



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

JOSÉ RODRIGUES NETO SEGUNDO

**CONTRATO DE TRABALHO CELEBRADO COM A ADMINISTRAÇÃO
SEM CONCURSO E SEUS FEITOS**

**SOUSA - PB
2007**

JOSÉ RODRIGUES NETO SEGUNDO

**CONTRATO DE TRABALHO CELEBRADO COM A ADMINISTRAÇÃO
SEM CONCURSO E SEUS FEITOS**

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Esp. Thiago Marques Vieira.

**SOUSA - PB
2007**

José Rodrigues Neto Segundo

**CONTRATO DE TRABALHO CELEBRADO COM A ADMINISTRAÇÃO SEM
CONCURSO E SEUS EFEITOS**

**Trabalho de Conclusão apresentado ao curso de
Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal
de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos
necessários para obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais.**

Aprovada em ___ de ___ de 2007

COMISSÃO EXAMINADORA

Thiago Marques Vieira- UFCG

UFCG

UFCG

Dedico a Deus fonte iluminadora, meus pais que proporcionaram tal êxito, e aos dois grandes amores da minha vida: minha esposa, Ayane e minha filha, Ana Luíza.

Agradeço a Deus, fonte de inspiração e sabedoria; A meus amigos pelo incentivo; A meus colegas e amigos da universidade pelo apoio, paciência e atenção em ouvir-me ao longo destes cinco anos e meio; Aos professores que além do ensino jurídico, ensinaram lições de vida; A meus pais pela confiança depositada, pelo incentivo e por me proporcionar o alcance de tão grande conquista; A minha esposa pela paciência e compreensão; E por fim a minha filha pela inspiração, afeto e pelos momentos roubados à sua companhia.

**“A lei e a equidade são duas coisas
que Deus uniu, mas o homem separou”
(Charles Caleb Colton)**

RESUMO

O contrato de trabalho celebrado com o Estado evidenciou a importância da força de trabalho e sua justa contratação para os quadros da administração, ao passo que a burla ao concurso público gera a problemática dos trabalhadores que ficam desprotegidos ao término do contrato. O método utilizado na pesquisa foi o dialético-dedutivo, utilizando-se como técnica para a elaboração deste trabalho a pesquisa documental, mediante o uso de fonte primária, e de fontes secundárias a partir de obras escritas, revistas e sítios jurídicos. Analisou-se historicamente a evolução do direito do trabalho no Brasil e no mundo, assim como seus reflexos na pós-modernidade. Constatou-se que antes da Constituição Federal de 1988 era permitido que o Estado pudesse contratar seus servidores de forma ampla, podendo inclusive prescindir o concurso público nos casos estabelecidos em lei. Com o advento da Constituição de 1988 o ingresso no serviço público passou a depender de prévia aprovação em concurso público, ressalvados na própria Constituição os casos em que será prescindível o concurso, restando à lei apenas delimitá-los, não podendo criar outras hipóteses. Desta forma abordaram-se os agentes públicos que constituem de forma abrangente todos aqueles que prestam serviços ao Estado, delimitando-os aos servidores públicos estatutários, empregados públicos e servidores temporários, analisando-os sob o prisma dos regimes jurídicos que os vinculam ao Estado, bem como fazendo distinção entre cargo, emprego e função pública. Abordou-se de forma sintética o concurso público e sua relação com os princípios administrativos. Delimitando-se o campo de estudo aos servidores temporários, que prescindem o concurso público, com o objetivo de atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Quando o contrato temporário é desvirtuado do permissivo constitucional na tentativa de contornar o concurso público torna-se um contrato nulo que segundo a jurisprudência pátria majorante não produzirá nenhum efeito, no entanto buscou-se alternativas jurídicas capazes de fundamentar a decretação de efeitos positivos no contrato nulo, bem como foi sugerido alteração no texto constitucional como uma das formas de garantir a real efetivação destes efeitos.

Palavras-chave: contrato de trabalho, administração pública, concurso, nulidade e efeitos.

ABSTRACT

The labor agreement has been celebrated with the State evidenced the importance of the workforce and its fair recruiting for the pictures of the administration, while the jest to the public contest generates the workers' problem that they are unprotected to the finish of the contract. The method used in the research will be the dialético-deductive, being used as technique for the elaboration of this work the documental research, by the use of primary source, and of secondary sources starting from written works, magazines and juridical ranches. It was analyzed the evolution of the right of the work historically in Brazil and in the world, as well as their reflexes in the powder-modernity. It was verified that was allowed the State to hire their servants in a wide way before the Federal Constitution of 1988, besides could abstract the public contest in the established cases in law. With the coming of the Constitution of 1988 the entrance in the public service started to depend on previous approval in public contest, excepted in the own Constitution the cases in that it will be dispensable the contest, remaining to the law just to delimit them, not could create other hypotheses. This way the public agents were approached that constitute in an including way all those that render services to the State, delimiting them to the statutory public servants, public employees and temporary servants, analyzing them under the prism of the juridical regimes that they link them to the State, as well as making distinction among position, job and public function. It will be approached of synthetic the public contest and its relationship with the administrative beginnings. The study field will be delimited the temporary servants, that they abstract the public contest, with the objective of assisting exceptional interest public's temporary need. When the temporary contract is depreciated of the permissive constitutional in the attempt of outlining the public contest becomes a null contract that according to the jurisprudence homeland to increase won't produce any effect, however juridical alternatives were looked for capable to base the announcement of positive effects in the null contract, as well as it was suggested alteration in the constitution text as one in the ways of guaranteeing to real to execut of these effects.

Word-key: labor agreement, public administration, Opere Competition, nullity and effects.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E PERSPECTIVAS DO DIREITO DO TRABALHO.....	12
1.1 Evolução do Trabalho no Mundo.....	12
1.2 Evolução do Direito do Trabalho no Brasil.....	18
1.3 O Direito do Trabalho na Pós-Modernidade.....	20
2 CONTRATOS DE TRABALHO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	23
2.1 Contrato de Trabalho com a Administração antes da Constituição de 1988.....	23
2.2 Agentes Públicos.....	24
2.3 Cargo, Emprego e Função.....	27
2.4 Agentes Administrativos.....	28
2.4.1 Servidores Públicos Estatutários.....	29
2.4.2 Empregados Públicos.....	30
2.4.3 Servidores Temporários.....	31
2.5 Concurso Público.....	32
3 CONTRATAÇÃO DE PESSOAL SEM CONCURSO PÚBLICO.....	34
3.1 Efeitos.....	36
3.2 Possíveis Alternativas aos Vícios decorrentes do Contrato Irregular.....	42
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	46
REFERÊNCIAS.....	48

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende fazer uma abordagem teórica sobre o contrato de trabalho celebrado com a Administração Pública sem a efetiva realização de concurso. Abordar-se-á a problemática dos trabalhadores que se submetem a tais contratos, fazendo uma análise destes no tocante aos vícios que os inquinam e seus efeitos.

O tema abordado foi escolhido em virtude da prática rotineira de o poder público realizar contratação de pessoal ao arrepio da norma constitucional, como forma de permanecer no poder através do apadrinhamento, sendo que as conseqüências destes atos são suportadas, quase sempre, pelo trabalhador.

O método a ser utilizado na pesquisa será o dialético-dedutivo, utilizando como técnica para a elaboração deste trabalho a pesquisa documental, mediante o uso de fonte primária, e de fontes secundárias a partir de obras escritas, revistas e sítios jurídicos.

Será abordada no primeiro capítulo a evolução do direito do trabalho no mundo, analisando-a desde a escravidão até o processo da Revolução Industrial, o nascedouro do direito do trabalho enquanto ciência. Será analisado o seu desenvolvimento no Brasil, configurando elemento essencial o surgimento dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. Assim como será analisada na Pós-Modernidade, fazendo-se uma breve análise sobre as teorias flexibilizadoras da relação laborativa em detrimento da tutela do Estado na proteção do trabalhador.

Abordar-se-á no segundo capítulo o contrato de trabalho no âmbito administrativo, fazendo uma breve análise do mesmo antes da Constituição de 1988,

para melhor situá-lo após o advento desta. Serão observados os agentes públicos, que constituem todos aqueles que prestam serviço ao Estado, delimitando-se, no entanto, sua análise aos servidores públicos estatutários, empregados públicos e servidores temporários, delimitação feita apenas para melhor compreensão didática a cerca do tema proposto.

Da mesma forma observar-se-á o regime jurídico que vinculam os servidores públicos ao Estado, bem como será feita uma distinção entre cargo, emprego e função. Será realizada ainda uma breve abordagem a cerca do concurso público no aspecto a observância dos princípios que regem a administração pública.

Serão abordados com maior ênfase os servidores temporários que prescindirão do concurso público quando presente a necessidade temporária de excepcional interesse público, assim como será feita uma análise quando o mesmo for desvirtuado da norma constitucional ao infringir a exigência do concurso público.

O terceiro capítulo versará sobre a contratação de pessoal sem concurso, abordando as formas como o poder público poderá infringir o mandamento Constitucional. Tais contratações serão nulas, conforme entendimento pacificado na doutrina e jurisprudência pátria, no entanto, serão discutidos os efeitos decorrentes da anulação destes contratos, mediante os quais a jurisprudência ora tem atribuído efeitos "ex tunc", ora tem atribuído efeitos "ex nunc", assim como será abordada a fundamentação dada a um ou outro posicionamento, ao passo que se buscará encontrar alternativas aos vícios decorrentes da contratação irregular.

CAPÍTULO I EVOLUÇÃO HISTÓRICA E PERSPECTIVAS DO DIREITO DO TRABALHO

O trabalho tem suas origens históricas entrelaçadas com o próprio surgimento da humanidade, ao passo que constitui a única forma de suprir as necessidades do ser humano na busca de melhores condições de sobrevivência, condições e necessidades que variam no tempo e espaço, modificando substancialmente o conceito de trabalho nas mais variadas civilizações de acordo com o grau de desenvolvimento, condições sociais, políticas e econômicas destas civilizações.

1.1 EVOLUÇÃO DO TRABALHO NO MUNDO

A origem do trabalho coincide com a própria formação das sociedades, estabelecendo alguns historiadores que a primeira notícia de trabalho do homem provém da Bíblia, segundo a qual o trabalho foi considerado como castigo, por ter Adão comido o fruto proibido, Sérgio Pinto Martins, (2005: p. 37). No entanto, a primeira forma de trabalho conhecida foi a escravidão apresentando como cenário principal as civilizações gregas e romanas.

Os escravos eram considerados coisas e portando não possuíam qualquer forma de direitos, inclusive os direitos trabalhistas, Martins (2005) chega a afirmar inclusive que o escravo não era considerado sujeito de direitos, pois era apenas uma propriedade do dominus.

A escravidão não apresentou contribuição significativa para o desenvolvimento do direito do trabalho enquanto ciência, ao contrário dificultou a criação do trabalho assalariado em virtude de os homens livres apresentarem em

suas concepções que o trabalho, nas palavras de Sussekind, “era algo desonroso e impróprio para ser exercido pelos homens livres”.

Martins (2005, p. 38) afirma que o trabalho do homem livre se apresentava sob três formas: *locatio conductio rei*, que era o arrendamento de uma coisa; *locatio conductio operarum* em que eram locados serviços em troca de pagamentos; *locatio conductio operis* que era a entrega de uma obra ou resultado mediante pagamento (empreitada).

A escravidão atravessou os séculos e infelizmente ainda hoje é possível encontrar resquícios desta barbárie em partes isoladas do mundo, inclusive no Brasil, onde fazendeiros de regiões de difícil acesso mantêm pessoas vivendo sob a forma de escravidão. É de salutar oportunidade o ensinamento de Guillermo Cabanelas (apud, ANTÔNIO LAMARCA, 1969, p. 02):

As grandes etapas, pois, da história do trabalho, se fixam pelos elementos que participam na produção: Senhor e escravo. Desde a mais remota antiguidade, levarão diversos nomes, até a emancipação recente em virtude de uma orientação legal definida, não sem antes passar pelo regime de patrícios e plebeus, nas velhas cidades; colonos e amos, na época antiga; mestres e companheiros, na etapa corporativa; servos da gleba e senhores da terra, durante o feudalismo; escravos e proprietários, depois do descobrimento do Novo Mundo, até que a abolição definitiva da escravidão e a proclamação da liberdade de trabalho nos conduzem, como derradeiro salto, à etapa da libertação do ser humano.

Na Idade Média Surgiu outra forma de trabalho que foi a servidão que aos poucos foi substituindo o trabalho escravo enquanto forma predominante.

O individuo que era denominado de servo deixou de ser considerado coisa, como o era na escravidão, adquirindo certos direitos, embora não os adquirisse em sua totalidade. Manuel Alonso Olea (Apud José Augusto Rodrigues Pinto) afirma que a servidão na Idade Média se caracterizou pela fixação do homem no campo por um longo período sob a forma atenuada da escravidão. O individuo embora não

fosse escravo não possuía liberdade, ficando preso ao campo ou gleba sob o domínio do senhor feudal que era detentor das terras e do poderio militar que utilizava para proteção pessoal e dos servos que eram obrigados a trabalhar nas glebas em troca da proteção.

Os senhores feudais conseguiram manter o poderio sobre os servos por longo período em virtude do juramento de fidelidade que se transmitia de geração a geração, determinando desta forma a manutenção do feudalismo até o final da Idade Média, Russomano (1997).

No final da Idade Média em virtude de epidemias, bem como das constantes guerras como, por exemplo, as cruzadas, o poderio dos senhores feudais enfraqueceu dando ensejo à fuga dos servos ou até mesmo a alforria regular, Sússekind (1995: 30). Nesse contexto se formaram as corporações de ofício ainda no período Medieval.

No final do período medieval começaram a surgir as corporações de ofício que agrupavam vários artesões de uma mesma profissão. Neste período o trabalhador possuía um pouco mais de liberdade, embora ficasse preso ao contrato que celebrava com os “mestres”, não gozando, portanto, de inteira liberdade.

As corporações de ofício eram compostas por três categorias de membros, a saber: os mestres que eram os proprietários das oficinas; os companheiros que eram os trabalhadores livres, aqueles trabalhadores qualificados que recebiam salários dos mestres; e os aprendizes que eram menores que estavam ligados diretamente aos mestres aprendendo o ofício para se tornarem companheiros e até mesmo mestres, embora fosse árdua tal conquista.

Aos companheiros restava a possibilidade de ascenderem à categoria de mestres mediante aprovação na confecção de uma “obra-mestra”, Nascimento

(2001). Contudo tal tarefa era árdua em virtude de os mestres dificultarem a ascensão para garantir a transmissão dos privilégios a seus sucessores, bem como evitar a concorrência, conforme explicita Russomano (1997).

As corporações de ofício foram suprimidas pela Revolução francesa em 1789, por serem consideradas incompatíveis com o ideal de liberdade do homem, pensamento este defendido pelos ideais do liberalismo econômico do "*laissez faire, laissez passer, laissez aller*", (MARTINS 2005).

Foi no século XIX, palco de grandes transformações sócio-econômicas e políticas, que aconteceu um dos principais fatores para o surgimento do direito do trabalho que foi a Revolução Industrial.

O direito do trabalho nasce com a revolução industrial, isto somado a outros fatores que a época apresentaram conjuntura propícia ao surgimento daquele, fatores estes de ordem econômico-social e políticos, faz mister a transcrição de Delgado (2005, p. 86), in verbis:

O direito do trabalho é, pois, produto cultural do século XIX e das transformações econômico-sociais e políticas ali vivenciadas. Transformações todas que colocam a relação de trabalho subordinado como núcleo motor do processo produtivo característico daquela sociedade.

O advento da máquina a vapor e a idéia pregada pelo liberalismo econômico da igualdade e da liberdade transformaram as relações de trabalho, onde o trabalhador se viu livre, contudo sujeito ao poder do capitalismo, surgiu então o trabalho subordinado e assalariado, expressões que segundo Delgado constituem o núcleo fundamental do direito do trabalho, construindo-se em torno dessas relações jurídicas todo o universo de institutos, princípios e regras características a esse específico ramo do direito que é o direito do trabalho.

Devido a grande oferta de mão de obra e do não intervencionismo do Estado segundo a doutrina do liberalismo econômico, os trabalhadores estavam reféns do poder econômico do capitalismo que a qualquer custo buscava o lucro, e para tanto retribuía o trabalho com salários insignificantes.

Durante a revolução industrial surgiram duas classes distintas, a do capitalismo e a do proletariado. Os capitalistas amparados sob a égide do liberalismo que pregava a total liberdade de contratação sem qualquer intervenção do Estado, utilizavam nas palavras de Fouillé (Apud, SÜSSEKIND) “quem diz contratual diz justo”, e sob este argumento permitiam que instituíssem uma nova forma de escravidão, com o crescimento das forças dos privilegiados da fortuna e a servidão e opressão dos mais débeis, (SÜSSEKIND 1995).

O número de trabalhadores aumentou nos grandes centros, onde estavam situadas as grades indústrias, provocando um superpovoamento desenfreado, junto a isto a falta de infra-estrutura a qual aprofundava ainda mais a miséria em que os trabalhadores se encontravam. Vivendo sem a mínima higiene pessoal e muito menos coletiva, residiam nos piores lugares, à margem da sociedade, desamparados e abandonados a própria sorte, passavam fome, muitas vezes mutilados pelos acidentes de trabalho eram simplesmente “jogados” na rua sem qualquer forma de indenização, atormentada pela insegurança do futuro, próprio e da prole; torturados na desesperança da invalidez e da velhice sem pão, sem abrigo, sem amparo, SÜSSEKIND.

Em decorrência de atribulações do anseio social e econômico que giravam na sociedade enfraquecida pela miséria, o Estado liberal que pregava a total abstenção do poder público na intervenção do domínio privado, juntamente com o direito seu sustentáculo, entraram em crise. Os próprios adeptos do liberalismo começaram a

perceber que o Estado havia subjugado sua função primordial: regular as atividades sempre em busca do bem coletivo.

A igreja, mediante as encíclicas Papais, também contribuiu para a formação do direito do trabalho ao passo que incentivavam os governantes a terem um pouco mais de interesse pela classe trabalhadora. Dentre as encíclicas merece destaque a “Rerum Novarum” publicada pelo Papa Leão XIII que proclamava a união entre a classe proletária e o capital.

Não se poderia esquecer da contribuição dada pela própria classe operária que buscava mediante reivindicações seus direitos. A classe operária se uniu em sindicatos travando verdadeira luta contra seus opressores, luta esta que muitas vezes custava o próprio sangue do proletariado.

No decorrer da primeira grade guerra mundial os trabalhadores, a grande massa da população, foram convocados para a luta armada com o “objetivo” de defenderem o seu Estado e as riquezas que nele se encontravam, riquezas estas dos capitalistas que provocaram a guerra. Lutando lado a lado com soldados de todas as classes sociais, a grande massa de trabalhadores percebeu que, nas palavras de Süsekind, “para lutar e morrer, os homens eram todos iguais, e que deveriam, portanto, ser iguais para o direito de viver”. Lutavam não só pelo Estado, mas por suas liberdades e começaram a reivindicar direitos que foram conseguidos em parte, e na parte em que os trabalhadores não foram atendidos, ao fim da primeira guerra mundial “arrancaram” tais direitos “à custa de torrentes de sangue”, SÜSSEKIND (1995).

O Estado mediante as constantes reivindicações e agitações dos trabalhadores, as constantes crises no meio sócio-econômico, a pregação da igreja em prol da justiça social, bem como o fato de ser influenciado pelos pensamentos

socialistas que despontavam entre os pensadores da época, começou a conceder e a garantir pouco a pouco os direitos do trabalhador, passando de um mero espectador à atuante em defesa do proletariado, surgiu então o direito do trabalho como conhecemos hoje.

Com o termino da guerra efetivou-se o trabalho de universalização do direito do trabalho, que teve seu início em 1815 através do industrial inglês Owen com seu memorial dirigido aos plenipotenciários da Santa aliança (SÜSSEKIND). O ponto crucial para a universalização do direito do trabalho foi a instituição da Organização Internacional do Trabalho.

1.2 EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

A evolução do direito do trabalho no Brasil apresentou contornos bem distintos daqueles que foram observados nos países europeus, nestes o processo de evolução se deu a partir das reivindicações dos trabalhadores, da luta de classes que refletiam os problemas sociais da época, nas palavras de Süssekind, ascendente, a partir dos trabalhadores.

No Brasil o processo de evolução do direito do trabalho foi totalmente oposto ao dos países da Europa, aqui o processo se deu de forma descendente, ou seja, as instituições de direito do trabalho vieram a partir dos governos, sem, contudo, existir qualquer forma de luta dos trabalhadores no sentido de exigirem seus direitos, não que inexistissem lutas isoladas, estas foram raríssimas exceções, contudo, não possuíam o poder da organização e pressão em face dos governantes, o direito do trabalho nasceu mais em decorrência do contexto político e histórico-cultural por qual o mundo passava.

Durante o Império a forma de trabalho que prevaleceu foi a escravidão que era voltada para as atividades agrícolas. Os escravos subjugados aos seus senhores não possuíam qualquer forma de direitos.

Aos escravos foram concedidos alguns benefícios durante o Brasil Império, sendo que estes benefícios provinham mais de um ato de humanidade de alguns raros intelectuais, do que a concessão de direitos aos escravos, como o foi a Lei Áurea de 13/05/1888 assinada pela Princesa Izabel que abolia a escravatura, não por conquista dos escravos através da luta, mas por ato de humanidade da princesa, é claro que pressionada pela conjuntura internacional, mais precisamente pela Revolução Francesa.

O direito do trabalho no Brasil surgiu a partir da junção de vários fatores, entre os de maior destaque encontra-se a abolição da escravatura; a proclamação da República e por último a conjuntura internacional decorrente da Revolução Industrial, Francesa e principalmente da primeira grande Guerra Mundial e seus efeitos.

O direito do trabalho só veio a se efetivar a partir de 1930 no governo de Getúlio Vargas que de forma pioneira instituiu uma política trabalhista. Com o golpe de 1937 a estrutura político-social passou a apresentar características corporativas, devido à influência da "Carta Del lavoro".

Em 1943 foi editado o decreto-lei nº. 5.454, de 01/05/1943 que instituiu a Consolidação das Leis do Trabalho. O aspecto principal da Consolidação foi o de reunir todas as leis esparsas sobre trabalho, existentes a época, em um único dispositivo e consolidando-as.

Com o fim do Estado Novo a redemocratização toma novos contornos, espelhada na Constituição de 1946 assegurou a participação dos trabalhadores.

As Constituições que sucederam a de 1946 mantiveram os direitos trabalhistas que já haviam sido assegurados, a criação de novos direitos coube a legislação ordinária.

Na Constituição de 1988 os direitos trabalhistas foram incluídos nos direitos e garantias fundamentais, fato que decisivamente enraizou o direito do trabalho no Brasil. Intitulada Constituição cidadã por abraçar a questão social e democrática com maior ênfase, elevando à categoria de princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho.

1.3 O DIREITO DO TRABALHO NA PÓS-MODERNIDADE.

No final dos anos 60 acentuou-se um processo de modificação nas relações político-social e principalmente na economia mundial. O Estado social protetor dos trabalhadores passou a se chocar com o desenvolvimento do comércio mundial.

A crescente modernização baseada na informatização dos meios de produção, associada ao processo de globalização, fez com que o contingente de mão-de-obra necessário no processo de industrialização fosse cada vez mais substituído pela tecnologia, fatores estes que se traduzem na Revolução Tecnológica.

Em consequência houve o aumento do desemprego e a exclusão social de grandes massas de trabalhadores e por via oblíqua o surgimento da economia informal e seus contratos de emprego informais, que segundo dados oficiais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE (Pesquisa Mensal de Emprego - PME, de dezembro de 2003), cerca de 50% da mão-de-obra, ou seja, em torno de 40 milhões de brasileiros trabalham sem nenhum vínculo formal de emprego. Os

dados do IBGE, pela Pesquisa Nacional de Amostra de Domicílios, de 2001, evidenciam que apenas pouco mais de 23 milhões de pessoas estão explicitamente regidas pelo Direito do Trabalho, ou seja, possuem emprego na forma subordinada.

Ao passo que o Estado tutela o trabalhador na relação jurídica atribuindo-lhe proteção na tentativa de igualá-lo ao empregador entra em conflito direto com o mercado globalizado, fomentando em consequência teorias sobre a flexibilização do direito do trabalho.

As teorias sobre a flexibilização das relações de trabalho usam como um de seus principais argumentos, para fundamentar a necessidade do Estado em reduzir os direitos trabalhistas, o fato de tentar trazer para o comércio formal os trabalhadores que se encontram na crescente informalidade. Buscam atender as crescentes necessidades do mercado mundial em detrimento de direitos que os trabalhadores conquistaram durante séculos de lutas.

O Estado tem buscado conciliar as necessidades do mercado mundial com os direitos trabalhistas, mas sempre observando o aspecto primordial das relações de trabalho que é a valorização do trabalho humano, aspecto este que na temática do presente trabalho gera um contra-senso, qual seja o Estado no âmbito de trabalho nas relações privadas continua a exercer tutela aos trabalhadores em detrimento dos empregadores, contudo, na relação entre trabalhador e Estado muitas vezes termina por negar tutela ao trabalhador em face da administração pública, importante a lição de Vilhena (2002, p. 156) neste sentido:

Vem se mantendo no virar histórico das Constituições brasileiras, e em escala ascendente, uma específica linha de abertura publicística de apropriação de trabalho humano, que não guarda sintonia com os princípios gerais de tutela da prestação de serviços públicos, aplicáveis aos servidores ou funcionários ou contratados em padrões correlatos às estruturas protetivas do trabalho privado.

Quando o Estado nega a tutela ao servidor estatal desrespeita de forma vergonhosa o principio da valorização do trabalho humano, amparado pela própria Constituição Federal, tema que será mais bem abordado nos tópicos seguintes.

CÁPITULO II CONTRATOS DE TRABALHO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

No presente capítulo abordar-se-á o contrato de trabalho com a administração, conquanto já superados os aspectos norteadores do direito do trabalho e sua evolução, que como dito anteriormente gira em torno do princípio da valorização do trabalho humano a que o próprio Estado está submetido. Vilhena (2002, 191).

O Estado, pessoa jurídica de direito público interno, enquanto ente abstrato necessita de poderes estruturais para manifestar sua vontade, poderes estes que exigem uma maior complexidade na institucionalização e organização do poder público para atender as suas finalidades precípua, sendo de tal monta imprescindível a atividade humana no desenvolvimento e desempenho de tais atividades.

2.1 CONTRATO DE TRABALHO COM A ADMINISTRAÇÃO ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

Na administração pública, antes do advento da constituição de 1988, observaram-se formas distintas de admissão de pessoal para o serviço público. Entre os servidores públicos¹ apontam-se os aprovados em concurso público de provas ou de provas e títulos investidos em cargos públicos sob o regime estatutário, os servidores admitidos para serviços temporários e os contratados para funções de natureza técnica especializada, ambos sob regime jurídico próprio e os servidores

¹ Vilhena estabelece que os servidores públicos regulados pelo artigo 109 são servidores in genere; compreendidos os funcionários públicos e os contratados.

contratados sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), como pontifica Meirelles (1988, p. 339).

Na Constituição de 1967, apesar da exigência do concurso, ficou reservada a possibilidade da contratação de pessoal sem a observância do mesmo mediante a ressalva contida no artigo 109 que reservou à legislação infraconstitucional estabelecer a dispensa do concurso, a qual se deu pela Lei nº. 6.185/74.

A Constituição Federal de 1988 através do artigo 19 do ADCT determinou a estabilidade das pessoas contratadas que estivessem há cinco anos contínuos, a contar da data da entrada em vigor da constituição, no serviço público e que não tenham sido admitidos na forma do artigo 37 que vincula o ingresso no serviço público mediante a aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvados os casos de necessidade temporária de excepcional interesse público, temas que serão abordados de forma mais detalhada nos tópicos seguintes.

2.2 – AGENTES PÚBLICOS

A terminologia agente público é empregada de forma ampla, pois abrange todas as pessoas físicas que de alguma forma ou a qualquer título prestem serviços ou exerçam funções públicas.

Hely Lopes Meirelles (2004, p.75) define os agentes públicos como “todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal”.

Importante observar a lição de Celso Antônio Bandeira de Melo (2002, p.219) que utiliza a expressão agente público “Para designar genérica e indistintamente os

sujeitos que servem ao poder público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente”.

A expressão agentes públicos é utilizada de forma ampla e abrangente apresentam variadas classificações doutrinárias que comportam diferentes categorias ou espécies.

Hely Lopes Meirelles (2004, p. 75) classifica os agentes públicos em agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos, agentes delegados e agentes credenciados.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 222) classifica-os como agentes políticos, servidores estatais e os particulares em atuação colaboradora com o poder público.

Para melhor atender as finalidades do presente trabalho será abordada a classificação adotada pela doutrina clássica de Meirelles e seus seguidores, centrando a temática nos agentes administrativos que englobam os servidores públicos em sentido estrito, objeto do presente trabalho, delimitação feita apenas para melhor compreensão didática em virtude de ser a mais utilizada.

Agentes políticos são os titulares de cargos públicos, funções, mandatos ou comissões, compõem a alta cúpula governamental ou o denominado primeiro escalão do governo, podendo ser investidos mediante eleição, nomeação, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais.

Os agentes políticos possuem plena liberdade funcional, não estão submetidos à hierarquia funcional, mas apenas aos preceitos constitucionais e legais. Fazem parte dos agentes políticos, segundo Hely Lopes Meirelles (2004, p. 78), in verbis:

Os chefes de executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) e seus auxiliares imediatos (Ministros e Secretários de Estado e de Município); os membros das corporações Legislativas (Senadores, Deputados e Vereadores), os membros do poder Judiciário (magistrados em geral); os membros do Ministério Público (Procuradores da República e da Justiça, Promotores e Curadores públicos); os membros dos Tribunais de Contas (Ministros e Conselheiros); os representantes diplomáticos e demais autoridades que atuam com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase-judiciais, estranhas ao quadro do serviço público.

Os agentes administrativos compreendem a grande massa dos trabalhadores estatais, pois são todos aqueles que se vinculam a administração direta e indireta mediante relação de emprego. São em regra profissionais nomeados ou contratados, excluídos os exercentes de atividades políticas ou governamentais.

A categoria dos agentes administrativos e suas espécies serão abordadas com mais ênfase em tópico próprio.

Os agentes honoríficos, segundo Elias Rosa (2003, p. 51), são:

Os exercentes de função pública de forma transitória, convocados, designados ou nomeados para cumprir objetivos cívicos, culturais, educacionais, recreativos ou de assistência social, como o mesário eleitoral ou membros do Conselho de Sentença no Tribunal do Júri – Jurado.

Agentes delegados, segundo Meirelles (2004, p. 80), são:

São particulares que recebem a incumbência da execução de determinada atividade, obra ou serviço público e o realizam em nome próprio, por sua conta e risco, mas segundo as normas do Estado e sob a permanente fiscalização do delegante.

Agentes credenciados, segundo Meirelles (2004, p. 81), "são os que recebem a incumbência da administração para representá-la em determinado ato ou praticar certa atividade específica, mediante remuneração do poder público credenciante".

2.3 CARGO, EMPREGO E FUNÇÃO.

No contexto atual é de salutar importância a distinção entre o cargo, o emprego e a função pública, visto que a diferenciação acarreta consequências práticas quando se adota uma ou outra denominação, como por exemplo, no tocante aos requisitos de admissão de pessoal que podem prescindir ou não da exigência do concurso público ou no tocante ao vínculo que será adotado entre o servidor e o Estado, que a depender do caso poderá ser o estatutário ou o contratual.

O cargo público, segundo Carvalho filho (2006, p. 504), é conceituado como:

O lugar dentro da organização funcional da administração direta e de suas autarquias e fundações públicas que, ocupado por servidor público, tem funções específicas e remuneração fixada em Lei ou diploma a ela equivalente.

Já para Celso Antônio Bandeira de Melo (2002, p. 226) o cargo público é definido como, in verbis:

As mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de Direito Público e criadas por lei, salvo quando concernentes aos serviços auxiliares do legislativo, caso em que se criam por resoluções.

A investidura nos cargos públicos se processará mediante prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvados os cargos em comissão declarados em Lei de livre nomeação e exoneração que possuem na instituição a natureza permanente, ao passo que o exercício das funções decorrentes de tais cargos possui natureza precária por ser da índole do serviço prestado, qual seja o exercício de cargo de confiança que exige uma maior mobilidade funcional.

Os cargos públicos são criados por Lei ou resoluções no caso dos serviços auxiliares do poder legislativo, devendo ser organizados em classes e carreiras que compõem o quadro, podendo ser efetivos, em comissão ou vitalícios. Elias Rosa (2003, p. 49).

O emprego público se assemelha aos cargos públicos diferindo destes no tocante ao vínculo empregatício que para os empregados públicos é o contratual regido pela CLT e não o estatutário.

O emprego público é o exercício de uma função pública sob contrato regido pela consolidação das leis trabalhistas. O emprego público configura um trabalho de natureza contratual e permanente exigindo o concurso público para o seu preenchimento.

A função é o exercício de atribuições correspondentes ao servidor público, podendo advir de determinado cargo, quando terão a natureza permanente, mas nunca constituirão um cargo ou emprego público.

2.4 AGENTES ADMINISTRATIVOS.

Os agentes administrativos comportam a grande massa de trabalhadores que prestam serviços ao poder público. Meirelles (2004, P. 79) conceitua-os como: "Todos aqueles que se vinculam ao Estado ou às suas entidades autárquicas e fundacionais por relações profissionais, sujeitos à hierarquia funcional e ao regime jurídico determinado pela entidade estatal a que servem".

Os agentes administrativos apresentam como modalidades: os servidores públicos² estatutários, os empregados públicos e os servidores temporários.

2.4.1 SEVIDORES PÚBLICOS ESTATUTÁRIOS

Os servidores públicos, aqui abordados, são os titulares de cargos públicos efetivos, cuja investidura ou provimento se dá mediante a aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos conforme dispõe o artigo 37, inciso II da CF/88, ressalvados os cargos em comissão que independem de concurso, pois são declarados em lei de livre nomeação e exoneração, conforme ensinamento de José Afonso da Silva (2001, p. 664).

Os titulares de cargos públicos possuem o vínculo jurídico de natureza estatutária, exercendo atribuições ou funções inerentes ao próprio cargo, isto porque a todo cargo obrigatoriamente está relacionada uma função, mas pode haver função sem cargo, (MEIRELLES 2004, p. 397).

O regime jurídico será o estatutário ou institucional que é compreendido em um estatuto disciplinador das relações entre servidor e poder público, onde aquele adere às normas, imposições e diretrizes estabelecidas no estatuto, fato este que o diferencia do regime contratual.

O titular de cargo público é detentor da estabilidade, após completar três anos de exercício no serviço público mediante a avaliação especial de desempenho, e da efetividade que é adquirida com a investidura em caráter definitivo mediante a aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, CF/88, inciso II.

² Será adotado no presente trabalho a denominação de servidor público em sentido estrito, compreendido este como o titular de cargo público sob o regime estatutário, aprovado em concurso público, malgrado o fato de divergências doutrinárias a cerca do tema.

Os servidores ocupantes de cargo público possuem alguns direitos equivalentes aos dos empregados regidos pela CLT, no entanto, estes ao estabelecerem uma relação contratual firmam direitos e obrigações recíprocos que desde logo passam a ser unilateralmente imutáveis gerando direitos adquiridos em relação aos mesmos, ao passo que o titular de cargo submetido ao regime estatutário poderá, ressalvados as disposições constitucionais impeditivas, ter seu regime jurídico alterado legislativamente, inexistindo a garantia de seu regime jurídico não ser alterado no decorrer do tempo, como pontifica Mello (2002, p. 228).

2.4.2 EMPREGADOS PÚBLICOS

Empregados públicos são os servidores contratados sob o regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho, cujo provimento se deu mediante a prévia aprovação em concurso público.

O regime jurídico disciplinador das regras de trabalho dos empregados públicos é de natureza contratual, observando-se as peculiaridades do poder estatal que mediante lei influencia ou limita o regime contratual disposto na CLT.

O emprego público ou trabalhos celetistas tem a natureza de trabalho permanente, contudo seriam aqueles que, mesmo desempenhados sem as garantias específicas do regime de cargo público, não comprometeriam os objetivos ou interesses públicos e dos administrados, qual seja: "atuação impessoal dos que prestam serviço em nome do Estado", conforme o ensinamento de Mello (2002, p. 232).

2.4.3 SERVIDORES TEMPORÁRIOS

A Constituição Federal de 1988 reservou a possibilidade do poder público contratar servidores temporários sem concurso para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, artigo 37, inciso IX.

A contratação de pessoal com base no inciso IX da CF deverá ser por tempo determinado e somente para atender a funções temporárias, distinguindo-se estas das funções de natureza permanente de chefia, direção e assessoramento, declarados em Lei de livre nomeação e exoneração. Ressalte-se que a natureza da função é que é permanente, mas o exercício será sempre precário devido à natureza do serviço prestado que exige a confiança, contudo em ambos os casos não será exigido o concurso público, devendo a lei estabelecer nos caso das funções temporárias regime jurídico especial adotado por cada ente da federação, devendo ser observado o regime contratual, contudo, disciplinado por lei do ente respectivo.

No âmbito Federal a contratação temporária está disciplinada pela Lei nº. 8.745/93 que estabeleceu diversos casos em que a natureza do serviço será excepcional, como no caso de calamidade pública, surtos endêmicos, recenseamentos entre outros.

Note-se que a natureza do serviço deverá sempre exigir a excepcionalidade do interesse público, devendo a necessidade do serviço ser sempre temporária, o contrário expressa a necessidade de serviço permanente ao interesse público, exigindo que o servidor público exerça a titularidade de cargo ou emprego público, contudo a natureza do trabalho temporário vem sendo mitigada pelos legisladores que buscam a propósito de contratação temporária evitar o concurso público e

consequentemente estabelecer o “apadrinhamento” como forma de se perpetuarem no poder. Neste sentido é importante o ensinamento de Vilhena (2002, p. 181):

É de estranhar que a ‘necessidade temporária’ de que fala o art. 37, n. IX, da Constituição comporte contratações pelo prazo de quatro e até de oito anos e que os contratos possam ser prorrogados por prazo igual ao termo originário ou mesmo superior.

Por fim, deve-se destacar que o contrato temporário não poderá ser prorrogado indefinidamente ou exercido em atividades permanentes, caso em que estará configurado a ilegalidade do ato praticado pelo administrador, caracterizando desta forma, a tentativa de burlar o concurso público, conforme disposto no artigo 37, inciso II da CF/88. Esta prorrogação indefinida do contrato temporário leva a decretação de nulidade do ato praticado, conforme preceitua o § 2º do artigo 37, gerando em seus efeitos uma aberração para o trabalhador, efeitos estes que, por tratarem do objeto do presente trabalho, serão abordados no capítulo seguinte.

2.5 CONCURSO PÚBLICO

O concurso público de provas ou de provas e títulos é requisito obrigatório para o ingresso em cargo ou emprego público, sendo que o cargo será apenas o de provimento efetivo, ressalvados os cargos em comissão de livre nomeação e exoneração, que estão condicionados a uma relação de confiança.

A exigência do concurso público está entrelaçada diretamente aos princípios que regem a administração pública constantes no artigo 37, caput da CF/88, legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência.

O princípio da legalidade no direito administrativo possui conotação diversa daquela concebida na Constituição Federal, onde ao particular será permitido tudo

aquilo que a lei expressamente não proíba, já a administração está obrigada a fazer somente o que estiver expressamente previsto em lei. Neste norte o princípio da legalidade determina que o administrador observe a exigência do concurso público na contratação de pessoal, conforme dispõe o inciso II do artigo 37 da CF/88.

O princípio da moralidade estabelece que o administrador deverá, além da obediência estrita à legalidade, deverá pautar-se com razoabilidade, prudência e justiça como forma de atribuir validade aos atos administrativos.

Quando se permite o ingresso de servidor público ao arrepio do concurso estar-se-á de forma indireta preterindo o direito de outras pessoas ao ingresso no serviço público, assim como está sendo violado o princípio da impessoalidade e eficiência, onde a escolha não se dá pela competência e sim para que os maus políticos permaneçam no poder através de seus apaniguados, pessoas que muitas vezes são ineptas para o trabalho.

O princípio da eficiência por sua vez exige que o serviço público seja prestado de forma eficaz, objetivando a efetividade do bem comum através de uma prestação eficiente por parte do servidor, algo que só poderá ser avaliado mediante a submissão do servidor ao crivo do concurso público.

CAPÍTULO III CONTRATAÇÃO DE PESSOAL SEM CONCURSO PÚBLICO

Como visto no capítulo anterior o ingresso no serviço público mediante concurso busca fazer com que o poder público passe a observar os princípios norteadores do direito administrativo, no entanto maus administradores continuam a simplesmente desconsiderar tais princípios ao tentar contratar pessoal sem atentar para o disposto no artigo 37, II da CF/88.

O administrador ímprobo poderá realizar a contratação de pessoal sem o devido concurso público de três formas distintas, a primeira violando diretamente o preceito constante do artigo 37, inciso II, primeira parte, da Constituição Federal, investidura em cargo ou emprego público por tempo indeterminado sem concurso.

Poderá também realizar a contratação de servidor a título de ocupação de cargos declarados em Lei de livre nomeação e exoneração, artigo 37, inciso II, "in fine", quando a natureza do mesmo não exige relação de confiança entre o administrador e o ocupante do cargo que está reservado a atribuição de chefia, direção e assessoramento.

Poderá ainda realizar a contratação de servidor com base no artigo 37, IX da CF/88, que trata do servidor temporário para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, sem, contudo, tal contratação exprimir a real necessidade temporária do serviço e o excepcional interesse público ou então por sucessivas prorrogações contratuais desses contratos temporários que terminam por se eternizarem.

A contratação de servidores segundo as modalidades apresentadas anteriormente são nulas, conforme dispõe o parágrafo 2º do artigo 37 da CF/88, apresentando, contudo, no tocante a seus efeitos, divergências doutrinárias.

Para melhor atender as finalidades do presente trabalho será abordado a contratação de servidor com violação ao preceito constante no inciso IX do artigo 37 da CF/88, que trata dos contratos temporários, contudo, a contratação por uma modalidade ou outra leva aos mesmos efeitos.

O inciso IX do artigo 37 da Constituição Federal de 1988 assim dispõe: A Lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

Como estabelecido no texto constitucional, o legislador constituinte reservou a possibilidade de ser realizado contrato temporário sem o devido concurso público, contudo, devendo sempre atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, como bem salienta Vilhena (2002, p. 174), in verbis: "A marca distintiva das categorias excepcionadas devia ser a da imprevisibilidade ou emergência pura da situação representada em cada uma delas".

Contudo a contratação de pessoal sob a modalidade apresentada tem sido rotineiramente utilizada pelos maus administradores para burlar a norma constitucional que exige o concurso público, ao passo que se utilizam de Leis ditas disciplinadoras do contrato temporário para mitigar a excepcionalidade do serviço a ser prestado ao Estado. Faz mister o ensinamento de Vilhena (2002 p. 179):

A historicidade e o decurso do tempo, com alento no vezo casuístico e desvirtuador do legislador, mais distanciaram as relações do trabalho chamado temporário dos troncos principiológicos que governam a estrutura e a tutela do trabalho no direito Constitucional Brasileiro, em despreço aos corretos princípios da construção e da evolução jurídica.

Da mesma forma pode a norma permissiva do inciso IX do artigo 37 da CF ser violada quando, apesar da existência da necessidade temporária de excepcional interesse público, o contrato temporário seja prorrogado por varias vezes, se

tornando em muitos casos contratos temporários “eternos”, no dizer de Vilhena (2002 p. 190):

Contradictio in adjectis, é abrigar como temporária ou excepcional uma atividade no curso de oito ou dez contratos de trabalho como se a prazo fossem (renovados sucessiva e ininterruptamente de seis em seis meses, anos a fio).

Quando o contrato temporário passa a ser renovado sucessivas vezes evidencia a descaracterização da necessidade excepcional, tornando-se desta forma uma atividade permanente para o poder público e, portanto, imprescindível a realização de concurso para seu provimento.

Em ambos os casos o contrato será declarado nulo, restando ao intérprete a árdua tarefa de atribuir os seus efeitos, bem como os fundamentos adotados, temas estes que serão abordados no tópico seguinte.

3.1 EFEITOS

Os contratos que não observarem as normas constantes do mandamento Constitucional serão nulos, conforme dispõe o parágrafo 2º do artigo 37, in verbis: “§ 2º. A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei”.

Os incisos II e III enumerados no parágrafo 2º, “in verbis”, tratam da exigência do concurso publico:

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

III – o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;

A Constituição Federal de 1988 decreta a nulidade do contrato que admite servidor sem a observância do concurso público ou que por via oblíqua tenta burlá-lo, bem como determina a punição da autoridade que se utiliza da prática destes atos.

Ao ser declarada a nulidade do ato irregular, pelo próprio ente administrativo ou na via jurisdicional, surge como consequência primordial a análise dos efeitos dela decorrentes, questão esta que a jurisprudência brasileira tem se pronunciado das mais variadas formas.

Segundo Alexandre Roque Pinto (2004), em texto publicado em correio eletrônico, podem ser encontradas decisões nos seguintes aspectos:

a) o empregado faz jus a todas as parcelas salariais, indenizatórias e rescisórias, como se válido fosse o contrato; b) o empregado faz jus a todas as parcelas salariais e indenizatórias (como diárias), mas não faz jus às rescisórias; c) o empregado faz jus às parcelas estritamente salariais, como salários, 13º salários e férias; d) o empregado faz jus apenas ao salário, aí incluídas as diferenças salariais, quando o salário é inferior ao mínimo legal, bem como aos salários atrasados e saldo salarial; e) o empregado faz jus apenas aos salários atrasados e, ainda assim, na forma pactuada, mesmo que seja um valor bem inferior ao mínimo; f) o empregado não faz jus a nenhuma parcela, só não tendo que devolver as parcelas recebidas durante o contrato por uma questão de equidade.³

Apesar de existir variadas decisões no tocante a decretação de nulidade, ora atribuindo ao contrato todos os efeitos como se válido fosse, ora negando-lhes por completo, ora por estabelecer um meio termo entre o reconhecimento de todos os efeitos e a inexistência por completo destes, a fundamentação de um ou outro posicionamento pode ser estabelecida sob dois aspectos, o reconhecimento da nulidade operando efeitos “ex tunc ou ex nunc”.

³ Disponível em: <http://www.nesp.unb.br/polrhs/desprec/pdfadm/pinto_alexandre.pdf>, Acesso em 03 de Setembro de 2006.

A nulidade absoluta no âmbito civilista estabelece a inexistência dos efeitos dela decorrentes, operando seus efeitos “ex tunc”, como se o ato praticado nunca tivesse existido, faz mister a transcrição do comentário feito por Maria Helena Diniz no Código Civil Comentado, coordenado por Ricardo Fiuza (2004, p. 167), “in verbis”:

Com a declaração da nulidade absoluta do negócio jurídico, este não produzirá qualquer efeito por ofender princípios de ordem pública, por estar inquinado por vícios essenciais. [...] De modo que um negócio nulo é como se nunca tivesse existido desde sua formação, pois a declaração de sua invalidade produz efeito ex tunc (súmula 346 do STF).

No direito administrativo existem divergências doutrinárias quanto à aplicação da teoria das nulidades que é um instituto tipicamente de direito privado, segundo a clássica doutrina de Meirelles (2004, p. 171) o ato nulo não produzirá qualquer efeito válido entre as partes, operando efeitos “ex tunc”, vejamos:

Ato nulo é o que nasce afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos ou no procedimento formativo. [...] o ato é ilegítimo ou ilegal e não produz qualquer efeito válido entre as partes, pela evidente razão de que não se pode adquirir direitos contra a lei. A nulidade, todavia, deve ser reconhecida e proclamada pela Administração ou pelo judiciário, não sendo permitido ao particular negar exeqüibilidade ao ato administrativo, ainda que nulo, enquanto não for regularmente declarada sua invalidade, mas essa declaração *opera ex tunc*, isto é, *retroage às suas origens e alcança todos os seus efeitos passados* [...] (**grifo nosso**).

Guilherme Guimarães Feliciano, juiz do Trabalho da 15^o região, em texto publicado na internet (2006)⁴, diferencia os efeitos decorrentes da nulidade no âmbito civilista dos efeitos no âmbito trabalhista.

Para este autor a teoria das nulidades no direito civil comporta os atos nulos e anuláveis, sendo que a nulidade absoluta opera efeitos “ex tunc”, ou seja, retroage a

⁴ Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8451>>. Acesso em 16 de setembro de 2006.

data de formação do ato não gerando qualquer efeito. Já no âmbito trabalhista os efeitos das nulidades são relativizados, porquanto, parte o mesmo da distinção entre trabalho ilícito e trabalho proibido, neste o trabalho é juridicamente impossível, contudo o objeto do trabalho em si não contém qualquer ilicitude, ao passo que naquele o vício consiste por ser seu objeto ilícito.

Compara o trabalho irregular com a administração ao trabalho proibido que comporta todos os efeitos enquanto não for declarada sua nulidade, operando efeitos "ex nunc". O autor⁵ pontifica ainda que:

A Constituição Federal impinge a nulidade à contratação de servidor sem concurso público, mas não a declara de nenhum efeito – e a interpretação das normas constitucionais deve primar pela máxima efetividade das normas de direitos fundamentais (como são as normas do artigo 7º da CRFB, que definem os direitos sociais, típicos direitos humanos de segunda geração).⁶

Estabelece ainda que a norma constante no parágrafo 2º do artigo 37 da CF/88 não pode por si só elidir as garantias sociais constitucionais no caso concreto.

Deve-se, contudo, ser observado no caso concreto a boa fé do trabalhador para evitar conluio entre o administrador e o trabalhador na tentativa de lesar o erário público, caso em que não será conferido nenhum direito ao trabalhador, além daqueles expressos na súmula 363 do TST, neste sentido imperioso é a lição de Feliciano em texto publicado na internet⁷, supra citado, in verbis:

A boa fé do trabalhador deve ser sempre presumida (artigo 113 do NCC), mas à Administração Pública abre-se a possibilidade de comprovar que houve, na contratação irregular, conluio entre o servidor contratado e o administrador ímprobo. Se lograr prová-lo, elidindo a presunção de boa fé, eximir-se-á da obrigação de quitar os direitos trabalhistas, já que se

⁵ Guilherme Guimarães Feliciano, texto disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8451>>. Acesso em 16 de setembro de 2006.

⁶ Idem

⁷ Idem.

configura um tipo de fraude muito comum, apta a contaminar o objeto mesmo do contrato.

Utilizam-se ainda como fundamentos para atribuir todos os efeitos ao contrato de trabalho irregular os princípios constantes do direito do trabalho quais sejam: o princípio da primazia da realidade e o princípio da irretroatividade das nulidades, determinando que os efeitos devem-se operar "ex nunc".

No âmbito constitucional podem-se fundamentar a subsistência dos efeitos decorrentes da nulidade do parágrafo 2º do artigo 37, mediante os princípios da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, ambos constantes no artigo 1º da Magna Carta, bem como pelo fato de o capítulo II, dos direitos sociais que abrangem os direitos do trabalhador, estar inserido no Título II, dos direitos e garantias fundamentais.

Apesar de a doutrina especializada criticar os efeitos decorrentes do contrato nulo, buscando sempre amparar o trabalhador com o mínimo de direitos possíveis, bem como, não raras, decisões de juizes que se sensibilizam com a situação do trabalhador e atribuem certos direitos aos mesmos, o que tem prevalecido na jurisprudência pátria é o entendimento adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho, através do enunciado nº. 363, "in verbis":

Contrato nulo. Efeitos – Nova redação – Res. 121/2003, Dj 21.11.2003: A contratação de servidor público, após a CF/88, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e par. 2º, somente lhe conferindo direito ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

O enunciado 363 do TST determina que o contrato celebrado com a administração sem a observação do concurso público será nulo de pleno direito, operando efeitos "ex tunc", ou seja, será declarada a nulidade do ato desde o seu

nascedouro, como se nunca estivesse existido, respeitando apenas o número de horas trabalhadas, o valor do salário mínimo e os depósitos do FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço), visto que jamais poderão restituir as partes ao “status quo ante”.

Neste sentido faz mister a transcrição da ementa no julgado nº. 511644, do Colendo TST, in verbis:

Origem: Tribunal: TST. Decisão: 02/08/2001.
PROC: ERR, NUM: 511644, ANO: 1998, REGIÃO 11.
EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA.
TURMA: TP.
ÓRGÃO JULGADOR – TRIBUNAL PLENO.
RELATOR: MINISTRO VANTUIL ABDALA.
EMENTA: CONTRATO DE TRABALHO COM ENTIDADE PÚBLICA SEM CONCURSO PÚBLICO – NULIDADE – EFEITOS – VIOLAÇÃO DO § 2º DO ARTIGO 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.
Quando a decisão recorrida reconhece **nulo** o **contrato** de trabalho por ausência de concurso público, mas condena a entidade pública a pagar ao trabalhador, a título de indenização, verbas devidas pela rescisão do **contrato** de trabalho, verifica-se a violação do § 2º do artigo 37, da Constituição Federal, pois este é que trata dos efeitos da admissão sem concurso público, e não o inciso II deste mesmo artigo.

Entrementes, o entendimento que prevalece atualmente na doutrina⁸ e está pacificado na jurisprudência pátria, mediante a Súmula 363 do TST, é aquele mediante o qual a nulidade constante do parágrafo 2º do artigo 37 é absoluta e de ordem pública, operando efeitos “ex tunc”, ou seja, retroagindo ao momento de sua formação, não gerando quaisquer efeitos dela decorrente, exceto o direito ao número de horas trabalhadas, o valor do salário mínimo e os depósitos do FGTS. Utilizam como fundamentação o princípio civilista da indenização compensatória por se tratar de uma questão de equidade, constante do artigo 182, “in verbis”: Art. 182. Anulado o negocio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.

⁸ Compartilham deste posicionamento, entre outros: Hely Lopes Meirelles e Sérgio Pinto Martins.

3.2 POSSÍVEIS ALTERNATIVAS AOS VÍCIOS DECORRENTES DO CONTRATO IRREGULAR

Como visto no tópico anterior os efeitos da nulidade poderão operar “ex tunc ou ex nunc”, conforme a fundamentação e o posicionamento que o intérprete queira adotar ao se filiar a determinada corrente jurisprudencial.

Desta forma como alternativa para que o trabalhador não seja o único penalizado com a declaração de nulidade no contrato irregular, poder-se-á estabelecer os efeitos “ex nunc” ao contrato irregular, enquanto não for declarada sua nulidade, ou seja, subsistirão os efeitos até o momento da anulação.

Para fundamentar a atribuição de todos os efeitos ao contrato nulo poderá o intérprete se basear na dicotomia entre trabalho ilícito e trabalho proibido, expressa por Guilherme Guimarães Feliciano, juiz do Trabalho da 15ª região, em texto publicado na internet (2006)⁹, tema já abordado no tópico anterior, bem como pelos princípios da primazia da realidade e da irretroatividade das nulidades, princípios norteadores do direito do trabalho.

Em âmbito Constitucional poderão ser utilizados como fundamentos os princípios da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, princípios fundamentais na ordem Constitucional.

No entanto, é imperioso observar que a contratação irregular do servidor público atenta frontalmente contra os princípios estabelecidos no “caput” do artigo 37, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, princípios estes que vão colidir com os princípios da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, criando um conflito aparente entre princípios

⁹ Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8451>>. Acesso em 16 de setembro de 2006.

constitucionais, contudo, como decorre da própria Constituição, deverá haver uma interpretação que pondere e limite o campo de atuação de cada princípio.

Os princípios constantes no artigo 37 são de interesse público e sob a ótica de estudo do presente trabalho devem-se sobrepor no caso concreto aos princípios da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho que, repita-se, assumem, no caso concreto, o caráter de princípios individuais, por isso não podem derogar ou afastar aqueles para atribuir ao ato nulo algum efeito. Podendo ser admitidos, entretanto, como base para fundamentar a ressalva constante da súmula 363 do TST ou mesmo de uma alteração no texto constitucional.

Feito esta ponderação, é forçoso concluir que, apesar de existir fundamentação jurídica para aqueles que reconhecem a existência de determinados direitos trabalhistas no contrato irregular, a existência e decretação de nulidade do contrato com base no parágrafo 2º do artigo 37 da CF/88, no âmbito administrativo não poderá comportar outra interpretação se não aquela em que; não deverão subsistir efeitos, além daqueles expressos na Súmula 363 do TST, em decorrência de que o interesse público deve prevalecer sobre o interesse individual.

Contudo, não deve o trabalhador ficar desprotegido na relação contratual declarada nula, ao arrepio dos desmandos do administrador ímprobo, que na maioria dos casos fica impune, ou da administração pública que não poderá se apropriar do trabalho alheio, caso em que se configuraria o enriquecimento sem causa, neste sentido é o ensinamento de Vilhena (2002, p. 175):

Mais estranha se avizinha tal orientação jurisprudencial quando é ao Estado que cabe, como Poder Público, a correta exação no cumprimento da lei, a quem se veda, outrossim, o locupletamento ilícito com o trabalho alheio e isto com dentro do argumento do ao que se saiba jamais procedimento administrativo e civil de responsabilização da autoridade ou do agente público que contrata sem concurso.

Portanto, como alternativa para os que, amparados na teoria da nulidade absoluta, reconhecem a retroatividade da nulidade e atribuem o efeito "ex tunc", propõe-se, amparado nos princípios da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, a alteração do parágrafo 2º do artigo 37, mantendo-se a nulidade da contratação irregular com a administração pública, contudo, reconhecendo todos os efeitos dela decorrentes, como se válido fosse o contrato.

O contrato seria regido segundo as disposições constantes na CLT, sendo que a autoridade responsável seria equiparada ao empregador e o contratado ao empregado.

O administrador seria responsabilizado diretamente, respondendo pessoalmente pelas verbas trabalhistas decorrentes da relação de trabalho, equiparando-se para tanto ao empregador conforme disposto no artigo 2º da CLT, sem prejuízo da punição da autoridade nos termos da lei.

A redação do parágrafo 2º do artigo 37 da CF/88 está assim disposta: § 2 A não-observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

Com a alteração proposta a redação do parágrafo 2º passaria a ser a seguinte:

§ 2º A não-observância no disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato, subsistindo todos os efeitos trabalhistas em relação à autoridade que o praticou, sem prejuízo da punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

Desta forma o administrador seria equiparado ao empregador e arcaria com as indenizações trabalhistas decorrentes da rescisão do contrato de trabalho, fato este que desestimularia a prática da contratação de pessoal sem concurso, bem

como seria uma forma de evitar conluio entre o administrador e o empregado na busca de lesar o erário público.

A lei que tratará da punição da autoridade responsável já existe no mundo jurídico, qual seja, Lei de improbidade administrativa nº. 8.429/92, restando apenas ser colocada em prática.

Com essa proposta de alteração, busca-se uma alternativa ou mesmo solução para os vícios decorrentes da contratação de servidor público sem concurso, haja vista que só se coíbe algum tipo de fraude na administração pública, quando a punição apresenta reflexos no patrimônio das autoridades públicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi realizado no presente trabalho uma abordagem acerca do contrato de trabalho celebrado com a administração sem concurso, analisando-o sob a temática da nulidade do referido contrato, conforme mandamento Constitucional, tratando dos efeitos e fundamentos a possíveis alternativas aos vícios que os inquinam.

Realizou-se uma abordagem sobre a evolução do direito do trabalho no Brasil e no Mundo, como forma de introdução ao tema proposto.

Abordou-se o contrato de trabalho no âmbito administrativo, sendo analisados os agentes públicos que constituem o gênero abrangendo todos aqueles que de alguma forma prestam serviços ao Estado, delimitando-se o tema aos servidores públicos estatutários, empregados públicos e servidores temporários, analisando-os sob o prisma dos regimes jurídicos que os vinculam ao estado, bem como fazendo uma distinção entre cargo, emprego e função pública. Foi observado que a exigência do concurso público está entrelaçada aos princípios administrativos, assim como se dará para o ingresso dos servidores estatutários ocupantes de cargos efetivos e para os empregados públicos, no entanto, será prescindível para os servidores temporários e para os exercentes de cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

O campo de estudo foi delimitado aos servidores temporários que prescindem do concurso, desde que por tempo determinado e para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

Analisou-se o contrato temporário quando o mesmo é desvirtuado dos requisitos constitucionalmente exigidos, burlando desta forma a exigência do concurso. Ficou estabelecido que o contrato celebrado com o poder público ao

arrepio da norma constitucional é nulo de pleno direito, conforme entendimento pacificado na jurisprudência pátria, nulidade esta que acarretará a retroatividade dos efeitos, operando de forma "ex tunc", pensamento este predominante na doutrina pátria.

No panorama legal atual resta concluir que ao contrato nulo não poderá ser atribuído quaisquer efeitos, salvo aqueles expressos na súmula 363 do TST, sob a forte argumentação de que a nulidade absoluta opera "ex tunc" retroagindo a data de formação do ato irregular, como se o ato nunca tivesse existido.

Buscou-se no presente trabalho, no entanto, expor opiniões que atribuíssem aos contratos nulos, como alternativa aos vícios que os inquinam, todos os efeitos deles decorrentes até a decretação da nulidade, ou seja, operando seus efeitos "ex nunc", bem como a fundamentação jurídica para a adoção deste posicionamento.

E assim, como alternativa para aqueles que não compartilham com o posicionamento dos que justificam a aplicação dos efeitos aos contratos nulos, foi sugerido alteração no texto constitucional como uma das formas de garantir a real efetivação destes efeitos, alteração esta amparada pelos princípios da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, bem como no fato de que o trabalhador não poderá ser penalizado pelos desmandos de maus administradores, assim como o fato de que ninguém está obrigado a trabalhar para o Estado sem a devida remuneração correspondente, fato este que configuraria o enriquecimento sem causa do poder público, o que seria uma afronta ao Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº. 1/92 a 52/2006 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº. 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, subsecretaria de edições técnicas, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho, Curso de direito do Trabalho, 4ª ed. São Paulo: LTr, 2005;

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Efeitos positivos dos contratos nulos de emprego público: distinguir o joio do trigo. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1055, 22 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8451>>. Acesso em 16 de setembro de 2006.

FILHO, José dos Santos Carvalho, Manual de Direito Administrativo, 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2006;

Jurisprudência e Súmulas do TST, disponível em: <<http://brs02.tst.gov.br/cgi/nphbrs?d=BLNK&S1=contrato+nulo+e+bden.base.&u=http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/brs/genep.html&p=1&r=1&f=g&1=0>>;

LAMARCA, Antônio, contrato individual de trabalho, 1ª ed. São Paulo: RT: 1969;

MARTINS, Sérgio Pinto, Direito do Trabalho – 21ª ed. – São Paulo: Atlas, 2005;

MEIRELLES, Hely Lopes, 1917 – Direito Administrativo Brasileiro – 13ª ed. atual, 2ª tiragem – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988;

_____ – Direito Administrativo Brasileiro – 29ª ed. atual. – São Paulo: Malheiros, 2004;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002;

NASCIMENTO, Amauri Mascaro, Iniciação ao Direito do Trabalho. 27ª ed. São Paulo: LTr, 2001;

Novo Código Civil Comentado/ coordenação Ricardo Fiuza. – 3ª ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2004.

PINTO, Alexandre Roque. Admissão de Pessoal Sem Concurso pela Administração. Nulidade. Efeitos. Soluções Juridicamente Viáveis: Disponível em: <http://www.nesp.unb.br/polrhs/desprec/pdfadm/pinto_alexandre.pdf>, Acesso em 03 de Setembro de 2006.

PINTO, José Augusto Rodrigues, Curso de Direito Individual do Trabalho; 3º ed. São Paulo: LTr, 1997;

ROSA, Márcio Fernando Elias, Direito Administrativo, volume 19 – 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003;

REVISTA BRASILEIRA DE GEOGRAFIA. Rio de Janeiro: IBGE, 2003.

RUSSOMANO, Mozart Victor. Curso de Direito do Trabalho. 6ª edição. Curitiba: Juruá, 1997;

SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001;

SÜSSEKIND, Arnaldo, Instituições de Direito do Trabalho – 15ª ed. atual. Por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. – LTr, 1995;

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de, 1926, Contrato de Trabalho com o Estado – 2ª ed. rev. e atual. – São Paulo: LTr, 2002.