

**UNIVERSIDADE TUIUTI DO PARANÁ**

**Luiz Fellipi Pilatti Miranda**

**NULIDADE DOS CONTRATOS DE TRABALHO REALIZADOS PELA  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE  
CONCURSO PÚBLICO**

CURITIBA  
2011

**NULIDADE DOS CONTRATOS DE TRABALHO REALIZADOS PELA  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE  
CONCURSO PÚBLICO**

CURITIBA  
2011

**Luiz Fellipi Pilatti Miranda**

**NULIDADE DOS CONTRATOS DE TRABALHO REALIZADOS PELA  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE  
CONCURSO PÚBLICO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Tuiuti do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.  
Orientador: Thiago Lima Breus.

CURITIBA  
2011

# **TERMO DE APROVAÇÃO**

**Luiz Fellipi Pilatti Miranda**

## **NULIDADE DOS CONTRATOS DE TRABALHO REALIZADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO**

Esta monografia foi julgada e aprovada para a obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Direito da Universidade Tuiuti do Paraná.

Curitiba, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2011

---

Curso de Direito  
Universidade Tuiuti do Paraná

Orientador:

Prof. Thiago Lima Breus  
Universidade Tuiuti do Paraná  
Faculdade de Ciências Jurídicas

Prof.  
Universidade Tuiuti do Paraná  
Faculdade de Ciências Jurídicas

Prof.  
Universidade Tuiuti do Paraná  
Faculdade de Ciências Jurídicas

## DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho, primeiramente, a Deus, por ter me concedido a maravilhosa oportunidade da vida e ter me presenteado com saúde, paz, alegria e todas as condições que precisei, não só para realizar o presente Trabalho de Conclusão de Curso, mas também para trilhar a extraordinária arte de viver.

Dedico, outrossim,

aos meus avós maternos, Ângelo e Terezinha Pilatti, por terem acreditado em mim, nunca faltando nas horas que precisei, tendo sido fundamentais ao meu desenvolvimento pessoal;

aos meus pais, Caren Cristina Pilatti e Dellamar Luiz da Silva Miranda, por me trazerem ao mundo com muito amor, do qual nunca fui privado;

à Izaltina Rodrigues da Silva, quem eu considero também como mãe, por ter me criado e me amado com toda sua humildade e carinho de ser;

ao meu irmão Lucas Henrique Pilatti Miranda, e a todos os meus demais familiares, sem qualquer exceção, pessoas as quais amo sem distinção, e devo, a cada um, parte do pouco que hoje sou;

a todos os meus amigos, em especial a Edson Marcos Caesar e Nicholas W. Lisboa, os quais sempre estiveram ao meu lado, nos momentos bons e ruins, durante todos estes cinco anos de graduação;

à Nathalie Delazari, pelo amor dedicado a mim e pelas horas de estudo roubadas ao seu convívio;

à família Furtado Araújo, em especial aos Drs. Cyro, Leo, Leonidas e Rociane, por terem me auxiliado a dar os primeiros passos no mundo forense;

ao Professor Luciano Reis, por ter iniciado, com muito esmero, a orientação deste trabalho;

ao Professor e Mestre Thiago Lima Breus, por ter dado a devida continuidade à orientação iniciada pelo Professor Luciano;

por fim, a todos os que amo e que contribuíram, de alguma forma, para meu desenvolvimento pessoal e profissional, ajudando a realizar o sonho de ser hoje Bacharel em Direito.

[DEUS] não requer nada de nós para o qual não  
nos dê graça suficiente para realizar.

(Ellen G. White)

## **RESUMO**

O objetivo deste trabalho é demonstrar as peculiaridades dos contratos de trabalho nulos em razão da ausência de concurso público, bem como os direitos, em especial trabalhistas e previdenciários, assegurados aos Agentes Públicos assim contratados. Discute-se a ilegalidade desta forma de contratação, sua nulidade, efeitos, bem como os direitos atualmente garantidos aos contratados, assim como os que se pretende alcançar com a evolução da Ordem Jurídica Brasileira. É relevante o estudo à medida que revela a irreverência da Administração Pública para com a Carta Constitucional no tocante às contratações irregulares e, em segundo momento, aos direitos trabalhistas e previdenciários garantidos e não cumpridos. Busca-se, além de clarear a situação atual, desenvolver um novo paradigma aos Direitos atinentes a estes contratos, a fim de se ver cumprir, efetivamente, o mandamento constitucional.

Palavras-chave: contratos de trabalho nulos; ausência de concurso público; Direitos Trabalhistas e Previdenciários; constitucionalidade e isonomia de direitos.



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>2 DOS AGENTES PÚBLICOS</b> .....	10
2.1 AGENTES POLÍTICOS .....	11
2.2 SERVIDORES ESTATAIS.....	13
2.2.1 Servidores Públicos .....	13
2.2.2 Servidores das Pessoas Governamentais de Direito Privado .....	14
2.3 PARTICULARES EM COLABORAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO .....	15
<b>3 DA INVESTIDURA EM CARGO OU EMPREGO PÚBLICO</b> .....	16
<b>4 DO VÍNCULO EXISTENTE ENTRE O AGENTE PÚBLICO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA</b> .....	19
4.1 TEORIA DO ÓRGÃO .....	19
4.2 DO REGIME ESTATUTÁRIO .....	20
4.3 DO REGIME CELETISTA.....	22
4.4 DO REGIME ESPECIAL .....	23
<b>5 NULIDADE CONTRATUAL POR AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO</b> .....	24
5.1 PLANO DA EXISTÊNCIA .....	26
5.2 PLANO DA VALIDADE .....	27
5.3 PLANO DA EFICÁCIA.....	28
<b>6 DOS EFEITOS DA NULIDADE DOS CONTRATOS DE TRABALHO REALIZADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEM O CUMPRIMENTO DO REQUISITO DO CONCURSO PÚBLICO</b> .....	29
6.1 POSICIONAMENTO ATUAL DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO .....	30
6.2 POSICIONAMENTO ATUAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....	31
6.3 DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL E O DIREITO COMPARADO .....	33
6.4 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS ..	38
<b>7 CONCLUSÃO</b> .....	40
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	42

## 1 INTRODUÇÃO

A contratação de Agentes Públicos sem prévia aprovação em concurso público é, infelizmente, prática comum da Administração Pública, o que contraria o disposto no art. 37, II, da Constituição da República e enseja diversas irregularidades, causando prejuízos aos Agentes assim contratados, bem como à sociedade como um todo.

Esta forma de contratação, por ser ilegal, faz com que o contrato seja considerado nulo, o qual, em regra, nenhum efeito produz. Deste modo, o Agente irregularmente contratado acaba por não receber todos os direitos trabalhistas e previdenciários devidos em contratos de trabalho regulares, ou seja, lhe são tolhidos diversos direitos consagrados na Carta Magna. De outro vértice, as conseqüências da nulidade contratual estimulam a Administração a proceder esta espécie de “negócio”, uma vez que terá menos encargos a satisfazer.

No entanto, conforme será demonstrado, a nulidade do contrato na esfera trabalhista não possui a prerrogativa de afastar direitos consagrados na Lei Maior, a qual, em meio a seus dispositivos e princípios fundamentais, assegura os direitos do trabalhador, impedindo que este seja totalmente prejudicado frente a atitudes nefastas e arbitrárias de empregadores, em especial quando estes se tratam da Administração Pública.

As peculiaridades do contrato de trabalho nulo são muito controversas na doutrina e jurisprudência pátria, havendo, inclusive, atual discussão no Supremo Tribunal Federal acerca de certos temas que serão debatidos no decorrer deste estudo. É relevante,

pois, e o que se busca no presente trabalho, a análise sobre os direitos atualmente garantidos aos Agentes irregularmente contratados, bem como acerca dos que se pretende conceber com a evolução da Ordem Jurídica Brasileira, fazendo, assim, que se cumpra em sua plenitude a vontade constitucional.

## **2 DOS AGENTES PÚBLICOS**

Inicialmente, para que se tenha uma melhor compreensão acerca das peculiaridades que envolvem os contratos de trabalho nulos realizados pela Administração Pública, é relevante definir e classificar os Agentes Públicos, a fim de verificar os sujeitos envolvidos nesta relação e em que hipóteses ocorrem contratações desvestidas das formalidades legais.

A denominação Agentes Públicos serve para designar, sem distinção, todos os particulares que servem ao Poder Público, sendo, portanto, ampla e genérica. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, os Agentes Públicos “são todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal.” (1997, p.70).

Este gênero, para a melhor doutrina, subdivide-se em três grandes grupos, definidos por Celso Antônio Bandeira de Mello como: “a) agentes políticos; b) servidores estatais, abrangendo servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de Direito Privado; e c) particulares em atuação colaboradora com o Poder Público.” (2008, p.246). Passaremos agora a definir cada um destes grupos.

## 2.1 AGENTES POLÍTICOS

Os Agentes Políticos diferem-se das demais categorias de Agentes Públicos pelo fato de gozarem de prerrogativas em razão da relevância de seus cargos, os quais não se restringem às atividades profissionais, mas exercem o dever primeiro do Estado. Para melhor compreensão, é imperioso colacionar o conceito lecionado por Celso Antônio Bandeira de Mello:

"Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado. **São agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas Pastas, bem como os Senadores, Deputados federais e estaduais e os Vereadores.** O vínculo que tais agentes entretêm com o Estado não é de natureza profissional, mas de natureza política. Exercem um munus público. Vale dizer, **o que os qualifica para o exercício das correspondentes funções não é a habilitação profissional, a aptidão técnica, mas a qualidade de cidadãos, membros da civitas e, por isto, candidatos possíveis à condução dos destinos da Sociedade**". (MELLO, 2008, p. 246/247, grifo nosso).

Não obstante, esta categoria guarda certa divergência doutrinária no que tange aos seus integrantes, onde uma corrente entende que são apenas os políticos propriamente ditos e seus auxiliares, como a supracitada, enquanto outra sustenta que, além destes, aqueles que atuam conforme a Carta Política (CF/88) assim também o são, a exemplo dos Juízes e Promotores. Neste sentido, vejamos os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles:

"Realmente, a situação dos que governam e decidem é bem diversa da dos que simplesmente administram e executam encargos técnicos

e profissionais, sem responsabilidade de decisão e de opções políticas. Daí por que os agentes políticos precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções. As prerrogativas que se concedem aos agentes políticos não são privilégios pessoais; são garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas e complexas funções governamentais e decisórias. Sem essas prerrogativas funcionais os agentes políticos ficariam tolhidos na sua liberdade de opção e decisão, ante o temor de responsabilização pelos padrões comuns da culpa civil e do erro técnico a que ficam sujeitos os funcionários profissionalizados. Nesta categoria encontram-se os Chefes do 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 atuem com independência funcional do desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase-judiciais, estranhas ao quadro do servidor público.**” (MEIRELLES, 1997, p. 73 e74, grifo nosso).

Impende destacar que esta segunda corrente atualmente é majoritária e, em minha modesta opinião, a mais acertada.

Estes Agentes não serão objeto de uma análise detalhada no presente estudo, vez que não possuem com a Administração Pública contrato de trabalho, pois, como ensina Hely Lopes Meirelles (1997), eles atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais, têm normas específicas para sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidade, que lhes são privativos.

## 2.2 SERVIDORES ESTATAIS

O grupo dos Servidores Estatais é o que mais nos interessa no presente trabalho, pois é nesta categoria que, dependendo da situação, conforme adiante se demonstrará, ocorrem os contratos de trabalho.

Pois bem, os Servidores Estatais são pessoas físicas que possuem relação de trabalho com o Estado e suas entidades da Administração indireta, são definidos por Celso Antônio Bandeira de Mello da seguinte forma:

“A designação servidores estatais – que ora se sugere em atenção à mudança constitucional – abarca todos aqueles que entretêm com o Estado e suas entidades da Administração indireta, independentemente de sua natureza pública ou privada (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista), relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo de dependência.” (MELLO, 2008, p. 247).

Na sequência, o autor explica que “entre os servidores estatais são reconhecíveis os seguintes dois grupos: 1) servidores públicos; e 2) servidores das pessoas governamentais de Direito Privado.” (MELLO, 2008, p. 247). Assim, passaremos agora a analisar cada um destes subgrupos.

### 2.2.1 Servidores Públicos

Servidores Públicos são os sujeitos que mantêm com o Estado e com as pessoas de **Direito Público** (autarquias e fundações) relação de trabalho profissional de caráter

não eventual sob vínculo de dependência, sendo titulares de cargos ou empregos públicos.

Celso Antônio Bandeira de Mello assim os define:

“Servidor público, como se pode depreender da Lei Maior, é a designação genérica ali utilizada para englobar, de modo abrangente, todos aqueles que mantêm vínculos de trabalho profissional com as entidades governamentais, integrados em cargos ou empregos da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público. Em suma: são os que entretêm com o Estado e com as pessoas de Direito Público da Administração indireta relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo de dependência. Compreendem as seguintes espécies: a) Servidores titulares de cargos públicos no Estado (anteriormente denominados funcionários públicos), nas autarquias e fundações de Direito Público da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, assim como no Poder Judiciário e na esfera administrativa do Legislativo. b) Servidores empregados das pessoas supra-referidas. Aí se incluem servidores que se encontrem sob vínculo empregatício por um dentre as seguintes razões: b.1) haverem sido admitidos sob vínculo de emprego para funções materiais subalternas (quais as de artífice, servente, motorista, jardineiro, mecanógrafo etc.), o que, como ao diante se demonstrará, é constitucionalmente possível, embora não desejável. (...) b.2) remanescentes do regime anterior, no qual se admitia (ainda que muitas vezes inconstitucionalmente) amplamente o regime de emprego; b.3) contratados, nos termos do art. 37, IX, da Constituição, sob vínculo trabalhista, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, sob regime jurídico específico previsto na Lei 8.745, de 9.12.93.” (MELLO, 2008, p. 248/249).

Portanto, quando o Agente Público mantiver com o Estado ou com as pessoas de Direito Público vínculo de trabalho profissional, na forma supra referida, seja ele ocupante de cargo ou emprego público, será classificado como Servidor Público.

### 2.2.2 Servidores das Pessoas Governamentais de Direito Privado

Os Servidores das pessoas governamentais de Direito Privado, também denominados pela doutrina como Empregados Públicos, por estarem sempre regidos pelo regime trabalhista, diferenciam-se dos denominados Servidores Públicos por exercerem

suas atividades para as pessoas de **Direito Privado**. Celso Antônio Bandeira de Mello assim os define: “são os empregados de empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de Direito Privado instituídas pelo Poder Público, os quais estarão todos, obrigatoriamente, sob regime trabalhista.” (2008, p. 249).

### 2.3 PARTICULARES EM COLABORAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO

Os particulares em colaboração com a administração, também denominados pela doutrina como Agentes Colaboradores, não fazem, efetivamente, parte da estrutura estatal, pois apenas colaboram para com ela, sem perderem a qualidade de particulares. São eles, em síntese: a) Agentes Honoríficos (ex: jurados e mesários); b) Agentes Delegados (ex: tabeliães, oficiais de registro, concessionárias e permissionárias de serviço público, leiloeiros, tradutores públicos etc); c) Agentes Credenciados (ex: advogado convocado para atuar em um processo específico).

Celso Antônio Bandeira de Mello os define da seguinte forma:

“Esta terceira categoria de agentes é composta por sujeitos que, sem perderem sua qualidade de particulares – portanto, de pessoas alheias à intimidade do aparelho estatal (com exceção única dos recrutados para serviço militar) -, exercem função pública, ainda que às vezes apenas em caráter episódico. Na tipologia em apreço reconhecem-se: a) requisitados para prestação de atividade pública, quais os jurados, membros de Mesa receptora ou apuradora de votos quando das eleições, recrutados para o serviço militar obrigatório etc. Estes agentes exercem um munus público; b) os que sponte própria assumem a gestão da coisa pública como “gestores de negócios públicos”, perante situações anômalas, para acudir a necessidades públicas prementes; c) contratados por locação civil de serviços (como, por exemplo, um advogado ilustre contratado para sustentação oral perante Tribunais); d) concessionários e permissionários de serviços públicos, bem como os delegados de função ou ofício público, quais os titulares de serventias da Justiça não



oficializadas, como é o caso dos notários, ex vi do art. 236 da Constituição, e bem assim outros sujeitos que praticam, com o reconhecimento do Poder Público, certos atos dotados de força jurídica oficial, como ocorre com os diretores de Faculdades particulares reconhecidas.” (MELLO, 2008, p. 250).

Concluída a classificação dos Agentes Públicos, verifica-se que apenas os Servidores Estatais, em especial os Empregados Públicos, possuem com a Administração Pública vínculo de emprego, e, portanto, entretêm – ou deveriam entreter – com esta, contrato de trabalho. Passaremos a analisar os requisitos da investidura dos referidos Agentes no serviço público, bem como as conseqüências da inobservância das formalidades legais.

### **3 DA INVESTIDURA EM CARGO OU EMPREGO PÚBLICO**

A Constituição Federal em seu art. 37, II, estabelece que *“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”*.

E, em seguida, o inciso IX, do mesmo dispositivo legal prevê que *“a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”*.

Cumpramos aqui frisar que o conceito de interesse público é muito controverso na doutrina e jurisprudência pátria, sendo muitas vezes considerado um conceito

indeterminado. Não obstante, impende colacionar a definição de Luís Roberto Barroso acerca do interesse público primário e secundário, definição com a qual me filio:

“O interesse público *primário* é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público *secundário* é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica – quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas.” (BARROSO, 2005, Prefácio).

Assim, apenas em casos temporários em que a justiça, a segurança, o bem-estar social e até mesmo o erário estejam à margem de riscos e prejuízos excepcionais, hipóteses em que o dano iminente seja superior ao praticável dano de uma contratação temporária sem o cumprimento do requisito constitucional do concurso público, é que a Administração poderá contratar Agentes na forma do art. 37, IX, da Lei Maior.

O requisito do concurso público visa ensejar isonomia de possibilidades de ingressar na carreira pública a todos, bem como impossibilitar que o ocupante de determinado cargo público preencha outro cargo de natureza diversa do anteriormente ocupado. É o que ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

“O que a Lei Magna visou com os princípios da acessibilidade e do concurso público foi, de um lado, ensejar a todos iguais oportunidades de disputar cargos ou empregos na Administração direta e indireta. De outro, propor-se a impedir tanto o ingresso sem concurso, ressalvadas as exceções previstas na Constituição, quanto obstar a que o servidor habilitado por concurso para cargo ou emprego de determinada natureza viesse depois a ser agraciado com cargo ou emprego permanente de outra natureza, pois esta seria uma forma de fraudar a razão de ser do concurso público.” (MELLO, 2009, pg. 277/278).

Hely Lopes Meirelles ensina, ainda, que o requisito do concurso público visa também selecionar os candidatos mais aptos a exercer o serviço disponibilizado, a fim de

cumprir os princípios da moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público, afastando de seu quadro de servidores os ineptos e despreparados:

“o concurso é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, consoante determina o art. 37, II, da CF. Pelo concurso afastam-se, pois, os ineptos e os apaniguados que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder leiloando cargos e empregos públicos.” (MEIRELLES, 1997, pg. 380)

Destarte, de acordo com o art. 37, II e IX, da Carta Magna, bem como com a uníssona doutrina e jurisprudência pátria, para que o cidadão brasileiro ingresse na carreira pública, como Servidor Estatal, é necessária sua prévia aprovação em concurso público, salvo os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração, bem como em casos **temporários de excepcional interesse público**, hipótese esta atualmente regulada no âmbito federal pela lei 8.745/93.

Ocorre que muitas vezes a Administração Pública ignora tais regulamentos, contratando Agentes, geralmente sob a forma de contratos temporários, por tempo indeterminado, sem que haja, efetivamente, excepcional interesse público. Assim, devem ser verificados os efeitos desta contratação, bem como os direitos trabalhistas e previdenciários cabíveis aos Agentes assim contratados, garantindo que os mesmos não sejam prejudicados em razão da irresponsabilidade estatal.

## 4 DO VÍNCULO EXISTENTE ENTRE O AGENTE PÚBLICO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Classificados os Agentes Públicos, identificados os Servidores Estatais como objeto do presente trabalho, e verificada a forma de seu ingresso no serviço público, imperioso se faz perquirir agora a forma pela qual estes estão vinculados com a Administração Pública.

### 4.1 TEORIA DO ÓRGÃO

Primeiramente, é impreterível explicar como se atribui ao Estado e às demais pessoas jurídicas públicas os atos praticados pelos Agentes que atuam em seu nome, estando eles regular ou irregularmente investidos.

Atualmente é certo que o Agente Público, ao estar investido em um órgão estatal, passa a ser o sujeito competente para expressar a vontade do respectivo órgão, vez que este, por ser abstrato, não possui ação, dependendo e estando vinculado a pessoas físicas (os Agentes), devidamente selecionadas, para manifestar sua vontade. Este posicionamento está alicerçado na *teoria do órgão*, pela qual – citando Otto Von Gierke – discorre Hely Lopes Meirelles:

“A teoria do órgão veio substituir as superadas teorias do mandato e da representação, pelas quais se pretendeu explicar como se atribuiriam ao Estado e às demais pessoas jurídicas públicas os atos das pessoas humanas que agissem em seu nome. Pela teoria do mandato considerava-se o agente (pessoa física) como mandatário da pessoa jurídica, mas essa teoria ruiu diante da só indagação

de quem outorgaria o mandato. Pela teoria da representação considerava-se o agente como representante da pessoa, à semelhança do tutor e do curador dos incapazes. Mas como se pode conceber que o incapaz outorgue validamente a sua própria representação? Diante da imprestabilidade dessas duas concepções doutrinárias, **Gierke formulou a teoria do órgão, segundo a qual as pessoas jurídicas expressam a sua vontade através de seus próprios órgãos, titularizados por seus agentes (pessoas humanas)**, na forma de sua organização interna. O órgão – sustentou Gierke – é parte do corpo da entidade e, assim, todas as suas manifestações de vontade são consideradas como da própria entidade.” (MEIRELLES, 1997, pg. 63)

Dessarte, os atos praticados pelos Agentes Públicos, independente se sua classificação, representam a atuação do próprio órgão a que estão vinculados, o qual deve responder pelas manifestações daqueles, estando eles investidos de forma regular ou irregular, vez que ali estando são considerados como a entidade em si.

#### 4.2 DO REGIME ESTATUTÁRIO

O art. 39 da Carta Magna, embora tenha sofrido alterações em sua redação pela Emenda Constitucional n.º 19 – redação esta suspensa pela liminar concedida na ADI n.º 2.135-4, em 02.08.2007 – estabelece, pela redação em vigor, que “*a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas*”

Em relação ao regime jurídico único, ensina Hely Lopes Meirelles que

“Regime jurídico único é o estabelecido pela entidade estatal - União, Estados, Distrito Federal e Municípios - no âmbito de sua competência, para todos os servidores de sua Administração direta, autárquica e fundacional, **excluídas desse regime as empresas públicas e sociedades de economia mista, que poderão ter regimes diversificados**, sujeitando-se, contudo, às disposições

constitucionais referentes à investidura em cargo ou emprego por concurso público, bem como à proibição de acumulação de cargo, emprego ou função (art. 37, I, II, XVI e XVII).” (MEIRELLES, 1997, pg.364)

E continua:

“Essas disposições legais constituirão o **estatuto** dos servidores públicos civis de cada uma das entidades estatais, aplicáveis às suas autarquias e fundações. O regime estatutário deverá dispor sobre a investidura nos cargos em comissão e nas funções de confiança, observado o disposto no art. 37, V, da CF, e também sobre a forma de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (CF, art. 37, IX). Este último caso, abrange tanto a contratação temporária para serviços comuns (pedreiros, pintores etc.), quanto para serviços especializados (professores e técnicos, nacionais e estrangeiros).” (MEIRELLES, 1997, pg. 365)

Assim, verifica-se que, originalmente, o vínculo existente entre o Agente Público e a Administração Pública é o estatutário, sendo que se enquadra ao desempenho da função pública, no qual os direitos e deveres dos Agentes serão estabelecidos por meio do estatuto da entidade estatal, assegurados alguns dos direitos garantidos aos trabalhadores pelo art. 7º da Constituição Federal, conforme § 3º do art.39 da respectiva Carta.

Segundo Tarso Cabral Violin (2002), **o regime estatutário afigura-se nas atividades típicas de Estado**, tendo como norte a defesa do interesse público, sendo que, nestes casos, os Entes Estatais podem alterar o regime dos seus servidores, por meio de lei, sem a necessidade de atender disposições da legislação trabalhista federal; os servidores, em regra, são isentos e imparciais, não sujeitos às decisões incompatíveis com o interesse público; e, ainda, são detentores de estabilidade, poder de polícia, e outros direitos definidos na Constituição e na Lei, os quais possibilitam o devido exercício de suas atividades. Conclui-se, ainda, que **no regime estatutário, a relação agente-**

**administração, é unilateral, não havendo que se falar em contrato,** pois a Administração Pública é quem estabelece as regras.

#### 4.3 DO REGIME CELETISTA

Como já apontado na citação de Hely Lopes Meirelles, há casos em que o regime estatutário estará excluído, mormente nos contratos realizados com as empresas públicas e sociedades de economia mista, onde, via de regra, adotar-se-á o regime celetista, vez que a atividade essencialmente desenvolvida não está relacionada com o interesse fim do Estado, sendo o Agente um mero empregado a serviço da Administração Pública. Nestes casos, os Servidores estarão sujeitos às disposições da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Neste sentido, é relevante citar o ensinamento de José dos Santos Carvalho Filho ao afirmar que

"As características desse regime se antagonizam com as do regime estatutário. Primeiramente, o regime se caracteriza pelo princípio da unicidade normativa, porque o conjunto integral das normas reguladoras se encontra em um único diploma legal – a CLT. Significa que, tantas quantas sejam as pessoas federativas que adotem esse regime, todas elas deverão guiar-se pelas regras desse único diploma. Neste caso, o Estado figura como simples empregador, na mesma posição, por conseguinte, dos empregados de modo geral. Outra característica diz respeito à natureza da relação jurídica entre o Estado e o servidor trabalhista. Diversamente do que ocorre no regime estatutário, essa relação jurídica é de natureza contratual. Significa dizer que o Estado e seu servidor trabalhista celebram efetivamente contrato de trabalho nos mesmos moldes adotados para a disciplina das relações gerais entre capital e trabalho." (CARVALHO FILHO, 2000, p. 436).

É este o regime que nos interessa no presente trabalho, vez que, como visto, no regime estatutário não há contrato de trabalho, sendo este presente apenas quando há Servidores investidos pelo regime celetista, onde haverá – ou deveria haver – vontade bilateral expressa por contrato, seja ele expresso ou tácito. Assim, só é possível que exista contrato de trabalho nulo com a Administração Pública quando o Servidor investido reger-se pelo regime celetista ou especial, como adiante se demonstrará.

#### 4.4 DO REGIME ESPECIAL

Nas contratações temporárias o vínculo existente entre Agente-Administração é de natureza especial, cabendo ao Ente Federativo a opção, por Lei, do regime a ser adotado em cada caso. Neste sentido, com muita maestria Maria Sylvia Di Pietro ensina que

*"os servidores temporários, contratados por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, da Constituição); eles exercem função, sem estarem vinculados a cargo ou emprego público. (...) são contratados para exercer funções temporárias, mediante regime jurídico especial a ser disciplinado em lei de cada unidade da federação (...)" (DI PIETRO, 2002, pg. 434).*

Portanto, tem-se que o vínculo entre os Agentes Públicos e a Administração Pública, no Brasil, ocorre sob duas modalidades essenciais, quais sejam: regime jurídico estatutário e celetista, tendo, ainda, o regime especial nos casos de contratações



temporárias, o qual, entretanto, estará vinculado a algum dos dois regimes essenciais, a critério do Ente Federativo.

Visto isto, frisa-se que o presente trabalho tem por escopo a análise dos contratos nulos realizados sob a égide do regime celetista e especial, este quando reger-se pela CLT, ficando afastada de uma análise específica as relações irregulares existentes em regimes estatutários.

## **5 NULIDADE CONTRATUAL POR AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO**

Tendo certo que a investidura em cargo ou emprego público depende de prévia aprovação em concurso público, exceto em casos de cargo em comissão e contratações temporárias de excepcional interesse público, cumpre agora analisar as conseqüências de contratações, regidas pela CLT, realizadas sem o cumprimento desta regra.

Dispõe o art. 166, IV, do Código Civil vigente que *“é nulo o negócio jurídico quando: (...) IV - não revestir a forma prescrita em lei; (...)”*. E, ainda neste norte, o parágrafo 2º do art. 37 da Constituição da República estabelece que *“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”*.

Em relação ao negócio jurídico nulo, o Código Civil vigente determina em seu art. 182 que *“Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restitui-las, serão indenizadas com o equivalente.”*

Sobre o ato nulo, Hely Lopes Meirelles, discorre:

“Ato nulo é o que nasce afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos ou no procedimento formativo. A nulidade pode ser explícita ou virtual. É explícita quando a lei a comina expressamente, indicando os vícios que lhe dão origem; é virtual quando a invalidade decorre da infringência de princípios específicos do Direito Público, reconhecidos por interpretação das normas concernentes ao ato. **Em qualquer destes casos, porém, 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.**” (MEIRELLES, 1997, pg. 156, grifo nosso).

Conclui-se, assim, que o contrato de trabalho realizado entre Administração Pública e Agente Público sem que haja prévia aprovação em concurso público, ressalvadas as exceções, por não revestir-se da forma prescrita em lei, é eivado de vício, e, portanto, nulo.

Ocorre, no entanto, que no Direito do Trabalho, por ser impossível restituir ao trabalhador a força dispensada no exercício de suas funções, não se pode dizer que o contrato não produz **nenhum** efeito entre as partes, sendo certo que o empregado dispensou sua força para a realização de suas funções enquanto a administração beneficiou-se com o trabalho do mesmo.

Deste modo, é relevante avaliar minuciosamente a consequência da nulidade do ato administrativo quando diz respeito a contratos de trabalho. Inicialmente, mister se faz analisar a nulidade contratual frente ao mundo jurídico, que, conforme Pontes de Miranda (1977, pg.22), divide-se em três planos: o da existência, o da validade e o da eficácia. Distinção imprescindível para que se evite confundir o "ser", o "valer" e o "ter efeito".

## 5.1 PLANO DA EXISTÊNCIA

A existência do fato jurídico, nas lições de Marcos Bernardes de Mello (1988), é premissa para tudo o mais que possa ocorrer no mundo jurídico, tal como sua validade e/ou eficácia. Imperioso, destarte, citar os ensinamentos do saudoso doutrinador no que diz respeito ao plano da existência:

“Ao sofrer a incidência de norma jurídica juridicizante, a parte relevante do suporte fático é transportada para o mundo jurídico, ingressando no plano da existência. Neste plano, que é o plano do ser, entram todos os fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos. **No plano de existência não se cogita de invalidade ou eficácia do fato jurídico, importa, apenas, a realidade da existência. Tudo, aqui, fica circunscrito a se saber se o suporte fático suficiente se compôs, dando ensejo a incidência.** Naturalmente, se há falta, no suporte fático, de elemento nuclear, mesmo complementar do núcleo, o fato não tem entrada no plano da existência, donde não haver fato jurídico”. (MELLO, 1988, pg.94).

Trazendo o conceito para o Direito do Trabalho, mas precisamente no que concerne à relação de emprego, pode-se dizer que o suporte fático caracterizador da mesma é o cumprimento dos requisitos contidos no art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, quais sejam: prestação de trabalho oneroso por pessoa física a um tomador qualquer, com pessoalidade, habitualidade, onerosidade, e sob subordinação deste.

Nas palavras de Mozart Victor Russomano, relação de emprego é

“o vínculo obrigacional que une, reciprocamente, o trabalhador e o empresário, subordinando o primeiro às ordens legítimas do segundo. (...) A grande característica do contrato de trabalho é, precisamente, a **ausência de formalismos**, a extraordinária simplicidade de sua celebração, no seu feitio ordinário. (...) Indo além, admite-se que o contrato nasça do ajuste de vontades manifestado **tacitamente**. Embora na imensa maioria dos casos o contrato de trabalho surja de entendimento expresso entre as partes, pode resultar, também, do simples fato concreto da prestação de serviços, uma vez reunidas as características essenciais ínsitas na definição legal de empregado (art. 3º).” (RUSSOMANO, 2010, pg. 118/119).

Existentes, pois, tais elementos na contratação, ainda que a mesma seja desvestida de formalismos e sem o cumprimento legal da prévia aprovação em concurso público, haverá relação de emprego, o que leva, conseqüentemente, à conclusão de que **existe** fato jurídico.

Sendo assim, cumpre analisar se tal situação jurídica é válida e eficaz, bem como quais são as conseqüências de sua validade/invalidade e eficácia/ineficácia.

## 5.2 PLANO DA VALIDADE

Verificada a existência do fato jurídico, deve-se agora perquirir se as formalidades necessárias para a caracterização de sua validade foram observadas. Isto é, falta identificar se as formalidades prescritas em lei foram cumpridas, se inexistem vícios na formação do ato, o que torna aquilo que apenas existe no mundo jurídico em algo válido perante os preceitos legais.

Nas palavras de Marcos Bernardes de Mello

“se o fato jurídico existe e é daqueles em que a vontade humana constitui elemento nuclear do suporte fático (ato jurídico stricto sensu e negócio jurídico) há de passar pelo **plano da validade, onde o Direito fará a triagem entre o que é perfeito (que não tem qualquer vício invalidante) e o que está eivado de defeito invalidante.**” (MELLO, 1988, pg. 94/95).

No que tange aos contratos de trabalho realizados com a Administração Pública sem que tenha havido prévia aprovação do contratado em concurso público, verifica-se

que, mesmo existindo o ato, vez que cumpridos os requisitos caracterizadores do suporte fático, o mesmo **é inválido**, eis que eivado de vício legal, qual seja: o descumprimento de forma prescrita em lei – aprovação em concurso público.

É neste plano que se configura a nulidade do ato jurídico, pois, para que algo seja nulo ou anulável deve primeiro existir e, existente sendo, passa pelo crivo da Lei, que determina o sujeito, o objeto e a forma elementares do ato, os quais, não devidamente observados, o tornam nulo ou anulável, conforme o grau de invalidade. Este é o ensinamento de Marcos Bernardes de Mello, que na sequência de sua obra sobre a Teoria do Fato Jurídico, ensina:

“A nulidade ou a anulabilidade – que são graus da invalidade – se prendem à deficiência de elementos complementares do suporte fático relacionados ao sujeito, ao objeto ou à forma do ato jurídico. A invalidade, no entanto, pressupõe como essencial a suficiência do suporte fático, portanto, a existência do fato jurídico.” (MELLO, 1988, pg. 95)

Compreendido o plano da validade, cabe, agora, analisar se há eficácia no ato, ainda que inválido seja.

### 5.3 PLANO DA EFICÁCIA

De forma resumida, no plano da eficácia examinam-se os efeitos produzidos pelo ato jurídico existente, ou seja, as situações e relações jurídicas criadas, os direitos e deveres delas decorrentes, as quais ocorrem independentemente do ato ser válido ou

inválido, devendo, todavia, ser ele existente. Neste sentido, é impreterível citar novamente as lições de Marcos Bernardes de Mello

“O plano da eficácia é a parte do mundo jurídico onde os fatos jurídicos produzem os seus efeitos, criando as situações jurídicas, as relações jurídicas, com todo o seu conteúdo eficaz representado pelos direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações e exceções, ou os extinguindo. O plano da eficácia, como o da validade, pressupõe a passagem do fato jurídico pelo plano da existência, não, todavia, essencialmente, pelo plano da validade.” (MELLO, 1988, pg. 96).

Tratando-se de contratos de trabalho nulos por ausência de concurso público, sabe-se que o Agente contratado despendeu suas forças na realização de seu trabalho, enquanto a Administração Pública beneficiou-se com tal fato, o que, por certo, demonstra a produção de efeitos nesta relação. Assim, podemos concluir que o ato é **existente**, inválido e, até a declaração de sua nulidade, a relação jurídica é eficaz.

Isto posto, cumpre agora analisar os efeitos, direitos e deveres, originados ao Agente e à Administração Pública em decorrência do ato existente, inválido e eficaz.

## **6 DOS EFEITOS DA NULIDADE DOS CONTRATOS DE TRABALHO REALIZADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEM O CUMPRIMENTO DO REQUISITO DO CONCURSO PÚBLICO**

Compreendidos os três planos do mundo jurídico – existência, validade e eficácia – e, concluindo que os contratos de trabalho nulos em razão da ausência de concurso

público são existentes, inválidos e, em regra, eficazes, resta agora verificar os efeitos resultantes desta contratação.

## 6.1 POSICIONAMENTO ATUAL DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

O entendimento atual do Tribunal Superior do Trabalho encontra-se sedimentado pela súmula 363, *in verbis*:

“A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.”

Deve-se destacar que a parte final da referida súmula foi acrescida em razão da vigência do art. 19-A da Lei n.º 8.036/1990, o qual foi introduzido pela Medida Provisória n.º 2.164/2001, estabelecendo que os depósitos do FGTS são devidos mesmo no caso de nulidade contratual decorrente do desrespeito ao princípio do concurso público, "quando mantido o direito ao salário".

Antes da vigência do referido dispositivo legal, o TST reconhecia apenas a contraprestação dos serviços realizados, tendo em vista a impossibilidade de total restituição das partes ao estado anterior à contratação, especialmente o trabalhador, que não tem como reaver o esforço despendido.

## 6.2 POSICIONAMENTO ATUAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ainda que sumulado pelo Tribunal Superior do Trabalho o entendimento acima exposto, o mesmo encontra-se em discussão no STF, através do RE n.º 596478, que examina a constitucionalidade do disposto no art. 19-A da Lei 8.036/1990, estando pendente de julgamento, constando como última decisão a que segue:

“Após os votos da Senhora Ministra Ellen Gracie (Relatora) e Cármen Lúcia, dando provimento ao recurso para declarar a inconstitucionalidade do art. 19-A da Lei n.º 8.036/90, acrescido pelo art. 9º da Medida Provisória n.º 2.164-41/91, e os votos dos Senhores Ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Ayres Britto, negando-lhe provimento, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Falou pelos amici curiae a Dra. Sandra Couto, Procuradora do Estado. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 17.11.2010.”

O voto da Relatora, Ministra Ellen Gracie, ao dar provimento ao recurso para declarar a inconstitucionalidade do dispositivo em apreço, fundamentou-se na jurisprudência firmada pela respectiva Suprema Corte, no sentido de que o contrato de trabalho realizado pela Administração Pública, sem que haja prévia aprovação do contratado em concurso público, ofende a Constituição e, assim, confere a este último apenas direito ao recebimento das contraprestações pelos serviços prestados, vez que, pelo entendimento da Ministra, é dever de todo o brasileiro ter conhecimento das normas constitucionais, as quais vedam esta forma de contratação.

Os votos dissidentes, em especial o do Ministro Gilmar Mendes, fundam-se no fato da nulidade contratual no âmbito trabalhista gerar efeitos, vez que impossível a restituição das partes ao estado inicial, não sendo suficiente e proporcional, tão somente, o



direito do trabalhador receber as contraprestações pactuadas. Para o Ministro, não conceder o FGTS ao trabalhador irregularmente contratado pela Administração Pública seria interpretar a constituição em seu desfavor, pois a norma que estabelece o concurso público visa dar maior segurança aos administrados, assegurando, entre outros direitos, a igualdade e a impessoalidade, mas não permitir que a Administração utilize desta norma em detrimento do trabalhador, realizando contratações irregulares e tolhendo dos administrados assim contratados os direitos sociais do trabalho, os quais, inclusive, são fundamentos da Lei Maior (art. 1º, IV, da CF/88).

Neste sentido, o Ministro Gilmar Mendes citou uma decisão de sua relatoria, na qual se decidiu que a nulidade do contrato de trabalho de menores de quatorze anos não impede que o menor usufrua dos direitos trabalhistas e previdenciários, pois, se assim não o fosse, estar-se-ia interpretando a norma protetiva do direito dos menores em desfavor destes, caindo na ironia do “*summum jus, summa injuria*”, ou seja, o excesso da aplicação do direito acarreta a suprema injustiça. Cumpre citar a ementa da referida decisão:

“Agravo de instrumento. 2. Trabalhador rural ou rurícola menor de quatorze anos. Contagem de tempo de serviço. Art. 11, VII, da Lei nº. 8213. Possibilidade. Precedentes. 3. Alegação de violação aos arts. 5º, XXXVI; e 97, da CF/88. Improcedente. **Impossibilidade de declaração de efeitos retroativos para o caso de declaração de nulidade de contratos trabalhistas.** Tratamento similar na doutrina do direito comparado: México, Alemanha, França e Itália. **Norma de garantia do trabalhador que não se interpreta em seu detrimento.** Acórdão do STJ em conformidade com a jurisprudência desta Corte. 4. Precedentes citados: AgRAI 105.794, 2ª T., Rel. Aldir Passarinho, DJ 02.04.86; e RE 104.654, 2ª T., Rel. Francisco Rezek, DJ 25.04.86 5. Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (STF, AI 529.694, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Data do Julgamento: 15.02.2005, grifo nosso).

Ademais, os votos pela improcedência do recurso sustentam que conceder ao Agente irregularmente contratado o direito de perceber os depósitos do FGTS é uma forma de desestimular a prática abusiva das contratações irregulares pela Administração Pública, pois, assim, a autoridade responsável pela irregularidade terá mais encargos a satisfazer.

Verifica-se, portanto, que a controvérsia existente no Supremo Tribunal Federal paira nos efeitos trabalhistas da nulidade contratual, onde, de um lado, sustenta-se que é dever do brasileiro conhecer a norma constitucional e respeitá-la, razão pela qual a nulidade pela ofensa à constituição confere ao contratado apenas o direito do recebimento das contraprestações pelos serviços prestados, e, de outro, que a nulidade em apreço não possui, por todas as demais regras de direito fundamental social, a prerrogativa de afastar o direito constitucional do FGTS.

### 6.3 DA DIVERGENCIA JURISPRUDENCIAL E O DIREITO COMPARADO

O posicionamento majoritário dos Tribunais Regionais do Trabalho, bem como das turmas do TST, seguem a súmula 363 deste. Entretanto, há decisões que reconhecem aos trabalhadores irregularmente contratados pela Administração Pública todos os direitos e deveres existentes em uma contratação regular. Neste sentido, vale colacionar o brilhante julgado:

“Em sede de direito comparado, uma infinidade de países tem regras que tratam das nulidades no contrato de trabalho e os seus efeitos, (...) **Consoante se abstrai da norma posta do Direito Civil Italiano, os efeitos das nulidades no contrato de trabalho operam somente para o futuro, reservando para o trabalhador que vê seu contrato de trabalho ser declarado nulo, todos os direitos inerentes a qualquer outro trabalhador, ressalvada a hipótese da ilicitude do objeto ou da causa. Já no Direito Argentino, também há a adoção da teoria da relação fática de trabalho, ou seja, mesmo que o trabalho seja realizado com base em um contrato nulo, ainda assim o obreiro faz jus ao recebimento das verbas devidas como se válido fosse o contrato, é o que se infere dos artigos 40, 41 e 42 da Ley 20.744, (...)** Assim como no Direito Italiano, o Direito Argentino ao lidar com a teoria das nulidades distingue a nulidade do contrato de trabalho de objeto ilícito da de objeto proibido, conferindo tratamento diferenciado a estes, no que tange a seus efeitos, operando-se quanto ao primeiro de forma *ex tunc*. A Lei Argentina, digna de aplauso, determina a proibição da oponibilidade das nulidades em face do trabalhador, reservando a esse o direito de reclamar direitos nascidos de uma prestação de trabalho proibido e a solução para o caso de nulidade não deve ser entendida em desfavor do empregado, que não pode arcar com as conseqüências da omissão ou da ilegalidade praticada pelo empregador. Verifico que o Direito Argentino, de forma inteligente, adotou a teoria da irretroatividade das nulidades no Direito do Trabalho, salvo no caso de contratação cujo objeto é ilícito, reservando em todos os casos, com exceção deste último, efeitos *ex nunc* a declaração de nulidade havida, remunerando o trabalhador pelo período prestado. Estribado nos artigos 37, § 2º, da Constituição, 104 e 166 do Código Civil, entendo que deverá ser declarada a nulidade absoluta do contrato, com efeitos *ex tunc*, isto é, a nulidade declarada *in casu* repercute no nascedouro do ato, invalidando-o. Todavia, em respeito ao mandamento do artigo 182 do Código Civil, aos fundamentos básicos do Estado Democrático de Direito, como são a função social da propriedade, a busca do pleno emprego, a valorização do trabalho, entre outros, e, principalmente, pela aplicação subsidiária da legislação estrangeira, a teor do permissivo do artigo 8º da CLT, entendo que deverá haver o pagamento da indenização equivalente a

tudo que seria devido ao trabalhador, referente ao contrato de trabalho executado. **Esse deferimento de todos os direitos trabalhistas ao obreiro, entre eles férias, décimos terceiros salários, horas-extras, FGTS, inclusive com a contagem de tempo de serviço para todos os efeitos, acrescidos da punição do administrador público irresponsável que realizou a contratação, irá, a nosso ver, difundir uma maior consciência da Administração Pública em não mais realizar essa modalidade fraudulenta de contratação, bem como resguardar os direitos do trabalhador como pessoa humana, nos termos da Constituição Federal. As pessoas jurídicas da administração direta e indireta já são conscientes da impunidade e de que a sua prática inconstitucional de contratação sem concurso público só lhe trarão benefícios, tanto é que a reclamada sequer se dignou em comparecer na audiência de instrução, certa de que exploraria a força de trabalho da autora e pagará bem pouco por isso, sem responsabilidades. E não há como alegar prejuízos ao erário público, na medida em que este deverá ajuizar ação de regresso em desfavor do agente público que causou o dano (§ 2º do artigo 37 da CF/88), restituindo todo o valor pago.** Em resumo à toda controvérsia levantada alhures, melhores não seriam as palavras de RITA DE CÁSSIA TAQUES DANIEL, as quais peço venia para transcrevê-las, in verbis: 'As contratações irregulares que importam em nulidades e em responsabilidade civil ou penal de quem as autorizou, não eximem o ente de Direito Público da responsabilidade trabalhista em face do servidor, que, presumivelmente de boa-fé, dedicou-lhe a sua força de trabalho. Se a ordem econômica - art. 170 da CF/88 – tem como fundamento, além da livre iniciativa, o trabalho humano, seria incoerente e inconstitucional que, pelo trabalho prestado, alguém fosse punido e não beneficiado. Como se vê, a Constituição deve ser interpretada como um todo orgânico e, em havendo um aparente conflito entre princípios constitucionais, deve-se escolher, sempre, aqueles atinentes aos direitos fundamentais. O homem deveria ser cada vez mais valorizado, e em sentido oposto, a neutralidade e o formalismo do Direito devem ser afastados, para que pudéssemos continuar almejando os ideais de liberdade e justiça insculpidos na nossa Carta Magna, ajustando-os às novas realidades sociais, sob pena de, refugiados em um mundo abstrato, ficarem alheios a vida.'(...)” (3ª Vara do

Trabalho de Cuiabá, Autos n.º 01403.2007.003.23.00-4, Juiz André Araujo Molina, Data de Julgamento: 28/04/2008, grifo nosso).

Conforme se extrai da admirável decisão supracitada, no Direito Civil Italiano e Argentino, são reconhecidos ao trabalhador cujo contrato de trabalho é declarado nulo, todos os direitos atinentes a contratos de trabalho regulares, por se entender que a nulidade não deve ser entendida em desfavor do empregado, o qual não pode arcar com as conseqüências da omissão ou da ilegalidade praticada pelo empregador.

Tal entendimento, a meu ver, é o mais coerente com o Estado Democrático de Direito, bem como com os princípios constitucionais fundamentais, norteadores do Direito Pátrio. Do mesmo modo, em se tratando da Administração Pública, a qual se rege pelos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, outro entendimento não parece satisfazer a vontade Constitucional.

Ora, não se pode admitir que o cidadão comum, quando desempregado, necessitando alimentar e dar condições básicas de sobrevivência aos seus dependentes, filhos, cônjuge, bem como a si mesmo, negue a oportunidade de emprego público a ele oferecida, sob o pretexto de que tal modalidade de contratação é ilegal. A uma, pelo fato de que não aceitando o emprego estará colocando em risco a sua sobrevivência, bem como a de seus dependentes, colocando em cheque o princípio da dignidade da pessoa humana; a duas, porque é notório que o trabalhador brasileiro, salvo exceções, é pessoa leiga e de pouco conhecimento, não se podendo, pois, exigir-lhes o conhecimentos das regras de contratação da administração pública, as quais, inclusive, admitem, em algumas

hipóteses, a contratação sem prévia aprovação em concurso público, sendo que exigir do trabalhador o conhecimento destas hipóteses é um ato de clara torpeza; e, a três, pelo simples motivo de caber à Administração Pública o dever de não realizar atos contrários à Lei, principalmente à Constituição.

Não parece razoável que um cidadão após ter prestado serviços à Administração Pública por um longo período, muitas vezes por tempo equivalente à maior parte de sua vida, seja dispensado em razão da nulidade contratual e com isto não perceba qualquer direito, não lhe seja anotado o tempo de serviço para fins de previdenciários, não goze de férias após completar o período aquisitivo, pois tais direitos, entre outros, nada mais são que o mínimo, constitucionalmente garantido, para que o trabalhador tenha saúde e dignidade. Da mesma forma, tamanha torpeza seria deixar um trabalhador que se acidentasse em serviço, tornando-se permanentemente inválido, ao relento, negando-lhe a seguridade social, direito este advindo do princípio da solidariedade e garantido a todos os trabalhadores.

Assim, a escusa de garantir ao trabalhador, cujo contrato de trabalho é declarado nulo, todos os direitos trabalhistas e previdenciários constitucionalmente garantidos, sob a alegação de que é ele também culpado pela ilegalidade contratual, *data vênia*, não faz cumprir a vontade da Carta Constitucional, a qual busca, como princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana e tem por fundamento os valores sociais do trabalho.

Destarte, ainda que o entendimento atual seja no sentido de reconhecer ao trabalhador irregularmente contratado pela Administração Pública apenas a indenização equivalente às contraprestações pelas horas trabalhadas e o FGTS, o mesmo não deve

prevalecer, vez que fere a vontade constitucional, pela qual, na sua melhor interpretação, certo é reconhecer todos os direitos trabalhistas e previdenciários, como se o contrato válido fosse.

#### 6.4 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS

No tocante aos direitos Previdenciários atinentes aos contratos em estudo, vale frisar que os Agentes Públicos regularmente contratados, ocupantes de empregos públicos, cargos temporários, bem como os ocupantes, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, estão vinculados ao **Regime Geral de Previdência Social**, conforme § 13, do art. 40 da Constituição Federal, que assim dispõe: *“Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social.”*

Neste sentido, André Luiz Menezes Azevedo Sette observa:

*“O § 13, do art. 40, da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998, vincula ao Regime Geral de Previdência Social o servidor público ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração da União, Estados, Distrito Federal e Municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas, bem como de outro cargo temporário ou de emprego público. Neste inciso, o Decreto trata do servidor que exerce cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, desde que não ocupe qualquer cargo público efetivo. E nem podia ser de outro modo, porque uma vez nomeado para cargo em comissão, em não sendo o servidor estatutário, não estará acobertado por regime próprio de previdência social como aquele, devendo, portanto, contribuir para o RGPS na qualidade de segurado.”* (SETTE, 2007, p. 143).

Assim, embora atualmente não se reconheça o vínculo do Agente irregularmente contratado ao Regime Geral da Previdência Social, o reconhecimento do mesmo é o que mais se coaduna com o ordenamento jurídico vigente, devendo ao Agente serem reconhecidas todas as garantias desta modalidade previdenciária, inclusive a devida anotação da CTPS, para fins de contagem de tempo de serviço e custeio previdenciário.

Neste sentido, vale citar o seguinte julgado:

*“Alçado ao nível constitucional o trabalho como direito social - art. 6º da Carta Magna - os efeitos do labor humano em contrato com ente público na esfera trabalhista não podem ser desconhecidos por vício de nulidade contratual respaldada no art. 37 inciso II da norma fundamental. **São distintos os conceitos de contrato laboral nulo e inexistente.** O registro da carteira profissional determinável de "ofício" pelo juízo por força do art. 39 § 2º da CLT visa atestar a existência da relação empregatícia havida e não a sua validade. Remessa parcialmente provida para assegurar o registro em CTPS de contrato de trabalho ainda que nulo.” (TRT-21ª Região, Pleno, RO n.º 00974/1995, Relator: Juiz Ronaldo Medeiros de Souza, Data do Julgamento: 09.07.1997, grifo nosso).*

A esperança, portanto, é que o Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE 596478, que visa tolher do trabalhador irregularmente contratado pela Administração Pública, além de todos os direitos que inconstitucionalmente não lhe são conferidos, também o depósito do FGTS, negue provimento ao mesmo, e passe a refletir acerca do posicionamento atual do TST, a fim de que, no futuro, possamos ver a substituição da funesta súmula 363 por outra que garanta ao trabalhador cujo contrato seja declarado inválido, todos os direitos conferidos a trabalhadores regularmente contratados, vez que esta é a verdadeira vontade da Constituição da República e seus princípios fundamentais.



## 7 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, conclui-se pelo presente trabalho que o contrato de trabalho existente entre a Administração Pública e o cidadão brasileiro, ressalvadas as exceções, só é válido em havendo prévia aprovação do contratado em concurso público de provas e/ou provas e títulos.

Averiguou-se que a não observância desta formalidade acaba por acarretar a nulidade do contrato de trabalho, conforme § 2º do art. 37 da Constituição Federal e art. 166, IV, do Código Civil. Nulo sendo o contrato de trabalho realizado com a Administração Pública, inválido é o negócio jurídico, não deixando, entretanto, de ser existente e eficaz.

Sua eficácia, todavia, conforme atual jurisprudência majoritária resume-se a garantir ao trabalhador irregularmente contratado apenas as contraprestações pelas horas trabalhadas e os depósitos do FGTS, este último em discussão no Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade do dispositivo que o prevê.

No entanto, em análise aos princípios fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal, bem como em sede de direito comparado, verificou-se que a posição atual não é a que mais se coaduna com a vontade do Constituinte Originário, sendo que contraria patentemente os princípios constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana.

Dessarte, com a evolução do Ordenamento Jurídico Brasileiro acredita-se que, como medida de justiça, haja uma reflexão mais detida acerca do tema por parte dos

detentores da guarda da constituição, a fim de que seja observada a inconstitucionalidade do posicionamento atual e reconhecidos aos trabalhadores irregularmente contratados pela Administração Pública todos os direitos devidos em contratos de trabalho regulares.

Afinal, admitir que os princípios constitucionais sejam desrespeitados pela própria Administração Pública é consagrar a vulnerabilidade da Carta Magna e dos princípios fundamentais, dando insegurança ao cumprimento de suas disposições e das Leis Infraconstitucionais, pois, se a Lei das Leis é desrespeitada, ninguém garante que os demais cadernos legais serão dignos de deferência.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Prefacio à obra *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o principio de supremacia do interesse publico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARMO, Júlio Bernardo do. *Contrato de trabalho nulo. Art. 37, II, da CF/88. Ato de improbidade. Responsabilização do chefe do Executivo. Competência da Justiça comum*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1030, 27 abr. 2006. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8308>.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 22. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 26 ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1988.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado - Tomo I*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed., Curitiba: Jurua, 2010.

SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. *Direito Previdenciário Avançado*. 3. ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

SOARES, Evanna. *Contrato de trabalho nulo por falta de concurso público e registro na CTPS. Reflexões à luz da teoria do fato jurídico*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1601, 19 nov. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10657>>.

VIOLIN, Tarso Cabral. *Vínculo dos servidores com o Estado (estatutários e celetistas), a Emenda Constitucional nº 19/98 e o regime jurídico único. A natureza desse vínculo nas agências reguladoras*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3342>>.

\_\_\_\_\_. *Vade Mecum*, 1 1. Ed., São Paulo: Saraiva, 2011.