reconheceu a ilicitude da terceirização e manteve a decisão de piso, com reconhecimento de vínculo empregatício com a cooperativa. Já no segundo, o mesmo Tribunal manteve o reconhecimento de ilicitude na terceirização, tendo, no entanto, declarado o vínculo com o tomador dos serviços:

Neste primeiro julgado, os autos de nº 000284-48.2015.5.05.0121 (RO)⁴⁴ versam sobre intermediação de mão de obra fraudulenta em cooperativa, cujo vínculo de emprego direto fora reconhecido pelo egrégio Tribunal:

PROCESSO nº 0000284-48.2015.5.05.0121 (RO)
RECORRENTE: REDESAUDE COOPERATIVA DE TRABALHO
RECORRIDO: LENILDA MARIA DE ALMEIDA, MUNICIPIO DE CANDEIAS.
RELATORA: Desembargadora MARGARETH RODRIGUES COSTA
VÍNCULO DE EMPREGO DIRETO RECONHECIDO.
INTERMEDIÇÃO DE MÃO DE OBRA FRAUDULENTO. COOPERATIVA. Diante da inobservância dos fins do cooperativismo, na medida em que a cooperativa atuou apenas como mera intermediadora de mão de obra para a consecução de atividades-fim da tomadora de serviços, além de comprovada a existência dos elementos caracterizadores do contrato de emprego, reconhece-se o vínculo direto com a cooperativa e beneficiária do trabalho da ex-empregada.

⁴⁴ Texto na íntegra disponível em <https://www.trt5.jus.br/jurisprudencia>.

Neste outro exemplo, Recurso ordinário nº 000672-21.2010.5.05.0025⁴⁵, versa sobre reconhecimento de vínculo empregatício com o tomador de serviços.

1ª. TURMA

RECURSO ORDINÁRIO Nº 0000672-21.2010.5.05.0025

RECORRENTE(s): Provencoop - Cooperativa de Trabalho de Vendas, Cobrança e Áreas Afins e Outros (1)

RECORRIDO(s): Elisabete Rodrigues dos Santos, Provencoop – Cooperativa de Trabalho de Vendas, Cobrança e Áreas Afins e Outro (1)

RELATOR(A): Desembargador(a) ELISA AMADO COOPERATIVA. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM O TOMADOR DE SERVIÇOS. Em face do princípio da primazia da realidade, apenas se pode conferir ao art. 442 da CLT, no seu parágrafo único, presunção relativa da inexistência de vínculo de emprego, pois, uma vez afastada a efetiva relação cooperativista que envolve o trabalhador, há que aflorar a relação empregatícia camuflada sob a utilização fraudulenta de tal instituto jurídico.

A Terceira decisão, por seu turno, tem como elemento fulcral o reconhecimento da legalidade da cooperativa, em razão da prova documental apresentada, como se observa a seguir:

2ª. TURMA

RECURSO ORDINÁRIO Nº 0001132-73.2012.5.05.0401RecOrd

RECORRENTE: COOFSAUDE - COOPERATIVA FEIRENSE DE SAUDE

RECORRIDOS: LUCIANO SILVA AGUIAR E OUTROS (1)

RELATORA: DESEMBARGADORA DALILA ANDRADE COOPERATIVA. RELAÇÃO DE EMPREGO. INEXISTÊNCIA.

Comprovado, nos autos, através da documentação trazida pela acionada, a regular constituição da cooperativa, a adesão espontânea do autor ao sistema de cooperativismo, bem como o atendimento de princípios como os da dupla qualidade e o da retribuição pessoal diferenciada, cumpria ao autor provar a existência da fraude alegada. Não se desencilhando o demandante do seu ônus probatório, deve incidir, na espécie, a regra contida no parágrafo único do art.442 da CLT, segundo a qual “qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não

⁴⁵ Texto integral disponível em <https://trt-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/158328474/recurso-ordinario-record-6277020125050017-ba-0000627-7020125050017/inteiro-teor-158328482?ref=amp>

existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviço daquela”.

[...]

A quarta decisão, de primeiro grau, trouxe um entendimento de reconhecimento de fraude na relação, mas aplicou a regra da Súmula nº 363, reconhecendo o vínculo com o ente público e declarando-o nulo, sendo devido apenas o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e eventual saldo de salário, conforme fundamentação constante no trecho a seguir transcrito:

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO

4ª Vara do Trabalho de Feira de Santana

RTOrd 0000765-78.2018.5.05.0194

RECLAMANTE: LHAIZ ANDRADE DA SILVA FREITAS

RECLAMADO: REDESAUDE COOPERATIVA DE TRABALHO,
FUNDACAO HOSPITALAR DE FEIRA DE SANTANA

SENTENÇA

Vistos etc.

[...]

Com efeito, conforme confessado pela Autora e reafirmado pela testemunha inquirida, inexistia subordinação da reclamante à primeira reclamada, mas sim, com ente público municipal, em relação ao qual não houve o pleito de reconhecimento do vínculo de emprego, em função do óbice constitucional a isto. A reclamante, segundo a sua tese, portanto, teria sido beneficiada por um vínculo trabalhista com um ente público, com a coparticipação de um terceiro, sem a submissão ao concurso público, pretendendo, por vias transversas, garantir todos os benefícios trabalhistas que teria se a relação jurídica trabalhista mantida fosse idônea.

Entretanto, isso não é possível, reconhecendo-se, em tais casos, o direito apenas ao salário contratado e ao FGTS, conforme Súmula n.º 363 do C. TST, quando pleiteado o vínculo direto com o ente público. Ressalte-se que, no presente caso, os depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço constam no rol de pedidos, todavia, ele foi pleiteado a partir do reconhecimento de um vínculo de emprego com a reclamada, o qual inexistente, merecendo, portanto, tal pedido a mesma sorte dos demais [...].

Antes de adentrar no mérito da presente análise, é importante esclarecer que não serão analisadas questões processuais, tais como dinâmica probatória ou

omissões nos julgados, além de possíveis violações a outros dispositivos processuais. O foco do presente artigo é tratar da questão do vínculo e dos regramentos legais inerentes a esta questão crucial no deslinde do feito. Elementos muitas vezes sobrepostos por um conceito prévio e equivocado, que em alguns casos pode levar à tergiversação. Ou seja, os julgados não serão analisados por completo, apenas serão tratados para promover referência as formas de vínculo (ou de sua inexistência) em casos de terceirização de atividades por ente público.

De outro giro, frise-se que, malgrado a vertente aqui abordada seja no âmbito público e, mesmo havendo um dos julgados que trata da terceirização sob o enfoque privado, a análise conjugada e a obtenção de premissas adotadas no mencionado *decisum* servem como elementos para análise completa e adequada do tema aqui abordado.

Sem querer fugir do debate, com a intenção de atingir brevemente o objetivo e, em razão da limitação de espaço no presente artigo, partir-se-á do pressuposto que todas as decisões analisaram corretamente a dinâmica probatória, as questões processuais – tais como causa de pedir, pedidos, dentre outros – e os fatos ali tratados se tornaram incontrovertidos.

Superadas essas questões meramente processuais, tem-se na primeira decisão o reconhecimento de vínculo com a cooperativa (terceirizada). Alerta-se, entretanto, que como vem ocorrendo reiteradamente, os reclamantes apenas ajuízam a demanda contra a terceirizada, sem incluir no polo passivo o município tomador.

Esclareça-se, ainda, que tal fato não impediria a aplicabilidade dos dispositivos inerentes ao caso e, em caso de reconhecimento do *labor* direto com ente público tomador – o que deveria ter ocorrido –, julgar a ação improcedente.

Neste ponto, vale lembrar-se do provérbio latim “*Dormienti bus non succurrit jus*”, ou seja, o direito não socorre a quem dorme. Portanto, se o trabalhador/reclamante não acionou o tomador, pagará o ônus dessa escolha.

Acrescente-se, ainda, que tal atitude, fartamente difundida pelos trabalhadores públicos/reclamantes, tem como objetivo manter-se vinculado ao ente público, muitas das vezes por indicação política, perpetuando-se no serviço público sem submeter-se ao concurso público constitucionalmente imposto pelo art. 37, inciso II da Carta Magna⁴⁶.

Ou seja, o Trabalhador/Reclamante utiliza-se de uma suposta torpeza para ter direitos empregatícios garantidos numa relação iminentemente pública, da qual tinha conhecimento desde seu início.

Em relação à natureza pública da relação, registre-se que a decisão do primeiro julgado violou objetiva e diretamente a regra constante no art. 8º da CLT, pois o

⁴⁶ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

interesse particular (reconhecimento de vínculo empregatício e a condenação ao pagamento de suas consectárias verbas) sobrepôs o interesse público (prestação de serviços públicos mediante terceirização), uma vez que não considerou o contrato de prestação de serviços firmado com o ente público e a cooperativa, oriundo de regular processo licitatório. *In verbis*⁴⁷:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Sobre o tema, é de suma importância trazer a lume que existem duas Súmulas que tratam da matéria, oriundas do TST: a primeira delas, nº 331, recentemente revogada, ainda vigia na época do julgado, a segunda, nº 363, ainda vigente.

A Súmula nº 331⁴⁸ trazia o seguinte entendimento jurisprudencial:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I. A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

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

III. Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV. O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços

⁴⁷ Texto disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm

⁴⁸ Disponível em http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html.

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 n.º 8.666, de 21.06.1993, 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.

VI. A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Já a Súmula n.º 363⁴⁹, assevera:

CONTRATO NULO. EFEITOS. 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.

Da análise conjugada dos dois verbetes, percebe-se que, em caso de fraude na terceirização em que o ente público é o tomador dos serviços, deve haver a declaração de nulidade – o que ocorreu no primeiro julgado adrede transcrito –, mas o vínculo não deveria ter sido reconhecido com o ente cooperativo, até mesmo em razão da regra do art. 442, parágrafo único da CLT⁵⁰, a seguir transcrito:

[...]

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.

⁴⁹ Disponível em http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-363.

⁵⁰ BRASIL, Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, *Aprova da Consolidação das Leis do Trabalho*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm.

Com efeito, a decisão do primeiro processo, malgrado tenha sido acertada quanto ao reconhecimento da fraude na terceirização, trouxe entendimento – *data venia* – equivocado, ao manter o reconhecimento de vínculo com o ente cooperativo.

Pontue-se, por ser de extrema importância, que o trabalhador que se submete a uma relação de terceirização junto a ente público não pode escusar-se de conhecer a lei e, por conta disso, alegar fraude numa relação da qual fora beneficiário, laborando no serviço público, sem submeter-se a concurso, muitas vezes mediante indicação política.

Nesses casos, normalmente a fraude vem do próprio ente público, que burla o concurso público para realizar indicações político-partidárias, burlando, assim, a regra do art. 37 da Carta Magna.

Os julgados, entretanto, não têm tido uma análise mais aprofundada sobre o tema e, por conta disso, têm aplicado as regras da relação de trabalho aos trabalhadores terceirizados de entes públicos, sem considerar a regra do art. 8º, da CLT.

Retornando mais uma vez que a Constituição Federal, aclare-se que em seu art. 37, traz os princípios da legalidade, moralidade, dentre outros e, a par disso, aponta que a terceirização deve vir precedida de processo licitatório. Mas, em grave violação destes institutos, o serviço público vem sendo transferido a terceiros, algumas vezes com desvio de finalidade e de conduta e, mesmo sendo realizada a regular licitação, os trabalhadores são arrematados por indicação política, em clara infração ao princípio da impessoalidade.

O mais grave é que o judiciário está interferindo numa relação nitidamente pública para garantir direitos empregatícios a trabalhadores que se beneficiam de uma fraude – reconhecida por eles próprios, que confessam a indicação política e usam artifícios não republicanos como não acionar os entes públicos para perpetuarem-se nas funções públicas –, sem considerar a natureza pública da relação.

Nada contra a declaração da fraude, quando ela ocorre, mas é grave aplicar regras privadas numa relação laboral iminentemente pública.

A análise das decisões não tem o condão de questionar a honradez dos membros do Tribunal Regional da 5º Região, muito menos dos advogados ajuízam as demandas. O que se busca é demonstrar que a análise conjugada dos dispositivos aventados deve guardar uma especial vinculação com o art. 8º da CLT, que não por acaso foi inserido logo na primeira parte da Consolidação das Leis Trabalhistas.

Anote-se que o Tribunal Superior do Trabalho (TST), em seus precedentes, vem julgando a partir da diferenciação entre contratação direta e indireta pelo ente público do trabalhador, sendo o caso de aplicação da Súmula n.º 363, que limita as parcelas devidas em face da nulidade da contratação, quando evidenciada a contratação direta do trabalhador pelo ente público, ou seja, quando aquele não tenha sido antecipadamente contratado por ente privado para uma relação jurídica

válida, e, posteriormente, transferido para o ente público. Com efeito, a solução da lide perpassa pela ciência ou não do trabalhador de que sua contratação está ocorrendo desde o início, mesmo que por vias transversas— e às vezes lícita —, sem a prévia submissão ao concurso público, com o ente público.

Pois bem, nos termos do artigo 442 da CLT, não existe vínculo de emprego entre cooperativa e cooperados. Todavia, como bem observa o Prof. Maurício Godinho Delgado⁵¹ ao abordar o tema: “não se trata de uma excludente legal absoluta, mas de simples presunção relativa de ausência de vínculo de emprego, caso exista efetiva relação cooperativista envolvendo o trabalhador lato sensu”. Destarte, cabe ao julgador, analisando cada caso isoladamente, verificar se estão presentes ou não os requisitos do artigo 3º da CLT, se certificando se o trabalho através de cooperativa não mascara o vínculo de emprego com esta, impedindo a aplicação das normas trabalhistas.

Nesta trilha, bem dispõe a CLT, art. 8º, que na falta de disposições legais ou contratuais específicas, deve o magistrado decidir sempre “de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”. Trata-se de evidente *bis in idem*, desprovido de qualquer lastro legal ou constitucional, em flagrante violação ao princípio da vedação do enriquecimento sem causa, pois o trabalhador labora diretamente para o ente público, em clara prestação de serviços públicos, sem sujeitar-se ao concurso público, para depois, à sua conveniência, alegar fraude, para obter direitos dos quais sabia não estarem vinculados ao tipo de vínculo que obtiveram.

Portanto, fazem-se necessário trazer à tona os regramentos licitatórios relacionados à prestação de serviços contínuos.

No âmbito federal, a Lei nº 8.666/1993⁵² traz em seu art. 2º a impositividade de licitação para prestação de serviços:

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

⁵¹ DELGADO, M. C., *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo, Ltr, 2009, p. 314.

⁵² BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, *Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm.

Já o art. 57, II de aludida Lei trata do prazo da prestação:

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

[...]

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses; [...]

Portanto, há o mesmo entendimento do art. 37, adrede mencionado, o que implica dizer que a relação será regulada pelo contrato administrativo firmado entre as partes e poderá ter o prazo de duração prorrogado, por no máximo 60 (sessenta) meses, quando se tratar de serviços contínuos.

Tais dispositivos afastam, prontamente, a premissa equivocada adotada nas decisões judiciais, pela qual se reconhece a nulidade e, ao mesmo tempo, declara-se o vínculo de emprego com a terceirizada, posto que, diferente do que consta, por exemplo, no primeiro julgado, não se pode admitir uma relação de emprego, quando na verdade, mesmo sendo fraudulenta, se deu com ente público. Em razão disso, deveria ser utilizada a regra do art. 8º, da CLT, em conjunto com a Súmula nº 363, do TST, além da revogada Súmula nº 331. Mas, ao contrário disso, o TRT 5ª Região vem reiteradamente reconhecendo o vínculo com a terceirizada, algumas vezes cooperativa, sem considerar as regras de direito público aqui enunciadas.

Nesse caso, há de ser ponderado pelo judiciário trabalhista que o trabalhador não foi ludibriado numa prestação eminentemente privada, mas sim numa relação pública, que sujeita o gestor à algumas regras inerentes à gestão pública, notadamente a lei de responsabilidade fiscal, que impõe cautelas e cuidados do gestor, que normalmente não se vale destes preceitos e comete irregularidades – para não dizer o mais.

De mais a mais, é imprescindível trazer a lume que essas decisões não apenas tornam o serviço mais caro, mas sobretudo, melindram as relações de trabalho de um modo geral, pois garante direito a poucos e impede novas contratações.

Perceba, que não à toa, o Ministério Público Estadual – que não possui competência para apreciar questões trabalhistas – vem usurpando a competência da justiça trabalhista para ajuizar demandas (Ações Cíveis Públicas) utilizando-se com argumento a suposta fraude nas relações de trabalho, buscando a realização de concurso público para todo e qualquer serviço público.

Tal atitude viola, sobretudo, o art. 10º do Decreto-Lei nº 200/1967⁵³, que aponta para a descentralização das atividades públicas, através de prestação de serviços por terceiros. Além disso, esse pensamento pequeno – *data venia* – viola diretamente regras constitucionais e legais, que permitem direta e objetivamente a prestação, a exemplo dos arts. 197 e 199 da CF, que tratam de permitir a terceirização de serviços públicos de saúde.

Ou seja, a cíclica má gestão – tratada em outro artigo anteriormente escrito por este autor – tem fomentado a atuação do judiciário, que em busca de um modelo mais fácil, tem sido omissivo quanto a regras básicas da administração pública, na tentativa de impor, sem razoabilidade, diga-se de passagem, a realização de concurso público para tudo.

Na verdade, o que falta é que o gestor se programe, ouça os conselhos municipais e estaduais, busque eficiência, eficácia e efetividade no serviço público e, principalmente utilize a terceirização como instrumento estratégico de gestão, como leciona Danny Monteiro.

Retornando aos julgados, tem-se que o terceiro julgado, diferente dos anteriores, traz a legalidade da relação cooperativa e julga a demanda improcedente, em razão do não desvirtuamento do vínculo não empregatício havido entre as partes.

É importante destacar que a má utilização de cooperativas na terceirização de serviços públicos é consequência do desvirtuamento do modelo, que vem, de forma irresponsável, sendo utilizado como escudo para proteger desvios de finalidade, em especial a burla ao concurso e o assistencialismo político, que dá ensejo à violação do princípio da isonomia e da legalidade, a partir do momento em que os gestores utilizam-se deste modelo para indicar eleitores para funções públicas.

Não à toa, o Ministério Público Estadual da Bahia tem adotado medidas enérgicas contra os gestores, inclusive com o ajuizamento de Ações Cíveis Públicas contra a desenfreada contratação de trabalhadores/eleitores sem qualquer seleção, burlando não apenas o instituto do concurso público, garantido constitucionalmente, mas sobretudo, a moral e os bons costumes, através de indicações e apadrinhamentos.

Em que pese a legalidade da terceirização de serviços públicos via cooperativas ser patente, sua utilização irregular e os consequentes abusos perpetrados não podem – e nem devem – servir como justificativa para eliminar esse modelo de aplicação ampla e irreversível, que, diferente do que vêm disseminando os contrários à medida, contribui significativamente e de modo positivo para o desenvolvimento econômico brasileiro.

⁵³ BRASIL, Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, *Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm.

Diversos diplomas legais foram mencionados ao longo do artigo, assim como as razões de utilização desse sistema, mas de outro giro, não foram contrapostos os equívocos disseminados, que analisam a terceirização apenas pelos casos que não deram certo. A análise destes casos deve servir como exemplo do que não fazer e, mais do que isso, subsidiar a correção dos erros anteriormente praticados.

Dizer que a terceirização de serviços públicos através de cooperativas tem como resultado apenas a precarização das relações de trabalho ou a redução de custos é fechar os olhos para a possibilidade de o trabalhador ter uma oportunidade de trabalho, mesmo diante da crise atualmente vivida. O índice de desemprego chegou a patamar insustentável, pois conforme a última Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD)⁵⁴, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), este índice supera os 12 (doze) milhões. Ainda que esse número esteja reduzido em relação ao mesmo período do ano de 2017, ainda indica um número alarmante.

Essa situação, aliada ao fato de que os entes da administração pública têm tido dificuldades de custear os salários – e contribuições previdenciárias – de seus funcionários estatutários, demonstra que o fenômeno da terceirização, entendido até aqui como modelo de transferência a terceiros de atividades visando maior eficiência, é irreversível e merece especial destaque, podendo ser inclusive uma forma de superar o aumento significativo nos desocupados, ou, conforme denominação proposta pelo autor Robert Castel (2018), dos supranumerários.

Maior prova disso consta da própria PNAD, que aponta um decréscimo no quantitativo do trabalho por conta própria, no qual está inserido o trabalhador autônomo e o cooperado.

Conforme relatado anteriormente, em 2016 foram implantados programas de demissão voluntária de empregados públicos, em especial dos Correios, da Caixa Econômica Federal e do Banco do Brasil. Tais programas vieram sob a justificativa de adaptação ao mercado, com o objetivo de tornar as mencionadas empresas mais competitivas em relação às empresas privadas. Por essa lógica, Robert Castel (2018) está correto ao afirmar que pior do que o desemprego é a precarização das relações de trabalho. No entanto, esta não pode ser vista exclusivamente sob o enfoque da relação de emprego, que – repita-se insistentemente – objetiva garantir condições mínimas ao trabalhador.

A propósito da atual situação econômica, impõe-se evidenciar que recentes alterações legislativas buscaram a flexibilização das leis trabalhistas, sob o pretenso argumento de minimizar o crescente índice da taxa de desocupação através do aumento na produtividade da economia e na redução de custos para os empresários.

⁵⁴ Disponível em <https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2015/default.shtm>.

Talvez essa seja a maior precarização que as relações de trabalho podem sofrer, juntamente com a desocupação desenfreada que assola o país.

Ainda é importante evidenciar que a máquina – Estado – não tem condições de prestar, com eficiência e eficácia, todos os serviços que é obrigada. Visando efetividade na prestação, o Decreto-Lei nº 200/1967 já estabelecia que a Administração Pública deverá buscar, sempre que possível, a descentralização das atividades, focando nas atividades de planejamento, coordenação, supervisão e controle.

Entre mitos e verdades, é imperioso destacar, de forma insistente, que a terceirização de serviços públicos via cooperativas é legal e sua utilização deve guardar certas precauções e, para que seja eficaz, eficiente e haja efetividade nos serviços, há de ser planejada e utilizada de acordo com uma estratégia de gestão. É, pois, a terceirização um modelo que pode contribuir significativamente para uma melhor prestação ao usuário final dos serviços públicos, notadamente os de caráter essencial.

Nesse diapasão, vale ressaltar que as cooperativas não são apenas um modelo alternativo, mas consistem na emancipação do trabalhador e na busca incessante por melhores condições, que não se confundem com os direitos e garantias dos trabalhadores na modalidade de emprego, devendo, por essas razões, ser mais e melhor utilizada.

O que falta, entretanto, é a conscientização por parte dos cooperados, que na verdade não possuem o espírito de cooperação, primordial nesse tipo de sociedade, auxiliando na divulgação do verdadeiro cooperativismo, além, sobretudo, da conscientização dos gestores públicos, que devem ter cuidados específicos e, o mais importante, suprir a falta de apoio e fomento do Estado, em clara violação às normas constitucionais. Tudo isso complementa a crise de identidade, sobretudo, na consecução dos objetivos cooperativistas.

Extirpar os erros na terceirização impõe, necessariamente, que o emprego de tal instituto seja devidamente estabelecido na proporção apropriada, sem utilização desmedida e com planejamento estratégico. O Estado deve exercer seu papel institucional e, ao mesmo tempo, assegurar ao cidadão garantias sociais adequadas, não as mínimas, tão comumente oferecidas.

Ressalta-se que o trabalhador deve ter seus direitos sociais respeitados e a possibilidade de um ofício digno e lícito. O Estado tem a capilaridade necessária para possibilitar estes serviços, mas deve, por sua vez, garantir uma desestatização correta, que vise desonerar a máquina pública, sem fugir dos seus objetivos precípuos.

A utilização de institutos antigos no âmbito privado deve ter as cautelas necessárias, desconsiderando-se o subjetivismo e do campo das ideologias. A razão deve pautar a boa gestão, que necessariamente passa pela adoção de uma estratégia. O Administrador deve cercar-se de quadros técnicos, fugindo de todos os

problemas políticos que vieram à tona nos últimos anos, notadamente quando se trata de contratação de cooperativas, sem olvidar de proteger os trabalhadores da tão combatida precarização nas relações de trabalho.

A gestão pública tem por objetivo a impessoalidade, o que implica em admitir que o gestor não possa agir discricionariamente, muito menos visando interesses pessoais, e, ao contrário disso, tem o múnus de espargir qualidade, eficiência, eficácia e efetividade aos serviços públicos.

O cooperativismo de trabalho está, portanto, devidamente capacitado para contribuir com a superação da atual crise na terceirização e nas relações de trabalho. E, quando se trata de terceirização de serviços públicos, a legalidade é incontestada, apesar das críticas vorazes que vêm ocorrendo.

O que deve ser considerado na terceirização de serviços públicos via cooperativa, com a efetiva participação dos conselhos municipais, que trarão a população para a discussão, é como e de que forma contratar cooperativas, além de avaliar para quais serviços especificamente podem ser prestados através desse modelo.

Por derradeiro, é importante destacar que o cooperativismo deve surgir do interesse dos trabalhadores, não de ‘donos’ ou do gestor público interessado apenas em se livrar do problema de gerir os serviços públicos essenciais. Para isso, deve haver participação cooperativa, além do apoio, fomento e incentivo dos entes públicos.

Por último, mas não menos importante, cabe analisar a quarta decisão, que, de forma acertada julgou a demanda improcedente, em virtude da Reclamante não pedir o vínculo com o ente público, mesmo tendo-o acionado.

Conforme se observa do trecho fracionado da referida decisão, abaixo transcrito, percebe-se que a principal premissa da decisão é a regra da Súmula nº 363 e óbice constitucional (art. 37), de reconhecimento de vínculo com o ente público.

Com efeito, conforme confessado pela Autora e reafirmado pela testemunha inquirida, inexistia subordinação da reclamante à primeira reclamada, mas sim, com ente público municipal, em relação ao qual não houve o pleito de reconhecimento do vínculo de emprego, em função do óbice constitucional a isto. A reclamante, segundo a sua tese, portanto, teria sido beneficiada por um vínculo trabalhista com um ente público, com a coparticipação de um terceiro, sem a submissão ao concurso público, pretendendo, por vias transversas, garantir todos os benefícios trabalhistas que teria se a relação jurídica trabalhista mantida fosse idônea.

Entretanto, isso não é possível, reconhecendo-se, em tais casos, o direito apenas ao salário contratado e ao FGTS, conforme Súmula n.º 363 do C. TST, quando pleiteado o vínculo direto com o ente público.

Ressalte-se que, no presente caso, os depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço constam no rol de pedidos, todavia, ele foi pleiteado a partir do reconhecimento de um vínculo de emprego com a reclamada, o qual inexistente, merecendo, portanto, tal pedido a mesma sorte dos demais.

Com efeito, é de bom alvitre evidenciar que a mencionada decisão traz à tona fato o óbice constitucional de reconhecimento de vínculo em relações de natureza pública, para as quais o trabalhador não tenha se sujeitado a concurso público, o que ocorreu na segunda e na terceira relação. E, como dito adrede, caso o trabalhador não acione o ente público – para permanecer beneficiando-se de uma relação ilícita, mediante indicações políticas – o direito não irá socorrê-lo e a demanda será julgada improcedente. Assim, acabar-se-á com a indústria de ações ajuizadas por trabalhadores que se beneficiaram de uma relação pública e, mesmo assim, buscam direitos trabalhistas.

É necessário que o judiciário trabalhista atente-se para isso, de forma que, através de seu controle jurisdicional, possa atuar acertadamente e regular as relações. As condenações ao reconhecimento de vínculo empregatício com as terceirizadas, na maioria das vezes cooperativas, não irá solucionar o problema, mas sim criar um vácuo, que uma hora irá vir à tona e, em alguns casos, inviabilizará o funcionamento do ente público, que possui responsabilidade subsidiária nas contratações. Ou seja, como diz o ditado popular, o tiro irá sair pela culatra.

3 CONCLUSÃO

Extirpar os erros na terceirização impõe, necessariamente, que o emprego de tal instituto seja devidamente estabelecido na proporção apropriada, sem utilização desmedida e com planejamento estratégico. O Estado deve exercer seu papel institucional e, ao mesmo tempo, assegurar ao cidadão garantias sociais adequadas, não as mínimas, tão comumente oferecidas.

Ressalta-se que o trabalhador deve ter seus direitos sociais respeitados e a possibilidade de um ofício digno e lícito. O Estado tem a capilaridade necessária para possibilitar estes serviços, mas deve, por sua vez, garantir uma desestatização correta, que vise desonerar a máquina pública, sem fugir dos seus objetivos precípuos.

A utilização de institutos antigos no âmbito privado deve ter as cautelas necessárias, desconsiderando-se o subjetivismo e do campo das ideologias. A razão deve pautar a boa gestão, que necessariamente passa pela adoção de uma estratégia. O Administrador deve cercar-se de quadros técnicos, fugindo de todos os problemas políticos que vieram à tona nos últimos anos, notadamente quando se

trata de contratação de cooperativas, sem olvidar de proteger os trabalhadores da tão combatida precarização nas relações de trabalho.

A gestão pública tem por objetivo a impessoalidade, o que implica em admitir que o gestor não pode agir discricionariamente, muito menos visando interesses pessoais e, ao contrário disso, tem o *múnus* de espargir qualidade, eficiência, eficácia e efetividade aos serviços públicos.

O cooperativismo de trabalho está, portanto, devidamente capacitado para contribuir com a superação da atual crise na terceirização e nas relações de trabalho. E, quando se trata de terceirização de serviços públicos, a legalidade é incontestada, apesar das críticas vorazes que vêm ocorrendo.

O que deve ser considerado na terceirização de serviços públicos via cooperativa, com a efetiva participação dos Conselhos Municipais, que trarão a população para a discussão, é como e de que forma contratar cooperativas, além de avaliar para quais serviços especificamente podem ser prestados através desse modelo.

Por derradeiro, é importante destacar que o cooperativismo deve surgir do interesse dos trabalhadores, não de ‘donos’ ou do gestor público interessado apenas em se livrar do problema de gerir os serviços públicos essenciais. Para isso, deve haver participação cooperativa, além do apoio, fomento e incentivo dos entes públicos.

Nessa lógica, o judiciário trabalhista não pode – e nem deve – beneficiar os trabalhadores, sob o preceito de proteger a parte mais fraca, através do princípio do *in dubio pro operário*, sobrepondo-se à regra do art. 8º da CLT, que impõe a superioridade do interesse público e, em caso de desvio de finalidade ou de conduta, que seja aplicada a regra do art. 37, incisos II e III c/c o §2º, que estabelece:

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

[...]

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

III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;

§2º A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

Ou seja, que haja responsabilização do gestor e não que se beneficie um trabalhador que, ao invés de vítima, na verdade foi beneficiário de uma relação fraudulenta.

Para que isso ocorra, basta um simples ato, nos casos de fraude, que seja aplicada a regra da Súmula nº 363, do TST e, quando o ente público não fora acionado, que seja julgada improcedente a demanda.

O que não é admissível é que o judiciário sedimente, através de decisões conflituosas ente si, o beneficiamento de alguém que já se utilizou de uma relação fraudulenta.

Registre-se, dessarte, que não se busca prejudicar qualquer trabalhador, mas sim, que seja aplicada corretamente a regra à relação pública, quando fraudulenta, não se atendo o julgador a analisar, apenas e tão somente, sob o enfoque da relação cooperativa, mas sobretudo, sob o aspecto público do vínculo.

De outro lado, sem tergiversar sobre o tema proposto, é imperioso destacar que se os órgãos ministeriais, de forma conjunta buscassem elaborar uma recomendação conjunta de como se deve contratar e fiscalizar, evitar-se-ia o abarrotamento do judiciário com reclamações dessa natureza e, até mesmo, com ações civis públicas.

Caso haja fraude, que sejam responsabilizados os gestores e, não, o ente privado, com responsabilização subsidiária do ente público, pois isso afeta o cidadão que já é beneficiário de um serviço público de péssima qualidade.

Com a devida vênia, conclui-se que é necessário uma uniformização do entendimento do Tribunal Regional do Trabalho, de forma que seja aplicada a regra da Súmula nº 363, em conjunto com a normativa do art. 8º, de forma conjugada com as demais regras inerentes ao serviço público, sobretudo a responsabilização do gestor em caso de fraude, para que não perdure essa modalidade ilícita de gerir o ente público, com posturas censuráveis de violação ao concurso público e aos princípios da moralidade, legalidade, impessoalidade e outros mais que tratam de uma matéria muito importante, o serviço público, que, como dito reiteradamente, deve garantir eficiência, eficácia e efetividade, mas ao invés disso, tem sido oferecido muitas vezes com desvios de finalidade e de conduta – para não dizer o mais.

Ademais, é de bom alvitre aclarar que a cooperativa não pode ser punida isoladamente, por conta de um conceito prévio e equivocado que toda terceirização é ilícita e toda cooperativa é fraudulenta. É necessário separar o joio do trigo, cumprindo o que consta da Constituição Federal, ou seja, o incentivo, o apoio e o fomento ao cooperativismo, que servirá, conseqüentemente, como instrumento estratégico de gestão (conforme doutrina Danny Monteiro, adrede citado) e poderá contribuir sobremaneira com a redução da crise que atualmente assola o Brasil e apresenta mais de 12 (doze) milhões de desempregados.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANTUNES, R., *O adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*, Campinas, Cortez, 1995.
- BANDEIRA DE MELLO, C. A., *Curso de direito administrativo*, São Paulo: Malheiros Editores, 2017.
- BENECKE, Dieter W., *Cooperação & desenvolvimento: o papel das cooperativas no processo de desenvolvimento econômico nos países do Terceiro Mundo*, Porto Alegre, Coojournal, 1980.
- BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, *Projeto de Lei nº 4330/2004*, disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841>.
- BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.
- BRASIL, Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, *Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm.
- BRASIL, Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, *Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm.
- BRASIL, INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, *Indicadores sociais municipais*, disponível em https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/indicadores_sociais_municipais/tabela1a.shtm.
- BRASIL, INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios de 2015*, disponível em <https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2015/default.shtm>.
- BRASIL, Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, *Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5764.htm.
- BRASIL, Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, *Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm.
- BRASIL, Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983, *dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7102.htm.
- BRASIL, Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, *Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm.
- BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, *Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm.
- BRASIL, Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, *Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal*,

- e dá outras providências*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm.
- BRASIL, Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012, *Dispõe sobre a organização e o funcionamento das Cooperativas de Trabalho; institui o Programa Nacional de Fomento às Cooperativas de Trabalho - PRONACOOP; e revoga o parágrafo único do art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12690.htm.
- BRASIL, Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017, *altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13429.htm.
- BRASIL, Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, *Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm.
- BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324*, disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584>.
- BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Recurso Extraordinário nº 958252*, disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4952236>.
- BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Relatores votam pela licitude de contratação em atividade-fim no julgamento sobre terceirização*, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=387588>.
- BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO, *Processo nº 0000284-48.2015.5.05.0121 (RO)*, julgado em 7 de junho de 2017, Relatora Desembargadora Margareth Rodrigues Costa.
- BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO, *Recurso Ordinário nº 0000672-21.2010.5.05.0025*, julgado em 6 de agosto de 2012, Relatora Desembargadora Elisa Amado.
- BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO, *Recurso Ordinário nº 0001132-73.2012.5.05.0401*, julgado em 9 de setembro de 2013, Relatora Desembargadora Dalila Andrade.
- BRASIL, TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, *Súmula 331 prevê responsabilidade subsidiária em relação a todas as verbas*, disponível em http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/sumula-331-preve-responsabilidade-subsidiaria-em-relacao-a-todas-as-verbas.
- BRASIL, TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, *Súmula nº 331, Contrato de prestação de serviços. Legalidade*, disponível em http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.htm.
- BRASIL, TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, *Súmula nº 363 - Contrato Nulo. Efeitos (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003*, disponível em http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-363.

- CARNEIRO PINTO, R. A., *Terceirização: Tem, sim, um lado positivo*, artigo publicado no Jornal Tribuna da Bahia, em 27 de setembro de 2014.
- CASTEL, R., *As transformações da questão social*, In: BOGUS, L.; YAZBEK, M. C.; BELFIORE-WANDERLEY, M., *Desigualdade e a questão social*, São Paulo, Educ, 1997.
- DELGADO, M. C., *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo, Ltr, 2009.
- FIGUEIREDO DE MOREIRA NETO, D., *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Editora Gen, 2014.
- GROTTI, D., *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*, São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- LIPIETZ, AL., *Towards a new economic order: postfordism, ecology and democracy [Choisirl'audace. Paris: La Découverte]*, Nova York, Oxford University Press, 1992.
- MEDEIROS COELHO DE SOUZA, M. *A trajetória do welfare state no Brasil: papel redistributivo das políticas sociais dos anos 1930 aos anos 1990*, Brasília, dezembro de 2001.
- MONTEIRO DA SILVA, D., *Terceirização na Administração Pública como Instrumento Estratégico de Gestão*, Curitiba, Editora Juruá, 2014.
- SENNET, R., *Juntos, os Rituais, os Prazeres e a Política da Cooperação*, Rio de Janeiro, Editora Record, 2015.