



Confederação Nacional do Comércio
de Bens, Serviços e Turismo

A contratação de empregados pelo “Sistema S” e as decisões do TST nas ações do Ministério Público do Trabalho (MPT)

Por Maria Elizabeth Martins Ribeiro
Advogada – Departamento Nacional do SESC

Os serviços sociais autônomos, que integram o chamado “Sistema S” são entidades de natureza jurídica de direito privado, que atuam como entres de cooperação com o Estado e desempenham atividades de interesse público e social, mantidas exclusivamente pelos empresários das diversas categorias econômicas específicas, tais como as do comércio de bens, serviços e turismo, da indústria, do transporte, da agricultura e das cooperativas, por meio de contribuição compulsória incidente sobre a folha de pagamento de seus empregados.

Apesar da sua criação por Lei, os “S” não integram a Administração Pública, e sua composição está prevista no art. 4º do Decreto-lei 200/67¹, bem como na doutrina, em especial na clássica lição de HELY LOPES MEIRELLES, conforme se depreende das palavras do renomado mestre (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 29ª ed., 2004, pág. 363):

Essas instituições, embora oficializadas pelo Estado, não integram a Administração direta nem a indireta, mas trabalham ao lado do Estado, sob seu amparo, cooperando nos setores, atividades e serviços que lhes são atribuídos, por considera os de interesse específico de determinados beneficiários.

Como prestadoras de serviços sociais e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical, conforme art. 240 da Constituição federal de 1988, desenvolvem um trabalho em nível nacional em cooperação com

¹ Art . 4º A Administração Federal compreende: I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios. II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a) Autarquias; b) Empresas Públicas; c) Sociedades de Economia Mista.

o serviço público priorizando ações, projetos e atendimentos nas áreas de educação, saúde, cultura, lazer e de formação profissional. Entretanto, muito se questiona quanto à sua natureza jurídica, gestão e, principalmente, a natureza dos recursos.

O objetivo deste artigo é, justamente, tecer breves comentários acerca de uma especial polêmica – regime jurídico das contratações de empregados dos serviços sociais autônomos, bem como expor a visão do poder judiciário acerca o tema.

DAS ACPs AJUIZADAS PELO MPT

Trata-se de tentativa de imposição da regra do concurso público para contratação dos empregados dos serviços sociais autônomos, provocada pelas Ações Cíveis Públicas (ACP) ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho (MPT).

Os “S”, como entidades que atuam ao lado do Estado, são entes associados de colaboração sem a ele pertencer, embora, como dito, atuem em cooperação e exercem atividades de manifesto interesse coletivo.

Pode-se dizer que, de certa forma, integram aquilo que se denomina por *Terceiro Setor*, característica que lhes permite [...] *prestar serviços de interesse social sem as limitações do Estado, nem sempre evitáveis, e as ambições do Mercado, muitas vezes inaceitáveis* (PAES, 2003 apud BARRETO, 2008, p.36)².

SÍNTESE DOS FATOS QUE MOVERAM O MPT AO AJUIZAMENTO DAS ACPs

A Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública - CONAP solicitou às Procuradorias Regionais do Trabalho que instaurassem procedimento investigatório em face dos serviços sociais autônomos, “*com vistas a verificar se estas entidades, na contratação de pessoal, vêm observando o princípio constitucional do concurso público*”.

Aquela solicitação baseou-se em Relatório elaborado pela Comissão de Estudo da CONAP que, em síntese, concluiu:

² BARRETO, Alex Muniz. *Direito administrativo positivo*. São Paulo: Forense, 2008.

“EX POSITIS, conclui-se ser indubitável a obrigatoriedade da realização, por parte das entidades que compõem o denominado “Sistema S”, de processo seletivo dotado de critérios objetivos, respeitados os princípios constitucionais que regem a Administração Pública quando da contratação de pessoal por parte das mencionadas entidades, sob pena de serem nulas tais contratações, sem se olvidar da responsabilização daqueles que tenham concorrido para a concretização da irregularidade, conforme previsto no § 2º do art. 37 da Constituição Federal. (...) Conforme já fora aduzido, se ao realizarem despesas com recursos públicos, as pessoas jurídicas de direito privado precisam observar o que prescreve a Lei de Licitações, mostra-se lógico concluir que, ao contratar trabalhadores que serão pagos com recursos públicos, as entidades privadas, sejam quais forem, também precisarão observar a obrigatoriedade de prévio certame”.

A partir de então advieram requisições (administrativas) dos Procuradores Regionais do Trabalho das diversas regiões do País, buscando identificar possível desrespeito aos ditames constitucionais relacionados ao concurso público por parte dos serviços sociais autônomos.

Os Procuradores da CONAP, então, realizaram audiência pública com os Departamentos Nacionais dos “S”, apresentando proposta de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC que, se assinada, consistiria no reconhecimento de que essas Entidades realizavam contratações irregulares e no comprometimento de passar a contratar seus empregados exclusivamente com base nas regras típicas e exclusivas da Administração Pública, conforme dispõe o art. 37, II da CF.

Como não houve **(e nem poderia haver)** indicação do MPT de norma legal ou constitucional que fundamentasse a tese da submissão dos “S” ao disposto no art. 37 da CF, em especial ao inciso II e § 2º, as Entidades, de forma conjunta e uníssona, apresentaram manifestação contrária a proposta, conforme fundamentos sinteticamente abaixo alinhados:

1. reafirmavam suas condições de entidades privadas não integrantes da Administração Pública;
2. apontaram a inexistência de lei ou de regra constitucional que lhes obrigasse a contratar segundo os ditames do Poder Público; e

3. citaram a existência de lei e de regra constitucional a exigir justamente o oposto, isto é, que realizem a gestão de seus recursos, inclusive humanos, nos moldes típicos das entidades privadas.

Por fim, as Entidades ratificaram a impossibilidade de firmar o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) proposto, pois, têm natureza jurídica privada, inclusive por declaração constitucional (art. 240), não são integrantes da Administração Pública direta ou indireta, (art.s 37, caput, XIX, 173, §§ 1º, 2º e 3º, da CF) e, por consequência lógica, não estão sujeitas à legislação aplicável a Administração Pública.

Passo seguinte, as Procuradorias Regionais do Trabalho espalhadas pelo País ajuizaram Ações Cíveis Públicas, com o fito de impor aos “S” a obrigatoriedade do concurso público.

TESE e PEDIDOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, CONFORME PETIÇÃO INICIAL DAS ACPs

a) Os serviços sociais autônomos são entidades privadas que gerem recursos públicos, repassados por meio de contribuições parafiscais;

b) Por gerirem recursos públicos, submetem-se ao dever constitucional de demonstrar o seu correto emprego;

c) A solução para o caso posto em discussão tem de ser buscada sob o prisma da origem dos recursos e não da natureza jurídica dos serviços sociais autônomos;

d) Nas aquisições e outras despesas, essas entidades se sujeitam ao prévio procedimento licitatório;

e) O parágrafo único do art. 17 da Instrução Normativa nº 01/97 da Secretaria do Tesouro Nacional, disciplinando a realização de despesas com recursos públicos, evidencia esse entendimento de submissão de entidades privadas ao dever de realizar licitação pública, nos moldes da Lei 8.666/93;

f) Nas contratações de empregados, os serviços sociais autônomos precisam realizar processo seletivo na forma do art. 37 da CF/88, sob pena de se reconhecer a nulidade de tais contratações;

g) Sendo pública a origem dos recursos, decorrente de tributos denominados de contribuições parafiscais, “não há porque aceitar que os trabalhadores contratados por tais entidades sejam admitidos de forma direta, ou seja, sem concurso público”.

h) Esse também é o entendimento do Tribunal de Contas da União, que evoluiu para reconhecer a nulidade das contratações de

empregados pelos serviços sociais autônomos que não observarem a regra do concurso público, incidindo, na hipótese, o mandamento advindo do §2º do art. 37 da CF/88;

i) A contratação de empregados pelos serviços sociais autônomos é “instrumento da atuação do Poder Público no cumprimento de suas finalidades”, notadamente quando se percebe que tais finalidades, mais do que serviço de relevância pública, constituem direito de todo cidadão;

j) O gestor de um serviço social autônomo – diferentemente de um particular que utiliza verba própria, sem ingerência ou participação estatal de qualquer forma – não tem liberdade para nortear a escolha de como e quando contratar a sua mão-de-obra;

k) Por tal razão, não é justo que a sociedade tenha que pagar a conta de contratações feitas com o dinheiro de suas contribuições compulsórias, a partir de “critérios desconhecidos e afrontadores dos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência administrativas”;

l) Estão presentes todos os requisitos que ensejam o deferimento de uma antecipação de tutela. A verossimilhança está na notória existência de um modelo de contratação irregular, já censurado pelo Tribunal de Contas da União e há fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, uma vez que inúmeros trabalhadores estão sendo impossibilitados de ingressar, por concurso, nos quadros da Ré.

Em seu pedido o MPT requeria que as Entidades “S” passassem a realizar processos seletivos dotados de critérios objetivos, a partir dos seguintes requisitos mínimos:

a) Provas de caráter objetivo;

b) Vedação à utilização de entrevistas, testes psicológicos, dinâmicas de grupo e análise curricular como etapas classificatórias ou eliminatórias;

c) Vedação à adoção de recrutamento interno ou misto, devendo todas as vagas ser objeto de divulgação externa, por meio de edital publicado em, pelo menos, 1 (um) jornal de grande circulação;

d) Promoção apenas na mesma carreira;

e) Convocação para a “posse dos aprovados” obedecerá à ordem de classificação no processo seletivo;

f) Dispensa de processo seletivo permitida apenas para cargos de direção, chefia e assessoramento superior e, ainda, em casos de emergência, apenas por tempo necessário à realização do processo seletivo;

g) *Reserva de 5% (cinco por cento) das vagas para pessoas portadoras de deficiências, nos moldes previstos para a Administração Pública;*

h) *Vedação a qualquer tipo de discriminação por critérios de gênero, raça, idade ou outro;*

i) *Vedação à identificação dos candidatos durante a correção das provas;*

j) *Publicação do resultado do processo seletivo em, pelo menos, 1 (um) jornal de grande circulação.*

**SÍNTESE DA TESE DE DEFESA DOS “S” POSTA EM SUAS CONTESTAÇÕES,
CUJA PEÇA-PILOTO FOI PREPARADA DE
FORMA CONJUNTA PELO GRUPO TÉCNICO DOS “S”**

- Os serviços sociais autônomos são entidades privadas, não integrantes da Administração Pública, vinculadas ao sistema sindical, por força do disposto no art. 240 CF.
- O art. 37 da CF se refere explicitamente e se aplica unicamente à Administração Pública.
- O conceito de Administração Pública é *substantivo*, pois se refere a pessoas, cujo rol exaustivo consta do art. 4º do Decreto-lei 200/67, recepcionado pela CF/88.
- O inciso II do art. 37 da CF não tem aplicação aos serviços sociais autônomos, pois estes não possuem cargo ou emprego público.
- O fato de os serviços sociais autônomos estarem vinculados ao sistema sindical (art. 8º, II, da CF) atrai a aplicação do art. 8º, I, da Constituição Federal, que veda ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical e, por decorrência lógica, nas entidades a ele coligadas por expressa determinação constitucional, no próprio art. 240.
- Não há lei que obrigue os serviços sociais autônomos a realizarem concurso público (art. 5º, II, da CF).
- O dever de prestação de contas decorrente do parágrafo único do art. 70 da CF (*controle posterior*) não impõe *condutas prévias* típicas da Administração Pública, tal qual a contratação de empregados mediante concurso público.
- O art. 183 do Decreto-lei 200/67 efetiva a necessidade da prestação de contas, mas reafirma a autonomia privada dessas entidades.
- Os serviços sociais autônomos contratam seus empregados

utilizando a CLT há mais de 60 anos, por meio de processos seletivos baseados em seus atos constitutivos, que têm amparo nas suas leis instituidoras e de regência.

- Os serviços sociais autônomos não realizam licitação pública, nos termos da Lei 8.666/93, nem assim exige o TCU, que desde 1997, pacificou o entendimento de que as Entidades “S” devem contratar de acordo com suas regras, estabelecidas por elas próprias (Decisões Plenárias TCU 907/97 e 461/98).
- Os serviços sociais autônomos não se assemelham às entidades da Administração Indireta e, muito menos, podem ser comparados aos Conselhos Profissionais que, conforme reconhecido pelo STF, são autarquias logo, entidades integrantes da Administração Pública, por exercerem poder de polícia (ADI 1717, DJ 28.3.2003).
- O controle sobre atos de admissão de pessoal realizado pelo TCU se limita aos órgãos e entidades da Administração Pública (art. 71, III, da CF).
- Não é toda a sociedade, mas sim as pessoas jurídicas que contribuem para os serviços sociais autônomos, em troca de uma justa e adequada retribuição, pautada na eficiência de seus serviços privados de interesse público.
- *Mesmo que se tenha a contribuição compulsória como receita pública, no momento em que ela ingressa nos cofres dos “S” passa a ser de natureza privada e aplicada nos moldes típicos de instituição dessa natureza (STF, ACO 1.382-4, rel. Min. EROS GRAU, decisão de 26/8/2009, publicado no DJe 165/2009, em 2/9/2009);*
- Não fosse assim, estariam as ONGs, as Santas Casas, os Cartórios Extrajudiciais e os Sindicatos (esses dois últimos remunerados por tributos) obrigados a realizar concurso público.
- Por fim, quando a Constituição Federal quis obrigar pessoa que exerce atividade em caráter privado remunerada por tributo a realizar concurso público ela o fez de forma expressa, como, por exemplo, no caso de ingresso na atividade notarial e de registro (art. 236, §3º da CF).

VISÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST) EM RESPOSTA ÀS AÇÕES AJUIZADAS PELO MPT

Antes mesmo do ajuizamento das ACPs pelo MPT, em decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho o entendimento era,

textualmente, que o SEBRAE (serviços social autônomo) não estaria sujeito ao concurso público, o que já enfraquecia sobremaneira a posição do MPT (TST 8ª Turma, RR-565/2006-404-14-40.7, decisão de 02 de abril de 2008, Ministra-Relatora Maria Cristina Irigoyen Peduzzi):

EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO PARA CONTRATAÇÃO PELO SEBRAE. Não sendo o Recorrente um ente público, não se submete às exigências do art. 37, II da Carta Magna. A exigência do Tribunal de Contas da União é que haja um processo seletivo público, tendo em vista que este órgão recebe recursos públicos, o que, de forma alguma, confunde-se com o concurso público a que faz referência o artigo constitucional supracitado.

O Tribunal Superior do Trabalho em seus acórdãos vem demonstrando prevalecer a tese dos serviços sociais autônomos, conforme excertos abaixo transcritos.

- O SENAI não integra a Administração Pública e, por isso, para admissão de empregados, não está obrigado à realização de concurso público, assim como o previsto para admissão de servidores na Administração Pública direta e indireta. No entanto, como seus recursos advêm de contribuição compulsória das empresas, sujeita-se à fiscalização e controle do Tribunal de Contas da União quanto à legalidade, legitimidade e economicidade na aplicação desses recursos, na forma do artigo 70 e seu parágrafo único, da Constituição Federal (...) Estão obrigados, no entanto, os serviços sociais autônomos, e, portanto, também o SENAI, à fiscalização e controle de seus atos pelo Tribunal de Contas da União, mas sempre a posteriori, e não fixando regra em tese. (*rel. Min. Vantuil Abdala, AIRR - 76640/2008-006-14-40, DEJT - 05/02/2010 e RR - 1090/2008-0005-24-03, DEJT - 26/02/2010*);
- A disposição constitucional inserta no artigo 37, II, referente à obrigatoriedade da realização de concurso, direciona-se, expressamente, aos entes integrantes da administração pública direta e indireta, não sendo, portanto, aplicável ao SEBRAE, serviço social autônomo, mantido por contribuições parafiscais (*rel. Min. Emmanoel Pereira, RR - 106700-13.2008.5.24.0006, DEJT - 05/03/2010*);

- Não há como divisar afronta direta e literal ao art. 37, II e § 2º, da Carta Magna, na forma exigida no art. 896, c, da CLT, pois tais dispositivos constitucionais fixam normas destinadas à Administração Pública direta e indireta, em especial para o preenchimento de cargos e empregos públicos. Não se dirigem, portanto, a serviços sociais autônomos, como o Réu. Registra-se que, pelo texto constitucional, o fato de receber recursos públicos apenas obriga tais entidades a prestar contas, nos moldes estabelecidos no art. 70, parágrafo único, da Constituição. Por divergência jurisprudencial tampouco comporta conhecimento o recurso (*rel. Min. Maria Cristina Peduzzi, RR - 585900-47.2008.5.12.0035, DEJT - 30/03/2010*);
- Primeiro porque, como se viu, o SESI não presta serviço público, mas apenas coopera com o Estado, realizando atividades destinadas à promoção do desenvolvimento dos trabalhadores. Segunda porque era imprescindível a existência de norma expressa na própria Constituição Federal submetendo as entidades privadas de serviços social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical às regras anteriormente referidas. Acresço que se o mero custeio por verba parafiscal determinasse a fiscalização da entidade autônoma pelo Estado, tanto no que diz respeito à aplicação das verbas quanto no tocante à contratação de pessoal, todas as entidades integralmente custeadas por verba exclusivamente pública teriam que se submeter a esta regra, como, por exemplo, às várias Organizações Não Governamentais, o que não encontra amparo legal. (...) Concluindo, tenho que o Decreto-lei nº 9.403/1946 foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e que o SESI, pessoa jurídica de direito privado, não se sujeita aos princípios constitucionais inseridos no artigo 37 da Carta Magna, em especial no tocante ao recrutamento de pessoal e promoções de seus empregados (*rel. Min. Fernando Eizo Ono, AIRR - 163040-24.2008.5.18.0012, DEJT - 09/04/2010*).
- A atipicidade de tais entes os sujeita à fiscalização pelo Tribunal de Contas da União, órgão que, em sua competência e se referindo ao gênero administrativo, já disse estar pacífico. O entendimento da inaplicabilidade do concurso público para admissão de pessoal, previsto no art. 37, inciso II, da Constituição Federal, visto não pertencer a Entidade em questão à estrutura da Administração

Pública direta ou indireta (Decisão nº 272/97 Plenário, Ata nº 17/97; Acórdão 17/1999 Plenário – Ministro-Relator Lincoln Magalhães da Rocha). A despeito da gestão de contribuições parafiscais, os serviços sociais autônomos, enquanto pessoas jurídicas de direito privado, com o silêncio de suas normas instituidoras, não se sujeitam às restrições do inciso II e do § 2º do art. 37 da Constituição Federal para a contratação de seus empregados: os preceitos não os pretendem na mira de sua normatividade. Nesse contexto, não se vislumbra maltrato aos preceitos constitucionais indicados. (Ministro Relator Alberto Luiz Bresciani De Fontan Pereira, RR - 163300-37.2008.5.18.0001, Publicação: DEJT - 28/06/2010).

- RECURSO DE REVISTA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS - SISTEMA -S- NECESSIDADE DE FIXAÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA SELEÇÃO DE PESSOAL. **Esta Corte já pacificou o entendimento de que os serviços sociais autônomos não integram a Administração Pública, e não estão submetidos à exigência constitucional de realização de concurso público para a contratação de pessoal.** Precedentes. Incidência da Súmula n.º333 do TST. (Ministro Relator Carlos Alberto Reis de Paula, RR-152300-87.2008.5.11.0016, Publicação **DEJT. 18/4/2011**) (grifos nossos)

Por fim, pelo que se extrai dos processos julgados na Corte Superior Trabalhista em que, até 20 de abril de 2011, 100% deles dos foram favoráveis aos “S”, o regime jurídico de direito privado das Entidades “S” prevalece, tanto para as contratações de seus empregados como forma de gestão, declarando e validando cada vez mais o caráter privado dos serviços sociais autônomos.