



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA – UEPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
CURSO DIREITO**

RAFAEL MAYER DE OLIVEIRA

**O DESVIRTUAMENTO DO CONTRATO DE ESTÁGIO NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**CAMPINA GRANDE – PB
2014**

RAFAEL MAYER DE OLIVEIRA

**O DESVIRTUAMENTO DO CONTRATO DE ESTÁGIO NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Curso de Graduação de Direito na Universidade Estadual da Paraíba em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profª Ms. Maria Cezilene Araújo de Morais

**CAMPINA GRANDE – PB
2014**

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

O48d Oliveira, Rafael Mayer de.
O desvirtuamento do contrato de estágio na administração pública [manuscrito] / Rafael Mayer de Oliveira. - 2014.
21 p.

Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas,
2014.
"Orientação: Profa. Ma. Maria Cezilene Araújo de Moraes,
Departamento de Direito".

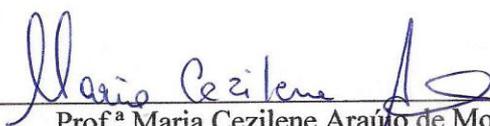
1. Contrato de estágio. 2. Administração Pública. I. Título.
21. ed. CDD 351

RAFAEL MAYER DE OLIVEIRA

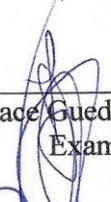
**O DESVIRTUAMENTO DO CONTRATO DE ESTÁGIO NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Curso de Graduação de Direito na Universidade Estadual da Paraíba em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

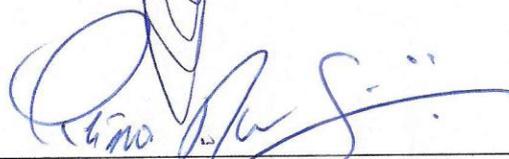
Aprovado em 20 / 06 / 2014



Prof.ª Maria Cezilene Araújo de Moraes/ UEPB
Orientadora



Prof. Laplace Guedes Alcoforado/UEPB
Examinador



Prof. Plínio Nunes Souza/ UNESC
Examinador

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar e questionar o teor da Orientação Jurisprudencial nº 366 da Seção de Dissídios Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho. Parte-se, para tanto, do fato de que no setor privado, uma vez desvirtuada a finalidade do contrato de estágio, o mesmo será declarado nulo e o estagiário terá seu vínculo empregatício devidamente reconhecido, fazendo jus a todos os direitos trabalhistas previstos na Consolidação das Leis do Trabalho. A partir desta afirmação, torna-se questionável o fato de o estagiário da iniciativa pública não possuir igual direito, conforme teor da OJ 366 da SDI I do TST. Em suma, a justificativa apresentada pelo TST é de que caso houvesse este reconhecimento, estar-se-ia ferindo o princípio do ingresso à Administração Pública através de concurso público, previsto no artigo 37, II da Constituição Federal de 1988. Por outro lado, estariam os estagiários à revelia da Administração Pública, que passa de modo cada vez mais constante a utilizar-se dos mesmos como mão de obra qualificada e de baixo custo. Para tanto, utiliza-se do método hipotético-dedutivo aplicado à revisão bibliográfica, quando do estudo do estagiário no cenário brasileiro, passando por uma análise da legislação pertinente ao tema, até chegar aos questionamentos que possibilitam e requerem uma maior atenção dos aplicadores do direito. Restou constatado que a OJ 366 da SDI I do TST não traduz o melhor conceito de justiça ao caso em análise, uma vez que garante a boa execução do princípio do ingresso por concurso público, porém põe o estagiário em situação de desamparo sempre que o mesmo é utilizado pela Administração Pública para exercer efetivamente funções de agente público, sem qualquer interesse pedagógico.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato de estágio. Desvirtuamento. Administração Pública.

INTRODUÇÃO

Uma importante discussão travada na seara do Direito do Trabalho diz respeito à possibilidade de reconhecimento do vínculo empregatício na hipótese de o estagiário vir a ter o seu contrato de estágio, que deveria possuir caráter eminentemente pedagógico, desvirtuado, passando a exercer atividades inerentes ao próprio funcionário ou de forma desacompanhada.

Fato é que na iniciativa privada já resta sedimentado o entendimento de que uma vez desvirtuado o contrato de estágio, deverá ser reconhecido o vínculo empregatício, passando o estagiário a fazer jus a todas as verbas laborais devidas a um funcionário ocupante da mesma função.

Por outro lado, na iniciativa pública esta não é a realidade. Isto porque a Seção de Dissídios Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho determinou em sua Orientação Jurisprudencial 366 que ainda que desvirtuada a finalidade do contrato de estágio celebrado na vigência da Constituição Federal de 1988, é inviável o reconhecimento do vínculo empregatício com ente da Administração Pública direta ou indireta, por força do art. 37, II, da CF/1988¹, bem como o deferimento de indenização pecuniária, exceto em relação às parcelas previstas na Súmula nº 363 do TST, se requeridas.

Ora, a referida Orientação Jurisprudencial, em respeito ao artigo 37, II, da CF, determina que não será possível o reconhecimento do vínculo empregatício, nos termos daquele determinado na iniciativa privada.

Seria esta Orientação Jurisprudencial meio plausível de solução das lides trabalhistas? Seria a mesma capaz de enquadrar-se no conceito de Justiça ou estaria fazendo Justiça apenas para a Administração Pública?

Fato é que a discussão em torno do tema vem se tornando cada vez mais acalorada, uma vez que se por um lado a Seção de Dissídios Individuais I decidiu proteger a Administração Pública e as pessoas que participam de concursos públicos para ingresso no

¹ Art 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: II. A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

setor público, por outro lado deixou os estagiários à revelia da arbitrariedade dos Entes Públicos.

No âmbito trabalhista, estes questionamentos se acentuam à medida em que cada vez mais casos práticos de estagiários da Administração Pública são levados ao Poder Judiciário, sob a alegação de desvirtuamento do contrato de estágio e, por força da referida Orientação Jurisprudencial, acabam não tendo seus direitos reconhecidos, embora tenham exercido funções que extrapolam as de estagiário ou, muitas vezes, divergem completamente.

Diante da problemática advinda do próprio âmbito do Judiciário, faz-se necessária uma melhor análise da OJ 366 da SDI I do TST, a fim de sopesar a questão, de modo que o estágio não passe a ser uma forma de burlar a investidura regular na Administração pública, porém tampouco seja uma forma de exploração de mão de obra barata e qualificada pelo poder público, deixando à revelia os estagiários e a própria sociedade.

Para elucidar a questão, faz-se necessário um retorno ao estudo da evolução histórica do estágio no Brasil, bem como da verdadeira função do contrato de estágio e suas efetivas diferenças com o contrato de trabalho, a fim de alcançar a melhor análise crítica a ser dada à referida OJ, tarefa a que se presta desempenhar este artigo, desprovido, entretanto, da ingênua pretensão de exaurir a cognição acerca do assunto.

O método utilizado na elaboração deste artigo foi o hipotético-dedutivo, por meio de revisão bibliográfica, pesquisa na legislação, jurisprudência, artigos científicos, notícias, e material disponibilizado na internet.

1. O ESTÁGIO

1.1 Conceito

A palavra estágio vem do francês antigo “*estage*”, cujas traduções para o português podem significar andar, nível, plataforma ou classe. Superar um estágio, desse modo, significa subir um andar, avançar um nível dentro de uma estrutura qualquer.

De acordo com os ensinamentos de Luciano Martinez (2010, p. 98), o contrato de estágio é entendido como um ajuste que oportuniza o tirocínio de estudantes em situações reais de vida e que os prepara para o futuro profissional.

A atual Lei do Estágio², por sua vez, em seu artigo 1º determina que estágio é ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos que estejam freqüentando o ensino regular em instituições de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos.

Desse modo e diante das conceituações anteriormente expostas, é possível concluir que o estágio é, de fato, uma relação de trabalho em sentido amplo que se distingue da relação de emprego por possuir finalidade precipuamente educativa.

1.2 A evolução histórica do estágio no Brasil

A figura do estagiário surgiu no cenário brasileiro no ano de 1967 com a Portaria nº 1.002 baixada pelo Ministério do Trabalho e Previdência Social. À época muito se questionou, pois grande era a corrente que sustentava que uma Portaria não seria o meio competente para criar direitos e obrigações. Fato é que este foi o primeiro registro legal que contempla a figura do estagiário.

Ocorre que com o advento desta Portaria poucos foram os direitos reconhecidos aos estagiários. A verdade dos fatos é que a Portaria deixava claro em seu texto que os estagiários contratados através de Bolsas de Complementação Educacional não teriam, para quaisquer efeitos, vínculo empregatício com as empresas, cabendo a estas apenas o pagamento da Bolsa, durante o período de estágio, o que demonstra perfeitamente o pouco avanço que foi dado à época.

Posteriormente, surge a Lei nº 5.692/71³, a qual, assim como determinado pela Portaria 1.002 do Ministério do Trabalho e Previdência Social, define em seu artigo 6º que o estágio não acarreta para as empresas nenhum vínculo de emprego, mesmo que se remunere o aluno estagiário, e suas obrigações serão apenas as especificadas no convênio feito com o estabelecimento.

² Lei nº 11.788/2008

³ Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional

No mesmo sentido é a Lei 9.394/96⁴ que determinava em seu artigo 82, parágrafo único, atualmente revogado pela Lei nº 11.788/08⁵, que o estágio realizado nas condições deste artigo não estabelece vínculo empregatício, podendo o estagiário receber bolsa de estágio, estar seguro contra acidentes e ter a cobertura previdenciária prevista na legislação específica.

Posteriormente, surge o Decreto nº 75.778/75⁶, o qual passou a regular o estágio no Serviço Público Federal de forma pormenorizada e trouxe grande avanço no sentido de definir o estágio em seu aspecto pedagógico, uma vez que o seu artigo 3º determinava que o estágio, que se revestirá da forma de bolsa, se destina à complementação educacional e de prática profissional e será planejado e desenvolvido em harmonia com os programas escolares.

No ano de 1977 surge a Lei nº 6.494 de 1977⁷, a qual disciplinava as relações de estágio, até ter sido revogada pela atual Lei do Estágio. A referida lei surgiu para pôr fim à insegurança existente pelo fato de até então não haver uma lei que dispusesse sobre estágio curricular ou treinamento profissional.

A Lei nº 6.494/77 ainda trazia em seu bojo a inexistência de reconhecimento de vínculo empregatício, embora assim como o Decreto nº 75.778/75 demonstrasse um avanço no sentido de definir o estágio em seu caráter pedagógico.

Apenas em 25 de setembro de 2008 foi sancionada a Lei nº 11.788, a qual fixou novas regras para o contrato de estágio, definiu novos direitos e deveres aos estagiários e revogou por completo a legislação anterior.

Foram várias as novidades e os benefícios advindos desta nova lei, a exemplo de: a) ter determinado que o estágio deverá ter acompanhamento efetivo pelo professor orientador da instituição de ensino e por supervisor da parte concedente; b) ter permitido a contratação de estagiários por profissionais liberais; c) ter estabelecido jornada de trabalho de 4 (quatro) horas diárias e 20 (vinte) horas semanais, no caso de estudantes de educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional de educação de jovens e adultos ou de 6 (seis) horas diárias e 30 (trinta) horas semanais, no caso de estudantes

⁴ Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional que revogou a anterior Lei 5.692/71

⁵ Atual Lei do Estágio

⁶ Dispõe sobre o estágio de estudantes de estabelecimento de ensino superior e de ensino profissionalizante de 2º grau, no Serviço Público Federal, e dá outras providências.

⁷ Dispõe sobre os estágios de estudantes de estabelecimento de ensino superior e ensino profissionalizante do 2º Grau e Supletivo e dá outras providências.

do ensino superior, da educação profissional de nível médio e do ensino médio regula; d) ter determinado a obrigação de concessão de bolsa ou outra forma de contraprestação que venha a ser acordada, bem como auxílio-transporte sempre que se tratar de estágio não obrigatório; dentre tantos outros direitos advindos.

Ademais de todas estas mudanças citadas anteriormente, advindas com o surgimento da Lei nº 11.788/08, mas que não serão objeto de estudo minucioso deste artigo, tem-se a determinação expressa no artigo 3º, § 2º que determina que embora o contrato de estágio não crie vínculo empregatício, caso haja desvirtuamento na finalidade do mesmo, o vínculo de emprego restará caracterizado para todos os finais da legislação trabalhista e previdenciária.

2. O DESVIRTUAMENTO DO CONTRATO DE ESTÁGIO

2.1 Elementos caracterizadores da relação de emprego

Para se chegar à conclusão dos motivos que levam ao desvirtuamento do contrato de estágio faz-se mister, desde logo, definir os elementos que caracterizam a relação de emprego e, posteriormente, os que caracterizam o contrato de estágio, passando a diferenciá-los.

Conforme ensinamento de Martinez (2010, p. 112):

A relação de emprego é caracterizada pela necessária cumulação de alguns elementos. São, portanto, configuradores dessa especial relação a conjunção dos seguintes elementos: pessoalidade, onerosidade, não assunção (pelo prestador) dos riscos da atividade do tomador de serviços, duração contínua ou não eventual, subordinação.

Todos estes cinco elementos apresentados pelo renomado doutrinador Luciano Martinez encontram-se presentes no texto da Consolidação das Leis do Trabalho, senão vejamos:

Art. 2º Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

(...)

Art. 3º Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário.

Elencados os elementos que caracterizam e definem a relação empregatícia, necessário se faz compreender o verdadeiro conceito de cada um. Inicialmente, tem-se que Martinez (2010, p. 112), em brilhante apontamento, afirma que:

No conceito de “pessoalidade” existe a ideia de intransferibilidade, ou seja, de que somente uma específica pessoa física, e nenhuma outra em seu lugar, pode prestar o serviço ajustado. Assim, toda vez que se verificar que, contratualmente, um trabalhador pode ser substituído por outro no exercício de suas atividades, não estaremos no campo dos contratos de emprego, mas sim de qualquer outro tipo de ajuste contratual.

A onerosidade, por sua vez, nas palavras de Nascimento (2011, p. 649) significa, para o empregado, o dever de exercer uma atividade por conta alheia cedendo antecipadamente ao beneficiário os direitos que eventualmente teria sobre os resultados da produção em troca de uma remuneração.

A não assunção pelo prestador dos riscos da atividade do tomador de serviços, elemento caracterizador da relação empregatícia, também conhecido como alteridade, consiste no fato de não estar o empregado adstrito à expectativa de o empregador alcançar uma margem mínima de lucratividade para que seu salário seja pago. Neste sentido, Martinez (2010, p. 113) afirma que o empregado está alheio a qualquer dificuldade financeira ou econômica.

O quarto elemento caracterizador da relação de emprego é a duração não eventual ou contínua, que é definida por Nascimento (2011, p. 652) nos seguintes termos:

O empregado destina o seu trabalho de modo constante, inalterável e permanente a um destinatário, de modo a manter uma constância no desenvolvimento da sua atividade em prol da mesma organização, suficiente para que um elo jurídico seja mantido, resultante, muitas vezes, dessa mesma continuidade. Enquanto o trabalhador não eventual não é empregado, portanto, os direitos garantidos aos empregados em princípio não se lhe aplicam, salvo lei específica, o trabalhador não eventual é empregado, parte, portanto, de contrato de trabalho com empregador.

Por fim, é necessário estar presente a subordinação⁸ que nos ensinamentos de Martinez (2010, p. 115) é evidenciada na medida em que o tomador dos serviços define o tempo e o modo de execução daquilo que foi contratado.

⁸ A subordinação não significa sujeição ou submissão pessoal, mas sim subordinação jurídica. Este conceito já fora ultrapassado e remotam à condição do trabalhador como objeto de locatio, equiparado a coisa.

2.2 Elementos caracterizadores do contrato de estágio

A grande dificuldade em se determinar quando o estágio está sendo desvirtuado é que é plenamente possível que nele estejam presentes todos os requisitos anteriormente elencados que caracterizam a relação de emprego. O que vai determinar, efetivamente, se o contrato de estágio está sendo desvirtuado é o elemento subjetivo da finalidade educacional e de aprendizado.

O art. 1º da atual Lei do Estágio⁹ define o estágio nos seguintes termos:

Art. 1o Estágio é ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos que estejam freqüentando o ensino regular em instituições de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos.

§ 1o O estágio faz parte do projeto pedagógico do curso, além de integrar o itinerário formativo do educando.

§ 2o O estágio visa ao aprendizado de competências próprias da atividade profissional e à contextualização curricular, objetivando o desenvolvimento do educando para a vida cidadã e para o trabalho.

A partir da análise do dispositivo anterior nota-se claramente a intenção do legislador em conferir ao estágio natureza pedagógica e educativa. Diferencia-se do contrato de emprego, portanto, na medida em que pode até possuir todos os elementos caracterizadores deste, porém o que deve prevalecer é o caráter de aprendizado, os objetivos educacionais.

Neste sentido, Delgado (2012, p. 317) comenta:

É que não obstante o estagiário possa reunir, concretamente, todos os cinco pressupostos da relação empregatícia (caso o estágio seja remunerado), a relação jurídica que o prende ao tomador de serviços não é, legalmente, considerada empregatícia, em virtude dos objetivos educacionais do pacto instituído.

Nascimento (2011, p. 973) complementa:

O estágio destina-se à formação do estudante, e a correlação entre o estudo e o exercício do estágio é uma exigência natural para a validade do estágio. É correta a jurisprudência segundo a qual, para a configuração do estágio, deve ser observado seu objetivo de complementar o ensino em conformidade com os currículos, programas e calendários escolares, punindo a empresa desvirtuante com os ônus da declaração do desvirtuamento e a declaração judicial da relação de emprego com todos os ônus a que, como empregador, deva responder.

⁹ Lei nº 11.788/08

A fim de garantir a finalidade precípua do contrato de estágio, a Lei nº 11.788/08 definiu em seu art. 3º alguns requisitos básicos que devem estar previstos no contrato de estágio, quais sejam: I - matrícula e frequência regular do educando em curso de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e nos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos e atestados pela instituição de ensino; II – celebração de termo de compromisso entre o educando, a parte concedente do estágio e a instituição de ensino¹⁰; III – compatibilidade entre as atividades desenvolvidas no estágio e aquelas previstas no termo de compromisso; IV - ter acompanhamento efetivo pelo professor orientador da instituição de ensino e por supervisor da parte concedente¹¹.

Importante mencionar, que o § 2º do art. 3º da Lei nº 11.788/08 aduz que o descumprimento de qualquer dos requisitos anteriormente mencionados ou de qualquer obrigação contida no termo de compromisso caracteriza vínculo de emprego do educando com a parte concedente do estágio para todos os fins da legislação trabalhista e previdenciária.

Esta não é, porém, a realidade do estagiário da Administração Pública, que por força da Orientação Jurisprudencial 366 da SDI-1 do TST, ainda que desvirtuada a finalidade do contrato de estágio celebrado na vigência da Constituição Federal de 1988, é inviável o reconhecimento do vínculo empregatício por força do art. 37, II, da CF/88, bem como o deferimento de indenização pecuniária, exceto em relação às parcelas previstas na Súmula nº 3636 do TST, caso requeridas.

3. O INGRESSO NO SERVIÇO PÚBLICO

3.1 Conceito e espécies de agentes públicos

Embora a Carta Magna de 1988 na seção II do capítulo concernente à Administração Pública empregue a expressão “servidores públicos” para designar as pessoas que prestam serviços, com vínculo empregatício, à Administração Pública direta, autárquica e

¹⁰ Art. 16. O termo de compromisso deverá ser firmado pelo estagiário ou com seu representante ou assistente legal e pelos representantes legais da parte concedente e da instituição de ensino, vedada a atuação dos agentes de integração a que se refere o art. 5º desta Lei como representante de qualquer das partes.

¹¹ Não é cabível imaginar um estágio no qual o estudante esteja desacompanhado ou assuma responsabilidades incompatíveis com a natureza do aprendizado.

fundacional, fato é que na real acepção do termo, servidor público é apenas uma espécie de agente público.

Assim, nas palavras de Justen (2009, p. 704), agente público é toda pessoa física que atua como órgão estatal, produzindo ou manifestando a vontade do Estado. Pode-se dizer que são quatro as categorias de agentes públicos: agentes políticos, servidores públicos, militares e particulares em colaboração com o Poder Público.

A doutrina diverge quanto ao conceito de agente político, porém Di Pietro (2012, p. 583) traz um dos conceitos mais plausíveis para o tema:

São, portanto, agentes políticos, no direito brasileiro, porque exercem típicas atividades de governo e exercem mandato, para o qual são eleitos, apenas os Chefes dos Poderes Executivos federal, estadual e municipal, os Ministros e Secretários de Estado, além de Senadores, Deputados e Vereadores. A forma de investidura é a eleição, salvo para Ministros e Secretários, que são de livre escolha do Chefe do Executivo e providos em cargos públicos, mediante nomeação.

Para Di Pietro (2012, p. 583), são servidores públicos, em sentido amplo, as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração pelos cofres públicos. Considera-se servidor público os servidores estatutários, os empregados públicos e os servidores temporários.

Os militares, por sua vez, nos ensinamentos de Justen (2009, p. 723), são os integrantes dos órgãos estatais investidos de funções de coação física, estruturados de modo permanente para o desempenho de atividades de força e violência, na defesa da soberania nacional e da segurança interna.

Por fim, tem-se os particulares em colaboração com o Poder Público que nada mais são que pessoas físicas que prestam serviços ao Estado, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração.

3.2 A necessidade de concurso público

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 37, II, dispõe que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Para melhor elucidar a questão, Meirelles (2012, p. 76) esclarece que os cargos são apenas os lugares criados no órgão para serem providos por agentes que exercerão as suas funções na forma legal. O emprego público, por sua vez, é o vínculo estabelecido entre a pessoa física e a Administração Pública Indireta.

Assim, a investidura destina-se a preencher os quadros do serviço público, de maneira a respeitar os princípios que regem o Direito Administrativo, sobretudo, o da eficiência, o qual se encontra previsto no art. 37 da Constituição Federal de 1988¹².

Neste sentido, Meirelles (2012, p.100) afirma que o princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. No âmbito da investidura regular, pode-se dizer, portanto, que o que se buscou foi assegurar através de uma seleção a escolha das pessoas mais capacitadas para desempenhar determinada função, visando, conseqüentemente alcançar os melhores objetivos.

Além do princípio da eficiência, a investidura na Administração Pública através de concurso público garante os princípios da impessoalidade e moralidade, senão vejamos o que preleciona Meirelles (2012, p. 434):

O concurso é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, consoante determina o art. 37, II, da CF. Pelo concurso afastam-se, pois, os ineptos e os apaniguados que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos políticos que alçam e se mantêm no poder leiloando cargos e empregos públicos.

Desse modo, é perceptível e plenamente justificável a diferenciação existente entre as consequências do desvirtuamento do contrato de estágio no âmbito privado e no âmbito público. Isto porque, caso houvesse o reconhecimento do vínculo de emprego no setor público, estar-se-ia garantindo ao estagiário o direito de investir na Administração Pública sem que houvesse respeitado a obrigatoriedade de realização de concurso público. Haveria, pois, um cabal desrespeito aos princípios anteriormente elencados.

Neste sentido Mello (2012, p. 258) disciplina:

O que a Lei Magna visou com os princípios da acessibilidade e do concurso público foi, de um lado, ensejar a todos iguais oportunidades de disputar cargos ou empregos na Administração direta e indireta. De outro lado, propôs-se a impedir tanto o ingresso sem concurso, ressalvadas as exceções previstas na Constituição, quanto

¹² O princípio da eficiência foi inserido no art. 37, caput da CF por meio da Emenda Constitucional nº 19 de 04/06/1998

obstar a que o servidor habilitado por concurso para cargo ou emprego de determinada natureza viesse depois a ser agraciado com cargo ou emprego permanente de outra natureza, pois esta seria uma forma de fraudar a razão de ser do concurso público.

Observa-se, portanto, que a vedação existe até mesmo no sentido de impedir que determinada pessoa que concorreu para o cargo A, passe a ocupar o cargo B, isto porque fora selecionada para aquela função específica e determinada. Logo, clara está também a impossibilidade de o estagiário passar a ocupar cargo público para o qual não concorreu em certame próprio.

Neste diapasão, conclui-se que estes são os fatos que fundamentam a obrigatoriedade de concurso público, ainda que confronte com uma efetiva situação de injustiça como é o caso do desvirtuamento do contrato de estágio, uma vez que iria de encontro aos princípios basilares da Administração Pública.

3.3 O ingresso do estagiário na Administração Pública

Enquadrando-se no conceito de agente público, o estagiário submete-se igualmente aos princípios administrativos da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Rege-se, portanto, pelas mesmas obrigações previstas para aqueles que trabalham no serviço público, uma vez que trata com bens de interesse da coletividade.

Conforme se estudou no tópico anterior, as relações de trabalho na Administração Pública possuem normas específicas, que diferem daquelas existentes no setor privado. Isto porque se de um lado busca-se proteger os direitos trabalhistas, de outro se visa garantir os princípios e objetivos do Estado.

Da mesma forma, normas específicas fazem-se necessárias para os estagiários do setor público, uma vez que lidam com o interesse da coletividade. No entanto, a Lei nº 11.788/2008 não traz em seu bojo estas regras específicas, razão pela qual alguns dispositivos protegem o estagiário, mas acabam por confrontar diretamente com os princípios e fundamentos da Administração Pública, a exemplo do art. 3º, § 2º da Lei 11.788/2008, objeto de estudo do presente artigo.

No referido dispositivo, observa-se que a norma refere-se aos estagiários de uma forma genérica, não fazendo distinção entre estagiários do setor público ou do setor

privado. Neste sentido, surgiu a OJ 366 da SDI I do TST, visando melhor regulamentar a situação daqueles que prestam suas atividades no âmbito público.

No entanto, não se trata de um dispositivo isolado. Grande é a necessidade de regulamentação das diferenças existentes entre os direitos e deveres dos estagiários dos dois setores.

Especialmente com relação aos estagiários do setor público, faz-se necessária uma regulamentação quanto aos seus direitos e deveres, bem como aos princípios pelos quais são regidos e a forma de ingresso.

Fato é que enquanto a regulamentação não surge com o fito de diferenciar o estagiário do setor público, daquele do setor privado, a Justiça local vai preenchendo as lacunas e determinando a melhor aplicação do direito ao caso concreto, como é o caso da OJ 366 da SDI I do TST.

No entanto, nem sempre a Justiça vem alcançando êxito em de fato fazer justiça na real acepção da palavra. Isto porque, por vezes acaba criando, por exemplo, Orientações Jurisprudenciais que, de fato, são genéricas demais, não sendo o melhor sentido de Justiça a determinados casos concretos.

É de fato esta preocupação com a ausência de regulamentação por parte do constituinte legislador e, conseqüentemente, o preenchimento desta lacuna pelo Judiciário Brasileiro o objeto de estudo do presente trabalho, especificamente, quanto à lacuna existente no art. 3º, § 2º da Lei 11.788/2008.

4. A INTERPRETAÇÃO DADA AO ARTIGO 3º, § 2º DA LEI Nº 11.788/2008 PELA JURISPRUDÊNCIA

Mesmo antes do surgimento da Lei 11.788/2008, a jurisprudência já vinha reconhecendo o vínculo empregatício nos casos de desvirtuamento do contrato de estágio, porém com a redação do art. 3º, § 2º da Lei nº 11.788/2008 este entendimento veio a se consolidar, senão vejamos:

EMENTA: RELAÇÃO DE EMPREGO. CONTRATO DE ESTÁGIO. DESVIRTUAMENTO. PROCEDÊNCIA. Restando evidenciado o desvio na execução do estágio, impõe-se o reconhecimento da relação empregatícia durante todo o período laborado.

(TRT-1 - RO: 10325820105010027 RJ , Relator: Rildo Brito, Data de Julgamento: 12/03/2013, Oitava Turma, Data de Publicação: 21-03-2013)

RELAÇÃO DE EMPREGO. CONTRATO DE ESTÁGIO DESVIRTUADO. Desvirtuado o contrato de estágio, impõe-se o reconhecimento de relação de emprego.

(TRT-5 - RO: 810200703805006 BA 00810-2007-038-05-00-6, Relator: ALCINO FELIZOLA, 1ª. TURMA., Data de Publicação: DJ 01/10/2008)

RECURSO ORDINÁRIO. CONTRATO DE ESTÁGIO. DESVIRTUAMENTO DA SUA FINALIDADE. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO. A Lei do Estágio preceitua, em seu artigo 1º, parágrafo 2º da Lei 6.494/77, que o estágio poderá se verificar em unidades que tenham condições de proporcionar experiência prática na linha de formação do estagiário, ou ainda, como dito no parágrafo 3º, do mesmo artigo, propiciar a complementação do ensino e da aprendizagem avaliados em conformidade com os currículos, programas e calendários escolares. Quando a realidade dos autos demonstra que as atividades desenvolvidas pelo contratado por esta modalidade foram completamente desvirtuadas da finalidade do verdadeiro contrato de estágio, inexistindo avaliação, acompanhamento, e jornada incompatível com o horário escolar, impõe-se o reconhecimento do vínculo de emprego uma vez que a avença se reveste dos requisitos moldados no artigo 3º da CLT.

(TRT-1 - RO: 1141005920095010014 RJ , Relator: Flavio Ernesto Rodrigues Silva, Data de Julgamento: 08/05/2013, Décima Turma, Data de Publicação: 21-05-2013)

CONTRATO DE ESTÁGIO X VÍNCULO DE EMPREGO. Evidenciado, do conjunto probatório dos autos, o posterior desvirtuamento do contrato de estágio firmado entre as partes perante instituição de ensino da Reclamante, torna-se imprescindível o reconhecimento do liame empregatício somente no período em que se observou a deturpação desse contrato. Recursos conhecidos e não providos.

(TRT-10 - RO: 1149200700610004 DF 01149-2007-006-10-00-4 , Relator: Desembargadora Heloisa Pinto Marques, Data de Julgamento: 23/07/2008, 3ª Turma, Data de Publicação: 08/08/2008)

Este é o entendimento dominante e pacificado que abarca todos os estagiários do setor privado. No entanto, esta não é a realidade com relação aos estagiários do setor público, conforme visto anteriormente, uma vez que quanto a estes, impõe-se a aplicação da OJ 366 da SDI I do TST.

Vejamos minuciosamente o teor da referida OJ:

ESTAGIÁRIO. DESVIRTUAMENTO DO CONTRATO DE ESTÁGIO. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA ou INDIRETA. PERÍODO POSTERIOR À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. IMPOSSIBILIDADE (DJ 20, 21 e 23.05.2008)

Ainda que desvirtuada a finalidade do contrato de estágio celebrado na vigência da Constituição Federal de 1988, é inviável o reconhecimento do vínculo empregatício com ente da Administração Pública direta ou indireta, por força do art. 37, II, da CF/1988, bem como o deferimento de indenização pecuniária, exceto em relação às parcelas previstas na Súmula nº 363 do TST, se requeridas.

Um dos precedentes que fundamentam a Orientação Jurisprudencial é de relatoria do Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, que afirma o que segue:

EMBARGOS. ESTAGIÁRIO. DESCUMPRIMENTO DA LEI Nº 6.494/77. RELAÇÃO DE EMPREGO. É entendimento assente da Corte que é inviável o reconhecimento de uma relação de emprego entre o estagiário e uma sociedade de economia mista, apenas pelo desvirtuamento de um contrato de estágio, porque este procedimento afronta o disposto no inciso II, do artigo 37, da CF/88.

(...)

Utilizou-se de dois argumentos para concluir pela inviabilidade de reconhecimento de relação de emprego, a saber:

a) a alegação de desvirtuamento das finalidades do estágio não tem o condão de transmutar a relação jurídica existente entre as partes, de tal sorte a possibilitar o reconhecimento da relação de emprego e viabilizar o deferimento de verbas salariais de natureza trabalhista; e b) mesmo admitido que no contrato de estágio não foram obedecidos os pressupostos da Lei nº 6.494/77, a solução não pode ser a indicada pelo Regional existência de uma relação de emprego e deferimento, com consequência, de verbas de natureza trabalhista -, porque tal procedimento fere o princípio constante do inciso II do art. 37 da Constituição Federal de 1988, que impõe, para a investidura em cargo ou emprego público, a prévia aprovação em concurso público de provas e de provas e títulos.

Observa-se, pois, que se leva em consideração o interesse público, sem dar a devida importância ao interesse particular do estagiário, o qual passa a ser usado como mão de obra barata e qualificado pela Administração Pública que, se valendo da norma prevista na referida Orientação Jurisprudencial, se utiliza dessa mão de obra de forma indiscriminada, sem observar o caráter pedagógico e educativo que deve ser dado ao contrato de estágio.

No entanto, esta já era uma preocupação quando do surgimento da referida OJ, senão vejamos um trecho do precedente que também fundamenta a OJ de relatoria da Ministra Maria de Assis Calsing:

É certo que a jurisprudência laboral ainda não encontrou solução equitativa para o problema, em ordem a assegurar alguma garantia ao estagiário ou ao trabalhador, em geral, que se encontra em situação análoga à presente.

(...)

Corolário disso, faltam as ferramentas necessárias à melhor tutela do trabalhador, ao tempo em que se impõe o efetivo cumprimento do artigo 37, II, § 2.º, da Constituição Federal.

A Ministra reconhece, por assim dizer, o problema gerado pelo respeito ao art. 37, II da CF/88, sem, no entanto, proteger-se o estagiário, o qual passa a ser abusado pelo poder público.

Importante frisar que esta decisão não compreende o conceito de justiça¹³, uma vez que tende, de forma cada vez mais imperiosa, fazer com que os estagiários sejam contratados pela Administração Pública para solucionar problemas de falta de agentes concursados, desvirtuando completamente a finalidade do contrato de estágio sem que, por outro lado, seja-lhes dado o amparo necessário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da exposição do conceito do contrato de estágio, bem como de sua finalidade, que de certa forma é o que o distingue, de fato, do conceito de contrato de emprego, é possível concluir que a determinação imposta pela OJ 366 da SDI I do TST, embora respeite os princípios da investidura regular, deixa os estagiários à revelia da Administração Pública.

Isto porque o contrato de estágio surge com a intenção de ser uma verdadeira continuação do aprendizado obtido de forma teórica nas escolas e universidades, possuindo caráter eminentemente pedagógico e o que se vê na prática é que as empresas, seja do setor privado ou público, vem utilizando-se dos mesmos como verdadeiros empregados, que, no entanto, não possuem todos os direitos previstos na CLT.

Diante desta infeliz realidade, é possível dizer que a justiça seria feita no instante em que reconhecesse o vínculo empregatício não só dos estagiários do setor privado, mas também daqueles do setor público. Isto porque ambos são vítimas do desvirtuamento do contrato de estágio, sendo utilizados pelo simples fato de serem para as empresas mão de obra barata.

Se por um lado é imperioso que se respeite os princípios previstos expressamente no art. 37, II da CF/88, por outro lado, necessária se faz a análise do caso em concreto, para compreender se a Administração Pública está se valendo da norma da OJ 366 da SDI I para preencher vagas que deveriam ser ocupadas por servidores concursados.

Uma vez encontrada a intenção precípua do Ente Público, seria possível dar ao caso concreto uma melhor interpretação. Ainda que não fosse determinado que o estagiário

¹³ Para Miguel Reale (2013, p. 50), a justiça é a síntese de um processo dialético caracterizado pela busca permanente da composição harmônica dos valores envolvidos. Logo, a justiça é sempre um instante de um processo, daí porque ela pode assumir diferentes expressões a depender do momento histórico.

permanecesse no cargo, pois assim veda expressamente a CF/88, necessário seria, como medida da melhor justiça, que se reconhecesse a este todos os direitos referentes ao período laborado a título de indenização.

Por todo o exposto, é necessário que seja encontrada uma melhor normatização para o tema, que vise proteger não só a Administração Pública, mas também o estagiário que ali presta seus serviços. Necessário se faz que os legisladores e juristas encontrem uma forma de coibir o fato de os Entes Públicos encontrarem-se impunes, sempre que desvirtuarem os contratos de estágios.

Conclui-se, portanto, pela necessidade de sopesar a questão, passando de um lado a continuar protegendo o princípio da investidura regular, porém evitar que a OJ 366 da SDI I do TST seja utilizada como parâmetro para a exploração do trabalho feito pelo estagiário de forma barata, em prejuízo deste e da sociedade.

RESUMÉN

Este trabajo tiene como objetivo analizar y cuestionar el contenido de la “Orientação Jurisprudencial” n° 366 de la “Seção de Dissídios Individuais I” del Tribunal Superior del Trabajo. Tiene como hecho el hecho de que el sector privado, una vez distorsionada la meta del contrato de prácticas, el mismo será declarado nulo y el alumno tendrá su trabajo debidamente reconocido, haciendo justicia a todos los derechos reconocidos en la Consolidación de Las Leyes Laborales. A partir de esta declaración, es cuestionable el hecho de que la iniciativa pública no tiene iguales derechos en cuanto al contenido de la OJ 366 SDI I TST. En pocas palabras, la justificación presentada por el TST es que si hubiese un reconocimiento, sería hacerle mucho daño al principio de la admisión a la Administración Pública por medio de oposiciones con arreglo al artículo 37 , II de la Constitución Federal de 1988 . Además, alumnos estarían actuando al gusto de la administración pública, que pasa cada vez más constante que se utilizará el mismo que la mano de obra de bajo costo y de manera cualificada. Para ello, se utilizó el método hipotético-deductivo aplicado a la revisión de la literatura, cuando el estudio del candidato en el escenario brasileño, a través de una revisión de la legislación pertinente, hasta que las preguntas que permiten y requieren una mayor atención de los agentes de la ley . Encontró que la OJ 366 SDI 1 TST no refleja el mejor concepto de la justicia para este caso, ya que garantiza la correcta aplicación del principio de la admisión por oposiciones, sino que pone al alumno en una situación de impotencia cada vez que es utilizado por los poderes públicos para actuar eficazmente como funcionario público, sin ningún tipo de interés pedagógico .

PALABRAS CLAVE: Contrato a prueba. Distorsión. Administración Pública.

REFERÊNCIAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38. ed. Atualizada por Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**, 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 36. ed. Atualizada por Eduardo Carrion. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, 27. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Previdência Social. Portaria n. 1002 de 1967. Lex. Disponível em: <http://www.allservice.org.br/interno.php?idPagina=estagios&estagio=portaria_n_1002>. Acesso em: 21 maio 2014.

BRASIL. Lei 5692/71, Fixa Diretrizes e Bases para o ensino de 1º e 2º graus e dá outras providências. Lex. Disponível em: http://www.pedagogiaemfoco.pro.br/15692_71.htm. Acesso em: 21 maio 2014.

BRASIL. Lei 9394/96. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Lex. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm. Acesso em: 21 maio 2014.

BRASIL. Lei 75778/75. Dispõe sobre o estágio de estudantes de estabelecimento de ensino superior e de ensino profissionalizante de 2º grau, no Serviço Público Federal, e dá outras providências. Lex. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D75778.htm>. Acesso em: 21 maio 2014.

BRASIL. Lei 66546/70. Institui a Coordenação do “Projeto Integração”, destinada à implementação de programa de estágios práticos para estudantes do sistema de ensino superior de áreas prioritárias e dá outras providências. Lex. Disponível em:

<<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/115422/decreto-66546-70>>. Acesso em: 21 maio 2014.

BRASIL. Lei 6494/77. Dispõe sobre os estágios de estudantes de estabelecimento de ensino superior e ensino profissionalizante do 2º Grau e Supletivo e dá outras providências. Lex. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6494.htm>. Acesso em: 21 maio 2014.

BRASIL. Lei 11788/08. Dispõe sobre o estágio de estudantes; altera a redação do art. 428 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996; revoga as Leis nos 6.494, de 7 de dezembro de 1977, e 8.859, de 23 de março de 1994, o parágrafo único do art. 82 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e o art. 6º da Medida Provisória nº 2.164-41, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Lex. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111788.htm>. Acesso em: 21 maio 2014.

BRASIL. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei 5452/43. Lex. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 22 maio 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Recurso Ordinário nº 10325820105010027, 21 de março de 2013. Rel. Des. Rildo Brito. Lex. Disponível em: < <http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24898617/recurso-ordinario-ro-10325820105010027-rj-trt-1>>. Acesso em 04 jun. 14.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Recurso Ordinário nº 810200703805006, 01 de outubro de 2008. Rel. Des. Alcino Felizola. Lex. Disponível em: < <http://trt-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3619790/recurso-ordinario-ro-810200703805006>>. Acesso em 04 jun. 14.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Recurso Ordinário nº 1141005920095010014, 21 de maio de 2013. Rel. Des. Flavio Ernesto Rodrigues Silva. Lex. Disponível em: < <http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24917432/recurso-ordinario-ro-1141005920095010014-rj-trt-1>>. Acesso em 04 jun. 14.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Recurso Ordinário nº 1149200700610004, 08 de agosto de 2008. Rel. Des. Heloisa Pinto Marques. Lex. Disponível em: <<http://trt-10.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8766692/recurso-ordinario-ro-1149200700610004-df-01149-2007-006-10-00-4>>. Acesso em 04 jun. 14.