

FUNDAMENTOS DOUTRINÁRIOS DO ENUNCIADO 331, II, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - UM ESTUDO INTERDISCIPLINAR

Vera Lúcia Zanette^(*)

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. O Enunciado 256 à luz dos princípios retores da Administração Pública - 3. Exegese do Enunciado 331, II, do C. TST à luz dos princípios norteadores da atividade administrativa e das disposições referentes à ordem econômica - 4. Conclusão.

1. A aplicabilidade do Enunciado 256 do Tribunal Superior do Trabalho, respeitante à responsabilidade trabalhista do tomador de serviços, à administração pública era matéria controvertida no seio da mais alta Corte Trabalhista do País até a edição do Enunciado 331.

Afora os debates a respeito das inconveniências desta orientação face aos modernos expedientes traduzidos pela terceirização⁽¹⁾, perplexidades gerava o dito enunciado no tocante à administração pública, mercê da rigidez dos critérios para ingresso no serviço público⁽²⁾. Longe de se restringir ao campo do Direito do Trabalho, o tema toca nas áreas de incidência do Direito Constitucional, do Direito Administrativo e do Direito Econômico, razão por que reclama, antes e acima de tudo, um enfoque interdisciplinar, sem o que os problemas a ele concernentes não logram ser corretamente equacionados.

O interesse para o Direito Constitucional resulta óbvio, na medida em que a atuação estatal em qualquer campo está delimitada, no contexto ocidental, pela Constituição. O fundamento para qualquer de suas ações há que estar previsto na norma constitucional ou infraconstitucional anterior, pena de se esbater o princípio da segurança jurídica⁽³⁾.

(*) Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul.

(1) Figura que, como estratégia empresarial voltada à diminuição dos custos de produção, demonstra a procedência do raciocínio de Washington Peluso Albino de Souza (*Primeiras lições de Direito Econômico*. 2a. ed. Belo Horizonte: Fundação Brasileira de Direito Econômico, 1992, p. 9) quanto à possibilidade de uma política econômica do agente privado, razão por que Ricardo Antônio Lucas Camargo (Política econômica e ato jurídico. In: *Anais da 44a. Reunião da SBPC*. São Paulo:1992, p. 236) fala na indissociabilidade entre as medidas de política econômica e os atos jurídicos que as veiculam. Sobre o tema da terceirização: ROMITA, Arion Sayão. A terciarização e o Direito do Trabalho. *LTr* 56-3:273-8; BRITO, Armando de. O contrato realidade e a terceirização. *LTr* 58-2:135-40; PRUNES, José Luiz Ferreira. *Contratos triangulares de trabalho*. Curitiba: Juruá, 1992, p. 11-2; BARROS, Alice Monteiro. A terceirização e a jurisprudência. *Revista de Direito do Trabalho*. 80:11-2

(2) MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta*. São Paulo: RT, 1992, p. 34-5.

(3) SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1992.

Quanto ao Direito Administrativo, mercê da disciplinação da validade dos atos da administração pública e das relações jurídicas daí decorrentes é que sua incidência é atraída. A contratação dos serviços de terceiros pela administração pública, no contexto capitalista, não é nova, e tem como objetivo suprir carências do setor público através do auxílio de agentes privados, como esclarece MARCELLO CAETANO⁽⁴⁾. Por outro lado, releva ainda lembrar a repercussão do Enunciado 256 nas formas de admissão ao serviço público.

Tocante ao Direito Econômico, as indagações giram em torno da repercussão sobre o mercado de trabalho. Com efeito, não se cogita de uma simples questão contratual, mas de um tema muito mais delicado: o do desemprego. Enquanto não falta quem se preocupe com a intermediação como forma de favorecer a *marchandage*⁽⁵⁾ põe-se em discussão aqui o problema da saturação do mercado de trabalho, máxime quando o Estado, constitucionalmente, assume a responsabilidade por ele, sem embargo de garantia à liberdade de iniciativa como direito fundamental⁽⁶⁾.

Recentemente, dada a controvérsia sobre a incidência do E-256 às relações com o Poder Público, foi editado o Enunciado 331, que asseverou no seu item II, *verbis*:

A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da Constituição da República).

Qual seria a base da nova orientação?

2. Subordinada a administração pública em geral às determinações do Decreto-Lei 200, complementado pelos Decretos-Leis 2.300 e 2.348 e a recente Lei 8.666/93, com alterações por várias medidas provisórias que disciplinam os procedimentos licitatórios e o contrato administrativo decorrente, age debaixo da lei o Estado, observando os princípios rígidos da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, publicidade, de alçada constitucional⁽⁷⁾.

Importante ainda salientar que o Estado defende direitos indisponíveis. Assim é que, tudo estando calculado no valor do contrato com a empresa, não poderá pagar novamente o que já pagou. Há um enriquecimento ilícito, um verdadeiro estelionato à custa do povo, em razão de alguns precedentes que incitam e promovem estes crimes⁽⁸⁾, pois que assim amparadas por estas decisões do Judiciá-

(4) *Princípios fundamentais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 294-5.

(5) FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. "Marchandage": contradição ao princípio da proteção ao trabalhador. *Revista do TRT da 8a. Região*. 37:69-71; MACHADO FILHO, Sebastião. "Marchandage" - a degradação do trabalho e o retrocesso do trabalho escravo no Brasil pelas chamadas "empresas prestadoras de serviços". *Revista da ANAMATRA*, 2:52; RAMOS FILHO, Wilson. O Enunciado 331 do TST - Terceirização e a delinquência patronal. *Genesis*. 14:173; BRITO, Armando de. O contrato realidade e a terceirização. *LTr*. 58-2:138; BARROS, Alice Monteiro de. A terceirização e a jurisprudência. *Revista de Direito do Trabalho*. 80:11-2.

(6) SOUZA, Washington Peluso Albino. *Direito Econômico do Trabalho*. Belo Horizonte: Fundação Brasileira de Direito Econômico, 1985, p. 176-7; AUGUSTO, Ana Maria Ferraz. Produção econômica. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. 62:5.

(7) FIGUEIREDO, Lúcia Valle & FERRAZ, Sérgio. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. São Paulo: RT, 1992, p. 21-8.

(8) V.g., RR 67.484/93.1; RR 83.688/93.9; RR 70.439; RR 54.010/92.2; AG-ER-RR 22.102/91.3.

rio, cômodo se torna a essas empresas reiterar o descumprimento da legislação trabalhista. trata-se da situação imoral consistente na privatização dos lucros e socialização dos prejuízos⁽⁹⁾.

Daí por que foi bem ressaltado no processo que resultou na edição do Enunciado 256, relatado pelo Min. Marco Aurélio, hoje no Supremo Tribunal Federal, que seria inaplicável à administração pública. O E-256 do TST não estava destinado aos entes desta integrantes pela simples razão de que não examinou a questão jurídica à luz das normas e princípios que regem a atividade administrativa. Isto bem claro restou ao ser ele revisto, editando-se o E-331.

Não se está, entretanto, descartando a hipótese, não improvável, de se responsabilizar a administração pública quando houver manifesto desvio dos limites da lei⁽¹⁰⁾.

Para pedir a citação do Estado no processo deve o reclamante provar que os atos administrativos no procedimento licitatório e no decorrente contrato administrativo com a empresa foram fraudulentos, contrários ao interesse público e, por isso, ilícitos⁽¹¹⁾. Provar, ainda, que, pela lei, esses atos ilícitos configuraram uma relação jurídica de direito trabalhista⁽¹²⁾. Aí, tudo será exposto ao Poder Judiciário, que, dentro dos limites de sua apreciação, aplicará o direito à espécie. No máximo, o que daí decorrerá serão contraprestações pecuniárias, jamais vínculo empregatício. E aqui, frise-se, estamos cogitando da hipótese de fraude à lei, que não se presume, sendo certo que um dos princípios que regem a atividade estatal é a presunção de legalidade dos atos praticados pelo Poder Público⁽¹³⁾. Tal presunção radica na própria necessidade de se preservar a autoridade - não o autoritarismo - do Estado, que foi o instrumento que a nossa cultura engendrou para evitar que as paixões explodissem de tal sorte que a convivência se tornasse impossível.

3. Extraí-se do aresto que originou o E-256 - IUJ RR 3442/84 - o que se segue:

Ainda no âmbito da Administração Pública, o § único do art. 3º da Lei 5645 de 1970, por seu turno, estabelece que:

"As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o art. 10, § 7º, do Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967."

O preceito situa-se no contexto do art. 3º que dispõe acerca das atividades compreendidas nos Grupos de Administração. Então, institui a possibilidade de convivência do pessoal admitido no âmbito da empresa mediante contrato com firma

(9) Os argumentos de Armando de Brito (op. cit., p. 137) e Wilson Ramos Filho (op. cit., p.172-3) mais reforçam que contrariam nossas conclusões.

(10) MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1991, p. 55-6.

(11) FIGUEIREDO, Lúcia Valle & FERRAZ, Sérgio. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. São Paulo: RT, 1992, p.22.

(12) VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego*. São Paulo: Saraiva, 1975; BARROS, Alice Monteiro de. *A terceirização e a jurisprudência*. *Revista de Direito do Trabalho*, 80:13.

(13) MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, p.141.

especializada. A expressa remissão ao art. 10, § 7º, do Decreto-Lei 200/67 assume as condicionantes referidas naquele diploma sem nada dispor de novo ou em contrário. Enfim, somente explícita a norma. Assim, a execução indireta está condicionada à constitucionalidade e à legalidade do contrato, como também ao interesse público e à segurança nacional.

Correta a tese do E-331. Primeiro, porque a admissão de servidor aos quadros da Administração Pública à míngua de concurso é a primeira hipótese prevista na Lei 4717/65 para efeitos de presunção de lesividade ao Erário Público, coarctável via ação popular. Para que não se comprometa o caráter impessoal do exercício da função pública e não se deixe a coletividade sem a possibilidade de obtenção de trabalho é que se exige que o ingresso na função pública se faça através do meio mais livre de injunções determinadas pelo subjetivismo, tais como simpatias e antipatias pessoais: o concurso público⁽¹⁴⁾. Com efeito, ao se pretender, à míngua deste, seja reconhecido o vínculo com o Estado, transmuta-se o trabalho de direito subjetivo, que, para ser exercido, depende do preenchimento de pressupostos específicos, em favor. Verdade que ninguém é obrigado a ser servidor público. Ocorre que ali, no regime de livre iniciativa, vigora a liberdade de admitir ou não o empregado. Isto porque a empresa gere patrimônio que é exclusivamente seu, como lhe aprouver, desde que cumpra, efetivamente, sua função social⁽¹⁵⁾. Mas se no art. 6º da Constituição Federal de 1988 está elencado o trabalho como direito social, "o Estado chama a si o encargo de garantir a todo cidadão em condições e capacitado a oportunidade de trabalhar", conforme o escólio de WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA⁽¹⁶⁾. Isto se vê reforçado pelo art. 170, *caput* e inciso VIII, da CF/88⁽¹⁷⁾. Já estava previsto com este sentido na Emenda Constitucional 1/69, art. 160, II e VI. Como garantir a todo cidadão a oportunidade de trabalhar? 1) Através de estímulo à geração de empregos pela iniciativa privada⁽¹⁸⁾; 2) estabelecimento de percentuais de empregados nacionais nas empresas⁽¹⁹⁾; 3) controle demográfico, as-

(14) FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 1984; SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968; CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Regime jurídico único - inclusão, sem concurso, de servidores celetistas. *Revista de Informação Legislativa*. 121:277.

(15) COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 395.

(16) *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 498. A partir dos conceitos desenvolvidos pelo mestre, o Procurador do Estado do Rio Grande do Sul RICARDO ANTÔNIO LUCAS CAMARGO elabora interessante construção sobre a aacionabilidade do direito ao trabalho junto aos tribunais no contexto capitalista (Os direitos econômicos, sociais e culturais no início da década de noventa. *Revista Jurídica Mineira*. 104:34-5).

(17) Tanto os princípios quanto os fundamentos elencados no art. 170 da CF/88 mostram-se, como lembrado por WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA (Conflitos ideológicos na Constituição Econômica. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. 74-75:32-3), de suma importância, na medida em que se busca a concreção de uma Constituição que em seu bojo contém os valores dos mais díspares grupos de interesse. É seguindo as pegadas do ilustre Professor Titular da UFMG que RICARDO ANTÔNIO LUCAS CAMARGO (*Direito Econômico e reforma do Estado*- 1994, p. 44) se vê obrigado a contestar GIOVANNI QUADRI (*Diritto Pubblico dell' Economia*. Padova: CEDAM, 1980, p. 46).

(18) SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico do Trabalho*. Belo Horizonte: Fundação Brasileira de Direito Econômico, 1985, p. 176; CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Direito Econômico*. São Paulo: RT, 1973, p. 353; CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Breve introdução ao Direito Econômico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993, p. 48.

(19) WENDEN, Catherine Witthol de. Les étrangers et le marché d'emploi. *Droit Social*. 38-5:26-7.

sim entendidos os de imigração e natalidade⁽²⁰⁾; 4) realização de obras públicas mercê das quais se associa à iniciativa privada o Estado; 5) acesso direto ao serviço público. Segundo, porque constitucional e legalmente autorizada a prestação de serviços à Administração Pública pela iniciativa privada. Terceiro, porque, como bem salientado por JOSÉ LUIZ FERREIRA PRUNES⁽²¹⁾ e MODESTO CARVALHOSA⁽²²⁾, no sistema constitucional brasileiro a liberdade de iniciativa é assegurada como direito fundamental e, inexistindo ilicitude na atividade desempenhada, nem havendo cláusula constitucional que estabeleça monopólio estatal em relação a ela, não se há de configurar a hipótese de incidência do item I do E-331 e do revogado E-256. É neste diapasão, aliás, que a doutrina precisa o sentido da liberdade de iniciativa, pelo que a presunção de fraude mostrar-se-ia inequivocamente apta a malferir o art. 170, caput, da CF/88, que reproduz o art. 160, I, da EC 1/69⁽²³⁾. Destarte, como poderia o Estado responder por uma relação de emprego que não encaixou nos termos da lei? Se assim decidido, o TST estaria institucionalizando a corrupção no serviço público com a contratação de servidores através de empresas prestadoras de serviço, sem os requisitos da lei. Onde ficariam os princípios da Administração Pública estabelecidos na antiga e nova Constituição? Como resultaria íntegra a orientação consagrada pela antiga e nova Constituição no tocante ao trabalho⁽²⁴⁾?

4. Por esta razão, muito sábia se revela a orientação cristalizada no E-331, II, do C. TST. Longe de configurar um estímulo a que a Administração deixe de adimplir a seus compromissos, sua redação visa justamente espancar ardis do empresário particular, que, à vista da possibilidade de se transferir a responsabilidade ao Poder Público, poderia lançar mão de um sem-número de expedientes para não cumprir suas obrigações trabalhistas.

(20) SCHIETTECATTE, Paul. Le contrôle des flux migratoires. *Droit Social*. 38-5:17-8.

(21) *Contratos triangulares de trabalho*. Curitiba: Juruá, 1992, p. 11-2.

(22) *A ordem econômica na Constituição de 1969*. São Paulo: RT, 1972, p. 113.

(23) COMPARATO, Fábio Konder. *Novos ensaios e pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 292-3; SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 390; NICZ, Alvacir Alfredo. *A liberdade de iniciativa na Constituição*. São Paulo: RT, 1981; FARIA, Werter Rotumno. *Constituição Econômica - liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990, p. 106; MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. Lisboa: Caminho, 1987, p. 184; GRAU, Eros Roberto. Intervenção do Estado no domínio econômico. *Enciclopédia Saraiva de Direito* 46:54-5; CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Breve introdução ao Direito Econômico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993, p. 38-9.

(24) SOUZA, Washington Peluso Albino de. Conflitos ideológicos na Constituição Econômica. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. 74-75:36-7.