— Evidenciados os pressupostos do contrato de trabalho, deve-se reconhecer a relação de emprego. Tratando-se, todavia, de militar da reserva remunerada e, como tal, impossibilitado de acumular cargos, à exceção do disposto no art. 93, § 9.º, da Constituição Federal, não lhe cabem verbas de caráter indenizatório (aviso prévio e indenização por tempo de serviço), mas apenas as de natureza retributiva, quais sejam, as referentes a férias e 13.º salário, além da anotação na carteira profissional.

TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS

Recurso Ordinário nº 7.867
Recorrente: Augusto Cesar de Magalhães
Recorrida: Superintendência Nacional da Marinha Mercante
Relator: Sr. Ministro HELIO PINHEIRO

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Federal de Recursos, prosseguindo no julgamento, por unanimidade, homologar a desistência do recurso e, de ofício, reformar em parte a sentença, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 3 de setembro de 1985 (data do julgamento). — *José Dantas,* Presidente. *Helio Pinheiro,* Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Helio Pinheiro: Trata-se de reclamação trabalhista movida por Augusto César de Magalhães contra a Sunaman, objetivando rescisão indireta do contrato de trabalho, com o pagamento das verbas indenizatórias conseqüentes ao argumento de que trabalha para a reclamada há 10 anos, sem carteira de trabalho assinada ou recolhimento das contribuições relativas ao INPS, PIS e FGTS, bem como sem jamais ter gozado férias, recebido 13º salário ou horas extraordinárias.

A inicial encontra-se instruída com os documentos de fls. 5-10.

Notificadas as partes, realizou-se a audiência de conciliação, instrução e julgamento. Feita a proposta de conciliação, foi a mesma recusada (fls. 13-4).

O Procurador da República, contestando a ação, inicialmente impugnou o valor da causa e argüiu a prescrição das parcelas recla-

madas. No mérito, adotou as informações da Diretoria de Pessoal da reclamada, fazendo sua juntada aos autos, com demais documentos pertinentes ao feito (fls. 16-39v.).

Manifestação do reclamante sobre a contestação e sua concordância com a fixação do novo valor da causa, que passou para Cr$ 500.000 (fls. 41-3).

Em prosseguimento, foi realizada a audiência de instrução e julgamento, sendo deferida a oitiva de testemunhas do reclamante. Em alegações finais falaram as partes. Renovada a proposta de conciliação, foi a mesma rejeitada (fls. 50-2).

A reclamatória foi julgada procedente, em parte, consoante decisão de fls. 54-6, datada de 12.12.83.

Inconformado, recorreu o reclamante, pleiteando a condenação da reclamada também no que concerne às horas extras requeridas na inicial (fls. 59-60).

Sem recorrer, a União Federal apenas anexou aos autos os cálculos efetuados pela Sunamam, nos termos da sentença (fls. 61-6).

Requerimento do reclamante desistindo do recurso interposto e solicitando o prosseguimento do feito, com a execução das parcelas condenatórias (fls. 71).

O MM. Juiz *a quo*, através do despacho de fls. 72, submeteu à apreciação desta egrégia Corte o mencionado pedido de desistência, bem como fez a remessa dos autos (fls. 67).

Nesta instância, manifestou-se a douta Subprocuradoria, em parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Geraldo Andrade Fonteles, pelo acolhimento da desistência (fls. 76-7).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Helio Pinheiro (Relator): O MM. Juiz de primeiro grau assim decidiu a matéria dos autos, *verbis*:

"Julgo procedente, em parte, o pedido para reconhecer a rescisão indireta do contrato de trabalho, condenando a reclamada a pagar ao reclamante, respeitada a prescrição bienal (art. 11, da CLT), os valores a serem apurados em liquidação referentes a férias não gozadas, 13º salário, indenização em dobro, bem como às anotações devidas na carteira de trabalho e recolhimentos legais decorrentes." (fls. 56)

Inconformado, recorreu o reclamante, pleiteando a condenação da reclamada também no pagamento das horas extras requeridas na inicial. Logo após manifestou a desistência do recurso, sobre a qual o ilustre magistrado declinou o exaurimento de sua jurisdição para a apreciação do pedido.

De acordo com o disposto no art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, aplica-se à hipótese, subsidiariamente, o art. 501 do Código de Processo Civil, que preceitua:

"O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso."

Embora o dispositivo em tela não exija expressamente seja homologada a desistência de recurso, é jurisprudência assente nos tribunais superiores de que a homologação se faz necessária.

Nesse sentido, decisão proferida na AMS nº 93.018-CE, de que foi relator o eminente Ministro Gueiros Leite, estando o acórdão assim ementado:

"Apelação. Desistência. Homologação. O recorrente poderá, a qualquer tempo, e até mesmo sem a anuência do recorrido, desistir do recurso (CPC, art. 501). O pedido deve formalizar-se com a homologação (STF — RE nº 65.538, Primeira Turma). Previsão regimental analógica. Desistência homologada." (Publ. *DJ* de 28.9.82.)

Assim sendo, homologo a desistência para que surta os seus efeitos jurídicos.

Passo agora ao reexame da decisão, por força do duplo grau de jurisdição, eis que não houve recurso voluntário da autarquia reclamada.

Verifico, nos autos, que o reclamante é militar da reserva remunerada da Marinha do Brasil e foi designado em 1.3.73 pela Sunamam, para ali exercer a função de assistente, com a gratificação de representação de gabinete.

Após habilitar-se em processo seletivo, foi incluído na tabela permanente daquela superintendência como agente de telecomunicações e eletricidade, pela Portaria Dasp nº 1.620, de 18 de outubro de 1978. Entretanto, em 8 de fevereiro de 1979, pela Portaria Dasp nº 113, foi excluído da referida tabela, face ao acúmulo de funções de nível médio contrário aos preceitos do § 9º do art. 93 da Constituição Federal, que só permite a acumulação dos proventos de inatividade, entre outras situações, quando contratado para prestação de serviços técnicos ou especializados de nível superior.

Ao que parece, não obstante a vedação constitucional, retornou o reclamante à situação anterior, isto é, sendo remunerado por uma gratificação de gabinete.

É pacífico o entendimento deste egrégio Tribunal de que, cessando a relação de trabalho, para evitar-se a acumulação proibida, não cabe o pagamento de verbas de caráter indenizatório, inclusive aviso prévio de qualquer espécie, justificando-se as parcelas pecuniárias de natureza salarial, dado seu caráter alimentar e mais concretamente como decorrência da realidade de um contrato de trabalho que, embora juridicamente inviável, existe materialmente.

Lamentavelmente, é grande o número de acumulações de posições laborais contrárias ao princípio constitucional. Conquanto iniciadas ou relativamente prolongadas no tempo, mais por omissão de dirigentes dos órgãos da administração pública *lato sensu*, na correção de cada irregularidade é razoável ater-se à circunstância da ilicitude do contrato, para o efeito de justificar-se-lhe a extinção sumária, mas sem se abstrair à realidade de que, substancialmente, por existir, surte efeitos fundamentais.

Sem embargo da antiga concepção de que o nulo não produz efeito, defasada por novas formulações da teoria das nulidades, esta robustecida com as idéias de inexistência e de ineficácia, não se pode deixar de reconhecer certas conseqüências da insubsistente relação continuada de trabalho não eventual e sem autonomia, a menos que se justificasse uma solução claramente atentatória ao princípio geral de direito proibitivo do enriquecimento sem causa (razoável) ou com a *jactura* alheia.

Daí se inferir a plausibilidade da jurisprudência desta egrégia Corte no sentido de que, além do salário ou da verba retributiva do trabalho prestado, devem ser pagas na cessação do contrato de trabalho as parcelas de repouso semanal, de férias e de 13º salário, também induvidosamente salariais.

Assim decidiu-se no julgamento do RO nº 5.117-PA, que teve como relator o eminente Ministro Aldir Passarinho, hoje integrante da Suprema Corte, cujo acórdão tem o seguinte teor:

"Embora possa ser reconhecida a existência de vínculo empregatício de servidor no exercício de acumulação constitucionalmente proibida, não lhe é devida indenização por despedida injusta, mas lhe devem ser pagas férias e 13º salário, pela natureza desses direitos." (*DJ*, 23.10.80.)

No voto então proferido assinalou S. Exa., *verbis*:

"Há os que entendem mesmo que não pode ser considerada existente vinculação empregatícia, em tais circunstâncias. Se a impedia norma constitucional.

Entretanto, tenho para mim — e isso sempre sustentei — que o reconhecimento da acumulação proibida não implica que não se reconheça a realidade dos fatos. No caso, sem dúvida que se caracteriza a prestação de serviços do recorrente, pela forma como era o mesmo prestado, mas daí não pode decorrer seu direito à indenização."

Na espécie, há acumulação proibida. Assim, não se justifica a pretensão de rescisão indireta do contrato de trabalho, consoante entendimento uniforme deste tribunal, porque o pressuposto do pedido, na despedida indireta, é a validade do contrato de emprego. Entretanto, ante a incidência da norma constitucional, proibitiva da acumulação, não se há de falar em rescisão indireta.

Com estas considerações, conheço da remessa e lhe dou parcial provimento para

condenar a reclamada a pagar ao reclamante, respeitada a prescrição bienal, apenas os valores a serem apurados em liquidação referentes às férias não gozadas e 13º salários, acrescidos de juros e correção monetária, bem como às anotações devidas na carteira de trabalho e recolhimentos legais decorrentes.

É como voto.

VOTO (VISTA)

O Sr. Ministro Nilson Naves: Sr. Presidente, pedi vista destes autos porque tive dúvida quanto ao cabimento do recurso ordinário *ex-officio*. Afastada a dúvida, trago o feito para o reinício do julgamento, e digo que estou de acordo com o Sr. Ministro Relator.

EXTRATO DA ATA

RO nº 7.867-RJ (5164249) — Rel.: Ministro Helio Pinheiro. Recte.: Augusto César de Magalhães. Recda.: Sunamam (advs.: Leopoldo Peres e Maria Augusta Peixoto da Silva).

Decisão: a Turma, por unanimidade, prosseguindo no julgamento, homologou a desistência do recurso e, de ofício, reformou, em parte, a sentença. Terceira Turma, 3.9.85.

Votaram com o relator os Srs. Ministros Nilson Naves e José Dantas.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro José Dantas.