

De toda propriedade é a seguinte observação de DÉLIO MARANHÃO:

“Reclamação administrativa, capaz de interromper a prescrição, é a de servidor público. Se o julgamento da ação é da competência da Justiça do Trabalho, a relação jurídica é, conseqüentemente, de Direito Privado, não podendo haver, no sentido técnico, reclamação “administrativa”. (grifo nosso) (Instituições de Direito do Trabalho, 2.^a ed., vol. II, pág. 650, rodapé).

Essa observação não perde o relevo, ainda quando se considera a Justiça Federal a julgar as causas trabalhistas da União e de suas “criaturas”, pois o que então ocorre é que o “juiz federal” e acha, por motivo de ordem pública, investido, “ratione personae”, de jurisdição trabalhista (tanto que o Supremo Tribunal vem decidindo que os recursos de revista, trabalhistas contra decisões da Justiça Federal são da competência do Tribunal Superior do Trabalho).

c) Afastada a aplicabilidade das normas da prescrição quinquenal à prescrição trabalhista, poder-se-ia, entretanto, admitir que, uma vez que não se negou o direito da interessada, estaria verificada a causa interruptiva de prescrição prevista no art. 172, V, do Cód. Civil, isto é, “qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe no reconhecimento do direito pelo devedor”?

Os princípios gerais do direito comum aplicam-se subsidiariamente ao direito do trabalho (art. 8.^o § único da CLT). Logo, à primeira aparência, a resposta poderia insinuar-se afirmativa.

Cumpré, porém, ter em conta que, em se tratando de Administração Pública, a manifestação de vontade há de ser (e quase sempre o é), incisiva, sem reticências, exteriorizada sob forma expressa (escrito) e com publicidade. Só por exceção é que o silêncio ou a omissão obrigam a Administração Pública (SEABRA FAGUNDES, *Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 3.^a ed. págs. 56/57).

A essa ponderação se ajunte estoutro: *somente pode reconhecer direitos de alguém contra a administração, na própria esfera administrativa, o agente a quem a lei atribua esse poder recisorio*. O funcionário subalterno que informa o processo, o superior hierárquico que propõe uma providência, o parecerista que se pronuncia “em tese” nenhum deles está, a rigor, a reconhecer direitos, porque esse reconhecimento, como ato decisório, depende de um julgamento da autoridade competente (pelo art. 179 da Lei 263/62, “ressalvados os casos de competência privativa, expressa em lei, e as exceções estabelecidas pelos Secretários de Estado, a autoridade para proferir decisões em primeira instância caberá aos dirigentes de nível departamental”).

V

É de se deplorar que o direito da interessada haja sido fulminado pela prescrição trabalhista em virtude de “demora burocrática”.

E não podendo ela, como contratada, valer-se dessa fato como causa suspensiva da prescrição, a única possibilidade que lhe resta de obter o pagamento dos 9/12 do 13.^o salário de 1968 relaciona-se com a renúncia da prescrição pelo Estado, através de ato de relevação do Governador, única autoridade que representa “de fato” o Estado, e pode, em virtude de competência constitucional, explícita ou implícita, praticar determinados atos de “disposição”, que não excedam aqueles para os quais se exige autorização legislativa (Art. 47 da Constituição do Estado).

Do exposto, concluímos no sentido de que o requerimento administrativo do servidor contratado não suspende a prescrição trabalhista, por incompatibilidade entre os princípios desta e os da prescrição quinquenal.

É o parecer,

S. M. J.

Rio de Janeiro, de de 1971.

JOSÉ ANTUNES DE CARVALHO
Procurador do Estado

SERVIDOR CONTRATADO. AFASTAMENTO PARA O EXERCÍCIO DE OUTRA FUNÇÃO. CONSEQUÊNCIAS EM FACE DA CLT

I

O Sr. Governador do Estado fez chegar ao exame da Procuradoria expediente do Sr. Secretário de Educação e Cultura, relativo a anteprojeto de Decreto modificador do atual “Regulamento do Conselho Fiscal das Caixas Escolares do Departamento de Educação Média e Superior”, aprovado pelo Decreto “E” n.^o 600, de 2-5-66.

A douta Procuradoria Administrativa, através do ilustre Procurador NELSON RIBEIRO ALVES FILHO, emitiu o parecer de 5 a 7, pela aprovação do anteprojeto, mas sugerindo fosse ouvida a Procuradoria de Assuntos do Pessoal sobre a inovação contida no mesmo de permitir-se ao professor contratado, tanto quanto ao professor funcionário, a designação para o exercício de funções no Conselho Fiscal das Caixas Escolares dos estabelecimentos do Ensino Médio.

Acatada a sugestão do Dr. NELSON RIBEIRO ALVES FILHO, veio-nos o processo para opinar.

II

Na Exposição de Motivos sobre o anteprojeto em que o Sr. Secretário de Educação e Cultura submete o assunto ao Sr. Governador, encontra-se o seguinte trecho:

“O projeto está redigido de modo a abrir aos professores contratados pelo regime das leis do trabalho (CLT) a possibilidade de virem a participar do EMF, com vantagens para a administração do ensino, tão logo fique esclarecida a equivalência entre os seus encargos e os dos mestres sujeitos ao Estatuto dos Funcionários Públicos. Convém esclarecer que os professores contratados pela CLT, “ex-vi” do Decreto-lei n.º 440, de 9 de julho de 1970, podem ser designados para o exercício de função gratificada. Por outro lado, a nova lei de ensino de 1.º e 2.º grau, já em estudo no Congresso Nacional, estabelece no seu art. 35, § 2.º, “in verbis”:

“Não haverá distinção, para efeitos didáticos e técnicos, entre os professores e especialistas subordinados ao regime das leis do trabalho e os admitidos no regime do serviço público.”

III

Data venia do Sr. Secretário de Educação e Cultura, as razões com que S. Exa. justifica a designação de professor contratado para servir no Conselho Fiscal das Caixas Escolares não têm procedência.

O pessoal sujeito ao regime do Dec.-lei n.º 440/70 é retirado do regime contratual e passa à regência do diploma estatutário, em situação análoga à dos ocupantes de cargo em comissão, ou seja, enquanto durar o comissionamento, o pessoal a que se refere o anteprojeto há de continuar, após a designação para as novas funções, no mesmíssimo regime contratual — o trabalhista — sem quaisquer implicações com o regime próprio dos funcionários do Estado.

De outra parte, o art. 35 da nova lei de ensino de 1.º e 2.º graus (Lei 5.692, de 11-8-71) de modo algum interfere com os regimes jurídicos de pessoal a que estejam sujeitos os professores. *Ali se estipula a equivalência “didática” e “técnica”, mas não a equivalência de direito e deveres em face de diferentes sistemas de tutela do trabalho.*

O funcionário público e o empregado público são ambos servidores do Estado, mas os seus respectivos regimes jurídicos funcionais não se tocam. Essa peculiaridade da situação de cada qual é exatamente o que induz a Administração Pública a admitir contratados, enquanto não possa suprir os seus serviços com funcionários. A precariedade do contrato de trabalho (que se exclui com a aquisição de estabilidade pelo empregado) permite, quer ao empregador comum, quer ao empregador ente público, uma movimentação de pessoal que só se limita pela disponibilidade de recursos financeiros. No caso da Administração Pública, a facilidade de poder contratar (agora com as restrições do AC-52) e descontratar sem procedimentos formalistas é que justifica a sua incursão em um campo que melhor se presta às atividades privadas, seja porque o regime trabalhista é por demais oneroso (INPS, FGTS, Seguro de Acidentes de trabalho,

adicional de trabalho, adicional de trabalho insalubre), seja porque, face ao Direito do Trabalho, o Estado empregador fica desprovido da sua autoridade essencial (*Jus imperii*),

Ora, querer fazer equivalentes professores funcionários e contratados, mesmo além dos aspectos técnicos e didáticos, dos quais unicamente cogita a nova Lei de Diretrizes e Bases do Ensino de 1.º e 2.º graus, é, sem dúvida alguma, negar a própria razão de ser de adoção, no serviço público, por exceção ao regime estatutário, do regime trabalhista.

Dessarte, previamente, descortina-se a inconveniência de se atribuir a professores contratados funções que, normalmente, só se cometem a professores funcionários.

IV

a) No Direito do Trabalho, como no Direito privado em geral, o contrato obriga os contratantes à sua execução, sob pena de uma sanção estipulada em lei (quando não se possa obter coercitivamente a própria prestação contratada).

Da força obrigatória dos contratos, cuja justificativa pertence ao campo da Filosofia do Direito, resulta a sua *imutabilidade*, ou seja, a inalterabilidade por efeito da vontade de um só dos contratantes, e a sua *inderrogabilidade*, ou desvinculação por ato unilateral (salvo quando haja indeterminação de prazo e nos contratos passíveis de revogação, segundo a lei).

Esses dois característicos dos contratos apresentam, no Direito do Trabalho, feição “*sui generis*”.

A *inderrogabilidade*, salvo no caso do empregado estável, que não pode ser despedido senão por falta sumamente grave apurada em inquérito judicial (art. 492 a 494 da CLT), nem pode demitir-se validamente senão com a assistência do seu sindicato de classe ou de autoridade do Ministério do Trabalho e Previdência Social (art. 500) — *é ténue, quase imperceptível, pois, normalmente, mesmo nos contratos a termo, qualquer patrão ou empregado pode fazer o distrato abruptamente*, embora com as consequências de ordem patrimonial que couberem.

Já a *imutabilidade* é afetada por dois princípios, aparentemente antagônicos, mas que, na verdade, se harmoniosamente compreendidos, ajudam a compor o equilíbrio das relações trabalhistas, acudindo, de um lado, a hiposuficiência econômica do prestador de trabalho, contra os abusos do poder patronal e, de outro lado, resguardando esse mesmo poder contra rebeldias a modificações não essenciais na execução do contrato.

No primeiro caso, dispõe ainda a lei que as alterações bilaterais do contrato de trabalho não terão validade quando causarem, direta ou indiretamente, prejuízo ao empregado (art. 468 de CLT); no segundo caso, seja por empresa autorização legal (como nas hipóteses do art. 450, do § 1.º do art. 469 e do art. 470 — todos da CLT), seja em virtude de um determinado arbítrio que a própria natureza do contrato assegura ao empregador (a relação de emprego à subordinativa para o empregado), re-

conhece-se ao dador de trabalho o poder de modificar as condições do contrato na sua parte não essencial (por exemplo: alteração de horário dentro do *mesmo* turno; alteração da função para outra compatível com a qualificação profissional do empregado, etc.). É o “jus variandi”, cujo exercício não se, “estandardiza” em fórmula estaques, cabendo ao empregador agir com a maior prudência, para não prejudicar o empregado — sem o que, em caso de dissídio judicial, há o sério risco da desconstituição do ato, ou a condenação no seu correspondente patrimonial.

b) Tem-se, na hipótese trazida ao exame, uma alteração contratual bilateral, que, aparentemente, não prejudicará o empregado, e que portanto será válida (art. 460 da CLT).

Que se tratará de alteração contratual não temos dúvida: o professor contratado será retirado das funções de magistério (lecionar), para exercer funções em Conselho Fiscal de Caixas Escolares (fiscalizar).

Verificar-se-ia, a ser efetivada a alteração, uma mudança *essencial* de atribuições e que, portanto, jamais poderia ser efetivada unilateralmente pela Administração, jamais se legitimaria pelo “jus variandi”. Mas, obtida a aquiescência do empregado, o ato será viável.

O que cumpre, porém indagar é se, uma vez realizada essa alteração, será possível, mais tarde, reverter o professor ao magistério. Entramos, aqui, na tormentosa *questão do retorno*, a respeito da qual a CLT contém um único dispositivo, o art. 450, objeto de inúmeras controvérsias na doutrina e na **jurisprudência**:

“Ao empregado chamado a ocupar, em comissão, interinamente, ou em substituição eventual ou temporária, cargo diverso do que exercer na empresa, serão garantidas a contagem do tempo naquele serviço, bem como volta ao cargo anterior.”

O dispositivo prevê três hipóteses de afastamento do empregado das funções efetivas para o exercício de outras transitórias: a) exercício de outras transitórias; a) exercício de cargo em comissão; b) exercício interino de outro cargo; c) exercício em substituição a outro empregado.

As duas últimas hipóteses não interferem com a questão enfocada. A interinidade tem o mesmo sentido que no direito estatutário: o provimento é feito para o período em que o cargo esteja vago. A substituição pressupõe o afastamento do titular do cargo por motivos diversos (férias, doença, licença para tratar de interesses particulares, etc).

A primeira hipótese é que nos exige um exame mais demorado.

Ao tratar de “cargos em comissão, o art. 450 da CLT não se refere exclusivamente, como alguns sustentam, aos “cargos de confiança”, mencionados no art. 499 da CLT, a respeito dos quais não se adquire a estabilidade (cargos de diretoria, de gerência e outros de confiança imediata do empregador).

O cargo de confiança tem a sua noção já suficiente elaborada na doutrina e na jurisprudência: é aquele “em que esteja compreendida alguma

parcela de mando, superintendência ou representação da empresa” (Acórdão da 3.^a Turma do TST no RR. 3.606/61 — Rel. Ministro DELFIM MOREIRA JR. in *Revista do TST* — 1962/66 — pág. 91).

Ora, nem todos os cargos em comissão corresponderão a esse conceito, pois ocorre ser da maior conveniência da empresa que determinados cargos, geralmente altos cargos, sejam providos “ad nutum”. São cargos que, embora não estritamente de confiança, exigem o trato de assuntos ou negócios de grande importância, que desaconselham a efetividade dos seus exercentes.

De um modo geral, será cargo em comissão, além do cargo de confiança propriamente dito, toda aquele a respeito do qual se insira no contrato e na Carteira de Trabalho cláusula relativa à sua transitoriedade ou a cláusula “enquanto bem servir”.

Melhor se esclarecerá o tema com a transcrição das lições de dois eminentes autores, ARNALDO SUSSEKIND e NÉLIO REIS:

“De um modo geral, o *comissionamento* de um empregado corresponde ao desempenho de função de confiança; mas, ainda que tal não se verifique, poderá o empregador dispensá-lo da comissão, quando convier aos interesses da empresa. Necessário se torna, por isto mesmo, que o comissionamento se justifique em face da natureza da função: se corresponder a um artifício para burlar a aplicação do sistema legal de proteção ao trabalhador, nula de pleno direito será a condição pertinente à índole da investidura do empregado (art. 9.^o da CLT). (A. SUSSEKIND “Instituições de Direito do Trabalho” — 2.^a ed. vol. 1 — pág. 688).

“O principal elemento a pesquisar na solução do retorno é o da *transitoriedade* em relação ao novo cargo para o qual se designa o trabalhador. Se esta transitoriedade for expressamente mencionada na transferência, o direito do retorno por parte do empregador é absoluto...” (NÉLIO REIS, *Alteração do Contrato de Trabalho*, 2.^a ed., pág. 160).

Pode-se concluir, portanto, que a volta do professor contratado às funções de magistério, após o desempenho de funções no Conselho Fiscal de Caixas Escolares, será realizável, desde que se faça anotar no registro de empregados e na Carteira de Trabalho a sua designação “enquanto bem servir”. Sem essa cautela, o ato do Estado empregador poderá vir a conferir ao professor contratado uma situação permanente no referido Conselho.

Essa situação, realmente transitória, importa, para o Direito do Trabalho, no exercício de cargo em comissão, que não deve ser confundido com o “cargo em comissão” no Direito estatutário. Melhor se diria função

em comissão, ou posto em comissão, para evitar-se o equívoco em que poderá incorrer o leigo, ou o próprio interessado.

Ante o exposto, assim sintetizamos o nosso ponto de vista: a) a não ser pela inconveniência de atribuir-se a contrato encargo ou função normalmente cometida a funcionário, (servidor integrado permanentemente no serviço público), é viável que professores contratados da Secretaria de Educação e Cultura sejam afastados das funções de magistério para o exercício de funções no Conselho Fiscal das Caixas Escolares dos Estabelecimentos de Ensino Médio; b) essa nova situação corresponderá, se faz mister conste a alteração no Registro de Empregados e na Carteira para o Direito do Trabalho, ao exercício de um *comissionamento*, pelo que de Trabalho; c) cessado o comissionamento, a critério da autoridade designante, lícito será o retorno do empregado às funções efetivas.

É o parecer,

S. M. J.

JOSÉ ANTUNES DE CARVALHO
Procurador do Estado

SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. CONTRATAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS. DESOBRIGA DE LICITAÇÃO

I — A CONSULTA

A COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO — METRÔ expõe-nos que, por desatendimento de exigências do edital, desclassificou a única empresa que participou da segunda concorrência para a construção do “Trecho 4-Norte” e, anexando a documentação pertinente a essa licitação e respectivo julgamento, consulta-nos:

1.º — A Consulente, como sociedade de economia mista, com participação majoritária da Prefeitura de São Paulo em seu capital, está sujeita às normas federais, estaduais ou municipais para as suas licitações?

2.º — Pode a Consulente adotar, para suas licitações, a Lei estadual n.º 10.395, de 17 de dezembro de 1970?

3.º — Em sendo adotada a Lei estadual n.º 10.395/70, qual o procedimento a seguir nas futuras licitações da Consulente?

4.º — Em face da desclassificação do único licitante da segunda concorrência para o “Trecho 4-Norte”, pode a obra ser entregue a outro interessado de livre escolha da Consulente?

II — NATUREZA JURÍDICA DO METRÔ DE SÃO PAULO

1. A COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO — METRÔ, como consta da Lei municipal n.º 6.988, de 26 de dezembro de 1966, que autorizou a sua criação, é uma *sociedade de economia mista*, com capital majoritário da Prefeitura de São Paulo. Revestindo a forma *anônima*, rege-se pelas normas federais próprias das sociedades por ações (Lei federal n.º 2.627, de 26 de setembro de 1940). É pessoa jurídica de direito privado, apenas com delegação estatal para a realização de atividades de interesse da entidade pública que a instituiu — o Município de São Paulo. Essa delegação empresta-lhe o caráter de *entidade para-estatal*, mas não a confunde com *entidade estatal* (União, Estado, Município), nem com *entidade autárquica*, que são pessoas jurídicas de direito público.

2. Como pessoa jurídica de direito privado, a sociedade de economia mista opera sem privilégios estatais, em igualdade de condições com as empresas particulares, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações (Constituição da República, art. 170, § 2.º). Mas, em razão de sua paraestatalidade, seus atos delegados, quando ofensivos de direito individual líquido e certo, sujeitam-se a mandado de segurança (Lei federal n.º 1.533, de 31-12-51, art. 1.º, § 1.º) e, quando lesivos de seu patrimônio, são passíveis de invalidação por ação popular (Lei federal n.º 4.717, de 29-6-65, art. 1.º); seus diretores e empregados estão sujeitos às restrições de acumulação de cargo, função ou emprego (Constituição da República, art. 99, § 2.º). Tais são, atualmente, as normas federais que alcançam as sociedades de economia mista.

3. Já escrevemos em estudo anterior que, embora paraestatal, a sociedade de economia mista ostenta estrutura e funcionamento de empresa particular, porque isto constitui, precisamente, a sua própria razão de ser. Nem se compreenderia a burocratização de tal sociedade, a ponto de emperrar-lhe os movimentos e a flexibilidade mercantil, com os métodos estatais. O que se visa com essa organização mista é, no dizer abalizado de ASCARELLI, “utilizar-se da agilidade dos instrumentos de técnica jurídica elaborados pelo direito privado”. (Cf. nosso *Direito Administrativo Brasileiro*, 2.ª ed., 1966, pág. 303 e segs. No mesmo sentido veja-se: TULLIO ASCARELLI, *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, 1946, pág. 155; WALDEMAR FERREIRA, *A Sociedade de Economia Mista*, 1956; ALCIDES GRECA, *El Sistema de Economía Mixta en la Realización de los Servicios Públicos*, 1941; HECTOR CAMARA, *Sociedade de Economia Mista*, 1942; HENRY ZWAHLEN, *Des Sociétés Commerciales avec Participation de l'État*, 1954; OSCAR SARAIVA, *Novas Formas de Delegação Administrativa do Estado*, in Revista Forense, 100/233; CARLOS MEDEIROS SILVA, *Sociedade de Economia Mista — Normas de Administração*, in Revista de Direito Administrativo, 34/391).

4. O que se admite é a imposição de determinada conduta operacional ou a concessão de certas prerrogativas às empresas de economia mista, para o melhor desempenho de suas atividades delegadas, desde que