

## Preceito Constitucional de Ingresso por Concurso, Fundação Estadual. Negativa de Vínculo Empregatício

Parecer n.º 06/87, de Marcelo Eduardo Frotté de Carvalho

*Solicitação de autorização para contratar.*

*Prestação de serviços onde configurados os elementos previstos no art. 3.º da CLT.*

*Pronunciamento pela inexistência de relação de emprego ante o descumprimento do preceito contido no art. 87, § 8.º, da Constituição Estadual.*

Por via do ofício de fls. 2/3, o Sr. Presidente da Fundação Estadual de Educação do Menor busca, do Exm.º Sr. Governador do Estado, autorização para contratar, no cargo de Professor, Janete Pelais Santana.

Invoca, como respaldo para o pretendido, o fato de ter a mesma iniciado suas atividades na FEEM, em 06.06.79, quando, então, a remuneração de seus serviços era levada a efeito com verba decorrente de pactuação na época em vigor entre a referida Fundação e a Igreja Metodista, tendo nelas prosseguido, a partir dali e sem interrupção, até os dias atuais, apesar de há muito já extinta tal fonte de recursos para a correspondente paga. Tudo, frise-se, com a devida ciência da equipe do Núcleo de Serviço Social e da Diretoria de Promoção Social.

Por derradeiro, informa a já existência de reclamação trabalhista ajuizada pela interessada, visando ao reconhecimento do vínculo de emprego e o pagamento das parcelas ao mesmo relacionadas, da qual, no entanto, se dispõe ela a desistir ante contratação regularmente obtida por via administrativa.

Acompanhando dito ofício, foram anexados os documentos de fls. 4/51.

Encaminhados os autos à Secretaria Estadual de Governo, foi sugerida a manifestação da respectiva Assessoria Jurídica, tendo a mesma se posicionado, às fls. 55, pelo pronunciamento desta Procuradoria Geral.

A esta especializada vieram eles, a final, por força do estampado às fls. 56.

É o relatório.

1. A situação que se revela no presente processo administrativo não pode ou deve ser tratada de maneira simplista, ou seja, não ca-

be vê-la limitada à mera investigação, para afirmar ou negar, ante os elementos fáticos existentes, dos três requisitos que o art. 3.º da CLT quer concomitantes na determinação da relação de emprego.

Por essa ótica, igualmente descabe atribuir-se valor absoluto à reclamação trabalhista noticiada, porque não deve ser o peso de eventual condenação pecuniária o fator preponderante no julgamento da contrapartida apresentada — contratação — mas sim o próprio resguardo da moralidade administrativa.

2. Postos tais parâmetros, a meu ver essenciais, diga-se que mesmo na hipótese de, num primeiro momento, ter sido a Sra. Janete Pelais Santana remunerada pela Igreja Metodista — veja-se o sexto e o sétimo parágrafos da informação constante de fls. 26/27 — não menos certo é ter a mesma prosseguido na sua prestação de trabalho após o término da relação existente entre a FEEM e a mencionada organização religiosa, e isso sem qualquer remuneração.

Diga-se mais: pelo constante de fls. 17v.º/18v.º, ou seja, pelos esclarecimentos prestados pela Assistente Social Gladys Francisca M. Raposo, o serviço por aquela desempenhado se dava e dá com caráter não-eventual — trata-se de atividade essencial ao próprio programa de patrulheirismo — e em horário previamente determinado. Além disso, desses mesmos esclarecimentos exsurge, límpida, a subordinação jurídica da referida Sra. à Fundação (por seus órgãos).

Em síntese, evidenciam-se os elementos básicos da prestação de trabalho sob relação de emprego e, quanto ao ônus da prova, não parece existir dificuldades maiores para a autora da reclamação trabalhista posta: as duas testemunhas arroladas pela FEEM, uma delas a própria Assistente Social Gladys Raposo, não devem confirmar a tese da "doação de trabalho" esposada na contestação oferecida (a segunda delas, Odracimar Pires de Moraes, é arrolada, às fls. 46, como capaz de asseverar as condições em que se deu e dá a participação da mesma no já anteriormente citado programa de patrulheirismo), e elas são necessárias à demonstração do fato impeditivo oposto ao direito invocado. Além disso, há os documentos de fls. 38 e 39, os quais, ao que tudo indica, estão na posse da reclamante.

**Prima facie**, portanto, justificar-se-la atender ao postulado no ofício que nestes autos se coloca como peça vestibular, mormente ante o contido nos quatro últimos parágrafos da informação de fls. 26/27, observações essas, aliás, inegavelmente precisas.

Contudo, faz-se aqui necessário convocar a atenção para o fato de ser, a ré, na reclamação citada, uma fundação instituída e mantida pelo poder público estadual, o que leva a indagar sobre a possibilidade, ou não, de se ver afirmada, pela Justiça do Trabalho, a prevalência, a existência em si, de relação de emprego, via da qual, inobstante a

presença de seus elementos caracterizadores, se vá em contraposição ao texto vigente da Constituição dessa unidade federada.

Explico. O atual art. 87, § 8º, da referida Carta, exige a prova de habilitação, nesse sentido entendida a seleção por meio de disputa pública, como procedimento prévio e essencial às contratações pelo regime da legislação trabalhista, quer se dêem, tais contratações, no âmbito da administração direta ou indireta, bem assim nas fundações ditas públicas. E, frise-se, essa norma, de cunho evidentemente moralizador, visa garantir a acessibilidade, a todos, dos empregos existentes no Estado e suas emanções, coibindo abusos e evitando apaniguados.

Ora, em assim sendo, e estando-se diante de manifestação inequívoca do chamado poder constituinte decorrente, aquele poder que tem em si a tarefa de estabelecer a organização fundamental das entidades componentes do Estado Federal (vide MANUEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, **O Poder Constituinte**, 2ª ed., p. 103), evidencia-se a impossibilidade de sua postergação ante norma federal ordinária. Ou seja, haurindo suas forças diretamente na obra do poder constituinte dito originário, a Constituição Federal, a resultante desse poder decorrente só se limita pelas regras de fundo eventualmente ali estabelecidas. De maior nível hierárquico, portanto, não pode sofrer restrições oriundas de legislação ordinária.

Logo, se a consensualidade do contrato de trabalho permite vislumbrar relação de emprego ante a tão-só presença dos elementos descritos no artigo 3º da Consolidação, tal possibilidade não mais se apresenta quando não satisfeito um outro requisito previsto na Carta Estadual, inerente esse requisito, diga-se, à auto-organização no tocante aos seus próprios serviços (afastada, assim, qualquer discussão sobre a invasão, por um Estado-membro, da competência exclusiva da União de legislar sobre direito do trabalho).

Allás, via-de-regra, tem sido em respaldo desse entendimento a postura assumida pelo Egrégio TRT desta 1ª Região, nas ocasiões em que chamado a pronunciar-se:

“Relação de emprego. Não pode a Justiça do Trabalho legitimar relação de emprego com a administração pública, procedida ao arrepio dos preceitos constitucionais”. Ac. TRT — 1ª Região, 4ª Turma, RO n.º 8.034/84, Rel. Juiz MANOEL CORRÊA GARCIA DALE.

“Contratação. Sem ato positivo de autoridade competente, nos limites constitucionalmente fixados não há contratação na administração pública, seja no regime que for”. Ac. TRT — 1ª Região, 3ª Turma, RO n.º 8.422/84, Rel. Juiz JOÃO DA SILVA FIGUEIREDO.

“Relação de emprego que se reconhece inexistente, porque

envolvendo a prestação de serviços ao Estado, sem contratação regular.

Recurso provido em parte, para limitar a condenação à paga correspondente aos serviços prestados”. Ac. TRT 1ª Região, 1ª Turma, RO n.º 2.834/82, Rel. Juiz GERARDO MAGELA MACHADO.

Como se vê, o que num primeiro momento se colocava incontestável — a relação de emprego da Sra. Janete Pelais Santana com a FEEM — deixa, ante o exposto, de sê-lo. E, rejeitar tal conclusão, traduziria, em última análise, negativa de vigência ao constante ao **caput** do art. 13 da Constituição Federal.

A Carta Estadual exige, para o estabelecimento desse tipo de relação com o próprio ente ou suas emanções, a inafastável seleção por disputa pública, esta, **in casu**, inócua. Não há, pois, que daquela cogitar-se.

Partindo-se daí, portanto, minimizado, mesmo, o resultado desfavorável da ação ajuizada. Não cabendo reconhecer vínculo de emprego à Reclamante, expurgadas da provável condenação devem restar as parcelas relativas a décimo-terceiro salário, férias, repouso semanal remunerado e tudo mais ligado ao pacto laboral. Esta, em suma, deve restringir-se ao ressarcimento do trabalho prestado, evitando, destarte, o enriquecimento ilícito, e vale também refletir, em linha de consequência, sobre o descabimento da equiparação igualmente pretendida naquela ação (vide fls. 20/22) — e, frise-se, não se está trabalhando sobre hipótese, haja vista que, do constante do quinto parágrafo de fls. 13, pode-se partir para o desenvolvimento, nos autos, de toda argumentação aqui aduzida.

3. Mas, disse-o antes, não deve ser o resultado da citada reclamação trabalhista o fator preponderante no julgamento do pretendido — mesmo porque, como visto, há ponderáveis chances de reduzi-lo a proporções mais facilmente assimiláveis.

Admitir-se respaldar, a essa altura, a situação irregular da interessada na contratação significaria, em termos precisos, abrir precedente para assim agir nos demais casos semelhantes existentes, os quais, a experiência indica, não devem ser poucos. Redundaria permitir que outras pessoas, gabaritadas, ou não, terminassem beneficiadas em detrimento de toda uma gama “de menos aquinhoados pela sorte” e, quiçá, do próprio serviço. Seria, enfim, mitigar o escopo da norma constitucional mencionada, este sim de valor absoluto.

Note-se bem: não se está, com tal colocação, julgando a capacidade ou o trabalho prestado pela Sra. Janete Pelais Santana, nem, por outro lado, discutindo as razões que levaram à tolerância para com sua situação irregular. O grande fato, como já posto, está na necessidade

de dar cumprimento ao mandamento constitucional apontado e, com isso, garantir-se a **par conditio** de todos os interessados no acesso aos empregos na esfera estatal, bem como a moralidade que deve presidir a administração como um todo.

4. Ante todo o acima exposto, opino pela rejeição da autorização buscada na peça vestibular.

Este é, s.m.j., o parecer.

Rio de Janeiro, 10 de setembro de 1987

**Marcelo Eduardo Frotté de Carvalho**  
Procurador do Estado

#### **Encaminhamento do Ofício 06/87-MEFC ao Procurador-Geral**

Exm.º Sr. Procurador-Geral:

Trata o presente de pedido para regularizar a situação de Janete Pelais Santana, mediante sua contratação na função de Professor, feito pelo sr. Presidente da Fundação Estadual de Educação do Menor.

Apesar da prestação de serviços que vem sendo desenvolvida com as nítidas características de relação de emprego, por se encontrarem presentes os requisitos do art. 3.º da C.L.T., o Procurador MARCELO EDUARDO FROTTÉ DE CARVALHO, invocando o preceito do art. 87, § 8.º da Constituição do Estado, conclui pela inexistência da referida relação.

É verdade que alguns julgados têm encampado a tese. Mas, não é menos verdade que vários outros a têm repelido, considerando que, mesmo sendo o ente público uma das partes envolvidas, configura-se a existência do contrato de trabalho, ante a prestação de serviço subordinado, quando ausente a contratação formal.

A tese desenvolvida e que, em juízo, deverá sempre ser adotada pela Administração, parece-me, ante a disparidade observada no entendimento jurisprudencial, não poder ser afirmada, em sede administrativa, como orientadora dos agentes da Administração.

De outra parte o Estado deverá olhar para hipóteses como a presente tendo em vista sua função social, e, inexistindo inconveniência na formalização do contrato, não provocar o desemprego injusto de quem o vem bem servindo.

Assim, em casos excepcionais, como o de que se trata, creio que a solicitação de contratação possa ser atendida.

Rio de Janeiro, 13 de outubro de 1987

**Hugo de Carvalho Coelho**  
Procurador-Chefe da Procuradoria Trabalhista

#### **VISTO**

Aprovo o parecer n.º 6/87-MEFC, **data venia** do pronunciamento do Procurador-Chefe da Procuradoria Trabalhista e Previdenciária, HUGO DE CARVALHO COELHO (fls. 57/58).

O princípio inscrito no § 8.º do art. 87 da Constituição Estadual, de conteúdo substancialmente democrático, não pode ser afastado por consideração de conveniência e oportunidade.

À Secretaria de Estado de Governo.

Rio de Janeiro, 06 de novembro de 1987

**José Eduardo Santos Neves**  
Procurador-Geral do Estado