



A C Ó R D ã O
(Ac. SBDI1-5539/97)
MF/SP/jr/alc/gbk

SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - VÍNCULO DE EMPREGO - EXIGIBILIDADE DE CONCURSO - CONTRATAÇÃO POR EMPRESA INTERPOSTA ANTERIORMENTE A 5/10/88. A utilização de empresa interposta para contratação de trabalhadores, anteriormente a 5/10/88, resulta na formação do vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços integrante da Administração direta ou indireta. **Embargos providos.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos embargos em Recurso de Revista n° TST-E-RR-121.399/94.4, em que são embargantes **JOSÉ MARCELINO MOREIRA BARBOSA E OUTRO** e embargada **COMPANHIA ESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA - CEEE**.

A egrégia Quinta turma deste TST, apreciando a revista interposta pela reclamada, conheceu por divergência e deu-lhe provimento, para julgar improcedente a ação, sob o fundamento de que não se configurou o vínculo empregatício (fls. 648/652).

Opostos embargos de declaração pelos reclamantes a fls. 654/668, foram acolhidos para prestar esclarecimentos quanto ao conhecimento da revista por dissenso de julgados, bem como para deixar assentado que não altera o julgado o fato de um dos reclamantes ter sido contratado na vigência da Constituição Federal anterior (fls. 671/673).

Novos declaratórios foram opostos pelos reclamantes a fls. 675/677, e a Turma novamente os acolheu, para asseverar não se cogitar de verba a ser deferida, tendo em vista a declaração de improcedência da ação (fls. 680/681).



Quando do terceiro pedido de declaração de fls. 683/685, o Colegiado turmário aplicou a multa de 1% do valor da condenação por entender procrastinatória a medida (fls. 688/690).

Inconformados, os reclamantes interpõem embargos para a SDI e arguem preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional.

Alegam, outrossim, ofensa ao artigo 896 consolidado, defendendo a tese de incidência dos Enunciados nº 337, 23 e 126 do TST.

Em relação ao reclamante José Marcelino Moreira Barbosa, assevera que a revista encontra óbice intransponível na parte final da alínea "a" do artigo 896 da CLT, em face de o acórdão regional harmonizar-se à Orientação Jurisprudencial nº 256 do TST e no tocante ao contrato, após o advento da atual Constituição Federal, oferece arestos para cotejo jurisprudencial (fls. 692/711).

Admitidos os embargos à fl. 712, a reclamada, impugnou-os a fls. 714/716.

A Procuradoria-Geral deixou de ser consultada por força do que dispõe a Lei Complementar nº 75/93.

Relatados.

V O T O

Os embargos são tempestivos (fls. 691/692), estão subscritos por advogada habilitada nos autos (fls. 7 e 637) e as custas foram satisfeitas (fl. 462).

I - CONHECIMENTO

I.1 - PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO DE FLS. 688/690 PROFERIDO NOS TERCEIROS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELOS RECLAMANTES POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL



A egrégia Quinta Turma, conhecendo da revista da reclamada, por divergência jurisprudencial, deu-lhe provimento para julgar improcedente o pedido inicial, por tratar a hipótese de aplicação do inciso II do Enunciado de Súmula nº 331 do TST (fls. 648/652).

Opostos embargos declaratórios pelos reclamantes a fls. 654/668, foram acolhidos para explicitar que o conhecimento da revista não colide com os Enunciados nºs 23, 296 e 337, II, do TST. No julgamento dos segundos embargos de declaração, a Turma acolheu o pedido para esclarecer que ao caso não incide a construção jurisprudencial nº 126 da Súmula do TST, bem como para repetir que o provimento da revista para julgar improcedente a reclamatória exclui o deferimento de qualquer verba (fls.680/681).

Sob o argumento de que a omissão se perpetrava quanto ao tema "pagamento dos dias efetivamente trabalhados" (fl. 684), os reclamantes opuseram os seus terceiros declaratórios.

A egrégia Quinta Turma desta feita aplicou a 1% do valor da causa, por concluir que a medida revestia-se c procrastinatório (fls.688/690).

Arguem os reclamantes nestes embargos preliminar de nulidade do acórdão que julgou os últimos declaratórios, por não ter emitido juízo explícito acerca das parcelas discriminadas na exordial. Suscita ofensa aos artigos 832 da CLT; 535, II, do CPC; 5º, XXXV, LIV, LV, 93, IX, da Constituição Federal. Em conseqüência, cogita da inaplicabilidade da multa (fls. 698/699).

Não se constata a ausência da entrega jurisdicional, pois, quando do julgamento dos segundos declaratórios, a Turma fez constar: "a Revista foi conhecida e provida para julgar improcedente a reclamatória, não havendo, portanto, verba a ser deferida" (fl. 681).

Ressalte-se que na decisão de fls. 698/690, o Colegiado, mesmo tendo aplicado a multa por entender que a pretensão dos reclamantes era a de alterar o acórdão, fez constar: "cristalino está o decisum."



no sentido da improcedência da reclamatória. Não há vínculo de emprego, não há verbas a serem deferidas" (fl. 689).

Esclareça-se, ainda, que a exigência de prequestionar a matéria que se pretende discutir nesta fase de embargos, não se confunde com a pretensão do embargante de, na fase dos declaratórios, alterar o exame da revista.

Não se constata, pois, ofensa aos artigos 832 da CLT; 535, II, do CPC; 5º, XXXV, LIV, LV, 93, IX, da Constituição Federal.

NÃO CONHEÇO dos embargos pela preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional.

I.2 - VIOLAÇÃO DO ARTIGO 896 DA CLT - CONTRARIEDADE AO ENUNCIADO 337, II, DO TST E AO ARTIGO 331, § 2º, DO RITST

Asseveram os embargantes que a Turma violou o artigo 896 consolidado ao conhecer da revista da reclamada, deixando de considerar os termos do dispositivo 331, § 2º, do Regimento Interno e o inciso II do Enunciado nº 337 da Súmula, ambos do TST (fls. 694/696).

Apesar do esforço para não deixar transparecer a tentativa de reexaminar o dissenso jurisprudencial que deu ensejo ao conhecimento da revista, não conseguem convencer que se trata de discussão acerca dos pressupostos formais da jurisprudência trazida a confronto.

Esclareça-se que não se caracterizou o desrespeito ao permissivo consolidado da revista, pois o conhecimento do recurso teve como suporte decisão que, além de encontrar-se transcrita a ementa nas razões recursais, com indicação de origem e fonte de publicação oficial, está juntada na íntegra a fls. 598/599.

NÃO CONHEÇO dos embargos por violação do artigo 896, porque a revista observou o Enunciado nº 337 do TST.



- I.3 - VIOLAÇÃO DO ARTIGO 896 DA CLT - ENUNCIADO Nº 23
DA SÚMULA DO TST

Os embargantes alegam que foram quatro as premissas condutoras do acórdão regional e, portanto, entende ofendido o artigo 896 da CLT, vez que a revista encontrava óbice intransponível na construção jurisprudencial nº 23 da Súmula desta Corte (fls. 696/697).

O Colegiado regional revelou configurado o vínculo empregatício, pois constatou-se que a intermediação de mão-de-obra teve como finalidade fraudar as "normas tutelares do trabalho" e mascarar "o contrato de trabalho", tendo em vista que o trabalho não era temporário nem se tratava de serviço de vigilância. Asseverou, outrossim que "os serviços contratados se afiguram essenciais e de caráter permanente" (fls. 565/566).

Elucide-se que a incidência do Enunciado de Súmula nº 23 do TST, dá-se nos casos em que os fundamentos condutores do decisum sejam independentes, ou seja: afastado um, subsiste o outro. Não é o que se verifica no caso em tela, pois a premissa condutora do acórdão regional é a de que o vínculo de emprego restou configurado, pois a intermediação de mão de obra tinha como escopo desvirtuar o contrato de trabalho.

O acórdão que deu ensejo ao conhecimento da revista consigna, in verbis:

"A intermediação de mão-de-obra, em atividades permanentes não é vedado por lei e nem proclama a legislação a responsabilidade solidária do tomador e do intermediário. Situação que não se confunde com a prevista na Lei nº 6.019 que se refere, apenas, a serviços temporários" (fl. 576).

Inaplicável o Enunciado nº 23. NÃO CONHEÇO dos embargos por ofensa ao artigo 896 da CLT.

I.4 - VIOLAÇÃO DO ARTIGO 896 DA CLT - ENUNCIADO Nº
126 DA SÚMULA DO TST



Melhor sorte não socorrem os embargantes neste tópico, tendo em vista que, ao contrário do que afirmam, não se cogitou de revolvimento do conjunto fático-probatório quando a Quinta Turma, ao apreciar a revista, deixou assentado tratar-se de relação trilateral, com intermediação de mão de obra, que revela fraude às normas tutelares do trabalho e mascara o contrato de trabalho (fl. 649). Isto porque consta do acórdão regional a premissa segundo a qual a contratação de mão de obra por empresa interposta não se sobrepõe à primazia da realidade fática e que, portanto, a tomadora de serviços é a real empregadora (fl. 568).

NÃO CONHEÇO dos embargos por ofensa ao artigo 896 da CLT, porque não se constata revolvimento do conjunto probatório.

I.5 - VIOLAÇÃO DO ARTIGO 896 DA CLT - ENUNCIADO DE SÚMULA Nº 256 DO TST - RECLAMANTE JOSÉ MARCELINO MOREIRA BARBOSA

Apreciando a revista interposta pela reclamada, a Turma conheceu por dissenso jurisprudencial e deu provimento para julgar improcedente o pedido inicial, em face da inexistência do vínculo de emprego (fls. 648/651).

Deixou consignada a irrelevância do fato de ter sido o reclamante JOSÉ MARCELINO MOREIRA BARBOSA contratado em período anterior à promulgação da Constituição Federal em vigor, tendo em vista o contrato ter-se projetado durante a sua vigência, bem como a propositura da ação ter-se dado quando o Enunciado de Súmula nº 256 do TST já se contrapunha ao artigo 37, II, da CF/88.

Os embargos, neste tema, suscitam ofensa ao artigo 896 consolidado, porquanto a revista não merecia conhecimento, em face do que dispõe a parte final da alínea a. É que entendem que o acórdão regional estava em uníssono com o preconizado no Enunciado de Súmula nº 256 do TST. Suscitam, ainda, que, em relação à discussão de mérito,



o acórdão da revista colide com os arestos transcritos para cotejo de julgados.

Os paradigmas transcritos a fls. 703/706, à exceção do quinto - RR 128.484/94.9, vez que oriundo da mesma Turma prolatora do acórdão embargado-, impulsionam o conhecimento dos embargos, porque concluem por configurado o vínculo de emprego com a empresa tomadora de serviços, ainda que a contratação tenha se dado por interposta pessoa, desde que o início da relação seja anterior à promulgação do atual texto constitucional.

CONHEÇO dos embargos, por divergência jurisprudencial.

I.6 - CONTRATAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS OCORRIDA DEPOIS DO ADVENTO DA CF/88. VÍNCULO DE EMPREGO COM SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

A egrégia Quinta Turma, declarando a nulidade do contrato de trabalho, ao teor do que dispõe o artigo 37, II, da Constituição da República julgou improcedente o pedido inicial, deixando consignado inexistir verba a ser deferida (fls. 680/681).

A hipótese dos autos versa sobre a impossibilidade de reconhecimento de vínculo empregatício com a tomadora de serviços, diante da incidência da vedação constitucional inserta no artigo 37, II. A tese defendida pela reclamante diz respeito aos efeitos da nulidade do contrato de trabalho, obviamente já ocorrido. Neste sentido, transcreve paradigmas para cotejo.

Verifica-se, contudo, que as questões são distintas. Isto porque uma trata de impossibilidade de reconhecimento de vínculo e a outra de contrato nulo.

A discussão em torno da incidência do mesmo dispositivo constitucional não faz com que haja identidade das questões.

Com estes fundamentos, NÃO CONHEÇO dos embargos.



II - MÉRITO

**II.1 - VIOLAÇÃO DO ARTIGO 896 DA CLT - ENUNCIADO DE
SÚMULA Nº 256 DO TST - RECLAMANTE JOSÉ MARCELINO MOREIRA BARBOSA**

O sistema constitucional em vigor, relativo aos servidores públicos, exige concurso público, excluídas as hipóteses de contratação por tempo determinado e de exercício de cargo, emprego ou função comissionada ou de confiança, sempre que a administração (federal, estadual e municipal) admitir servidores, sendo nulo o ato administrativo que descumprir referida exigência (art. 37, incisos II, parágrafo 2º, da Carta Política).

Este procedimento salutar e de extraordinária importância, na medida em que faz valer efetivamente o princípio da isonomia que garante a todos os cidadãos, em igualdade de condições, correr a emprego, cargo ou função pública através de concurso, encontra seu apoio no caput do art. 37 da Norma Maior, já referida, que, dentre outros princípios, lá consigna os da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, todos de obrigatória e irrestrita observância pelo administrador público.

Imprescindível que o administrador público, e em especial os entes políticos, v.g. prefeitos, governadores, Presidente, desempenhem as funções que lhes são inerentes dentro de absoluto respeito aos limites traçados pelas leis do país, mormente a Lei Maior, de forma a que seus atos, e porque não dizer, seus exemplos, retratem, para toda a coletividade, sua fiel submissão aos princípios supramencionados.

Caso contrário, estará aberta a oportunidade para que prevaleça a conduta administrativa personalística, por todos repudiada, e que consiste em nomear ou admitir determinada pessoa, ou pessoas previamente determinadas, sem atenção ao interesse público, mas para satisfazer a interesses do amigo, do afilhado. Igualmente, será



possível a-demissão sumária daqueles que não comungam da mesma posição político-ideológica do mandatário público ou não gozem de sua amizade ou simpatia, ou seja, seu inimigo.

Registre-se a imprescindível necessidade de aplicação de referidas regras às entidades que integram a chamada administração indireta, tais como as empresas de economia mista, as empresas públicas e autarquias que explorem atividade econômica.

E o egrégio Supremo Tribunal Federal, último intérprete e guardião da norma constitucional, em sua composição plena, efetivamente proclamou a exigência de concurso público para os empregados de referidas entidades supradescritas.

Consignou, adotando o voto do relator, Ministro Paulo Brossard, que:

"O procedimento do concurso ou da seleção pública dos candidatos da administração pública indireta pode ser diverso da administração direta, mas não se pode dele prescindir e nem deixar de ser público. Isto não é novidade entre nós, já que exemplos diversos se podem encontrar na própria administração pública federal: é o caso do Banco do Brasil S/A (sociedade de economia mista), da Caixa Econômica Federal (empresa pública de direito privado), que adotam o procedimento do concurso público para prover cargos e empregos de seus quadros" e concluiu: "... sociedade de economia mista que é, está obrigada à exigência do inciso II do art. 37, isto é, a admissão ou contratação para os cargos e empregos depende de aprovação prévia em concurso" (STF MS 21322-1 DF Ac. Pleno - 3/12/92 - Impetrantes: Telma Leite Morais e Outro - Impetrado: Tribunal de Contas da União - in LTr 57-09/1096).

A legalidade administrativa, portanto, deve sinalizar a conduta dos agentes públicos e dos administradores da coisa pública, deles exigindo a probidade, a moralidade e a impessoalidade como requisitos permanentes de seus atos, de forma que o respeito incondicional ao ordenamento jurídico, em especial à Lei Maior, seja pressuposto irrefutável da construção de uma nação soberana, com progresso e valorização da cidadania.

Já na vigência da Carta Constitucional de 1967, com as alterações decorrentes da Emenda nº 1/69, a prestação de serviços



na Administração Pública era disciplinada, basicamente, por três regimes jurídicos.

O Estatutário, que tinha por destinatários os funcionários públicos (sentido estrito), que estavam subordinados, quanto ao seu ingresso no serviço público, à prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos (arts. 92/97 da CF). Assim, o provimento dos cargos efetivos, de carreira ou isolados, estavam, ao contrário dos cargos comissionados, associados, de forma peremptória, à aprovação do candidato em concurso. Direitos e deveres do funcionário constavam de regime jurídico próprio, ou seja, do Estatuto.

O regime do art. 106, que expressamente previa a possibilidade de admissão de servidores, para prestarem serviços de caráter temporário ou contratado para funções de natureza técnica especializada, desde que prevista em lei especial referida forma de admissão em serviço público.

E, finalmente, o emprego público, que não exigia concurso público, circunstância que inclusive levou o constituinte de 1.988 a assegurar a estabilidade a todos os servidores que, à data da promulgação da referida Carta, estivessem sem observância do art. 37, há pelo menos 5 anos, prestando serviços à administração pública (art. 19 das Disposições Constitucionais Transitórias).

Neste contexto evidencia-se que a egrégia 5ª Turma não deu a melhor solução jurídica a hipótese, quando, amparada no conjunto fático delineado pelo Regional, aplicou o Enunciado nº 331, II do TST.

Com efeito, não há que se falar em aplicação do artigo 37, inciso II da Carta Política, porque, repita-se, a relação empregatícia iniciou-se anteriormente a 5/10/88, e, muito menos do Enunciado nº 331, II, que veio exatamente ajustar a orientação da Corte à nova realidade jurídica constitucional.

Por conseguinte, em face dos fundamentos expostos, incensurável se apresenta o v. acórdão regional, que determinou a incidência do Enunciado 256 do TST, vigente à época, atento ao princípio



garantidor-de que o ato jurídico deve ser disciplinado pela norma então vigente (tempus regit actum), e que expressamente consignava:

"Contrato de prestação de serviços. Legalidade. - Revisto pelo Enunciado nº 331

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nº 6019, de 3.1.74, e 7102, de 20.6.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços".

Registre-se, finalmente, que não é a data do juízo de ação que faz nascer uma relação de emprego. Esta surge no mundo jurídico e, portanto, sob o pálio da legislação laboral, com o início da prestação de trabalho de forma continuada e subordinada a teor do que prescreve ao art. 3º da CLT.

Neste sentido cito os precedentes: E-RR-117872/94, Ac. 061/97, DJ 25.4.97, Min. Moura França; E-RR-117453/94, Ac. 2460/97, DJ 27.6.97, Min. R. de Brito; RO-AR-127592/94, Ac. 766/97, DJ 16.5.97, Min. J. Dalazen; RO-AR-187712/95, Ac. 1701/96, DJ 16.5.96, Red. Min. L. Castilho; AG-E-RR-116222/94, Ac. 851/97, Min. R. de Brito; E-RR-67786/93, Ac. 0602/97, DJ 4.4.97, Min. C. Moreira; E-RR-85011/93, Ac. 3324/96, DJ 21.3.97, Min. F. Fausto; E-RR-23170/91, Ac. 3307/96, DJ 21.2.97, Min. F. Fausto; E-RR-56555/92, Ac. 509/96, DJ 29.3.96, Min. Indalécio.

Por estes fundamentos, DOU PROVIMENTO aos embargos, para reformar a decisão da e. 5ª Turma, restabelecendo o julgamento proferido pelo e. Regional, no tocante ao reclamante JOSÉ MARCELINO MOREIRA BARBOSA.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer dos embargos apenas quanto ao tema Violação do Artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho - Enunciado de Súmula 256 do Tribunal Superior do Trabalho - Reclamante José Marcelino Moreira

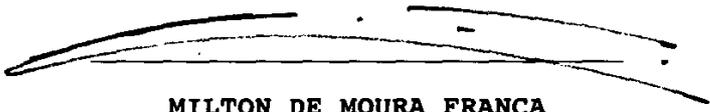


Barbosa, por divergência jurisprudencial e dar-lhes provimento para, reformando a decisão turmária, restabelecer o julgamento proferido pelo Regional, no tocante ao Reclamante José Marcelino Moreira Barbosa.

Brasília, 24 de novembro de 1997.

FRANCISCO FAUSTO

No exercício eventual da Presidência



MILTON DE MOURA FRANÇA

Relator