

O ATO-CONDIÇÃO NO CONTRATO TÁCITO DE EMPREGO PÚBLICO *

Armando Henrique Dias Cabral **

EMENTA

O contrato tácito de trabalho público só se legitima se o administrador detém permissão "ex-lege" para contratar. Do contrário, o ato jurídico dessa admissão é nulo, por ser o objeto dessa contratação juridicamente impossível.

RESUMO DA TESE

1. Essa tese examina o contrato tácito na relação de emprego público.
2. Partindo do princípio da legalidade, entende o Autor que tem de existir um ato-condição permissivo para o administrador legitimar a contratação de pessoal.
3. A consequência de uma admissão carente de ato-condição permissivo, seria a nulidade do pacto tácito, sem nenhum ônus indenizatório contra a Administração Pública.

INTRODUÇÃO

O administrador municipal, geralmente ao assumir sua função, e ao inteirar-se do regime jurídico do pessoal prestador de serviço, encontra aqueles servidores públicos cuja situação é

* Tese apresentada ao I Encontro Nacional de Procuradores Municipais, realizado de 20 a 27 de janeiro de 1974, em Recife, PE.

** Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul (da Equipe de Assistência Jurídica aos Municípios).

avessa ao Direito: foram admitidos sem qualquer ato administrativo formal; permaneceram trabalhando e auferindo vantagens pecuniárias, ora sob regime jurídico estatutário (embora não sejam funcionários públicos), ora recebendo vantagens da legislação trabalhista (mas despidos da condição de empregados públicos). Na maioria das vezes essas admissões foram verbais.

Que fundamento legal teriam esses acordos verbais?

A relação jurídica de emprego público, onde um dos sujeitos é o Poder Público-empregador, poderia revestir a forma de um contrato de trabalho tácito?

A resposta a essas indagações é o que se propõe este trabalho, que perquire

O ATO-CONDIÇÃO NO CONTRATO TÁCITO DE EMPREGO PÚBLICO

I — AO ADMINISTRADOR SÓ É LÍCITO AGIR "EX-LEGE ET SUB-LEGE"

1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A Consolidação das Leis do Trabalho enuncia que o contrato individual de trabalho pode ser tácito (art. 442).

Esse "tácito" comporta uma dimensão deontológica de significado diferente, quando se trata de relação de emprego público, porque não basta que o sujeito prestador de serviço, pelo fato de estar trabalhando, seja considerado, na ausência de uma nomeação, empregado público. É inarredável que o agente que o admitiu tivesse tido uma outorga normativa para realizar essa admissão, ou seja: que o ato-condição permissivo para contratar pré-existisse ao ato jurídico de contratar.

De outro lado, o agir da Administração Pública significa agir "ex-lege et sub-lege".

Conforme o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, no estudo "Discrecionalidade e Legalidade", publicado na Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, volume n.º 4, do ano de 1973, p. 9,

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 63-70, 1974

"... a Administração Pública só pode agir debaixo da lei, em obediência a ela e a fim de dar satisfação a seus objetivos. Tal disposição decorre do princípio da legalidade.

Devendo a Administração atuar sob a lei e com o fito único de implementar os objetivos dela, é viciado todo e qualquer comportamento administrativo que a ofenda, que a desconheça ou se desencontre com as finalidades por ela traçadas".

2. ATO-CONDIÇÃO

Convém lembrar o princípio de Direito Público, segundo o qual ao administrador só é lícito fazer aquilo que a lei lhe permite fazer (ao avesso do Direito Privado, onde ao particular é permitido aquilo que não lhe é proibido).

Assim, a admissão de pessoal para o serviço público têm de ser permitida ao administrador por regra expressa, que opera como ato-condição permissivo.

Sinale-se, com Hely Lopes Meirelles, in "Direito Municipal Brasileiro", Tomo II, p. 826, que

"Ato-condição é todo aquele que se antepõe a outro para permitir a sua realização. O ato-condição se destina a remover um obstáculo à prática de certas atividades públicas, para as quais se exige a satisfação prévia de determinados requisitos. Assim, o concurso é ato-condição da nomeação efetiva; a concorrência é ato-condição dos contratos administrativos. Como se vê, o ato-condição é sempre um ato-meio para a realização de um ato-fim.

A ausência do ato-condição invalida o ato final, e essa nulidade pode ser declarada pela própria Administração ou pelo Judiciário, porque é matéria de legalidade, indissociável da prática administrativa."

A posição do Judiciário Trabalhista tem-se revelado insensível a esse princípio de Direito Público, julgando de maneira simplista que, quem não seja funcionário público, é empregado. A nós nos parece um posicionamento equivocado, "permissa magna venia". Não basta que alguém trabalhe "tacitamente" para a Administração Pública; é preciso que esse contrato de trabalho esteja legitimado por aquele ato-condição permissivo, sob

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 63-70, 1974

pena de ser nulo, por conter (o contrato tácito não permitido ao agente público) objeto juridicamente impossível (Código Civil, art. 145, inciso II).

II — EXIGÊNCIAS LEGAIS PARA CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO

1. INCIDÊNCIA DO DECRETO FEDERAL N.º 15.783

No Decreto Federal n.º 15.783, de 8/11/1922 (Regulamento para execução do Código de Contabilidade Pública), se contém normas gerais de direito financeiro que disciplinam contratos em que é parte do Poder Público. Obviamente, esses preceitos se aplicam não apenas aos contratos decorrentes de licitação, mas a qualquer contratação "in genere", em que o ente público de qualquer hierarquia esteja num dos polos dessa relação jurídica.

Para a validade dos contratos, a lei exige "a citação expressa", em suas cláusulas, da lei que os autoriza (art. 767, letra c 1.ª parte). E a lei arrola como cláusula essencial, que não pode ser omitida em contrato algum, sob pena de nulidade, a que deve fazer menção expressa da disposição de lei que autoriza a celebração do contrato (art. 775, § 1.º, 1.ª parte).

Desse texto se depreende que a lei ("lato sensu", qualquer ato normativo que outorgue contratar) é essencial como pressuposto de o administrador firmar contratos, inclusive os de emprego.

2. MOTIVO OU CAUSA JURÍDICA DO ATO ADMINISTRATIVO

O agente público atua, subjetivamente, sob seu próprio juízo de conveniência e oportunidade de praticar certos atos administrativos; e age, objetivamente, amparado na lei, que funciona como causa jurídica, ou motivo jurídico. Tão significativa relevância tem a causa (ou motivo) de um ato jurídico, que "vicia o ato (jurídico) a falsa causa", diz o artigo 90 do Código Civil, isto é: carente de causa jurídica, o ato se dilui por nulidade invencível.

Seabra Fagundes, em "O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário", escreveu:

"No ato administrativo, porém, o motivo tem de ser estritamente legal, assentando sempre no interesse público, pelo que reveste particular importância".

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 63-70, 1974

(...) op. cit., p. 41

"... nos motivos ou fundamentos está a razão jurídica com que procede a Administração Pública. A lei estabelece quando, e em face de que circunstâncias, deve agir a autoridade administrativa. Se esta age sem motivo legal, o seu ato é inválido".

idem, p. 88

"O objeto do ato administrativo, que é o seu conteúdo jurídico, não estando adstrito aos limites pré-traçados na lei, o ato é nulo".

idem, p. 89

Ainda, Hely Lopes Meirelles, in "Direito Administrativo Brasileiro", p. 159, entende que

"O motivo ou causa é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo.

O motivo, como elemento integrante da perfeição do ato pode vir expresso em lei, como pode ser deixado ao critério do administrador.

No primeiro caso, será um elemento vinculado; no segundo, discricionário, quanto à sua existência e valoração.

Da diversidade das hipóteses ocorrentes resultará a exigência ou a dispensa da motivação do ato. Em se tratando de motivo vinculado pela lei, o agente da Administração, ao praticar o ato, fica na obrigação de justificar a existência do motivo, sem o que o ato será inválido ou, pelo menos, invalidável, por ausência da motivação".

3. CONTRATO VERBAL

Diante da lei que exige do agente público a citação expressa da norma legal que o autoriza contratar (no caso, contratar o prestador de serviço), e que ainda lhe impõe para validade jurídica da contratação constar do instrumento de contrato a lei permissiva, temos que se trata de um ato administrativo vinculado pela lei, a cuja motivação o administrador não se pode subtrair, sob pena de nulidade.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 63-70, 1974

Mas a qualificação de contrato de trabalho tácito da norma consolidada induz que o ajuste pode ser verbal.

O mesmo Decreto federal n.º 15.783/22, no art. 778, enuncia que

“Em nenhum caso poderá ser permitida a celebração de contratos verbais com a Fazenda Pública, sendo nulos de pleno direito os ajustes que assim forem concluídos”.

Esse dispositivo explica-se por si. Apenas se faz notar que o conceito “Fazenda Pública” (de 1922) corresponde ao moderno entendimento conceitual de Administração Pública, Governo, Poder Público (em 1974).

III — CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. INTERESSE PRIVADO E INTERESSE PÚBLICO

Finalmente, restaria examinar a posição do prestador de serviço irregularmente admitido.

Enquanto, numa relação de emprego privado, o empregado detém uma superioridade jurídica que lhe compensa a inferioridade econômica, numa relação de emprego público, em que o ente estatal-empregador age no interesse público, não se pode, sistematicamente, aplicar esse mesmo princípio, porque o interesse privado, diante do Poder Público, não pode prevalecer, em termos de superioridade jurídica aprioristicamente considerada, porque, “ab initio”, o Poder Público age com legitimidade, buscando realizar um interesse público e impessoal.

2. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

Quem prestou serviço à Administração Pública, mesmo tendo ato de admissão ilegal, recebeu a remuneração respectiva. Assim, não se há de falar no enriquecimento ilícito do ente empregador.

Mas o irregular prestador de serviço não tem nenhum direito, quer estatutário, quer trabalhista, se for despedido.

Hodiernamente já se compreende que a Administração Pública pode rever seus próprios atos, mesmo sem a coerção do Judiciário (Súmula n.º 473, do Supremo Tribunal Federal).

Na hipótese de despedida, o administrador apenas desconstitui um ato jurídico que estava, “ab initio”, viciado; e sendo

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 63-70, 1974

ato administrativo nulo, não foi jurígeno bilateralmente (a Administração Pública não ficou com ônus de empregador, como numa relação de emprego trabalhista); e o prestador de serviço, dispensado, não tem, “ipso facto”, qualquer direito indenizatório, ao nível da norma consolidada. Em termos processuais, ele seria carecedor de ação, na Justiça do Trabalho.

3. FUNCIONÁRIO DE FATO

A condição jurídica que mais próxima estaria do prestador de serviço irregularmente admitido, seria a de funcionário de fato (também denominado funcionário aparente).

Todavia, neste caso, ocorre o ato-condição permissivo para admiti-lo; o que surge é um erro de direito (exemplificativamente, investidura em cargo irregularmente criado, ou irregularmente extinto, ou ainda, em cargo ocupado), ou um erro essencial quanto à qualificação do prestador de serviço (nomeia-se zootecnista, em vez de médico-veterinário).

Seja como for, o funcionário de fato, embora fronteiro do que foi irregularmente admitido, poderá ter preenchido condições pertinentes à situação de funcionário de direito, sob regime estatutário. Aquele outro não.

CONCLUSÃO

Isso posto,

o contrato tácito de trabalho público só se legitima se o administrador detém permissão “ex-lege” para contratar.

Do contrário, o ato jurídico dessa admissão é nulo, por ser o vínculo dessa contratação juridicamente impossível.

BIBLIOGRAFIA

BIELSA, Rafael: Derecho Administrativo, 6 ed. Buenos Aires, Ed. La Ley, 1964, Tomo III (Funcionário de fato, p. 45).

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio: Apontamentos sobre Agentes e Órgãos Públicos, S. P., Ed. Rev. dos Tribunais, 1972.

BRANDÃO CAVALCANTI, Themístocles: Princípios Gerais de Direito Público, 2. ed., Ed. Borsoi, Rio, 1964.

RCGERS, Porto Alegre, 4(8): 63-70, 1974

LUFT, Celso Pedro: O Escrito Científico, 2. ed., P. Alegre, Liv. Lima, 1970.

MENDES DE ALMEIDA, Fernando Henrique: Contribuição ao Estudo da Função de Fato, S. P., Ed. Saraiva, 1957.

MEIRELES, Hely Lopes: Direito Municipal Brasileiro, 2. ed., Ed. Rev. dos Tribunais, S. P., 1964, Tomo II.

NUNES LEAL, Victor: Problemas de Direito Público, Ed. Forense, Rio, 1960 (Poder Discricionário e Ação Arbitrária da Administração, p. 278).

SEABRA FAGUNDES, Miguel: O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, 3 ed., Ed. Forense, Rio, 1957.