

PARECER Nº 72/77-NB

Polícia Judiciária: atividade essencial do Estado como pessoa jurídica de Direito Público titular do jus imperii.

Contratação Anômala.

Lei Federal nº 6.185, de 11.12.74.

CLT art. 477, § 1º

Decreto-Lei federal 779, de 21.8.69.

Lei Complementar Federal nº 20, de 01.07.74.

Contratação nula.

Contrato-realidade. Pedido de demissão válido. AC nº 41, de 22.1.69, com redação dada pelo AC-52, de 02.05.69.

Contrato nulo.

Retratação unilateral ou de acordo com o Estado: impossibilidade e inoquidade. Decreto-Lei 218, de 18.7.75.

proc.: E-09/780.740/77

1. Breve Relatório

1.1. Tomo, como relato, as peças de fls. 18 e 19, 28/29, 35/42, 52/57, das quais extrai, em síntese, o seguinte:

1.1.1. Roberto Gimenez de Souza pretendeu inscrever-se em concurso para provimento de cargos de investigador, em maio de 1973 (para o antigo Estado do Rio de Janeiro, portanto) (fls. 37);

1.1.2. tinha idade maior que a "estipulada na regulamentação do concurso", em razão do que sua inscrição foi feita por concessão de medida liminar em mandado de segurança (fls. 37);

1.1.3. aprovado, veio a ser contratado em 10.9.74 como investigador, antes da fusão, mas posteriormente à edição da Lei Complementar Federal nº 20, de 01.07.74 (fls. 37 e 52);

1.1.4. após a fusão, e tendo sido aprovado no concurso, foi nomeado investigador (fls. 37 refere 06.07.76; fls. 52 refere 16.10.76);

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (34), 1979.

1.1.5. "como não poderia deixar de ser" (fls. 37) apresentou pedido de rescisão do contrato de trabalho, em 06.07.76, coincidentemente com a data da posse no cargo (fls. 62);

1.1.6. O S.T.F. decidiu contrariamente ao interessado no mandado de segurança, o que levou a Administração a tornar sem efeito sua nomeação (em 20.10.76).

1.2. Surgiram, para resolver o caso, três soluções (fls. 38):

- concretizar a rescisão do contrato de trabalho inicialmente firmado, desvinculando-se totalmente o servidor do serviço público;
- restabelecimento da situação de contratado do servidor, dando-se por prejudicado seu pedido nesse sentido, tendo em vista que não houve formalização da rescisão; e
- rescisão formal do contrato anterior, e recontração do servidor aproveitando-se a mesma vaga por ele ocupada.

1.3. A PG. 10, às fls. 61/63, opina:

1.3. o pedido de demissão de empregado com mais de um ano, embora dispensado, na hipótese, das formalidades do art. 477 da C.L.T., teria de ser deferido, nada importando a regra proibitória da acumulação (CF, art. 99), porque não houve dupla remuneração;

1.3.2. portanto, o contrato de trabalho estivera apenas suspenso;

1.3.3. de forma alguma se pode pensar em abandono de emprego: inexistência de *animus abandonandi*;

1.3.4. deve ser atribuída novamente tarefa ao interessado, eis que ainda vigente o contrato de trabalho celebrado em 1974, que se restaurou de plano, com a extinção do vínculo estatutário.

2. Exame

2.1. Deixo de lado, *simpliciter*, todo o assunto atinente ao cargo: o Supremo Tribunal Federal já o resolveu e a Administração Pública agiu em conseqüência.

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (34), 1979.

2.2. Vejamos o contrato de trabalho:

2.2.1. em 10.09.74 foi o interessado contratado para o emprego de investigador.

Nessa ocasião já fora editada a Lei Complementar Federal nº 20, de 01.07.74, cujo artigo 3º, § 5º diz:

§ 5º.- A partir da data do encaminhamento, ao Congresso Nacional, da mensagem relativa à Lei Complementar a que se refere este artigo e até a criação do novo Estado, é vedado, aos Estados que lhe deram origem, admitir pessoal ou alterar as disposições legais que o regem, ficando a obtenção de qualquer empréstimo interno também sujeita ao requisito estabelecido, no item IV do art. 42 da Constituição, para empréstimos externos.

A Lei é Federal e, até, de hierarquia superior à trabalhista.

Portanto, a contratação do interessado foi nula, não produzindo nenhum efeito trabalhista, salvo a remuneração, pois é impossível repor a situação no *statu quo ante*, vez que a força de trabalho é irrecuperável.

2.2.2. deveria, a esse modo, a Pública Administração, a 15.03.1975, afastar imediatamente todos os contratados nessa situação.

Não o fez. Passou, de tal forma, a ter relevo trabalhista a continuação da prestação laboral. Ocorreu o que os Doutores chamam *contrato-realidade*:

"8 — El contrato de trabajo, en su acepción de relación de trabajo, es un contrato-realidad, pues existe en las condiciones reales de prestación de los servicios, independientemente de lo que se hubiere pactado entre el trabajador y el patrono

(MARIO DE LA CUEVA, Derecho Mexicano Del Trabajo, Tomo I, pág. 495, Ed. Porrúa S/A., Cidade do México, 1949).

Pois bem: é aquele que se forma em função da conduta das partes, submetidas às normas cogentes do Direito do Trabalho, independentemente de qualquer ato escrito.

Assim, para os efeitos legais-trabalhistas, começou, em 15.03.75, novo contrato de trabalho, obedecida, logicamente, a possibilidade legal de formação do pacto, subjacente aos fatos.

Mas o AC. 41, de 22.01.69, vedou a contratação de servidor da Administração Direta, ou Autárquica, dos Estados, D.F. e Municípios, salvo as exceções expressas, dentre as quais não está o caso deste processo (junto xerox).

Tais Atos Complementares foram, independentemente de seu próprio valor, aprovados pela C.F. e excluídos de apreciação judicial (CF art. 181 e 182).

Desse jeito, o próprio contrato-realidade, que então se teria formado, é nulo, somente se lhe salvando os efeitos remuneratórios.

É que, naturalmente, dado o fato fusão, não teve tempo a Administração para os levantamentos necessários.

Mesmo que o requerimento do interessado pedindo demissão não valesse, por falta de deferimento, o contrato já se formara nulo, **ab ovo**.

2.2.3. mas o requerimento teria validade, se nulo já não fosse o contrato:

— primeiro — porque as regras do art. 437, § 1º, da C.L.T. (como diz o Parecer de fls. 62) não se aplicam ao Estado por força do Decreto-Lei Federal nº 779, de 21.8.69, art. 1º, I;

— em segundo — porque a única solução possível é ter-se o requerimento do pedido de demissão como automaticamente aceito e deferido, desde o próprio momento da apresentação pois era *conditio sine qua* da posse no cargo público.

A decisão seria declaratória e retroativa à sua data.

Dir-se-á que o interessado tê-lo-ia feito sob a condição de ser vencedor no mandado de segurança. Nada disso há no processo (fls. 1 do processo nº E-12/1128/76). E se houvesse, o Estado não o nomearia, face à imposição legal.

Além do mais — se fora o caso — **reserva mental** não tem valia.

Acontece que a opção foi do próprio interessado, pois se estava em juízo, conhecia perfeitamente a sua possível situação de perdedor. Se queria segurança jurídica, deveria ter aguardado o julgamento final do processo, ao invés de executar decisão provisória.

E o Decreto governamental de nomeação foi expresso em que esta se fazia sob condição (fls. 52/53).

A meu ver nada interessa o fato de não ter havido hiato entre o contrato de trabalho e o exercício do cargo, pois não se **transfundem** os regimes.

3. Conclusões

De acórdio com o que pretendo haver demonstrado, concluo:

3.1. o contrato de trabalho não esteve suspenso, mas sim foi automaticamente rescindido de acordo com o pedido do interessado, eis que o desligamento do emprego era condição necessária e habilitante à posse no cargo;

3.2. se assim não fora, o contrato já padecia do vício de nulidade, face à Lei Complementar nº 20, até o dia 15.03.75, quando o novo Estado, em tese, poderia contratar, do que estava impedido, porém, pelo AC. 41, com a redação do AC. 52.

3.3. a rescisão do contrato de trabalho já está formalizada: trata-se de rescisão unilateral (vide tópico nº 4, não ocorrendo a hipótese focalizada no item 2.2.3, sobre a natureza da decisão).

3.4. não há possibilidade de se entender o pedido de demissão prejudicado por falta de formalização, vez que o Decreto-Lei Federal 779, de 21.08.69, dispensa o Estado do cumprimento das formalidades do art. 477, § 1º da C.L.T.

3.5. outrotanto, não há possibilidade de recontratar o servidor em sua própria vaga (a intenção foi naturalmente valer-se do AC. 41) porque a contratação primitiva já fora nula.

3.6. quanto à Lei federal nº 6185, de 11/12/74, dada como aplicável à atividade estatal de segurança pública às fls. 29, e como não aplicável às fls. 39, entendo:

— dita lei não é obrigatoriamente aplicável ao Estado quando diz que para as atividades não compreendidas na área de segurança pública (além de outras) só se admitirão contratados pela CLT.

Isto se refere à União Federal, mas é óbvio que os princípios representados no comando do art. 2º são aplicáveis, *per se*, independentemente da lei, à toda Administração Pública, pois são inderrogáveis.

Note-se: não estou dizendo que a lei é aplicável, mas os princípios nela contidos que são imanentes ao Sistema jurídico-político-constitucional e inderrogáveis (do art. 2º, repita-se).

O art. 106 da Constituição Federal aplicável aos Estados, possibilita a contratação, fora do regime estatutário, para serviços de caráter temporário em funções de natureza técnica especializada.

A respeito diz Pontes de Miranda:

“Ha servidores do Estado que se não empregaram como funcionários públicos, não estão pregados aos quadros estatais. Servem ao Estado como serviriam a outra pessoa, física ou jurídica. O art. 106 apenas explicita o que resulta da diferença — cientificamente, assente — entre funcionário público e empregados do Estado, meros trabalhadores “*stricto sensu*”. **A função desses é exercida como serviço, e não como função pública** (cf. Tratado de Direito Privado, Tomo XLV II, § 5.075, 3).” (grifei).
(Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda 1, R.T., 1973, S.P., 2ª ed., tomo III, pág. 542).

E Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“A redação atual permite a admissão de técnicos para serviços especializados mas também de pessoal para serviços

temporários, sem especificar a natureza destes. Assim, em termos claros, o dispositivo em epígrafe autoriza a contratação temporária de pessoa para qualquer serviço. **Basta que se justifique não ser permanente o serviço para o qual dele se necessite.** Ou ser de natureza técnica ou especializada." (grifei).

(Comentários à Constituição Brasileira, Saraiva, 1974, S.P., 2º volume, pág. 218).

Nada influi a falta de regulamentação no tocante ao regime referido no art. 106 (seja federal, estadual ou municipal): enquanto isso não se dá, será o trabalhista pelo simples fato de não haver outro.

Portanto, sendo a função policial de evidente natureza permanente, não cabe a contratação via CLT.

Na esteira dessa compreensão (CF, art. 13, V) o Decreto-Lei 218, de 18.07.75, dispõe sobre o regime jurídico peculiar aos funcionários civis do serviço policial e estatui:

"São policiais, abrangidos por esse Decreto-Lei, os funcionários legalmente investidos em cargos do serviço policial" (Art. 1º).

"O exercício de cargo de natureza policial é privativo dos funcionários abrangidos por este Decreto-Lei" (Art. 7º).

"Caracteriza a função policial o exercício de atividades específicas desempenhadas pelas autoridades, seus agentes e auxiliares, para assegurar o cumprimento da Lei, manutenção da ordem pública, a proteção de bens e pessoas, a prevenção da prática dos ilícitos penais e atribuições de polícia judiciária." (Art. 8º).

Se, pois, tudo o que foi dito antes deste tópico não prevalecesse, de modo algum poderia a Administração contratar o interessado para uma atividade estatal privativa do funcionário público (Polícia Judiciária e/ou Segurança Pública).

3.7. Se o servidor já recebeu toda sua remuneração nada há a fazer, pois o único efeito do contrato trabalhista nulo é a remunera-

ção, porque é impossível a revivescência da força de trabalho do empregado.

4. No processo nº 786.538/76 deve ser lavrado despacho do teor seguinte:

"Declaro haver tomado conhecimento, na mesma data (06.07.76), do pedido de demissão de fls. 1 (resilição unilateral), feito por ROBERTO GIMENEZ DE SOUZA, com o que ficou extinta a relação empregatícia."

4.1. O despacho deve ser nestes termos porque no contrato a prazo indeterminado qualquer das partes pode fazê-lo cessar a qualquer momento (salvo o empregador quando se tratar de empregado estável).

"Como escreve ORLANDO GOMES, a natureza do "poder de resilir unilateralmente o contrato não sofre contestação. Trata-se de um direito potestativo". Potestativo é o direito cujo exercício não visa ao cumprimento de um dever jurídico, a que se obrigara o outro sujeito da relação, mas à modificação, ou extinção dessa relação, limitando-se este, assim, a sofrer as conseqüências do exercício do direito pelo seu titular."

(DÉLIO MARANHÃO, Rio, FGV., 1976, pág. 218 — grifei). (vide também pág. 220).

E, JOSÉ MARTINS CATHARINO (Compêndio Universitário de Direito do Trabalho, Ed. Jur. e Univ. Ltda. São Paulo, 1972, vol. II, pág. 734):

"Firmada a posição de que a resilição resulta do exercício de direito subjetivo, resta explicar de qual espécie (a propósito: nossa obr. cit., nº 2.1, págs. 19 a 21).

Têmo-lo como direito potestativo, cujo conceito pode ser considerado já bem nítido e estruturado, em que pese o hibridismo sugerido pela denominação consagrada (como, mais ainda, *droit-pouvoir*).

A potestatividade é, por definição, unilateral. Todos os autores (p. ex.: OERTMANN, VON THUR, COUTURE,

GIANOTTI, etc.; entre nós, DÉLIO MARANHÃO adotou, às vezes ("Direito do Trabalho", Rio, 1966), um conceito de direito potestativo em sentido amplíssimo, desfigurativo), insistem na **unilateralidade** como elemento configurativo. Realmente, o direito potestativo pode ser considerado o mais subjetivo e individual dos direitos: basta a vontade do seu titular, elevada ao máximo, para que exista. **É um direito auto-suficiente, de maneira plena, sendo a resilição unilateral sua consequência, tão unilateral, até abstrata, e tão forte que fulmina a relação de emprego, produto bi-individualista, quase sempre, e, ainda que imposta, contra a vontade individual do empregador, a quem não se tira o direito de resilir, exceção feita em virtude da estabilidade, pois despedida de empregado estável é inconcebível.**

Por ser **auto-suficiente** (gerador e gerado, "formador" ("Gestaltungrecht") e formado, "estruturante" (GIANOTTI) e estruturado), a **resilição unilateral não depende nem autoriza pretensão**, mesmo a declaratória, e somente está sujeita à **decadência, à auto-destruição** (grifei).

O ESTADO não tinha que praticar ato algum, pois a demissão não dependia de sua vontade, competia-lhe tão-somente receber a declaração do empregado (receptícia).

Não havia ato a praticar. E se houvesse, não seria administrativo no sentido técnico de Direito Administrativo: mas ato de administração como de qualquer empresa privada, pois, assim, lamentavelmente, é que a CLT, a legislação correlata, e a complementar classificam o Estado.

4.2. O contrato era a prazo determinado?

Obtive em contato com a Representação da Secretaria de Estado de Administração em Niterói e com a Coordenação Regional de Pessoal as informações seguintes:

— o contrato foi celebrado em 3.9.1974 para vigorar dessa data até 31.12.74 (cláusula 4ª);

— o contrato considerar-se-ia renovado, nos termos do Decreto nº 16.073, de 12.06.73, se não fosse denunciado no prazo de 30 dias anteriores à sua expiração (cláusula 4ª);

— o contrato teve como objeto a prestação de serviços de **Investigador** da Secretaria de Segurança.

Então o que de primeiro se pode observar é que houve intenção de celebrar-se um contrato a prazo determinado.

Mas o artigo 443 § 2º da CLT é taxativo, valendo a transcrição:

"O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando:

- a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo;
- b) de atividades empresariais de caráter transitório;
- c) de contrato de experiência."

O parágrafo 1º não é elisivo do 2º: estabelece o conceito, enquanto o 2º discrimina as hipóteses.

Ora, a natureza do serviço, que é permanente, não justificava predeterminação de prazo; a atividade da "empresa" não tinha caráter transitório; nem de contrato de experiência se tratava.

A livre estipulação de que fala o art. 444 está subordinada, pelo dispositivo, a que, no caso, se obedeça ao mencionado parágrafo segundo, que vale, **per se**, mesmo sem o disposto no aludido art. 444. Pela teoria das nulidades sabemos que a desvalia não é de toda a estipulação, mas apenas daquela parte que ofenda a lei: portanto, somente a determinação do prazo foi inválida. Dir-se-á, porém, que as leis administrativas não admitem contrato a prazo indeterminado: despiciendo —: vide meu Parecer publicado na RDPG, volume 30, pág. 430, item 8.2. Assim o contrato já era a prazo indeterminado desde o início.

E que, por absurdo de interpretação, não fosse:

— o próprio contrato dispôs que, à falta de denúncia, nos termos do Decreto (estadual do antigo Estado do Rio, naturalmente) nº 16.073, de 12.06.73, considerar-se-ia ele renovado, independentemente de quaisquer formalidades (o contrato foi lavrado nos termos constantes do processo nº 27.983/74).

— ora, denúncia não houve, pois o contrato veio até 6.7.76.

— o Decreto 16.073 estipula que a renovação é por igual período.

— ora, na segunda renovação já o contrato passou a prazo indeterminado, segundo a disposição expressa dos arts. 445 e 451 da CLT.

Deu-se a conversão qualificativa (José Martins Catharino): “dá-se a prorrogação conversível da qualificação, se for a segunda”. (Vol. I, págs. 352/3, op. cit.).

“Violar-se-ia o prazo máximo de duração do contrato por prazo determinado se se permitisse que o mesmo contrato fosse sucessivamente prorrogado. Admite-se, somente, uma prorrogação do contrato. A segunda prorrogação criará um contrato por prazo indeterminado.” (M. V. Russomano, Coment. à CLT, 8ª Edição, Konfino, 1973, pág. 580).

“Admitindo a lei, como ficou dito, seja o contrato por tempo determinado prorrogado uma vez, e sendo o limite máximo de duração desse contrato de dois anos, pergunta-se: o limite compreende, também, a prorrogação? No sentido afirmativo tem-se orientado a jurisprudência.” (Délío Maranhão, op. cit., pág. 160).

“Poderá sofrer uma prorrogação apenas. Se vier a ser prorrogado mais de uma vez, passará a vigorar sem determinação de prazo.” (Amaury Mescaro Nascimento, Compêndio de Direito do Trabalho, LTR, São Paulo, 1972, pág. 412).

E se não tiver havido prorrogação, como previsto no contrato?

Délío Maranhão, com melhor voz, fala por mim:

“Não há como confundir a prorrogação de um contrato a termo com a simples continuação da prestação de trabalho após o prazo convencionado. Na primeira hipótese, respeitado o limite de dois anos, a primeira prorrogação não modifica a natureza do ajuste. Ocorrendo, porém, mero prosseguimento do contrato, sem que se evidencie, expressa ou tacitamente, a vontade das partes de lhe prorrogar a duração subordinando-a a um novo termo final, seja qual for o tempo decorrido, passa a vigorar sem prazo. A manifestação tácita da vontade de prorrogar o contrato decorre da natureza do serviço e do fim a que se destina, como, por exemplo, no caso de obra certa.” (op. cit. págs. 160/161).

4.3. Sendo indeterminado o prazo, seria o Estado credor de aviso prévio? Na hipótese considerada, não.

5. Consigno que o pedido de demissão (impropriamente rotulado de “rescisão”) consta de fls. 1 do processo nº 786.538/76.

Faço notar que estranhamente tal processo não tem capa: de aí a numeração (1 quando com capa seria 2).

6. Encerramento

Nessa conformidade, submeto o assunto à elevada consideração de Vossa Excelência.

Rio, 30 de dezembro de 1977

Newton Barroca
Procurador do Estado
Assessor do Procurador-Geral

VISTO

- 1) De acordo com o parecer nº 72/77-NB.
- 2) O contrato de trabalho foi resilido pelo empregado, conforme requerimento constante do processo nº 786.538/76. Este processo deve ser despachado nos termos indicados no parecer.
- 3) Não há fórmula legal que possibilite a volta do interessado ao serviço público no emprego que exerceu. (fls. 23 e 38 do processo E-09/780.740/77 e fls. 2/3 do processo E-12/1.128/77), devendo ser indeferido o pedido de fls. 2/3 do processo nº 786.538/76.
- 4) Estando pago o ex-empregado de seus direitos trabalhistas, nada mais há a fazer, salvo se existir algum crédito a favor do Estado ou do IPERJ.
- 5) À Secretaria de Estado de Administração.

Rio de Janeiro, 12 de janeiro de 1978.

Roberto Paraiso Rocha
Procurador-Geral do Estado