

ASPECTOS DO ART. 129, DA LEI Nº 11.196. DA TERCEIRIZAÇÃO E DO DIREITO DO TRABALHO

JOUBERTO DE QUADROS PESSOA CAVALCANTE*
FRANCISCO FERREIRA JORGE NETO**

Resumo: A Medida Provisória nº 252, 15.6.2005, denominada de "MP do Bem", tinha uma preocupação primeira com questões de natureza tributária. Mesmo após a prorrogação do seu prazo de vigência, a MP nº 252 não foi objeto de apreciação do Congresso Nacional.

A solução adotada foi a inserção dos seus dispositivos ao conteúdo da MP nº 255/05, a qual, posteriormente, transformou-se na Lei nº 11.196, 21.11.2005.

O art. 129 da Lei nº 11.196/2005 representa uma permissão legal para o prestador de serviços de natureza intelectual, científica, artística ou cultural pagar os tributos federais e a contribuição previdenciária como pessoa jurídica, e gera várias preocupações que deságum em se perquirir a respeito do aumento ou não da informalidade nas relações de trabalho, com a possibilidade de trabalhadores serem contratados como pessoas jurídicas, elidindo a aplicação das normas jurídico-trabalhistas.

Outra preocupação é a visualização do art. 129 e a terceirização nas diversas formas de execução de serviços pela empresa prestadora.

Sumário: 1 Introdução; 2 O art. 129, da Lei nº 11.196/05; 3 Destinatários do art. 129 da Lei nº 11.196/05; 4 O Direito do Trabalho, a terceirização e o art. 129 da Lei nº 11.196/05; 4.1 A Terceirização e o Direito do Trabalho; 4.1.1 O Fenômeno da Terceirização; 4.1.2 Responsabilidade Trabalhista e a Súmula nº 331⁸ do TST; 4.1.2.1 Empresa-Prestadora e Empresa-Tomadora; 4.1.2.2 Empresa Interposta e a Contratação Irregular; 4.1.2.3 A Vedação Jurisprudencial na Atividade-Fim da Empresa Tomadora; 4.1.2.4 A Contratação Irregular na Administração Pública; 4.1.2.4.1 Acessibilidade ao Serviço Público 4.1.2.4.2 Concurso Público; 4.1.2.4.3 A Nulidade e o Direito do Trabalho; 4.1.2.4.4 As Correntes Doutrinárias Quanto à Nulidade e à Contratação na Administração sem a Realização do Concurso Público; 4.1.3 Responsabilidade Subsidiária; 4.2 O art. 129 da Lei nº 11.196/05 e a Terceirização; 4.2.1 A Prestação dos Serviços de Empregados da Empresa Prestadora junto à Empresa Tomadora; 4.2.2 A Adoção de Trabalhadores Autônomos ou Eventuais pela Empresa Prestadora junto à Empresa Tomadora; 4.3 O art. 129 da Lei nº 11.196/05 e o Trabalho Executado por Sócio ou Sócios da Empresa Prestadora de Serviços Intelectuais; 4.3.1 Trabalho Humano e o Direito do Trabalho; 4.3.2 Relação de Trabalho; 4.3.3 Relação de Trabalho e o art. 129 da Lei nº 11.196/05;

Palavras-chaves: MP do Bem. Medida Provisória nº 255/05. Art. 129, da Lei nº 11.196/2005. Tributação da Prestação de Serviços. Informalidade. Terceirização.

*Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante. Advogado. Professor da Faculdade de Direito Mackenzie. Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Integração Zona Oeste - FIZO. Ex-procurador chefe do Município de Mauá. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Integração da América Latina pela Universidade de São Paulo - USP.

**Francisco Ferreira Jorge Neto. Juiz Itular da 1ª Vara do Trabalho de São Caetano do Sul. Mestre em Direito das Relações Sociais - Direito do Trabalho pela PUC-SP. Ex professor concursando do Instituto Municipal de Ensino Superior de São Caetano do Sul - IMES. Professor convidado no curso de pós-graduação *Iato sensu* da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor contratado do UNI-A - Centro Universitário de Santo André na matéria de Direito do Trabalho.

O presente artigo faz parte do livro Alterações Tributárias da MP do Bem - Lei nº 11.196/05 - MP 255. Coordenado por Edson Carlos Fernandes. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

1 INTRODUÇÃO

A Medida Provisória nº 252, de 15 de junho de 2005, denominada de “Medida Provisória do Bem”, instituiu: o Regime Jurídico Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia para a Informação – REPES, o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras – RECAP e o Programa de Inclusão Digital. Dispôs ainda sobre incentivos fiscais para a inovação tecnológica, além da isenção de imposto de renda sobre o ganho auferido por pessoa física residente no Brasil na venda de imóveis residenciais.

Como não houve o encerramento da sua votação nas duas Casas do Congresso Nacional no prazo de sessenta dias, contado da sua publicação, a MP nº 252 foi prorrogada por idêntico prazo, a partir de 15 de agosto de 2005 (art. 62, § 7º, CF).

Mesmo após sua prorrogação, a MP nº 252 não foi objeto de apreciação do Congresso Nacional.

Diante da proibição de reedição da MP na mesma sessão legislativa (art. 62, § 10, CF), a solução adotada foi a inserção dos seus dispositivos ao conteúdo da MP nº 255/05, a qual, inicialmente, somente disciplinava a prorrogação do prazo de opção pelo regime de Imposto de Renda Retido na Fonte de Pessoa Física dos participantes de planos de benefícios de caráter previdenciário.

Com isso, a MP nº 255, que continha três artigos, após o processo legislativo, transformou-se na Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, com o conteúdo normativo estampado em cento e trinta e três artigos.

O estudo proposto tem por objeto o art. 129 da Lei nº 11.196/2005, que representa uma permissão legal para o prestador de serviços de natureza intelectual, científica, artística ou cultural pagar os tributos federais e a contribuição previdenciária como pessoa jurídica.

Pela inovação legal, pretende-se analisar as consequências da contratação de prestadores de serviços, como pessoa jurídica, no Direito do Trabalho.

Várias são as preocupações que surgem, as quais deságuam em se perquirir a respeito do aumento ou não da informalidade nas relações de trabalho, onde um maior número de trabalhadores poderão ser contratados como pessoas jurídicas, elidindo, assim, a aplicação das normas jurídico-trabalhistas, gerando, um acréscimo de trabalhadores sem as garantias mínimas de proteção.

Vale dizer, será que a inovação legal representará uma operacionalização de fraudes na contratação de trabalhadores, mediante a exigência de constituição de pessoas jurídicas, como mecanismo de se furta ao cumprimento das obrigações trabalhistas previstas na Constituição Federal e extensa legislação infraconstitucional?

Outra preocupação é a visualização do art. 129 e a terceirização nas diversas formas de execução (empregados; outros tipos de trabalhadores; esforço pessoal do sócio ou dos sócios) de serviços pela empresa prestadora.

2 O ART. 129, DA LEI Nº 11.196/05

O artigo 129, da Lei nº 11.196/05, dispõe que: *“Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão-somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.”*

Na redação originária da MP nº 255/05 aprovada pelo Congresso Nacional, o artigo 129 tinha o parágrafo único, assim redigido: *“Parágrafo único - O disposto neste artigo não se aplica quando configurada relação de emprego entre o prestador de serviço e a pessoa jurídica contratante, em virtude de sentença judicial definitiva decorrente de reclamação trabalhista”.*

O parágrafo único foi vetado pelo Presidente da República¹, sob o funda-

¹Os fundamentos do veto presidencial encontram-se na Mensagem nº 783, de 21 de novembro de 2005, remetida pela Presidência da República ao Senado Federal.

mento de que: "O parágrafo único do dispositivo em comento ressalva da regra estabelecida no caput à hipótese de ficar configurada relação de emprego entre o prestador de serviço e a pessoa jurídica contratante, em virtude de sentença judicial definitiva decorrente de reclamação trabalhista. Entretanto, a legislação tributária e previdenciária, para incidirem sobre o fato gerador cominado em lei, independem da existência de relação trabalhista entre o tomador do serviço e o prestador do serviço. Ademais, a condicionante da ocorrência do fato gerador à existência de sentença judicial trabalhista definitiva não atende ao princípio da razoabilidade."

Antes de proceder à análise do art. 129, da Lei nº 11.196/05, Kiyoshi Harada² aponta como aspectos positivos desse Diploma Legal: a) reajustamento de valores para enquadramento das microempresas e empresas de pequeno porte, as quais, por determinação constitucional (art. 179), deverão ter tratamento jurídico diferenciado; b) incentivo regional visando o desenvolvimento das microrregiões, situadas nas áreas do Nordeste e do Amazonas, com a finalidade de promover a redução das desigualdades sócio-econômicas (art. 151, I, CF).

Um terceiro aspecto altamente positivo, segundo Kiyoshi Harada, é o "representado pela norma do art. 129 da lei que afasta, de vez, a insegurança jurídica dos prestadores de serviços organizados em forma de pessoa jurídica, freando as tentativas do fisco de exigir-lhes obrigações tributárias próprias de pessoas físicas. (...) Como se vê, os prestadores de serviços, que executam serviços intelectuais em caráter personalíssimo ou não, quando organizados em forma de sociedade, ficam a salvo de imposições pertinentes às pessoas físicas, sempre mais onerosas,

ressalvando ao fisco a faculdade de requerer ao juiz a despersonalização da pessoa jurídica, em caso de abuso, na forma do art. 50 do Código Civil.

Nada mais do que justo. Não poderia a maioria dos prestadores de serviços, organizados, legitimamente, em forma de sociedade, para trilhar o caminho tributário menos oneroso, continuar debaixo da espada de Dâmocles, por ação de uma minoria que comete abusos. Espera-se que, por conta desses incentivos diversos, o setor de prestação de serviços, ultimamente, sempre eleito para pagar a conta pública, não venha sofrer mais imposições, quando o governo tiver que implementar o programa de compensação das perdas de receitas como exige o artigo 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Espera-se que o governo já tenha levado em conta essas perdas na estimativa de receita da lei orçamentária anual, de sorte a não comprometer as metas de resultados fiscais."

"...o legislador ordinário procurou proteger o prestador de serviços, que cria uma pessoa jurídica para a sua prestação dos serviços, de ser tributada como pessoa física."

Como aponta Roberto Pasqualin,³ "ao emitir nota fiscal pelos serviços que presta, o profissional contratado sob o regime de PF evita, para quem emprega, altos encargos trabalhistas, tributários e previdenciários da CLT. Ao mesmo tempo, reduz sua própria carga tributária agregada como o lucro presumido, Pis/Confins cumulativo e isenção de IR na distribuição de lucros. A carga de 27,5% mais a contribuição previdenciária do assalariado com carteira assinada cai para 12% a 15% para o profissional PJ que 'dá nota'."

Ao editar o art. 129, da Lei nº 11.196/05, o legislador ordinário procurou proteger o prestador de serviços, que cria uma pessoa jurídica para a sua prestação dos serviços, de ser tributada como pessoa física.

²HARADA, Kiyoshi. MP do Bem. Breves comentários da Lei nº 11.196/2005. Jus Navigandi, Teresina, n. 10, p. 885, 5 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7653>>. Acesso em: 11 dez. 2005.

³PASQUALIN, Roberto. Pessoa Física que é Jurídica. In: Gazeta Mercantil, 29.12.2005, p. 1.

Contudo, não se trata de uma garantia absoluta dada ao prestador de serviços, pois o próprio texto legal não restringe a aplicação do disposto no art. 50 do Código Civil.

A Lei Civil, em seu art. 50, enuncia que em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Em outras palavras, o art. 50, do Código Civil, adota a desconsideração da pessoa jurídica (*disregard of legal entity*), que representa a possibilidade de se ignorar a personalidade jurídica da entidade moral desde que se tenha a sua utilização para fins fraudulentos ou distintos do seu objetivo social. Ao deixar de lado o véu da personalidade jurídica, para a satisfação dos seus direitos, o credor poderá imputar o patrimônio particular dos sócios ou administradores da pessoa jurídica.

Aliás, diante da constatação da fraude, o ente público não necessita aguardar o pronunciamento da Justiça do Trabalho, se os fatos analisados pela Administração Pública indicam a ocorrência do fato gerador dos recolhimentos tributários como pessoa física quanto ao prestador dos serviços, que os recolhia como pessoa jurídica.

3 DESTINATÁRIOS DO ART. 129 DA LEI Nº 11.196/05

Na interpretação do art. 129, da Lei nº 11.196/05, o primeiro ponto a ser destacado é sua aplicação ao contrato de locação, regulado pela legislação civil.

O contrato de locação é aquele no qual uma das partes, mediante remuneração paga

pela outra, se compromete: a) por um determinado lapso temporal ao fornecimento ou ao uso e gozo de uma coisa infungível (locação de coisas); b) a prestação de serviços (locação de serviços); c) a execução de um trabalho determinado (emprego).

O objeto (da locação ou) da prestação de serviços pressupõe uma obrigação de fazer, em que se tem a existência de uma atividade lícita, não proibida por lei e pelos bons costumes, consequência do trabalho humano executada por uma pessoa a outra, compreendendo qualquer espécie de serviço (braçal, intelectual, doméstico etc.).

O art. 129 da Lei nº 11.196/05 pressupõe a ocorrência da prestação de serviços de natureza civil, contudo, a permissão legal do recolhimento dos tributos e das contribuições previdenciárias não se aplica a qualquer contrato de prestação de serviços.

Pelo texto legal, a permissão de se recolher os tributos, como pessoa jurídica, ocorre somente quando o prestador de serviços atua em atividades intelectuais, científicas, artísticas ou culturais, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da empresa prestadora dos serviços.

Para Maria Helena Diniz,⁴ serviços intelectuais são aqueles que exigem "*preparo intelectual do locador de serviço ou do empregado*", caracterizando, ainda, essa expressão como sinônima de serviço imaterial.

Nas palavras De Plácido e Silva⁵, "*em oposição ao serviço físico, ou material, serviço intelectual é o que depende da inteligência ou do preparo acadêmico do trabalhador*."

Todos os serviços concernentes às profissões liberais, médicos, engenheiros,

⁴DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico* - v. 4. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 319.

⁵SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, Rio de Janeiro: Forense, 20ª ed., 2002, p. 752.

advogados, dentistas, contadores, economistas, etc., bem assim os que referem à imprensa, às letras, ou às artes, entendem-se de natureza intelectual."

Portanto, a aplicação do art. 129, da Lei nº 11.196/05, pressupõe: a) a existência de um contrato de prestação de serviços regulado pelo Código Civil; b) o objeto do contrato de prestação dos serviços deverá estar relacionado à ocorrência de atividades intelectuais, nas quais se incluem tarefas científicas, artísticas ou culturais; c) a constituição de uma pessoa jurídica; d) a prestação dos serviços intelectuais pode ser efetuada pessoalmente pelo trabalhador ou por terceiros por ele designados, inclusive, na qualidade de empregados da pessoa jurídica.

4 O DIREITO DO TRABALHO, A TERCEIRIZAÇÃO E O ART. 129 DA LEI Nº 11.196/05

4.1 A Terceirização e o Direito do Trabalho

4.1.1 O Fenômeno da Terceirização

O termo *terceirização* possui vários significados, v.g., o processo de descentralização das atividades da empresa

e valorização do setor terciário da economia.

Em linhas gerais, o fenômeno da *terceirização*⁶ possui argumentos favoráveis e contrários. Os favoráveis são: a modernização da administração empresarial com a redução de custos, aumento da produtividade com a criação de novos métodos de gerenciamento da atividade produtiva. Os contrários são: a redução dos direitos globais dos trabalhadores, tais como a promoção, salários, fixação na empresa e vantagens decorrentes de convenções e acordos coletivos.

Pelo avanço tecnológico, a partir dos anos 70, as relações individuais de trabalho têm passado por várias alterações.

O avanço fez com que surgissem modificações radicais na organização da produção, novos métodos de gestão de mão-de-obra etc. Tais mudanças levaram à discussão quanto à estrutura indeterminada da relação de trabalho.

O empresário precisa efetuar a adequação à nova realidade, logo, a sua atividade não poderia estar vinculada a uma estrutura arcaica de mão-de-obra.

Os neoliberais apregoam que a globalização das economias e dos mercados

⁶No âmbito do Direito do Trabalho, *terceirização* é o "fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços trabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A *terceirização* provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa *terceirizante*, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora dos serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido. O modelo trilateral de relação socioeconômica e jurídica que surge com o processo *terceirizante* é francamente distinto do clássico modelo empregatício, que se funda em relação de caráter essencialmente bilateral. Essa dissociação entre relação econômica de trabalho (firmada com a empresa tomadora) e relação jurídica empregatícia (firmada com a empresa *terceirizante*) traz graves desajustes em contraponto aos clássicos objetivos tutelares e redistributivos que sempre caracterizaram o Direito do Trabalho ao longo da sua história. Por se chocar com a estrutura teórica e normativa original do Direito do Trabalho esse novo modelo sofre restrições da doutrina e jurisprudência trabalhistas, que nele tendem a enxergar uma modalidade excetiva de contratação de força de trabalho" (DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2ª ed., 2003, p. 424).

financeiros e a terceirização, como seu reflexo, são processos irreversíveis, devendo o Direito do Trabalho pautar-se pelos novos tempos.

No emprego deve haver a flexibilização, com a substituição da relação de emprego típica (contrato por prazo indeterminado e a proteção contra a dispensa imotivada).

Pela dinâmica quanto ao novo processo econômico, a fixação do trabalhador não deve ser permanente na empresa e sim temporária. Existe uma forte tendência de se substituir a mão-de-obra permanente pela intermediação.

Com a terceirização, a empresa passa a atribuir parte de suas atividades para outras empresas. Transferem-se a realização das atividades iniciais e secundárias (atividade-meio), sendo mantidas as atividades principais. Como atividade principal ou fim entenda-se aquela cujo objetivo é essencial à consecução do objetivo social da própria empresa.

O objetivo da terceirização é a diminuição dos custos, além da melhora quanto à qualidade do produto ou do serviço. Na busca de melhores resultados empresariais, os trabalhadores estão perdendo a vinculação jurídica com as empresas...

Denota-se o elevado número de contratos por prazo determinado, o que, em essência, colide com a gênese do Direito do Trabalho. Pelo princípio da continuidade das relações jurídicas laborais, torna-se importante à fixação indeterminada dos contratos de trabalho, respeitando-se os direitos mínimos previstos em lei e os mais benéficos

decorrentes do contrato de trabalho ou de instrumentos normativos.

Neste particular, a terceirização é incongruente com o Direito do Trabalho. A integração do trabalhador à empresa é uma forma de conservação da sua fonte de trabalho, dando-lhe garantias quanto ao emprego e à percepção de salários. É fator de segurança econômica.

As empresas modernas, em sua quase maioria, possuem em seu interior diversos tipos de trabalhadores que não seus empregados e sim das empresas prestadoras (locadoras de mão-de-obra ou de serviços temporários). O trabalhador perde o seu referencial dentro da empresa.

O legislador brasileiro no Texto da CLT traça restrições aos contratos de forma determinada (art. 443, CLT).

Uma das válvulas legais para intermediação da mão-de-obra é a Lei nº 6.019/74, que possibilitou, em caso de necessidade transitória de substituição de mão-de-obra permanente e de acréscimo extraordinário de serviço, a contratação de trabalhadores sob a égide de um contrato determinado, porém, com regras específicas, surgindo uma nova figura – contrato de trabalho temporário. A lei visava evitar a fraude na contratação indeterminada e sem critérios de trabalhadores, por meio da interposição das empresas prestadoras. A contratação é possível, desde que seja feita para substituição temporária de mão-de-obra permanente ou em caso de acréscimo extraordinário de serviços.

Mesmo assim, a intermediação prosseguiu, sendo que o Tribunal Superior do Trabalho emitiu a Súmula nº 256, em

setembro de 1986, fixando o entendimento de que é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços, exceto nas hipóteses de trabalho temporário e de serviço de vigilância. Esse entendimento não se permitia a contratação mesmo para a atividade-meio. A Súmula nº 256⁷ foi cancelada pela de nº 331.

4.1.2 Responsabilidade Trabalhista e a Súmula nº 331⁸ do TST

4.1.2.1 Empresa-Prestadora e Empresa-Tomadora

A personalidade e a subordinação são

elementos previstos nos conceitos de empregador e empregado (arts. 2º e 3º, CLT).

A relação jurídica empregatícia é bilateral, equiparando-se a uma moeda na qual se tem, de um lado, o poder diretivo (empregador) e, do outro, a subordinação (empregado).

Com a terceirização, há a intermediação da mão-de-obra pelas empresas prestadoras de serviços.

De um lado, tem-se a empresa tomadora e, de outro, a prestadora. Os trabalhadores são subordinados diretamente à empresa prestadora e não à tomadora. A relação jurídica é triangular, existindo entre

⁷Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nº 6.019, de 03/01/74 e 7.102, de 20/06/83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços (Súm. nº 256, TST). A bem da verdade, não havia restrições jurisprudenciais quanto à prática da prestação de serviços, até a emissão, pelo Tribunal Superior do Trabalho, da Súmula nº 256. A Súmula ditava que era ilegal a contratação de trabalhadores através de empresa interposta, excetuando as hipóteses do trabalho temporário - Lei nº 6.019/74 - e do serviço de vigilância - Lei nº 7.102/83. As razões que levaram o TST a emitir a Súmula nº 256 foram as seguintes: a) o direito do trabalhador quanto à sua inserção no desenvolvimento da empresa (art. 165, V, CF de 1967); b) o lucro das empresas de mão-de-obra, que advém do valor recebido das empresas tomadoras e o que pagava aos seus empregados; c) o fato de que a intermediação, geralmente, ultrapassava os limites de noventa dias, logo, haveria a formação da relação de emprego diretamente entre o trabalhador e a empresa tomadora. Várias foram as críticas opostas quanto ao posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho: a) a Constituição Federal de 1988 assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (art. 170, parágrafo único); b) a competência da União para legislar sobre organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de qualquer trabalho será lícito, salvo se a lei o vedar (art. 22, XVI, CF); c) pelo fato de que fazia letra morta de autênticos contratos do Direito Civil, como os relativos à locação de serviços (arts. 593 e ss., CC) e os de empreitada (arts. 610 e seguintes, CC). Em tese, não mais seriam possíveis os contratos de conservação de elevadores com empresa especializada, de pintura de edifícios, de execução de serviços de hidráulica, alvenaria etc.; d) a ofensa ao art. 5º, XIII, da Constituição Federal, que assegura a liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Com o intuito de equacionar a fiscalização administrativa, emitiu o Ministério do Trabalho a Instrução Normativa nº 3, de 27/12/89, posteriormente revogada pela de nº 7, de 21/2/90, a qual também foi revogada pela de nº 3, de 29/08/97. A Instrução nº 3, de 29/8/97, dispõe sobre a fiscalização do trabalho nas empresas de prestação de serviços a terceiros e empresas de trabalho temporário, adotando as inovações introduzidas pela Súmula nº 331, do TST. O Tribunal Superior do Trabalho, visualizando as transformações havidas na sociedade, veio a publicar a Súmula nº 331 em substituição à de nº 256.

⁸A Súmula nº 331 do TST determina: "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 03/01/74). II - 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). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20/06/83), e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das Autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666/93)". O tópico IV da Súmula nº 331 sofreu alteração em função da Resolução nº 96, de 11/9/2000, com a admissão da responsabilidade subsidiária para a Administração Pública Direta e Indireta, apesar do previsto no art. 71 da Lei nº 8.666/93.

a empresa tomadora e a prestadora um contrato regido pelas leis do Direito Civil, de evidente prestação de serviços. Entre a empresa prestadora e o trabalhador há um contrato de trabalho.

Empresa prestadora de serviços é a pessoa jurídica de Direito Privado, legalmente constituída, de natureza comercial, a qual se destina a realizar determinado e específico serviço a outra empresa fora do âmbito das atividades-fim e normais para que se constituiu esta última (art. 2º, Instrução Normativa MTb/GM nº 3, de 29/8/97).

As suas características, de acordo com o art. 2º, são as seguintes: a) a relação entre a empresa de prestação de serviços a terceiros e a empresa contratante é regida pela lei civil (art. 2º, § 1º); b) a relação de trabalho entre a empresa de prestação de serviços a terceiros e seu empregado é disciplinada pela Consolidação das Leis do Trabalho (art. 2º, § 2º); c) em se tratando de empresa de vigilância e de transporte de valores, as relações de trabalho estão reguladas pela Lei nº 7.102/83, e, subsidiariamente, pela Consolidação das Leis do Trabalho (art. 2º, § 3º); d) dependendo da natureza dos serviços contratados, a prestação dos mesmos poderá se desenvolver nas instalações físicas da empresa contratante ou em outro local por ela determinado (art. 2º, § 4º); e) a empresa de prestação de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado a seus empregados (art. 2º, § 5º); f) os empregados da empresa de prestação de serviços a terceiros não estão subordinados ao poder (diretivo, técnico e disciplinar) da empresa contratante (art. 2º, § 6º).

Empresa tomadora ou contratante é a pessoa física ou jurídica de Direito Público ou Privado que celebra contrato com empresas de prestação de serviços a terceiros com a finalidade de contratar serviços (art. 3º, Instrução nº 3/97). Tem como características: a) a contratante e a empresa prestadora de serviços a terceiros devem desenvolver atividades diferentes e ter

finalidades distintas (art. 3º, § 1º); b) a contratante não pode manter trabalhador em atividade diversa daquela para a qual o mesmo fora contratado pela empresa de prestação de serviços a terceiros (art. 3º, § 2º); c) em se tratando de empresas do mesmo grupo econômico, onde a prestação de serviços se dê junto a uma delas, o vínculo empregatício se estabelece entre a contratante e o trabalhador colocado à sua disposição de acordo com o disposto no art. 2º da CLT (art. 3º, § 3º); d) o contrato de prestação de serviços a terceiros pode abranger o fornecimento de serviços, materiais e equipamentos (art. 3º, § 4º).

O contrato entre as duas empresas (prestadora e tomadora) possui natureza civil. Se o contratante for pessoa de Direito Público, em havendo o procedimento de licitação, é de natureza administrativa com efeitos civis (art. 4º, Instrução nº 3/97).

A empresa prestadora faz o elo de vinculação entre o trabalhador e a empresa tomadora, sendo a responsável como empregadora quanto aos créditos trabalhistas deste empregado.

4.1.2.2 Empresa Interposta e a Contratação Irregular

A figura da empresa interposta é própria das situações nas quais se tem a fraude na contratação, justificando-se a existência do vínculo diretamente com o tomador. Nestas situações, o que se tem é a fraude na própria contratação. O prestador, do ponto de vista formal, apresenta-se como um intermediário, sendo o verdadeiro empregador a empresa tomadora.

O entendimento jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho esboçado no inciso III da Súmula nº 331 menciona que não se tem a caracterização do vínculo nas hipóteses da contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102/83), de conservação e limpeza, além dos serviços especializados ligados com atividade-meio do tomador.

É importante a ressalva inserida ao final da Súmula nº 331: "... desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta". A pessoalidade reflete que os serviços de vigilância, de conservação, de limpeza e os especializados podem ser executados por qualquer profissional indicado pela empresa interposta. Poderá haver rotâzios, remanejamento de trabalhadores sempre que for necessário por parte da empresa interposta, em caso de férias, de faltas, licenças médicas etc. Diante da inexistência da pessoalidade, neutraliza-se a própria subordinação. A empresa tomadora não tem o poder para advertir, reclamar ou punir a prestação dos serviços dos trabalhadores da empresa interposta. A triangulação das relações jurídicas deve ser perfeita para que não se tenha a vinculação jurídica do tomador em relação ao trabalhador. Em caso contrário, a caracterização da relação empregatícia ocorrerá com a empresa tomadora.

Na execução diária das relações jurídicas, uma dose de bom senso (razoabilidade) deve ser aplicada na caracterização do elemento subordinação. O que não se admite é a subordinação direta. Pequenas ordens dirigidas ou cumprimento de regras gerais da empresa por parte do empregado da prestadora não ensejam o vínculo empregatício direto com a tomadora.

4.1.2.3 A Vedação Jurisprudencial na Atividade-Fim da Empresa Tomadora

A jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho admite a terceirização da atividade inicial (estágio inicial) e da atividade intermediária (atividade-meio).

O estágio inicial da terceirização representa atividades tais como limpeza, conservação e vigilância. São atividades que denotam apoio à empresa, sem haver qualquer transferência tecnológica ou de parceria comercial, com a liberação da tomadora

de algumas responsabilidades gerenciais ou administrativas.

Na terceirização, atividade-meio consiste no apoio a setores dentro da empresa tomadora que se interligam ao processo produtivo, mas não na sua atividade-fim, tais como: assessoria jurídica ou contábil, locação de automóveis, fotografia e revelações, mecânica e pintura.

A Súmula nº 331 não admite que a empresa tomadora proceda à terceirização nas suas atividades relacionadas com a atividade-fim.

Como esclarece Maurício Godinho Delgado⁹: "A dualidade atividades-meio versus atividades-fim já vinha sendo elaborada pela jurisprudência ao longo das décadas de 1980 e 90, por influência dos dois diplomas legais dirigidos à Administração Pública e como parte do esforço para melhor compreender a dinâmica jurídica da terceirização por além dos estritos limites colocados pelo antigo Enunciado nº 256 do TST. O Enunciado 331 claramente assimilou os resultados desse esforço hermenêutico. Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços. Por outro lado, atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços".

⁹DELGADO, Maurício Godinho. Ob. cit., p. 436.

Augusto Cezar Ferreira de Baraúna afirma:¹⁰ "O estágio avançado da terceirização consiste no repasse para terceiros das atividades-chave da empresa, tais como: gestão de certos processos como implantação da qualidade total, algumas atividades de pesquisa e desenvolvimento ou, até mesmo, a gestão de outros fornecedores. Ou seja, o estágio avançado admite que seja implementada uma política de distribuição comercial de responsabilidades, onde as partes contratantes se comprometem em produzir produtos de qualidade, objetivando o aperfeiçoamento do produto final, mesmo que seja repassada tecnologia de uma empresa para outra. Para que este novo estágio de terceirização seja plenamente assimilado pela cadeia produtiva de produtores e fornecedores nesta altura abolida a nomenclatura de tomador e prestador de serviços, é necessária a implementação de alguns princípios comerciais que sirva como fundamento para sua boa estruturação, tais como: um maior entrosamento entre empresa-origem e empresa-destino na produção comercial; maior atenção da empresa-origem na tecnologia de produção e de gestão da empresa-destino; transferência de know-how para a empresa destino, desde que essa transferência se traduza em benefícios futuros para a empresa-origem e desde que não gere desvantagens estratégicas posteriores; a terceirização não deve agregar valor ao produto final etc."

Para Augusto Cezar Ferreira de Baraúna, a jurisprudência não deve

restringir a terceirização aos estágios inicial e intermediário, com a inclusão do avançado, desde que a terceirização não seja fraudulenta.

Alice Monteiro de Barros¹¹ pondera: "Tanto a Justiça do Trabalho como o Ministério Público não têm medido esforços no combate à terceirização de serviços ligados à atividade-fim da empresa fora dos limites traçados pelo Enunciado n. 331 do TST. Entre os malefícios da terceirização em atividade-fim das empresas encontram-se a violação ao princípio da isonomia, a impossibilidade de acesso ao quadro de carreira da empresa usuária dos serviços terceirizados, além do esfacelamento da categoria profissional".

"A nosso ver, não existem restrições para que a terceirização se dê também na atividade-fim."

A nosso ver, não existem restrições para que a terceirização se dê também na atividade-fim. A terceirização é um fenômeno global e repercute nas relações trabalhistas. O Brasil está interligado à economia mundial e necessita adaptar-se aos avanços das novas realidades que tendem a valorizar o trabalho-meio como forma de contratação dos trabalhadores em geral. Todavia, o que não se deve permitir é a fraude, o desrespeito aos direitos mínimos, o que só é permitido verificar em função de cada caso em concreto. Em qualquer caso, havendo fraude ou não, a responsabilidade subsidiária do tomador faz-se presente. Se for o caso de fraude, o vínculo se formará diretamente com a empresa tomadora, havendo a responsabilidade solidária da prestadora, ante a ilicitude perpetrada na terceirização (art. 942, CC).

¹⁰BARAÚNA, Augusto Cezar Ferreira de. *A Terceirização à luz do Direito do Trabalho*. São Paulo: LED, 1997, p. 105.

¹¹BARRROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 425.

4.1.2.4 A Contratação Irregular na Administração Pública

Diferentemente do que se tem na iniciativa privada, a jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho (Súm. nº 331, II) determina que não há formação do vínculo empregatício com a Administração Pública quando ocorre a contratação irregular do trabalhador por meio de empresa interposta.

A terceirização na Administração Pública ocorre há vários anos, notadamente a partir do início dos anos 70, com ênfase para os serviços de conservação, limpeza e vigilância. A legislação é explícita no sentido de que a execução das atividades da Administração Federal deve ser amplamente descentralizada (art. 10, *caput*, Dec-lei nº 200/67). A descentralização deveria envolver as atividades de transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas, sendo objeto de contrato (art. 10, § 7º).

4.1.2.4.1 Acessibilidade ao Serviço Público

Tem-se como acessibilidade o conjunto de normas e princípios que disciplinam o ingresso de pessoas no serviço público.

O Texto Constitucional originário limitava o acesso a cargo, emprego e função pública apenas aos brasileiros, não fazendo distinção entre natos ou naturalizados (art. 37, I, CF).

Com a Emenda Constitucional nº 11/96, as universidades e instituições de pesquisa científica e tecnológica passaram a poder admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros na forma da lei (art. 207). No âmbito federal, a Lei nº 9.515/97 disciplinou a questão, inserindo o § 3º no artigo 5º da Lei nº 8.112/90.

Com a Emenda Constitucional nº 19/98, os cargos, empregos e funções públicas

passaram a ser acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos legais, assim como aos estrangeiros, na forma da lei (art. 37, I).

Em ambos os casos, a lei a disciplinar a contratação deverá ser de cada ente da Federação.

Fora essa regra fundamental, os requisitos de acesso podem ser divididos em objetivos e subjetivos, sendo os primeiros relacionados com as funções do cargo ou emprego, *v.g.*, concurso de provas e títulos, testes físicos etc., e os segundos dizem respeito à pessoa do candidato, como, por exemplo, boa conduta, aptidão profissional, entre outros.

Certo é que *"nenhum requisito subjetivo pode discriminar o candidato em razão de suas condições estritamente pessoais, como raça, cor, credo religioso, credo político, forma estética, sexo e idade..."*¹² Contudo, algumas exceções no que tange ao sexo e idade são admitidas quando decorrentes da limitação imposta pela natureza da função a ser exercida.

Diz Bandeira de Mello:¹³ *"Observou-se que tal requisito, como regra, não pode ser exigido. Isto porque haverá hipóteses nas quais do fator idade pode resultar uma específica incompatibilidade com algum determinado cargo ou emprego, cujo satisfatório desempenho demande grande esforço físico ou acarrete desgaste excessivo, inadequados ou impossíveis a partir de certa fase da vida. Não se tratará, pois, de uma pretendida limitação indiscriminada e inespecífica – inadmitida pelo Texto Constitucional – mas, pelo contrário, da inadaptação física para o satisfatório desempenho de certas funções, como consequência natural da idade. Tais hipóteses serão raras e excepcionais, mas não são de excluir"*.

¹²CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 6ª ed., 2001, p. 484.

¹³MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Regime dos Servidores da Administração Direta e Indireta*. São Paulo: Malheiros, 3ª ed., 1995, p. 60.

4.1.2.4.2 Concurso Público

Iniciado com Napoleão, na França, o processo de seleção de candidatos a cargos públicos é, nas palavras de José Cretella Júnior,¹⁴ "assim, processo de provimento exigido pela regra jurídica constitucional, o concurso é para nós definido como a série complexa de procedimentos que o Estado empreende para apurar as aptidões pessoais apresentadas por quem se empenha ingressar nos quadros do serviço público, submetendo o candidato seus trabalhos, títulos e atividades à julgamento de comissão examinadora".

O concurso público de provas ou de provas e títulos é fator denotador da exigência da moralidade, da impessoalidade e da eficiência,¹⁵ sendo requisito indispensável para a investidura em cargo ou emprego público, excetuando-se as hipóteses de cargo de provimento em comissão. A exceção é justificável, pois deve ser considerada a confiança que deve presidir a escolha do nomeando, além do caráter temporário do exercício e a própria demissão *ad nutum* dos ocupantes de tais cargos.

Além disso, com o concurso público, o Constituinte pretendeu assegurar a igualdade entre os participantes e garantir que os aprovados sejam pessoas capazes e

competentes. Para isso, dois requisitos são indispensáveis: a) o concurso é público, não podendo ser restringido a determinado grupo, como quando apenas aqueles que já são servidores podem participar;¹⁶ b) o resultado deve ser obtido de modo objetivo, com critérios claros, para que não haja dúvida sobre a aprovação de alguns e reprovação de outros.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 266, esboçando seu entendimento de que "o diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público".

Além dos cargos de provimento em comissão, há na Constituição outras exceções, como a nomeação dos membros dos Tribunais de Contas da União; nos Tribunais, o Quinto Constitucional composto por membros do Ministério Público e da Advocacia; dos membros do Supremo Tribunal Federal; Superior Tribunal de Justiça; Tribunal Superior Eleitoral e Superior Tribunal Militar (arts. 73, § 2º,

94, 101, 104, parágrafo único, XII, 107, 111-A, I, 119, II, 120, III, e 123). Outra exceção constitucional é a contratação emergencial (art. 37, IX, CF).

"...com o concurso público, o Constituinte pretendeu assegurar a igualdade entre os participantes e garantir que os aprovados sejam pessoas capazes e competentes."

¹⁴CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988* - v. 4. São Paulo: Forense Universitária, 3ª ed., 1998, p. 2.175.

¹⁵A Carta Política de 1988 adota os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência como reguladores da administração pública no Brasil (art. 37, *caput*, CF). Além desses, podemos encontrar alguns outros princípios na doutrina ou mesmo na legislação, a saber: supremacia do interesse público, presunção de legitimidade ou de veracidade, especialidade, controle e autotutela, hierarquia, continuidade do serviço público, razoabilidade e proporcionalidade e, por fim, segurança jurídica.

¹⁶O dispositivo trouxe algumas inovações quando comparado com o artigo 97, § 1º, da Constituição de 1967: 1. enquanto a norma anterior exigia concurso apenas para investidura em cargo público, a atual impõe a mesma exigência para cargo e emprego; só não faz referência à função, porque deixou em aberto a possibilidade de contratação para serviços temporários (art. 37, IX) e para funções de confiança (art. 37, V), ambas as hipóteses sem concurso; 2. enquanto o dispositivo anterior fazia a exigência para a primeira investidura, o atual fala apenas em investidura, o que inclui tanto os proventos originários como os derivados, somente sendo admissíveis as exceções previstas na própria Constituição, a saber, a reintegração, o aproveitamento, a recondução e o acesso ou promoção, além da reversão *ex officio*, que não tem base constitucional, mas ainda prevalece pela razão diante exposta" (PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 17ª ed., 2004, p. 476).

Na vigência da Constituição de 1967, apenas a nomeação para cargo público possuía como requisito constitucional a aprovação em concurso público (art. 97, CF/67).

Atualmente, a exigência do concurso público envolve tanto os cargos como os empregos públicos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego (art. 37, II, CF). O ingresso no serviço público sem aprovação em concurso público implica nulidade do ato e punição da autoridade responsável (art. 37, II e § 2º).

O ingresso ao serviço público, por aprovação em concurso, é uma imposição que procura dar transparência à gestão da administração pública, visando evitar os apadrinhamentos.

A imposição do concurso público deve ser observada como forma de acesso ao serviço público, tanto para a Administração Pública Direta como a Indireta, inclusive em todas as esferas políticas (União, Estados, Municípios e o Distrito Federal).

A exigência de concurso público para as contratações feitas pela Administração Indireta só se tornou pacífica após decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.¹⁷

O concurso público tem validade de até dois anos, prorrogáveis uma vez por igual período. Assim, se no edital constar que o concurso terá validade por um ano, a prorrogação será de um ano também.

O Constituinte delegou à norma infraconstitucional a reserva de percentuais de cargos e empregos reservados às

pessoas portadoras de deficiência (art. 37, VII, CF).

No âmbito da União, é assegurado o direito da pessoa portadora de deficiência inscrever-se em concurso público para provimento de cargos, cujas atribuições lhe sejam compatíveis, e são reservados até 20% das vagas oferecidas no concurso (art. 5º, § 2º, Lei nº 8.112/90).

Em seus estudos, Cretella Júnior¹⁸ aponta que: *"Sob o regime das Constituições anteriores à de 1988, a jurisprudência firmou princípios como se pode observar, lendo os julgados que seguem: 'Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo foi preenchido sem observância da classificação' (Súmula 15). 'O concurso não vincula o Poder Executivo à nomeação compulsória do candidato; assiste-lhe, apenas, uma expectativa de direito' (STF, em RDA 98/114). 'A Administração Pública pode adiar por motivos de conveniência a realização de concurso para provimento de cargo público. Contra esse adiamento mandado de segurança' (STF, em RDA 90/91). 'Somente a lei, com exclusão do regulamento, pode estabelecer limite de idade para inscrição em concurso destinado ao provimento de cargo público' (STF, em RDA 72/70). 'A realização do concurso, por si só, não obriga a Administração a nomear os candidatos classificados' (TASP, em RDA 66/108). 'A aprovação em concurso não obriga a Administração a nomear, desde logo, os candidatos aprovados e a preencher*

¹⁷Cargos e Empregos Públicos. Administração Pública Direta, Indireta e Fundacional. Acessibilidade. Concurso Público. A acessibilidade aos cargos públicos a todos os brasileiros, nos termos da Lei e mediante concurso público e princípio constitucional explícito, desde 1934, art. 168. Embora cronicamente sofismado, mercê de expedientes destinados a iludir a regra, não só foi reafirmado pela Constituição, como ampliado, para alcançar os empregos públicos, art. 37, I e II. Pela vigente ordem constitucional, em regra, o acesso aos empregos públicos opera-se mediante concurso público, que pode não ser de igual conteúdo, mas há de ser público. As Autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista estão sujeitas à regra, que envolve a administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Sociedade de Economia Mista destinada a explorar atividade econômica está igualmente sujeita a esse princípio, que não colide com o expresso no art. 173, § 1º. Exceções ao princípio, se existem, estão na própria Constituição" (STF - TP - MS nº 21322 - DF - Rel. Min Paulo Brusard - j. 3/12/92 - DJ 23/4/1993 - p. 6921).

¹⁸Cretella Júnior, José. Ob. cit., p. 2.178.

todas as vagas existentes' (TJSP, em RDA 62/105). 'É lícita a exclusão de concurso de candidato do sexo feminino' (TASP, em RDA 67/94). 'A lei pode deferir, ao regulamento, a discriminação de sexos, com exclusão das mulheres, para efeito de provimento de cargos públicos' (STF, em RDA 77/116). 'Nomeado por concurso, o funcionário tem direito à posse (STF, em RDA 85/107). 'A revisão de classificação de candidatos a concurso para provimento de cargo público, promovida por ato administrativo, não alcança aos já classificados, nem altera os resultados homologados' (STF, em RDA 104/139)".

O Supremo Tribunal Federal considera legítima a limitação de idade para inscrição em concurso público quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido (Súm. n° 683), não admitindo a restrição, por ato administrativo, em razão da idade, inscrição em concurso para cargo público (Súm. n° 14).

O Supremo Tribunal Federal reconhece o direito do candidato aprovado à nomeação, dentro do prazo de validade do concurso, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação (Súm. n° 15), sendo que o funcionário nomeado por concurso tem direito à posse (Súm. n° 16) e a nomeação sem concurso poderá ser desfeita antes da posse (Súm. n° 17). Também considera inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público (Súm. n° 684) e toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido (Súm. n° 685) e que somente por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público (Súm. n° 686).

4.1.2.4.3 A Nulidade e o Direito do Trabalho

Toda e qualquer relação de natureza

pessoal advém de um ato jurídico. O contrato de trabalho é um ato de manifestação de vontades, que leva à formação da relação empregatícia.

O art. 104 do Novo Código Civil estabelece que a validade do ato jurídico requer agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei. Não basta somente a declaração de vontades. É necessária, para a validade do ato jurídico em si, a observância da forma, da licitude do objeto e da capacidade das partes.

No Direito do Trabalho, a expressão objeto lícito sintetiza o próprio conteúdo do contrato de trabalho. A atividade é um dos elementos característicos do contrato de trabalho e, por isso, deve estar em sintonia com a ordem, moralidade, os bons costumes e a ordem pública.

O contrato de trabalho tem como objeto a prestação de serviços assumida pelo empregado – trabalho. O empregador tem a obrigação de dar que é o pagamento dos salários. Tais obrigações mútuas e básicas devem envolver um fim lícito.

Não se deve, porém, confundir trabalho ilícito com trabalho proibido.

Trabalho proibido é aquele que, em função de vários elementos, a lei impede seja exercido por determinadas pessoas ou em determinadas circunstâncias, sem que essa proibição decorra da moral ou dos bons costumes (prestação, por exemplo, do serviço por estrangeiro, mulher ou menor de idade nos casos em que a lei não o permita).

Como assevera Délio Maranhão:¹⁹ *"Tratando-se de trabalho simplesmente proibido, embora nula a obrigação, pode o trabalhador reclamar os salários correspondentes aos serviços realizados, o que não aconteceria se o trabalho fosse ilícito: nemo de improbitate sua consequitur actionem".*

¹⁹MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. 8ª ed., 1980, p. 45.

Discorre Octavio Bueno Magano:²⁰
"Como esclarece Martinez Vivot, quando se trata de objeto ilícito, o valor tutelado é a realização da ordem pública, ao passo que, quando se trata de objeto proibido, a tutela da ordem pública se realiza de modo mediato, prevalecendo o interesse do trabalhador. A consequência da distinção é indicada nos dispositivos subsequentes, nos quais se indica que o trabalho ilícito não produz efeitos e que o proibido não afeta o direito do trabalhador de perceber as remunerações e indenizações derivadas de sua extinção, em virtude de nulidade. Como exemplo de trabalho ilícito, Vasquez Vialard refere o relacionado com o jogo e de proibido o trabalho noturno ou em lugares insalubres para mulheres e menores".

Para Amauri Mascaro Nascimento:²¹
"Os incapazes, como o louco, embora vedados os atos da sua vida civil, não estão impedidos de trabalhar, ainda que tenham declarada a sua interdição, uma vez que não é cerebrina a hipótese da efetivação de serviços prestados por alguém nessa condição. Neste caso, como no do menor com idade inferior a 16 anos, surge uma questão: prestados os serviços, o contrato de trabalho, por falta de agente capaz, é nulo? Se o direito do trabalho se utilizasse aqui dos critérios do Direito Civil estaria permitindo uma solução injusta. Desse modo, ainda quando o agente é incapaz, os direitos trabalhistas são assegurados ao trabalhador".

Tal posição justifica-se pelos seguintes princípios: a) a irretroatividade das nulidades, segundo a qual, no contrato de trabalho, todos os efeitos se produzem até o momento em que for declarada pela autoridade competente a sua nulidade; b) a inadmissibilidade do enriquecimento sem causa, segundo a qual o empregador estaria

se locupletando ilicitamente do trabalho humano caso pudesse, sem ônus, dispor do trabalho do incapaz; c) a impossibilidade da restituição das partes à situação anterior, uma vez que o trabalho é a emanção da personalidade e da força de alguém: uma vez prestado não pode ser devolvido ao agente, com que é impossível restituí-lo ao trabalhador, não sendo justo deixá-lo sem a reparação.

4.1.2.4.4 As Correntes Doutrinárias Quanto à Nulidade e à Contratação na Administração sem a Realização do Concurso Público

As noções do Direito Civil quanto à nulidade ou anulabilidade dos atos jurídicos, de forma genérica, não podem ser aplicadas ao Direito do Trabalho.

A contratação de funcionário ou empregado público sem a prévia aprovação em concurso público está violando de forma direta o que dispõe o artigo 37, II e § 2º, da Carta Política de 1988.

Em tese, em havendo a contratação sem a devida realização do concurso público, o ato é nulo, pois não houve a observância da forma e da solenidade prevista na lei.

A questão da ineficácia do contrato de trabalho não deve ser resolvida de forma simples, como a prevista na teoria civilista das nulidades. O ato nulo, dentro do prisma civilista, não produz nenhum efeito.

Contudo, pela natureza da relação de emprego, os efeitos da declaração da nulidade não podem ser retroativos, não sendo possível o retorno das partes simplesmente ao estado anterior da contratação. Os serviços prestados pelo trabalhador não podem ser restituídos. Isso também ocorre com os salários. A força de trabalho, pela lógica, implica dispêndio de energia física e intelectual, sendo, assim, insuscetível de haver a devida restituição.

²⁰MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho – Direito Individual do Trabalho – v. 2*. São Paulo: LTr, 4ª ed., 1993. p. 192.

²¹NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 27ª ed., 2001. p. 228.

No Direito do Trabalho, por isso, há de ser aplicável à irretroatividade das nulidades, pois o trabalhador não pode devolver a sua energia despendida na execução dos serviços.

A nulidade, em havendo a contratação sem o concurso público, deve ser decretada, porém, de forma irretroativa, justificando-se no mínimo que o trabalhador tenha direito ao pagamento dos salários havidos durante o período.

A par dessas discussões, há na doutrina várias posições que discutem os efeitos da prestação dos serviços na Administração Pública sem a realização do concurso público.

A primeira corrente doutrinária é no sentido de que a contratação irregular não gera nenhum efeito para o trabalhador, inclusive havendo a faculdade da própria Administração declarar nula a contratação.

Em nosso entendimento, dentro deste prisma, o trabalhador não pode ser condenado a ressarcir os valores recebidos a título de vencimentos ou salários, pois a decretação da nulidade torna impossível fazer o restabelecimento da situação anterior.

Para a segunda corrente, a nulidade reconhecida tem os seus efeitos a partir do momento de sua declaração, sendo que o trabalhador tem direito à percepção de seus direitos legais até o citado momento, como forma de indenização, porém, sem haver o registro de seu contrato na CTPS, inclusive não gerando efeitos para fins de Previdência Social.

A terceira corrente entende que a ausência do concurso ou de suas irregularidades não vicia o contrato de trabalho,

fazendo o trabalhador jus aos seus direitos trabalhistas, inclusive para fins previdenciários.

Em quaisquer dessas hipóteses, o responsável pela contratação, em qualquer nível da administração pública, deve ser responsabilizado, devendo indenizar os cofres públicos em função de seus atos na gestão da coisa pública (art. 37, § 2º, CF).

De qualquer maneira, é imperiosa a citação do § 2º do art. 37 da Carta Política de 1988, *in verbis*: "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".

A irregularidade leva à nulidade do ato e à imputação da autoridade responsável.

Em tese, o ato da contratação irregular é nulo, não gerando qualquer efeito.

Para o STF é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido (Súm. nº 685, STF).

O Tribunal Superior do Trabalho, pela Orientação Jurisprudencial nº 85 agasalhou a primeira corrente, ao reconhecer somente o direito à percepção dos salários dos dias efetivamente trabalhados. A jurisprudência dominante transformou-se na Súmula nº 363: "A contratação de servidor público, após a Constituição Federal de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no seu art. 37, II, e § 2º, somente conferindo-lhe direito ao pagamento dos dias efetivamente trabalhados segundo a contraprestação pactuada".

"...há de ser aplicável à irretroatividade das nulidades, pois o trabalhador não pode devolver a sua energia despendida na execução dos serviços."

Admite, inclusive, ação rescisória por violação ao art. 37, II e § 2º, CF (OJ nº 10, SDI-II²²).

Em situação equivalente, o Tribunal Superior do Trabalho entende que procede a solicitação de rescisão do julgado quando a assunção do professor-adjunto ao cargo de professor-titular de universidade pública ocorre sem prévia aprovação em concurso público (OJ nº 38, SDI-II²³).

Em abril de 2002, o Tribunal Superior do Trabalho reviu a redação da Súmula nº 363: *"A contratação de servidor público, após a Constituição de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no seu art. 37, II e § 2º, somente conferindo-lhe direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o salário-mínimo/hora"*.

No final do ano de 2003, a Súmula nº 363 passou a ter a seguinte redação: *"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"* (Res. nº 121/2003, DJ 21.11.2003).

Com isso, o Tribunal Superior do Trabalho reafirmou a sua posição de nulidade do contrato de trabalho com a Administração Pública quando ausente a aprovação em concurso público, garantindo apenas o pagamento das horas efetivamente trabalhadas, de modo a excluir os descansos semanais remunerados, adicionais, afastamentos e licenças remuneradas, mas garantiu o

pagamento do salário-mínimo/hora e os depósitos do fundo de garantia por tempo de serviço. Naquelas situações em que o salário mensal era inferior ao salário mínimo nacional, o entendimento de que o salário-mínimo/hora deve ser observado tenta garantir um mínimo de dignidade ao trabalhador.

A última alteração da Súmula nº 363, TST, decorre de imposição legal que reconheceu o direito aos depósitos do FGTS mesmo havendo a nulidade do contrato de trabalho por ausência de concurso público (MP nº 2.164-41/2001, a qual inseriu o art. 19-A na Lei nº 8.036/90, convalidada pela EC. nº 32, art. 2º).

É de se acrescentar ainda que o TST tem aplicado a sistemática da Súmula nº 256 para as hipóteses de vínculo empregatício com a Administração Pública em relação ao período anterior da CF/88 (OJ nº 321, SDI-I), ou seja, salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nº 6.019, de 03/01/1974, e nº 7.102, de 20/06/1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços. A Súmula nº 256, TST, foi revista pela Súmula nº 331 (Res. nº 23/1993, DJ 21/12/93), sendo, posteriormente, cancelado pela Res. nº 121/2003, DJ 21/11/2003.

Isso porque, na vigência na Constituição anterior, a exigência de aprovação em concurso público era apenas para o provimento de cargo estatutário efetivo, não havendo essa exigência quando da celebração de contrato de trabalho.

4.1.3 Responsabilidade Subsidiária

A empresa tomadora tem o dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações

²²OJ nº 10, SDI-II. – Ação rescisória. Contrato nulo. Administração pública. Efeitos. Art. 37, II e § 2º da CF/88. Somente por ofensa ao art. 37, II e § 2º, CF/88, procede o pedido de rescisão de julgado para considerar nula a contratação, sem concurso público, de servidor, após a CF/88.

²³OJ nº 38, SDI-II – Ação rescisória. Professor-adjunto. Ingresso no cargo de professor-titular. Exigência de concurso público (Lei nº 7.581/87, Decreto nº 94.664/87 e art. 206, V, CF/88). A assunção do professor-adjunto ao cargo de professor-titular de universidade pública, sem prévia aprovação em concurso público, viola o art. 206, V, da Constituição Federal. Procedência do pedido de rescisão do julgado.

trabalhistas da empresa escolhida²⁴. É o desdobramento da responsabilidade civil quanto às relações do trabalho, através da culpa *in eligendo* e *in vigilando*. Deve solicitar, mensalmente, a comprovação quanto aos recolhimentos previdenciários, fiscais e trabalhistas. Essa denotação decorre do fato de que o crédito trabalhista é superprivilegiado (art. 186, CTN e art. 449, CLT).

A responsabilidade subsidiária é aplicável quando ficar evidente que a empresa prestadora é inadimplente quanto aos títulos trabalhistas de seus empregados. É comum, pela experiência forense, quando se tem a rescisão do contrato de prestação de serviços entre a tomadora e a prestadora, não haver o pagamento dos títulos rescisórios dos empregados da segunda. Diante desta situação de inadimplemento, pela aplicação decorrente da responsabilidade civil — culpa *in eligendo* e *in vigilando*, a tomadora deverá ser responsabilizada.

Claro está que a empresa tomadora deve ser inserida na relação jurídica processual, para que possa ser responsabilizada, em caso do inadimplemento por parte da empresa prestadora.

A inclusão é uma medida salutar, pois, fazendo parte da relação jurídica processual, a empresa tomadora poderá requerer em Juízo as provas necessárias, deduzir os seus argumentos etc., visando o respeito aos princípios do contraditório e do amplo direito de defesa, como pilares do devido processo legal.

Por outro lado, a coisa julgada somente faz lei entre as partes (art. 472, CPC), logo, em havendo o reconhecimento de sua responsabilidade, poderá ser acionada no transcorrer da execução (art. 876, CLT).

4.2 O art. 129 da Lei nº 11.196/05 e a Terceirização

O art. 129 da Lei nº 11.196/05 permite ao prestador de serviços intelectuais,

"Claro está que a empresa tomadora deve ser inserida na relação jurídica processual, para que possa ser responsabilizada, em caso de inadimplemento por parte da empresa prestadora."

²⁴ "É que toda a atividade lesiva a um interesse patrimonial ou moral gera a necessidade de reparação, de restabelecimento do equilíbrio violado, que é o fato gerador da responsabilidade civil. Embora considerada 'a grande vedete do direito civil', a responsabilidade estende-se a outros ramos do Direito, como decorrência da unidade jurídica dos institutos basilares. A função da responsabilidade é, portanto, servir como sanção civil, de natureza compensatória. Essa sanção funda-se na culpa (responsabilidade subjetiva) e também no risco (responsabilidade objetiva), 'representando esta última uma reformulação da teoria da responsabilidade civil dentro de um processo de humanização'. O risco traduz uma objetivação da responsabilidade, garantida com o fim de assegurar uma proteção jurídica à pessoa humana, 'em particular aos trabalhadores e às vítimas de acidentes, contra a insegurança material e todo dano deve ter um responsável. A noção de risco prescinde da prova da culpa do lesante, contentando-se com a simples causação externa, bastando à prova de que o evento ocorreu do exercício da atividade, para que o prejuízo por ela criado seja indenizado. Baseia-se no princípio do *ubi emolumentum, ibi ius* (ou *ibi onus*), isto é, a pessoa que se aproveitar dos riscos ocasionados deverá arcar com suas conseqüências. Outra tendência diz respeito ao progressivo aumento da extensão da responsabilidade. A cada dia amplia-se o número de pessoas responsáveis pelos danos, admitindo-se, ao lado da responsabilidade direta ou por fato próprio do imputado, a indireta, por fatos de terceiro e coisas sob sua guarda, fundada na idéia de culpa presumida (*in eligendo* ou *in vigilando*). No Direito Civil, a responsabilidade por fatos de terceiro atribui responsabilidade civil solidária aos pais pelos danos causados a outrem pelos filhos menores, com fulcro na falta de vigilância; da mesma forma, responsabiliza-se o comitente pelos atos de seus prepostos por culpa *in eligendo* (Súmula 341 do STF). A reformulação da teoria da responsabilidade civil encaixa-se como uma luva na hipótese da terceirização. O tomador dos serviços responderá, na falta de previsão legal ou contratual, subsidiariamente, pelo inadimplemento das obrigações sociais a cargo da empresa prestadora de serviços. Trata-se de uma responsabilidade indireta, fundada na idéia de culpa presumida (*in eligendo*), ou seja, na má escolha do fornecedor da mão-de-obra e também no risco (art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002), já que evento, isto é, a inadimplência da prestadora de serviços, decorreu do exercício de uma atividade que se reverteu em proveito do tomador" (BARROS, Alice Monteiro de. Ob. cit., p. 426).

inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregador da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, o recolhimento das suas obrigações fiscais e previdenciárias como pessoa jurídica.

No cumprimento das obrigações pactuadas, a execução dos serviços pela empresa prestadora poderá ser efetuada por: a) empregados; b) outros tipos de trabalhadores (autônomo ou eventual); c) esforço pessoal do sócio ou dos sócios da empresa prestadora.

Na parte relativa à terceirização trabalhista, o enfoque será dado ao trabalho realizado pela empresa prestadora quando os serviços são executados por empregados ou por outros tipos de trabalhadores (autônomos e eventuais).

4.2.1 A Prestação dos Serviços de Empregados da Empresa Prestadora junto à Empresa Tomadora

Não há incompatibilidade do artigo 129 da Lei nº 11.196/05 com a terceirização, quando a empresa prestadora de serviços intelectuais, científicos, artísticos ou culturais, no cumprimento de suas obrigações contratuais junto à empresa tomadora, emprega trabalhadores por ela contratados na qualidade de empregados, além de observar os seguintes requisitos: a) a contratação

destina-se à realização de determinado e específico serviço fora do âmbito das atividades-fim e normais da empresa tomadora (art. 2º, *caput*, Instrução Normativa MTb/GM nº 3, de 29 de agosto de 1997); b) o contrato entre a prestadora e a tomadora regula-se pela lei civil (art. 2º, § 1º); c) a prestação dos serviços, dependendo da sua natureza, poderá se desenvolver nas instalações físicas da empresa tomadora ou em outro local por ela determinado (art. 2º, § 4º); d) a empresa prestadora é a responsável pela contratação, remuneração e direção dos serviços executados pelos seus empregados (art. 2º, § 5º);²⁵ e) os empregados da prestadora não estão subordinados ao poder (diretivo, técnico e disciplinar) da empresa contratante (art. 2º, § 6º).

Na terceirização permitida (estágios: inicial e intermediário da atividade econômica da empresa tomadora), sem que se tenha a pessoalidade e a subordinação direta dos empregados da empresa prestadora junto à empresa tomadora haverá a responsabilidade subsidiária da segunda pelos débitos trabalhistas da primeira junto aos seus empregados.

Diante da fraude na contratação das duas empresas, nos estágios inicial e intermediário da contratante, o vínculo empregatício se forma entre o trabalhador e a empresa tomadora²⁶, com a responsabilidade solidária das duas empresas.

²⁵No âmbito da fiscalização pelo Ministério do Trabalho, quando da inspeção na empresa de prestação de serviços ou na contratante, serão observadas as seguintes disposições: a) registro de empregado - deve permanecer no local da prestação de serviços, para exame do contrato de prestação e identificação do cargo para o qual o trabalhador foi contratado, salvo quando o empregado tiver cartão de identificação, tipo crachá, contendo nome completo, função, data de admissão e número do PIS-PASEP, hipótese em que a Fiscalização fará a verificação do registro na sede da empresa prestadora de serviços, caso esta sede se localize no Município onde está sendo realizada a ação fiscal; b) horário de trabalho - o controle de jornada de trabalho deve ser feito no local da prestação de serviços. Tratando-se de trabalhador externo (papeleta) este controle deve permanecer na sede da empresa prestadora de serviços a terceiros; c) atividade do trabalhador - o agente da inspeção do trabalho deve observar as tarefas executadas pelo trabalhador da empresa prestadora de serviços, a fim de constatar se estas não estão ligadas às atividades-fim e essenciais da contratante; d) o contrato social - o agente da inspeção do trabalho deve examinar os contratos sociais da contratante e da empresa prestadora de serviços, com a finalidade de constatar se as mesmas se propõem a explorar as mesmas atividades-fim; e) contrato de prestação de serviços - o agente da inspeção do trabalho deve verificar se há compatibilidade entre o objeto do contrato de prestação de serviços e as tarefas desenvolvidas pelos empregados da prestadora, com o objetivo de constatar se ocorre desvio de função de trabalhador (art. 5º, *a a z*, da Instrução MTb/GM nº 3, de 29 de agosto de 1997).

²⁶Presentes os requisitos configuradores da relação de emprego entre a contratante e os empregados da empresa de prestação de serviços a terceiros ou desvio de função destes, lavrar-se-á em desfavor da contratante, o competente ato de infração, pela caracterização do vínculo empregatício (art. 5º, parágrafo único, da Instrução MTb/GM nº 3, de 29 de agosto de 1997).

Quando não há a possibilidade jurídica da terceirização, ou seja, na atividade-fim da empresa tomadora, independentemente da subordinação direta ou da pessoalidade, forma-se o vínculo empregatício entre o trabalhador e a empresa tomadora, com a responsabilidade solidária das duas empresas (a tomadora e a prestadora).

A terceirização privada é permitida não só no âmbito da iniciativa como junto à Administração Pública. Na última hipótese, o contrato celebrado entre a empresa prestadora de serviços e a pessoa jurídica de direito público é de natureza administrativa com efeitos civis, na conformidade do § 7º, artigo 10 do Decreto-lei nº 200/67²⁷ e da Lei nº 8.666/93 (art. 4º, *caput*; Instrução Normativa MTb/GM nº 3, de 29 de agosto de 1997).

Contudo, quando se tiver a fraude ou a contratação de empregados junto à atividade-fim na área da Administração Pública, diante da regra constitucional da obrigatoriedade do concurso público (art. 37, II), não haverá a formação do vínculo empregatício entre o trabalhador e a pessoa jurídica de direito público. No máximo, a consequência é no sentido de que a Administração Pública, pela jurisprudência atual do Tribunal Superior do Trabalho (Súmula nº 331, IV), é a responsável subsidiária dos direitos trabalhistas dos trabalhadores da empresa prestadora.

O entendimento jurisprudencial dissocia-se do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, o qual prevê expressamente que: *"A inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o registro de imóveis"*.

²⁷Para 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 (art. 10, § 7º, Decreto-lei nº 200/67).

Assim, a Lei nº 8.666/93, que disciplina o processo licitatório, em seu art. 71, § 1º, exclui qualquer responsabilidade da Administração por encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não quitados pelas empresas prestadoras de serviços.

Por outro lado, o § 2º do art. 71 atribui à Administração a responsabilidade solidária pelos encargos previdenciários resultantes do contrato, nos termos do art. 31, Lei nº 8.212/91.

Ressalvados os casos especificados na legislação própria, o texto constitucional determina que as obras, serviços, compras e alienações somente serão contratados mediante processo de licitação pública, a qual tem como pressuposto basilar a igualdade de condições entre todos os concorrentes (art. 37, XXI).

Desta forma, entendem os publicistas, invocando o princípio da estrita legalidade, que a Administração não pode ser tida como responsável por nenhum ato praticado pela empresa vencedora do processo licitatório. Até porque a atribuição de fiscalização do cumprimento das normas trabalhistas é de competência do Ministério Público do Trabalho e órgãos integrantes do Ministério do Trabalho, como as delegacias regionais do trabalho.

Acrescente-se a isso que nem poderia a Administração, se quisesse, criar regras no processo licitatório sobre fiscalização das normas trabalhistas, por ser da União apenas a competência para legislar sobre Direito do Trabalho (art. 22, I, CF).

Pensar ainda que eventuais cláusulas contratuais possuem caráter privado, sendo facultado às partes disporem de forma ampla e irrestrita, desde que não atentem contra restrições legais, é um equívoco, porque a Administração está adstrita à legalidade em todos os seus atos e os contratos

celebrados com a Administração são regidos pelos princípios e normas do Direito Público e não Privado, como ocorre na iniciativa privada.

Ademais, poder-se-ia lembrar que a maior parte dos Municípios e mesmo dos órgãos da Administração Pública não possuem quadro técnico suficiente ou com competência técnica para supervisionar todos os serviços terceirizados. De maneira que obrigaria o Administrador a promover outro processo licitatório, agora para contratar uma empresa fiscalizadora, o que seria um absurdo do ponto de vista administrativo burocrático e custo-operacional.

O Tribunal Superior do Trabalho, inicialmente, apenas atribua a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas quando tivesse participado da relação processual e constasse também do título executivo judicial (En. nº 331, IV).

Com a Resolução nº 96, de 11/9/2000, o item IV do En. nº 331 sofreu alteração, passando a atribuir expressamente responsabilidade subsidiária para a Administração Pública, apesar do previsto no art. 71, da Lei nº 8.666/93.

Neste ponto, dois podem ser os posicionamentos: a) inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, na medida em que estaria violando o princípio constitucional da igualdade (art. 5º, *caput*) e os preceitos de que o trabalho é um dos fundamentos do Estado Democrático (art. 1º, IV), a ordem econômica deve estar fundada na valorização do trabalho (art. 170) e a ordem social tem como base o primado do trabalho (art. 193); b) inaplicabilidade do art. 71, § 1º, nas questões de terceirização trabalhista, já que há o sistema positivo a atribuir responsabilidade àquele que age com culpa *in vigilando* e *in eligendo*, além de possibilitar

a fraude a direitos trabalhistas e violar os preceitos constitucionais mencionados.

Para o STF, a discussão acerca da responsabilidade subsidiária da Administração Pública por débitos trabalhistas, baseando-se no confronto entre a Lei 8.666/93 e o Súmula nº 331, TST, reside no âmbito infraconstitucional.²⁸

Importante lembrar que a Administração Pública, quando contrata pessoal pelo regime da Consolidação das Leis do trabalho, equipara-se ao empregador privado, sem qualquer prerrogativa de império, apesar de sofrer inúmeras limitações pelas normas de Direito Público.

Acrescente-se, admitindo a responsabilidade da Administração Pública, que parte da doutrina entende que a responsabilidade é objetiva, conforme mandamento constitucional (art. 37, § 6º).

4.2.2 A Adoção de Trabalhadores Autônomos ou Eventuais pela Empresa Prestadora junto à Empresa Tomadora

Será que é possível a empresa prestadora de serviços, no adimplemento das suas obrigações contratuais junto à empresa tomadora ou a contratante, adotar a utilização da mão-de-obra de trabalhadores autônomos ou eventuais?

Diante da Súmula nº 331 do TST e da Instrução Normativa nº 3 do MTb/GM, de 29 de agosto de 1997, entendemos que a resposta é negativa, não se admitindo a adoção da mão-de-obra de trabalhadores autônomos ou eventuais por parte da empresa prestadora.

Não se pode admitir uma empresa prestadora que compreende a prestação de serviços a terceiro, portanto, a essência da sua atividade econômica e societária, valer-se de trabalhadores que não sejam os seus

²⁸ STF - 1º T. - AI nº 409.572-AgR - Rel. Min. Ilmar Galvão - DJ 7/3/2003; STF - 2º T. - AI nº 401.222-AgR - Rel. Min. Nelson Jobim - DJ 29/11/2002; STF - 2º T. - AI nº 453.737-AgR - Rel. Min. Celso de Mello - DJ 5/12/2003).

empregados. A resistência do Direito do Trabalho à terceirização na atividade-fim das empresas é salutar e adequada ao caráter protecionista da legislação trabalhista, notadamente, pelo avanço das empresas prestadoras como empregadoras na economia nacional.

Como regra, portanto, a empresa prestadora prevista no art. 129 da Lei nº 11.196/05, não poderá adotar a mão-de-obra autônoma ou eventual por ela contratada para o adimplemento das suas obrigações contratuais junto à empresa tomadora ou a contratante. Contudo, em situações especiais, pelas peculiaridades da necessidade ou pela natureza das tarefas a serem executadas, será válida pela empresa prestadora a adoção da mão-de-obra autônoma na execução dos serviços contratados. Nessa hipótese, a empresa tomadora será responsável subsidiária pelas obrigações contratuais não adimplidas pela empresa prestadora junto aos trabalhadores autônomos ou eventuais.

4.3 O art. 129 da Lei nº 11.196/05 e o Trabalho Executado por Sócio ou Sócios da Empresa Prestadora de Serviços Intelectuais

4.3.1 Trabalho Humano e o Direito do Trabalho

Em sentido amplo, o trabalho pode ser considerado como toda e qualquer atividade, não se perquirindo a respeito do agente, da natureza ou da sua destinação.

Quando a atividade é humana, adota-se uma visão restrita, justificando a interação do trabalho com a órbita do Direi-

to. A atividade humana pode ter uma natureza econômica ou não. Várias são as atividades humanas que visam a outros fins. Por exemplo: o serviço voluntário que não gera vínculo empregatício, nem obrigações de natureza trabalhista, previdenciária ou afim (art. 1º, § 1º, Lei nº 9.608/98).

Para o Direito do Trabalho, no entanto, o que interessa é a atividade humana aplicada à produção de bens ou serviços. Assim, mesmo quando se fala em produção, é importante precisar sua destinação. Não basta o trabalho para o suprimento das necessidades de seu agente.

O trabalho jurídico, para a sua caracterização, exige uma relação interpessoal e o interesse do sujeito da relação. Tais elementos são os pressupostos da interação do trabalho humano com o Direito do Trabalho, mas em função da ordem jurídico-trabalhista nacional (Consolidação das Leis do Trabalho), sempre houve o realce para o trabalho subordinado (relação jurídica empregatícia). A subordinação é elemento presente nas relações jurídicas que interessam ao Direito do Trabalho, inserindo-se nas

diversas espécies, a saber: trabalho empregatício; doméstico; eventual; rural; temporário e avulso.

4.3.2 Relação de Trabalho

Na dinâmica sócio-jurídica²⁹ há uma série de relações jurídicas, as quais envolvem a atividade humana como objeto e que não se relacionam com a subordinação.

Relação de trabalho é a relação jurídica em que o prestador dos serviços é uma

“...a empresa prestadora prevista no art. 129 da Lei nº 11.196/05, não poderá adotar a mão-de-obra autônoma ou eventual...”

²⁹Há uma série de relações jurídicas nas quais se tem a presença do trabalho humano, sem a presença da subordinação como elemento essencial, a saber: prestação de serviços (arts. 593 e seguintes, CC); contrato de transporte (art. 730); contrato de agência e distribuição (arts. 710 a 721); corretagem (arts. 722 e seguintes).

pessoa natural, tendo por objeto a atividade pessoal, subordinada ou não, eventual ou não, e que é remunerada (ou não) por uma outra pessoa natural ou pessoa jurídica. Portanto, relação de trabalho é o gênero, sendo a relação de emprego³⁰ uma de suas espécies. A relação de emprego é regida pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

4.3.3 Relação de Trabalho e o art. 129 da Lei nº 11.196/05

Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, poderá ser executada em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços (art. 129, Lei nº 11.196/05).

De acordo com o art. 129, um trabalhador ou um grupo de trabalhadores, como prestador ou prestadores de serviços intelectuais, científicos, artísticos ou culturais,

poderá constituir ou constituírem uma empresa e por meio dela prestar os seus serviços, assumindo, assim, os encargos legais fiscais e previdenciários como pessoa jurídica.

Na essência, do ponto de vista da primazia da realidade³¹, o que se tem é uma relação de trabalho, contudo, uma pessoa jurídica para fins de recolhimento das obrigações legais fiscais e previdenciárias.

Será que a aplicação do art. 129 da Lei nº 11.196/05 não levará ao aumento da informalidade nas relações jurídico-trabalhistas?

Não se pode negar que sempre houve uma forte tendência dos empregadores, na qualidade de tomadores de serviços, na exigência da constituição de pessoa jurídica pelos seus trabalhadores (os quais, na verdade, são empregados), como forma de evitar o pagamento dos encargos impostos pela legislação trabalhista.

“Será que a aplicação do art. 129 da Lei nº 11.196/05 não levará ao aumento da informalidade nas relações jurídico-trabalhistas?”

³⁰ Relação de emprego é um contrato, cujo conteúdo mínimo é a lei, possuindo como sujeitos, de um lado, o empregado, que presta serviços, e, de outro lado, o empregador, em função de quem os serviços são prestados de forma subordinada, habitual e mediante salário. Dentro desse prisma, devemos desenvolver as seguintes assertivas: a) contrato de trabalho – acordo tácito ou expresso que corresponde à relação de emprego; b) os sujeitos são o empregado e o empregador; c) empregado, como a pessoa física prestadora de serviços de natureza não eventual a empregador, sob a subordinação deste e mediante salário (art. 3º, CLT); d) empregador é a empresa ou outros entes que admitem, assalariam e dirigem a prestação pessoal dos serviços (art. 2º, CLT).

³¹ Pelo princípio da primazia da realidade (também intitulado contrato realidade), no caso de discordância entre o que ocorre de fato e o que está nos documentos trabalhistas, haverá a prevalência do sucedido no plano dos fatos. Para o Direito do Trabalho, os documentos são válidos desde que estejam em sintonia com a realidade diária do contrato individual de trabalho. Na visão de Maurício Godinho Delgado, a pesquisa, no âmbito do Direito do Trabalho, de forma preferencial, deve estar relacionada com a “prática concreta efetivada ao longo da prestação dos serviços, independentemente da vontade eventualmente manifestada pelas partes na respectiva relação jurídica. A prática habitual – na qualidade de uso – altera o contrato pactuado, gerando direitos e obrigações novos às partes contratantes (respeitada a fronteira da inalterabilidade contratual lesiva). Desse modo, o conteúdo do contrato de trabalho não se circunscreve ao transposto no correspondente instrumento escrito, incorporando amplamente todos os matizes lançados pelo cotidiano da prestação dos serviços. O princípio do contrato realidade autoriza, assim, por exemplo, a descaracterização do contrato despontem, concretamente, todos os elementos fático-jurídicos da relação de emprego (trabalho por pessoa física, com pessoalidade, não-eventualidade, onerosidade e sob subordinação). O princípio da primazia da realidade sobre a forma constitui-se em poderoso instrumento para a pesquisa e encontro da verdade real em uma situação de litígio trabalhista” (Ob. cit., p. 207).

Por outro lado, os trabalhadores, mesmo quando não se tem uma relação de emprego, tendem a constituir uma pessoa jurídica, para proceder ao recolhimento das alíquotas fiscais e previdenciárias, furtando, assim a tributação como pessoas físicas.

Na visão de Almir Pazzianotto Pinto³², o art. 129 da Lei nº 11.196/05 não colide com o Direito do Trabalho: “Em um País onde a legislação trabalhista é acusada de promover o estrangulamento do mercado de trabalho, profissionais de elevada qualificação defendem-se criando empresas prestadoras de serviços, as PJs, destinadas a facilitar-lhes oportunidades de colocação como pessoas jurídicas.

Nada há de errado nessa decisão, desde que os associados sejam civilmente capazes, o objeto da empresa lícito e se respeitem as formalidades burocráticas e fiscais. O artigo 170 da Constituição prescreve que ‘A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem como finalidade assegurar, a todos, existência digna, conforme os ditames da justiça social’. O inciso IX do dispositivo, por sua vez, garante ‘tratamento favorecido às empresas de pequeno porte’, e o parágrafo único diz que ‘É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei’.

Norma jurídica alguma, constitucional ou infraconstitucional, impõe às pessoas que trabalhem como empregadas ou que assumam a posição de empregadoras. Tornar-se empresário ou ser empregado são apenas opções que se oferecem à pessoa que alcança a idade de ingresso no mercado de trabalho, conclui formação acadêmica ou se vê perante a necessidade de tomar decisão a respeito do que fazer na vida.

Muitos escolhem profissão liberal ou se estabelecem com negócio próprio. Existe quem aprecie o serviço público. A maioria acaba, todavia, empresa ou desempregada.

Quando, porém, alguém se organiza como micro ou pequena empresa, obedece à tendência dominante no mercado. (...) Não integra as atribuições da fiscalização do trabalho tomar a iniciativa de converter, por coerção e grave ameaça, trabalhadores autônomos e titulares de pessoas jurídicas em empregados. A Justiça do Trabalho tem competência para fazê-lo mediante sentença, se voluntariamente provocada em ação própria, por alguém que se considere lesado e invoque o princípio do ‘contrato realidade’, embutido na CLT. Nenhuma decisão, porém, será tomada sem garantir-se ao réu o contraditório e o amplo direito de defesa. O juiz investigará, também, se o autor da reclamação agiu com má-fé ao se apresentar como pessoa jurídica, profissional liberal ou trabalhador autônomo, para, depois, reivindicar o reconhecimento tardio de relação de emprego.

A simplificação do sistema tributário deve ser concluída com a revisão modernizadora das leis trabalhistas. É indispensável que se assegure àqueles que, por livre opção, se organizarem como pessoas jurídicas, a tranquilidade da prestação de serviços, sem temerem a ingerência do Ministério do Trabalho ou do Ministério Público do Trabalho. Estas instituições do Estado aparentemente não conseguem reconhecer, na multifacetada economia contemporânea, outras formas de exercício de profissão, a não ser através do velho, complicado e inseguro contrato de trabalho”.

No sentido oposto, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do

³²PINTO, Almir Pazzianotto. *Liberdade de Trabalho e PJ*. In *Revista Jurídica Consulex*. Brasília: Editora Consulex, ano IX, nº 211, outubro de 2005, p. 34.

Trabalho – ANAMATRA estuda a possibilidade de ingressar com uma ação direta de inconstitucionalidade contra o art. 129 da Lei nº 11.196, sob o argumento de que “a relação de emprego definida como trabalho humano prestado de forma pessoal, subordinada, onerosa e não eventual foi elevada a cláusula pétrea quando inserida, em 1988, no art. 7º da Constituição da República, o que demonstra satisfatoriamente a inconstitucionalidade de dispositivos como o art. 129 da Lei 11.196/2005”.

Para o presidente da Anamatra, José Nilton Pandelot,³³ “o Governo Federal ‘demonstrou sua irresponsabilidade social’ ao não vetar artigo que ‘claramente precariza o trabalho humano ao permitir a contratação de trabalhador que presta serviço pessoal, subordinado, não eventual e oneroso como pessoa jurídica.’

Segundo José Nilton Pandelot, a nova regra tem o objetivo de “beneficiar os empregadores em detrimento dos empregados, pois pretende transferir para estes últimos a responsabilidade exclusiva de pagar a contribuição previdenciária e afastar a obrigação de pagar ao trabalhador os direitos típicos devidos em uma relação de emprego.”

A alteração na regra teria sido concebida para incentivar a contratação de trabalhadores informais como pessoas jurídicas, conhecidas como PJ, mas o Presidente da Anamatra sustenta que “a redução dos custos empresariais da contratação de empregado significa, na verdade, a eliminação de direitos do trabalhador e sua retirada da órbita de proteção do contrato de trabalho”.

Afirma José Nilton Pandelot que os argumentos usados para a aprovação do artigo 129 são falsos, já que “não podem ser considerados no alegado custo da contratação de empregado direitos como

o décimo terceiro salário, adicional de férias, FGTS dentre outros. Quando se fala em redução do ‘custo Brasil’ pretende-se mesmo é promover alterações na legislação trabalhista para eliminar os direitos dos trabalhadores.’

Acrescenta que “a generalização do contrato de PJ não retirará o trabalhador da informalidade. A proposta do Governo estimula ainda mais as fraudes, pois abre a grave possibilidade de os empresários substituírem a mão-de-obra empregada por prestadores de serviços contratados como Pessoas Jurídicas, rescindindo contratados antigos”.

O juiz trabalhista alerta que a precarização pretendida pela nova regra consiste, ainda, na transferência da responsabilidade do pagamento do INSS para o trabalhador e na eliminação da incidência sobre o rendimento da Pessoa Jurídica de contribuições importantes para a economia, como o FGTS (que é usado na Habitação), o FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador) e o SAT (Seguro de Acidente de Trabalho).

Para Pandelot, “ao invés de abrir mão da arrecadação para favorecer contratações irregulares, o Governo deveria mesmo é reduzir impostos e prestigiar as contratações com base na CLT”.

Finaliza Pandelot, ao dizer que o “Governo que aceita ingerências internacionais e se submete a imposições do neoliberalismo trai sua própria origem trabalhista e sindical. Por isso, combater o art. 129 deve ser missão daqueles que se preocupam verdadeiramente com a proteção do trabalhador, uma vez que a denominada Pessoa Jurídica não garante qualquer amparo: no desemprego, na doença, nos acidentes de trabalho, na aposentadoria por invalidez ou idade e até na compra da casa própria”.

³³Contratação de trabalhador como Pessoa Jurídica é inconstitucional. <http://www.anamatra.org.br/noticias>. consulta em 28.11.2005.

Em nossa opinião, cada análise e o respectivo juízo de valor, há de ser efetuado em função do caso concreto. A análise fática há de ser filtrada pelo princípio da primazia da realidade, como também da boa-fé dos contratantes.

Portanto, não podemos afirmar que o art. 129 da Lei nº 11.196/05 represente uma forma institucional de precarização das relações trabalhistas ou que se conflita de plano com o Texto Constitucional.

Diante do caso concreto, na constatação dos requisitos da relação de emprego, a Justiça do Trabalho deverá reconhecê-lo, impondo-se o reconhecimento do contrato individual de trabalho, inclusive, com os encargos legais tributários pertinentes.

BIBLIOGRAFIA

- BARAÚNA, Augusto Cezar Ferreira de. *A Terceirização à luz do Direito do Trabalho*. São Paulo: LED, 1997.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 6ª ed., 2001.
- Contratação de trabalhador como Pessoa Jurídica é inconstitucional*. <http://www.anamatra.org.br/noticias>, consulta em 28.11.2005.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988* – v. 4. São Paulo: Forense Universitária, 3ª ed., 1998.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2ª ed., 2003.
- DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico* – v. 4. São Paulo: Saraiva, 1998.
- HARADA, Kiyoshi. MP do Bem. *Breves comentários da Lei nº 11.196/2005*. Jus Navigandi, Teresina, a. 10, n. 885, 5 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7653>>. Acesso em: 11 dez. 2005.
- PASQUALIN, Roberto. *Pessoa Física que é Jurídica*. In: *Gazeta Mercantil*, 29.12.2005.
- JORGE NETO, Francisco Ferreira e CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3ª ed., 2005.
- MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho – Direito Individual do Trabalho* - v. 2. São Paulo: LTr, 4ª ed., 1993.
- MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. 8ª ed., 1980.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Regime dos Servidores da Administração Direta e Indireta*. São Paulo: Malheiros, 3ª ed., 1995.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 27ª ed., 2001.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 17ª ed., 2004.
- PINTO, Almir Pazzianotto. Liberdade de Trabalho e PJ. In *Revista Jurídica Consulex*. Brasília: Editora Consulex, ano IX, nº 211, outubro de 2005.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 20ª ed., 2002.