

DECISÃO PRECURSORA

Decisão*

ATA DE AUDIÊNCIA relativa ao Processo n. 1575/93

Aos 07 dias do mês de janeiro do ano de 1993, às 17:00 horas, reuniu-se a Junta de Conciliação e Julgamento de Ouro Preto, em sua sede, e sob a Presidência do (a) MM. Juiz(a) do Trabalho, Dr(a) JOSÉ EDUARDO DE RESENDE CHAVES JÚNIOR, presentes os Srs. ROGÉRIO AGOSTINHO F. CAMPOLINA, Juiz(a) Classista, representante dos empregadores, e ALOÍSIO M. BRAGA, Juiz(a) Classista, representante dos empregados, para julgamento da reclamação ajuizada por MARCONI TEIXEIRA FONSECA contra MUNICÍPIO DE MARIANA + 02 relativa a rescisão indireta etc. no valor de CR\$_____.

Aberta a audiência, foram, de ordem do(a) MM. Juiz(a) Presidente, apregoadas as partes, ausentes.

Proposta a solução do dissídio e colhidos os votos dos Srs. Juizes Classistas, passa a Junta a proferir a seguinte

SENTENÇA

MARCONI TEIXEIRA FONSECA, qualificado nos autos, propôs reclamatória trabalhista contra MUNICÍPIO DE MARIANA alegando: que fora admitido em 20.01.92 e dispensado em 01.04.93, sob a alegação de ser nulo o contrato; que, no dia seguinte, o reclamado o contratara novamente, sem concurso público; que tinha uma jornada de 15 horas semanais; que a partir de 02.04.93 teve suprimidas as cinco horas recebidas como gratificação e sua jornada de efetivo trabalho fora reduzida, de 10 para 08 horas semanais, com a respectiva diminuição do salário.

Reclama: rescisão indireta do contrato de trabalho com pagamento das verbas finais; pagamento das diferenças salariais decorrentes da alteração unilateral do contrato e reflexos nas verbas finais; nulidade da rescisão decretada ficticiamente em 01.04.93; recolhimento do FGTS por todo o período contratual; notificação ao Ministério Público; baixa na CTPS; juros e correção monetária.

O reclamado apresentou defesa escrita em audiência alegando: que fora decretada a nulidade do primeiro contrato e, em relação ao segundo, houve lei autorizativa; que indevido pagamento de diferenças salariais; que não houve redução da jornada; que não se justifica a rescisão indireta do contrato. Requer aplicação de dispensa por justa causa. Pede a improcedência.

Acostaram-se documentos.

Determinou-se ao autor que promovesse a citação dos administradores públicos responsáveis pelas contratações.

* O texto foi mantido em sua versão original, excetuada a atualização ortográfica ao padrão hoje em vigor.

Os litisconsortes apresentaram defesas escritas - Cássio B. Neme requer sua exclusão da lide, ao fundamento de que não há amparo legal à sua intervenção e João R. Filho alega ser legal a segunda contratação e despcienda sua presença no pólo passivo da relação processual.

O Ministério Público do Trabalho oficiou no feito.

O reclamado João Ramos Filho ausentou-se da audiência em prosseguimento.

Razões finais orais, pelo reclamante e reclamado Cássio B. Neme.

Conciliação recusada.

É o relatório.

DECIDE-SE

DA INCOMPETÊNCIA

Argüiu o ilustre representante do Ministério Público a incompetência absoluta desta Especializada para apreciar a contratação perpetrada em 02.04.1993, ao fundamento de se tratar de contrato administrativo.

Sem razão, venia permissa, a douta procuradoria.

A hipótese exceptiva acenada pelo ilustrado parecer, para estar inserida no âmbito do Direito Administrativo, haveria de ter como suposto a prévia instituição do regime jurídico único para os servidores públicos, o que não se verificou no Município de Mariana. Não sendo assim, a contratação temporária e excepcional há que se operar nos mesmos moldes das contratações ordinárias, que neste caso se deram pelo regime da CLT.

Por outro lado, como reconheceu o Ministério Público, a contratação havida em 02.04.93 não observou os requisitos legais, o que por si só inviabiliza a sua subsunção ao Direito Administrativo, em virtude da sujeição desse ramo do Direito ao princípio da legalidade.

Finalmente, não é demais ressaltar que compete à Justiça do Trabalho declarar a existência, como também a inexistência, da relação de emprego.

Rejeita-se, pois, a exceção de incompetência.

DA LEGITIMAÇÃO PASSIVA DO AGENTE POLÍTICO

É sabido que mero timor ne varie dicetur, por si só, não justifica a existência do litisconsórcio. É ainda certo que a dogmática brasileira, ao contrário da italiana, não admite a chamada *jussu judicis*.

Não restaram lesados, todavia, os mencionados princípios ao se determinar, com base no art. 47, parágrafo único do CPC, que o autor promovesse a citação dos administradores públicos responsáveis pelas ilegais contratações.

A preocupação de se evitar o conflito lógico entre a presente demanda, de cunho trabalhista, e outra, de cunho administrativo, visando à responsabilização dos Prefeitos Municipais, não foi que informou a determinação do litisconsórcio passivo. Tal intervenção teve por fundamento o caput do art. 6º da Lei de Ação Popular, que impõe a figuração na lide da autoridade pública responsável pelo ato impugnado, como litisconsorte necessário por força de lei (cfr. Cândido Dinamarco, *Litisconsórcio*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1986, p. 143).

É verdade que a aplicação do mencionado preceito legal não se dá por via direta, mas por processo de integração analógica, à vista da lacuna da processualística do trabalho para dispor da questão.

A identificação da lacuna da lei processual é justamente que irá justificar a aplicação da analogia, já que a incidência subsidiária do Código de Processo Civil, permitida pelo art. 769 da CLT, não pode ser invocada, eis que o supra-referido dispositivo não está, obviamente, inserido no Diploma Processual.

E essa identificação da lacuna, por outro lado, de maneira concomitante, consistirá ela própria na fundamentação jurídica da integração por analogia.

KARL LARENZ ressalta isso com muita precisão:

“A integração de uma lacuna da lei pela via das operações de pensamento descritas há-de ser precedida logicamente pela constatação de que existe uma lacuna na lei. Mas, posto que esta constatação, como vimos, exige uma valoração crítica da lei segundo a pauta da sua própria teleologia e do preceito de tratamento igual daquilo que tem igual sentido, as considerações que para o efeito pode fazer-se aqui, conduzem já também, com freqüência, a integrar a lacuna.” (Metodologia da Ciência do Direito, Trad. José Lamego, 2ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, pp. 485/486).

Nessa ordem de idéias, a quididade da aparente lacuna exsurge como lacuna de regulação, também denominada lacuna inautêntica, de vez que não há solução legal imediata para a virtual colisão de princípios constitucionais entrevista na presente hipótese dos autos, ou seja, entre a manifesta preocupação com a moralidade na Administração Pública (Constituição Federal, art. 37, caput), inclusive no pertinente à necessidade de prévio concurso público para admissão (idem, § 2º) e a elevação do trabalho à condição de primado (ibidem, art. 1º, IV).

Não é demais salientar que a opção pela integração analógica, parece-nos preferível à adoção e incidência do Método da Ponderação de Bens, largamente utilizado pela jurisprudência alemã, que no caso de conflito entre normas ou entre princípios jurídicos, acaba sempre por exigir do aplicador da lei o sacrifício de um dos mencionados princípios no caso concreto.

Vislumbrada a lacuna, a possibilidade da integração, com a incidência do mencionado dispositivo da Lei de Ação Popular, apresenta-se na medida em que o réu acena na defesa com a nulidade do ato por ele próprio praticado. É que, para que não se invoque a vedação do princípio de que a ninguém é dado alegar a própria torpeza, somente em se admitindo a similitude da presente ação com aquela prevista pela Lei n. 4.717/65, que permite, de maneira inusitada, que o ente de direito público se desloque do pólo passivo para o pólo ativo da ação (art. 6º, § 3º da Lei 4.717/65). É a perfeita aplicação do princípio-mor que rege a analogia ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio esse debet.

É razoável lobrigar-se, não há como negar, na legitimação da autoridade pública, a fresta da incompetência desta Especializada. Se existe fundamento para isso, seria ele dirigido no sentido de que a ação regressiva respectiva refugiará dos limites da controvérsia da pretenda relação de emprego.

Todavia a previsibilidade da ação regressiva, per se, não se constitui em

óbice à competência da Justiça do Trabalho para a lide em litisconsórcio passivo, eis que tal discussão não vem à baila na reclamação trabalhista, já que os litisconsortes são responsabilizados de forma conjunta. Não é por outra razão que a previsão da ação de regresso, na própria CLT, na hipótese da subempreitada, art. 455, § 1º, jamais inibiu a jurisprudência de consagrar o litígio passivo plural, inclusive com condenação solidária. A infinidade de julgados dispensa qualquer transcrição.

Por outro lado, ainda que se queira ver em tal legitimação algum resquício da ação regressiva, a atual redação do art. 114 da Constituição Federal é taxativa ao dispor a respeito da competência da Justiça do Trabalho para os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças.

Com relação aos vereadores, não há como integrá-los à lide, eis que a responsabilização dos administradores tem origem no ato concreto de contratação, natureza da qual além de se constituir de caráter abstrato e meramente autorizativo, erige-se como expressão da própria soberania, insusceptível como tal à responsabilização, mormente em se considerando que o ressarcimento em questão seria a favor da própria coletividade.

Assim sendo, fundamentada a legitimidade passiva ad causam dos Senhores CÁSSIO BRIGOLINI NEME e JOÃO RAMOS FILHO, autoridades públicas responsáveis pelas contratações sem prévio concurso público, cabe ressaltar que ao Judiciário - sempre com fundamento na lei e nos princípios gerais de Direito - cumpre a difícil tarefa de aplicar a norma legal sempre em harmonia com a realidade, para vivificar enunciados genéricos e verbais em efetivo proveito social.

O equívoco da teoria do Direito Alternativo - que assume deliberadamente a decisão contra legem - não pode servir ao fortalecimento do Positivismo Jurídico, eis que, como pontifica o grande jurista belga CH. PERELMAN, ao pregar a nova retórica como recurso ao estabelecimento de acordos sobre valores e sua respectiva explicação:

“El papel de la lógica formal es hacer que la conclusión sea solidária con las premissas, pero el de la lógica jurídica es mostrar la aceptabilidad de las premissas.” (La Lógica Jurídica Y La Nueva Retórica, Trad. Espanhola Luis Diez-Picazo, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1988, pp. 232).

DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

Sustenta o Município a impossibilidade jurídica do pedido, amparado em forte corrente jurisprudencial que enxerga no art. 37, § 2º da Constituição empenho à pretensão, em face da inexistência de prévio concurso público para a admissão.

Não obstante as respeitáveis opiniões em contrário, razão não assiste ao Município. Senão vejamos.

Em decorrência de expresse mandamento constitucional, não há evidentemente sustentar a validade do contrato de trabalho havido entre as partes; todavia, a retroação da eficácia de tal nulidade atenta contra um dos pilares do Direito do Trabalho, que, como todo contrato por trato sucessivo, e, especialmente, em face da impossibilidade física de restituição da força de trabalho, assenta-se no princípio de que toda nulidade tem eficácia apenas ex nunc.

Emprestar efeito ex tunc à nulidade prevista pela Constituição da República é, no mínimo, proceder à interpretação extensiva - já que a Carta Política não prescreve tal eficácia - sem que haja qualquer fato ensejador para tanto, em face das prescrições da Hermenêutica Jurídica, e em absoluta dissonância com os preceitos do Direito do Trabalho.

Vale notar que a norma contida no art. 37, § 2º da Constituição Federal é a toda evidência dirigida ao administrador público, e não àquele que busca sua sobrevivência do trabalho. Tanto é verdade, que o mencionado dispositivo prevê apenas a punição da autoridade pública!

É importante ressaltar que, em havendo a responsabilização da autoridade pública que efetivou a admissão sem prévio concurso, restam prejudicadas as alegações acerca do clientelismo político, o que, de qualquer forma, não restou configurado nos autos.

De outra parte, não cabe aventar a respeito do princípio de que a ninguém é dado desconhecer a lei, porquanto até mesmo a dogmática penal brasileira já evoluiu nesse ponto, criando, com a reforma da parte geral do Código Penal, Lei n. 7.209/84, a figura, perfeitamente cabível na hipótese dos autos, do erro sobre a ilicitude do fato (art. 21, da Nova Parte Geral do Código Penal), de vez que em face do princípio de legalidade de que goza todo ato administrativo, inclusive aquele de contratação de servidor, a presunção de boa-fé do trabalhador é, mais do que razoável, totalmente presumível.

Nesse passo, o Colegiado rejeita a arguição de carência da ação por impossibilidade jurídica do pedido.

DA RESCISÃO INDIRETA

A matéria pertinente ao pedido de rescisão indireta do contrato de trabalho traz, como questão prejudicial, a discussão a respeito da unicidade do contrato de trabalho. É no deslinde da problemática alusiva à *accessio temporis* que se vai encontrar a solução para o caso concreto.

Dito isso, e considerando-se o rechaço da tese da retroatividade da declaração de nulidade do contrato de trabalho, não há como negar a unicidade do contrato de trabalho, a despeito da formal contratação perpetrada pelo Município em 02.04.93.

Não há sequer como distinguir um período contratual do outro, eis que, se o primeiro feriu os preceitos constitucionais já referidos, o seguinte não obteve inlenço a tal nulidade, já que, perpetrado sem a observância dos requisitos legais, como já demonstrado, inclusive no que tange à determinação do prazo, acaba também na vala comum da contratação sem prévio concurso.

Nesse passo, superada a questão da *accessio temporis*, com a desconsideração da dispensa e da readmissão, cumpre examinar o pleito de rescisão indireta propriamente dito.

O fundamento do pedido de rescisão oblíqua é a alteração e redução do salário do reclamante, com a supressão do pagamento de cinco horas por semana, horas essas que remuneravam o tempo de deslocamento e o material gasto na atividade desenvolvida, além da redução da jornada semanal efetiva de dez para oito horas, com a conseqüente redução salarial.

Em defesa, modificando os fatos alegados pelo autor, o réu alegou, por seu turno, que não havia remuneração do tempo de deslocamento, mas apenas do material, que passou a ser fornecido ao empregado. Aduziu ainda que por ocasião da nova contratação somente seriam remuneradas as horas efetivamente trabalhadas.

A situação fática modificativa acenada na contestação não se viu, todavia, comprovada, como cumpriria ao primeiro reclamado, a teor do que dispõe o art. 333, II, do CPC, razão pela qual não resta senão ao Colegiado acolher o pedido de rescisão indireta do contrato de trabalho, e os respectivos pedidos de pagamento de verbas finais vindicadas.

Como mero conseqüente ainda, defere-se o pleito de pagamento de sete horas semanais suprimidas, bem assim os reflexos pleiteados.

A CTPS do autor deverá receber a baixa com a data da propositura da ação.

DA RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES

Consoante se viu, tanto o atual prefeito como o anterior contrataram o autor de forma irregular, razão pela qual, com fundamento nos arts. 5º e 12, III, da Lei 8.429/92, deverão ressarcir integralmente o dano, em conjunto com o Município, cuja responsabilidade concorrente se deduz da própria relação jurídica de emprego havida com o reclamante.

O senhor Cássio Brigolini Neme arcará com os danos causados ao erário público decorrentes da primeira contratação, e o senhor João Ramos Filho, por seu turno, arcará com o correspondente originado da segunda contratação, conforme for apurado em liquidação de sentença.

DISPOSITIVO

Em face do exposto, resolve a JCJ de Ouro Preto, à unanimidade, julgar PROCEDENTES os pedidos para condenar MUNICÍPIO DE MARIANA, CÁSSIO BRIGOLINI NEME e JOÃO RAMOS FILHO, estes últimos em proporção aos danos causados, a pagar a MARCONI TEIXEIRA FONSECA, tão logo a presente transite em julgado: aviso prévio; 13º salário proporcional; férias com o adicional de 1/3; saldo de salário até a data da propositura da ação; indenização equivalente ao FGTS do período contratual, acrescida da multa de 40%; sete horas semanais suprimidas, bem assim os reflexos pleiteados; tudo devidamente atualizado e acrescido de juros e na forma da lei.

Fica condenado ainda o Município de Mariana a proceder à baixa da CTPS do autor, com a data da propositura da ação.

Custas pelos reclamados, no importe de CR\$6.000,81, calculadas sobre CR\$300.000,00, valor arbitrado à condenação.

A secretaria deverá oficiar ao Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, bem assim ao Ministério Público, dando-lhes ciência da presente decisão.

Uma vez transcorrido o prazo para interposição de recurso voluntário, os autos deverão ser remetidos à instância superior, em face do duplo grau de jurisdição compulsório.

Intimem-se as partes.

Nada mais, encerrou-se a audiência.

Comentário*

A ciência, em todos os tempos, ontem como hoje, não tem sido outra coisa senão o conjunto dos esforços feito pelo homem para explicar pelo raciocínio os fenômenos que se lhe deparam no universo.¹

Do mesmo modo, diante da ciência do Direito, o Juiz, como operador desta ciência, tem por dever desvendar todos os fenômenos decorrentes.

Cabe ao Juiz aplicar a Lei para solver os conflitos a ele expostos, mas solvendo-os de forma a encontrar não somente uma solução individual, mas, principalmente, uma solução que coloque o tema individual inserido no contexto dos interesses coletivos.

Este o grande desafio. O de se obter uma prestação jurisdicional adequada não só ao interesse individual, mas cujos efeitos tenham ainda repercussão coletiva.

Cria-se para se obter a tão esperada e nunca alcançada paz social.

Na espécie o julgado em comento espelha esta grandeza de avanço. Restaura o direito individual assegurando ao trabalhador a equivalente remuneração do seu trabalho e, da mesma forma, dá prevalência imediata à regra constitucional que estabelece a igualdade de todos, ao fixar a exigência do concurso público para o ingresso no serviço público. E, do mesmo modo, promove a restauração dos danos causados ao erário, ao condenar os Prefeitos responsáveis pelas nomeações ao desamparo legal.

Para tanto o julgado escuda-se no art. 8º da CLT e, dentro da regra da incidibilidade do ordenamento jurídico, adiciona as disposições próprias da Lei de Ação Popular, para resgatar a efetividade da norma constitucional.

A Súmula n. 363 do TST, ao considerar o contrato nulo, impõe as reparações apenas do direito básico consistentes na remuneração de sua repercussão do FGTS. Nada mais.

Entretanto, ao se determinar não só a inclusão no pólo passivo da ação daqueles que foram responsáveis pela frustração da regra constitucional, forma-se um fator inibitório de novas contratações irregulares.

A competência trabalhista para tanto está expressa no art. 114 da CR, pois trata a situação decorrente de uma relação de trabalho.

E a condenação dos Prefeitos e consequência reparatória do ilícito que decorreu dessa relação de trabalho.

A questão competência estabelece-se clara e há ainda a instituição da colaboração entre as jurisdições, afastada a idéia da burocratização da ciência jurídica.

* Comentário feito pelo Desembargador Federal do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região Caio Luiz de Almeida Vieira de Mello - Vice-Presidente Judicial.

¹ Romero Sylvio. *Ensaios de filosofia do direito*. Cunha e Irmãos, 1985, p. 141.

Por fim, há de se dizer que os avanços da ciência social precisam ser sempre revitalizados porquanto, se compararmos com os avanços da ciência física, a ciência social mal está saída da idade da pedra, poder ou da barbaria, como disse o mestre Pontes de Miranda.²

Com justiça classificamos a sentença proferida pelo Dr. José Eduardo de Resende Chaves Júnior como precursora, assim como é sua Excelência em todas as suas atitudes diante da busca da efetividade do processo e do encontro da paz social.

² MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito. Introdução à ciência positiva do direito*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves, tomo I, 1. ed., BOOKSELLER Editora e Distribuidora, 2000.