

Cessão de empregado. Permissibilidade

Parecer n.º 01/85 — Marcelo Eduardo Frotté de Carvalho

A "Cessão de Empregado", por esta entendido o ato de determinado empregador que, com a concordância daquele, coloca à disposição de outro a sua força de trabalho em situação transitória e contingente, não afronta o direito do trabalho.

Minuta proposta pela COMLURB para regência desse tipo de relação. Exame.

Pelo processo administrativo n.º 06.502017/85, o Sr. Diretor de Administração e Finanças da COMLURB encaminhou, ao Sr. Presidente da referida Companhia, minuta de termo de convênio destinado a regularizar a situação de empregados da entidade, atualmente à disposição de órgãos da Administração Municipal ou Estadual.

Dita minuta, a ser firmada, já como termo, por aquela Cia. Municipal e o órgão público interessado, nos moldes da proposta, foi objeto de deliberação pelo Conselho de Administração da mesma COMLURB, o qual houve por bem aprová-la (fls. 09/11).

Ao depois, a minuta foi encaminhada à apreciação do Sr. Prefeito do Município do Rio de Janeiro, que, por manifestação de sua Assessoria Jurídica, remeteu o assunto a esta Procuradoria Geral (fls. 14).

Coube o exame da questão a esta especializada e, por distribuição, vieram-se os autos do processo administrativo em tela (fls. 13 e 14).

É o relatório.

PARECER

1 — Versa a hipótese sobre o que usualmente se denominou "cessão de empregado" ou "cessão de servidores" — e esta última expressão alcançou maior destaque por mais vicejar a figura entre órgãos estatais ou mesmo entre pessoas jurídicas onde a participação do Estado (*lato sensu*) se faz sentir —, assunto que, no correr do tempo, sofreu enfoques diversos quando levado à consideração do Judiciário Trabalhista.

Seu exame, ou melhor, o exame da possibilidade de tal "cessão", evidentemente prejudicial ao da própria minuta proposta, demanda investigação que não se pode apresentar perfunctória, mas, pelo contrário, reclama considerações de ordens diversas. Deve, no pre-

sente caso, abranger indagações tanto na esfera do Direito do Trabalho, que, por básica, se fará em primeiro lugar, como no que concerne a diplomas específicos, regentes desse tipo de movimentação de pessoal na esfera do Estado do Rio de Janeiro e do Município da Capital, ambos virtuais partícipes de convênios derivados da minuta em causa. Em uma última etapa, proceder-se-á ao exame da minuta como instrumento, na medida que se responda afirmativamente à "cessão".

2 — Juridicamente subordinado ao empregador — e a subordinação aludida no art. 3.º da CLT, de acordo com a melhor doutrina, é de ser entendida como jurídica — o empregado, por aquele assalariado, coloca a sua disposição a força de trabalho própria, um dos fatores da produção. E por ser esta, força de trabalho, indissociavelmente ligada à pessoa mesma do trabalhador, superintendê-la significa, por conseqüência, remanejar o próprio empregado, de modo a que este execute tal ou qual tarefa, dentro daquele conjunto de tarefas enquadráveis em suas funções.

Partindo daí, ou seja, desse poder diretivo do empregador, não me parece pouco provável que este, em determinado momento, possa entender conveniente, por força de uma vinculação mais estreita existente, colocar à disposição de um outro empregador, em período limitado ou limitável, um seu empregado. Entendo, pois, em síntese, ser ele o juiz de suas próprias conveniências, traçando, destarte, o que se possa entender como tal.

É evidente, e isso não se quer nem poderia ser negado, que esse mesmo poder diretivo encontra limites — quanto a sua extensão, mas não quanto à conveniência acima aludida — no âmbito da legislação trabalhista. Tais limites se traduzem, principalmente, no art. 468 consolidado, embora não se possa olvidar, no que concerne a alteração do local de trabalho, o art. 469 da Consolidação.

Mas, no assunto **sub examine**, esses limites, ou melhor, a apuração de sua virtual violação, não se apresenta como o **punctum saliens**. Este, na realidade, reside em saber da "cessão" nasce, ou não, uma nova relação de emprego, entre o cedido e aquele que o recebe nessa qualidade.

3 — Durante um bom tempo a Justiça do Trabalho pautou-se pela afirmativa, afirmativa essa sempre genérica; ou seja, ante a presença do que se rotulasse como "cessão", entendia pela caracterização de um vínculo laboral novo. Tal postura, em contrapartida, gerou a necessidade de se buscar alternativas que ensejassem as "cessões" julgadas necessárias, sendo uma delas a suspensão do contrato de trabalho originariamente mantido pelo empregado a ser "cedido".

Não me parece correta essa postura primeira do Judiciário. Expurgadas as conotações fáticas capazes de emprestar a tais "cessões" o sabor de fraude a dispositivos consolidados, não se

pode olvidar aquele poder diretivo antes mencionado, e, a *fortiori*, a possibilidade, em tese, da "cessão".

Frise-se, *ab initio*, que não se fala de cessão nos moldes em que esta é concebida no Direito Civil. Não se fala, portanto, em transferência da titularidade de uma relação jurídica, já que, como dito, as relações de trabalho envolvem, por consequência, a pessoa do trabalhador, de quem se acha indissociada sua força de trabalho, o objeto, a prestação, desejada.

Ademais, parece não mais ser possível conceber uma relação de emprego que se estabeleça por outra via que não a contratual. Conforme o colocado em oportunidades anteriores, a melhor doutrina, nos dias de hoje, rejeita, de modo unânime, as teorias ditas contratualistas, que vislumbram no cerne da prestação de serviço subordinado mera relação de emprego (relação de trabalho), carregada de cunho institucionalista.

Em tais oportunidades — reclamações trabalhistas atendidas por esta Procuradoria — invoquei o magistério de DÉLIO MARANHÃO, que aponta que o intervencionismo estatal, mesmo visando contornar a desigualdade econômica, causa das injustiças sociais decorrentes da aplicação pura e simples do princípio da autonomia da vontade, não descaracterizou ou descaracteriza, como contratual, o ajuste de vontade gerador do vínculo de emprego, ainda que regulamentado, em limites mínimos, tal contrato. E convém lembrar a lição desse festejado autor:

"Contrato — é a lição da escola — é um acordo de vontades tendo em vista produzir efeitos jurídicos. Ora, se um empregado é **admitido** para trabalhar na empresa, essa **admissão** pressupõe, como é lógico, um acordo de vontades: um contrato, pois. Dir-se-á que a manifestação de vontade do empregado se resume em um ato de adesão às condições prefixadas pelo empregador ou pela lei. Mas, como frisa DE PAGE, 'nenhum texto ou princípio de direito exige, para a validade de um acordo de vontades, que o **conteúdo** do contrato seja estabelecido pelas **duas** partes ou tenha sido objeto de negociações ou discussões preliminares'. . . . O que acontece é que a igualdade jurídica, pressuposto do princípio da autonomia da vontade, não corresponde, muitas vezes, à situação real dos contratantes. Daí as restrições impostas a esse princípio. A legislação contemporânea, diante dos problemas surgidos com o desenvolvimento da economia capitalista, tende a regulamentar, de maneira cada vez mais rigorosa, certos contratos, numa luta contra o abuso do poder econômico, . . ." (*Instituições de Direito do Trabalho*, 6.^a ed., p. 175, grifos do original).

Pois bem, em virtude disso, ou seja, da colocação de que a relação de emprego se estabelece, sempre, por via contratual, há que se buscar, no âmago dessa relação, uma pactuação, ainda que tácita, entre empregado e empregador.

E falou-se da necessária existência de pactuação ainda que tácita, pois inaceitável, **concessa venia** dos que entendam em contrário, admitir-se um contrato nascido da mera prestação de serviço, ou seja, pelo tão só elemento objetivo, com base na relativíssima noção de "contrato realidade", também criticada por DÉLIO MARANHÃO (*ob. cit.*, pp. 176-177). Não se olvida, e vale frisar, que se faça possível, e é até comum, encontrar-se alguém que preste o concurso de seus serviços sem ver reconhecido o vínculo de emprego que o liga a determinado empregador. Contudo, em tal hipótese jaz intrínseco um **animus** que induz contratualidade.

No mesmo sentido contratualista, AMAURI MASCARO DO NASCIMENTO (*Compêndio de Direito do Trabalho*, 1976, pp. 307-309), que destaca, entre outros e além de DÉLIO MARANHÃO, CARNELUTTI, BARASSI, RIVA SANSEVERINO, ARDAL, BOTIJA, EVARISTO DE MORAIS FILHO, RUSSOMANO e ORLANDO GOMES.

Ora, a efetiva "cessão de empregado", como tal entendida a disposição de determinado empregado a outro empregador para atender situação transitória e contingente, e que, ademais, deve ser por aquele consentida (e, portanto, conhecida em seus limites, ainda que estes só se possam fixar, em termos de tempo, no curso da própria "cessão"), como se verá adiante, não permite intuir o **animus** anteriormente referido, elidindo, assim, a presença de um novo contrato de trabalho, um novo pacto laboral, do qual participe o "cedido".

Todavia, e mister se faz realçar esse aspecto, situações há em que, apesar do rótulo formal de "cessão", não se pode deixar de reconhecer uma verdadeira novação subjetiva no pacto laboral originariamente celebrado, e isso como que por verdadeira delegação do primitivo empregador. E.g., a disposição sem limitação temporal.

E variados exemplos podem ser casuisticamente apontados — além da ausência de transitoriedade à alegada cessão, acima aludida, pode-se falar na hipótese do empregado que, admitido, é, ato contínuo, "cedido" (?) — os quais, porém, não podem, nem isso seria conveniente, ser esgotados.

O certo, ou pelo menos a mim parece, é que nesses casos deva se entender resiliado, distratado, o contrato anterior, resistindo o decorrente da erroneamente denominada "cessão".

De qualquer sorte, a figura não pode ser negada em razão de suas corruptelas, donde ser admitida. Aliás, as características próprias da "cessão" em causa não deixam sequer ocorrer a concomitância dos três elementos que a lei (art. 3.^o da CLT) quer presentes para a caracterização da relação de emprego: não havendo transferência da titularidade da relação jurídica, os salários do empregado

são pagos, na realidade, por conta de seu efetivo empregador (e isso haja ou não ônus para aquele que recebe o "cedido") e a subordinação não se apresenta plena, revelando tão só sua face diretiva mas não a disciplinar. Quanto à transitoriedade, que não significa, necessariamente, período ínfimo de tempo, induz eventualidade àquela prestação de trabalho.

Para rematar esse ponto, cabe colacionar três arrestos que corroboram a posição pela admissibilidade da "cessão", ambos extraídos do **Dicionário de Decisões Trabalhistas** de B. CALHEIROS BOMFIM e SILVÉRIO DOS SANTOS, na sua mais recente edição (19.ª):

"O servidor que passou a prestar serviços, como cedido, a outra empresa vinculada ao Poder Público, desde que não tenha optado pela sua integração à dita empresa, pode ser devolvido à repartição de origem, sem que tal providência implique em qualquer preterição de direito, consoante pretende o recorrente. Recurso Ordinário conhecido mas improvido." Ac. (unânime) TRT 7.ª Reg. (Proc. RO 65/83), Rel. Juiz CÍCERO LEÔNIO PEREIRA FERRAZ — Emenda n.º 788, p. 92.

"Cessada a condição de cedido, não pode o funcionário público pleitear da empresa que prestava serviços o pagamento de qualquer parcela salarial devida em decorrência daquela situação." Ac. (unânime) TRT 3.ª Reg. — 1.ª Turma. (Proc. RO 5.362/81), Rel. Juiz ORLANDO R. SETTE — Ementa n.º 791, p. 93.

"Não optando o funcionário cedido, pelo Plano de Classificação de Cargos da empresa à qual presta serviços, continua nessa condição, ficando à disposição dele após a implantação desse Plano." Ac. TRT 1.ª Reg. — 1.ª Turma. (Proc. n.º RO 1.931/82), Rel. Juiz VIANNA CLEMEN-TINO, proferido em 18-01-83 — Ementa n.º 793, p. 93.

4 — Visto isso, cabe falar, então, da figura examinada (e admitida em tese) na sua conotação, real, de alteração das condições de trabalho do empregado "cedido", enfocada essa, por óbvio, ante seu efetivo empregador.

A regra do já citado art. 468 da CLT leva a concluir pela necessária integração do assentimento do empregado ao comando patronal. Unilateralmente, aquele, empregado, não estará obrigado a cumprir determinação no sentido de prestar o concurso de seu trabalho a outro empregador.

E essa regra de necessária bilateralidade, de conjunção da vontade de empregador "cedente" e empregado a ser "cedido", se faz aplicável ainda que a alteração do local de trabalho deste último não acarrete mudança de seu domicílio. Conforme o já colocado

em outros pareceres emanados desta Procuradoria Trabalhista, não há que se dar tratamento, ainda que analógico, ao Estado (**lato sensu**) e suas emanações, idêntico ao dos chamados "grupos econômicos" (resultante direta da tendência à despersonalização da figura do empregador). Sua afinidade decorre do trato de interesses públicos, que, no entanto, podem se qualificar como "diretos" ou "indiretos". Assim, o liame finalístico não raro se apresenta de forma mediata. Ademais, oportuno frisa que, **in casu**, por força da proposta geradora da minuta, tem-se que a "cessão" pode e deve ocorrer, em boa parte, entre esferas de tratamento constitucionalmente diverso (sociedade de economia mista no âmbito municipal "cedendo" empregados à Administração Direta do Estado-Membro).

Observe-se, igualmente, que não se fará de bom alvitre alterar, no curso da "cessão", a qualificação subjetiva do empregado, ou seja, aquilo que ORLANDO GOMES e ELSON GOTTSCHALK (**Curso de Direito do Trabalho**, 7.ª ed., v. I, p. 470) explicam como sendo a dinamização da qualificação objetiva desse mesmo empregado. Contratado ele para determinadas funções, reunidas ou não em um cargo, deve seu aproveitamento, enquanto "cedido", dar-se nessas ou numa dessas funções, ainda que sua formação admita a execução de outras tarefas, mais complexas.

E isso se explica pela razão seguinte: não **podendo** ser rebaixado pela execução de tarefas menores, uma vez que tal ato, caso praticado por quem o recebe por "cessão", traria conseqüências perniciosas ao seu real empregador, em nome do qual, repita-se, aquele age, os mesmos reflexos se apresentaram na hipótese contrária, desaconselhando-a, ou melhor, tornando-a impraticável.

No que concerne à paga, diga-se usual, de uma parcela, à guisa de estímulo, enquanto perdurar a "cessão", coloca-se a pergunta sobre ser ela suprimível, ou não, finda tal situação peculiar. E, ainda, em caso de negativa, de quem se faria a responsabilidade por sua manutenção.

Sabe-se que a habitualidade na paga de parcelas extras ao salário induz a contratualidade destas, que passam, assim, a se constituir sobre-salário insuprimível. Contudo, esse critério, eminentemente objetivo (reiteração) não se apresenta absoluto. A reiteração é mera forma de presunção da vontade autorizadora dessa integração salarial (e nesse sentido, a meu ver, deve ser interpretada a Súmula — Enunciado — n.º 115 do Tribunal Superior do Trabalho), e como presunção se mostra relativa (**juris tantum**).

Ora, se a "cessão" é sempre transitória, e isso não pode desconhecer o empregado que com ela deve se postar concorde, tudo como já visto, evidencia-se que parcelas pagas em razão dela acompanham, por conseqüência, sua transitoriedade. Assim, se contrário à integração se apresenta o elemento volitivo, pretensão diversa se apresentará inconsistente.

E inconsistente, diga-se, ante o efetivo empregador do "cedido". Em face daquele que recebe o empregado por via da "cessão", essa inconsistência se agiganta pela ausência mesma de um vínculo laboral entre ambos que a ensanche.

Como reforço do ora posto, veja-se o segundo dos acórdãos anteriormente transcritos.

5 — Deixando o campo específico do Direito do Trabalho, para, agora, adentrar no exame de diplomas estaduais e municipais (prestando: do Estado do Rio de Janeiro o de seu Município da Capital), não há, salvo equívoco, qualquer restrição à "cessão de empregados" entre órgãos da Administração Direta, ou entre estes e as pessoas jurídicas que compõe as respectivas Administrações Indiretas, seja tomando-se cada um de **per se**, seja na interligação de ambos (Estado e Município).

Com efeito, conforme se pode verificar dos Decretos-Leis n.ºs 63/75 — "dispõe sobre funcionários ou empregado estadual posto à disposição de entidades da administração indireta e fundações"; e 188/75 — "Complementa disposições dos Decretos-Leis n.º 63, de 10 de abril de 1975, e 147, de 26 de junho de 1975"; isso sem falar no Decreto-Lei n.º 148/75 — "Dispõe sobre o exercício de cargos em comissão e de funções gratificadas por servidores contratados do Município do Rio de Janeiro e dá outras providências" — este, basicamente, em seu art. 8.º; no de n.º 73/75 (trata da disposição de **funcionários**); e do Decreto n.º 555, de 16-01-76 — "Disciplina o ressarcimento de despesas com o pessoal da Administração Direta colocado à disposição da Administração Indireta, Fundações e do Município do Rio de Janeiro, e vice-versa", diplomas esses, todos eles, originados do Sr. Chefe do Executivo Estadual do período imediatamente após a fusão, bem assim do Decreto Estadual n.º 6.810, de 05-10-83 — "Dispõe sobre o afastamento de servidores de sua repartição de origem e dá outras providências" — a "cessão de empregados", pelo contrário é expediente de normalidade assegurada.

Diga-se, por oportuno, que toda essa regulação, como é óbvio, não tem força para afastar ditames da legislação do trabalho, constitucionalmente atribuída à competência legislativa exclusiva da União (art. 8.º, inciso XVII, alínea **b**, da Constituição Federal), já que, se assim não fosse, se estaria diante de caso típico de usurpação de competência. Logo, tidas como válidas as colocações lançadas no item 3 supra, essa **movimentação de pessoal**, regulada por diplomas a níveis estadual e municipal, não pode dar azo ao afastamento das bases apontadas para a "cessão".

Destarte, não havendo proibição (e as meras restrições previstas no Decreto Estadual n.º 6.810/83 sequer alcançam a COMLURB), mas, como dito, defluindo sua autorização da sistemática dos diplomas apontados — e isso se não se quiser enquadrar a hipótese

como de autorização expressa pelo Decreto n.º 555/76 — não encontro, também por esse aspecto, qualquer óbice à figura pretendida regulamentar pela minuta oferecida, caso, repita-se, sua caracterização efetiva se dê ante a cada situação concreta.

6 — Superadas as fases acima, passo, a partir daqui, ao exame mesmo da minuta em tela.

In limine, aponte-se que a expressão "empréstimo de servidor" traz conotações de disposição direta sobre a própria pessoa do empregado, não tendo logrado, ademais, qualquer projeção. Entendo, pois, deva ser utilizada aquela outra, que serviu de tônica à presente peça.

Ao mais, a bilateralidade anteriormente aludida (item 4) e que induz a participação do empregado ao ato, sugere-se seja atendida por via da interveniência deste.

Recomendável, também, que se faça previsão quanto à transitoriedade de complementação salarial eventualmente paga em razão da "cessão", duração idêntica à duração desta, não induzindo, ademais, a presença de um novo vínculo laboral entre o "cedido" e aquele que o recebe (a formalização desta última assertiva também me parece oportuna).

Deve ser ainda apontada a necessidade da fixação prévia da responsabilidade pela quitação de serviços extraordinários prestados no curso da "cessão", de modo a se evitar qualquer tipo de dúvida ao "cedido" ou terceiros.

Por final, diga-se que os empregados "cedidos" devem remanescer contribuindo para o órgão previdenciário a que se vinculou por força de seu efetivo contrato de trabalho, sendo esta a recomendação da Portaria n.º 02, de 06-06-79, do Sr. Secretário de Previdência Social do MPAS, itens 17 e 17.1, **verbis**:

"17 — O servidor civil da União, Estado, Território, Distrito Federal, Município ou autarquia sujeito, nessa qualidade, a regime próprio de previdência social, quando requisitado, ainda que para servir em entidade vinculada ao SINPAS — Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social, continuará excluído do regime da CLPS (art. 3.º, I) mantendo o seu vínculo com o regime previdenciário de origem.

17.1 — O disposto no item 17 se aplica ao caso de requisição com ou sem ônus para a repartição de origem, ou em que além do vencimento e vantagem do seu cargo efetivo, o servidor requisitado percebe gratificação de qualquer natureza na repartição requisitante."

Como se vê, direta (item 17) ou analogicamente (item 17.1), a norma acima se adequa ao caso **sub examine**.

7 — Para fecho, impõe-se uma última observação: a minuta trata a "cessão" com a temporariedade exigida — "tempo limitado e para atender a realização de serviços urgentes e inadiáveis" — mas, e isso parece (suposição) um tanto paradoxal, sua proposta se deu para a regularização do que vem ocorrendo com "elevado número de empregados" (vide fls. 2 de processo administrativo). Assim, convém frisar que o convênio pretendido, apesar da transitoriedade apontada, não pode ser utilizado para tentar dar cunho de "cessão" ao que efetivamente não o seja. Cada caso, portanto, deverá ser objeto de análise criteriosa e, na hipótese de inexistência de suporte fático à "cessão", de melhor alvitre buscar outra alternativa, sendo a melhor delas, no mais das vezes, a suspensão do contrato de trabalho do servidor "cedido" (ou a ser "cedido"), com a criação de um novo vínculo entre tal empregado e aquele que vier a recebê-lo, como, aliás, já foi sugerido por esta especializada.

Este é, s.m.j., o parecer.

Rio de Janeiro, 05 de setembro de 1985.

Marcelo Eduardo Frotté de Carvalho

Procurador do Estado

VISTO

1 — Aprovo o Parecer n.º 01/85, de fls. 16/30, do ilustre Procurador do Estado MARCELO EDUARDO FROTTÉ DE CARVALHO.

2 — Encaminhe-se o Processo à Secretaria Municipal de Governo, com vistas à COMLURB.

Em 21 de outubro de 1985.

Eduardo Seabra Fagundes

Procurador-Geral do Estado

Proc. n.º 06/502.017/85

Averbação de tempo de serviço particular

Parecer n.º 24/86 — Eduardo Wilson Neto

Justificação judicial. Pedido de averbação de tempo de serviço vinculado ao sistema previdenciário, para efeitos de aposentadoria. Juiz de Direito. Apropriado o pronunciamento desta PGE. Lei Complementar n.º 15/80. Admissibilidade da contagem para efeitos de aposentadoria. Leis Federais n.ºs 6.226/75 e 6.864/80 c/c art. 94, § 4.º da Constituição Estadual e Lei n.º 530/82. Prova a ser efetivada perante o Instituto Previdenciário. Tempo de serviço particular justificado perante o Estado não constitui prova hábil à sua admissibilidade.

JOSÉ RIBEIRO FILHO, Juiz de Direito, requer averbação de tempo de serviço **particular** para efeitos de aposentadoria.

A comprovação do referido tempo de serviço foi apresentada mediante Justificação Judicial, circunstância que motivou a audiência desta Procuradoria Geral, por sugestão do Sr. Diretor-Geral da Subsecretaria Administrativa do Tribunal de Justiça do Estado, e à luz do estabelecido no artigo 78, § 2.º, do Decreto n.º 2.479, de 08 de março de 1979.

Dispõe o aludido dispositivo legal:

"Art. 78 — Admitir-se-á como documentação própria comprobatória do tempo de serviço **público**:

.....
III — Justificação Judicial.
.....

§ 2.º — Sobre o tempo de serviço comprovado mediante justificação judicial, será prévia e obrigatoriamente ouvida a Procuradoria Geral do Estado".

Verifica-se, portanto, que a audiência obrigatória desta casa restringe-se às Justificações Judiciais que objetivam a comprovação do tempo de serviço **PÚBLICO**.

Na hipótese trata-se de tempo de serviço prestado na área particular, desconstituindo-se, assim, a imposição da regra legal invocada.