

AS NULIDADES CONTRATUAIS DECORRENTES. DA INVESTIDURA EM CARGO OU EMPREGO PÚBLICO SEM A OBSERVÂNCIA DE CONCURSO PÚBLICO

*Dalila Rocha de Melo
Bacharel em Direito pela UFRN*

INTRODUÇÃO

Uma questão por demais discutida no âmbito da Justiça do Trabalho e que ainda não alcançou a unanimidade, envolvendo, ao mesmo tempo, preceitos constitucionais, a Teoria das Nulidades, princípios da Administração Pública, e ainda, princípios do Direito laboral, vem a ser a questão da nulidade dos contratos de trabalho celebrados com a Administração Pública sem a prévia realização de concurso público, após a promulgação da atual Constituição Federal.

Malgrado não haja divergência quanto à flagrante nulidade que vicia tais contratos, tanto a Doutrina como a Jurisprudência se dividem na análise de seus efeitos em relação aos direitos trabalhistas que são frequentemente reivindicados perante essa justiça especializada, como será adiante desenvolvido.

A IMPORTÂNCIA DO CONCURSO PÚBLICO

Primeiramente, reside a discussão na exigência feita pela Carta Magna que, no inciso II de seu art.37, prescreve: “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração” Tal regra foi, com acerto, inserida no texto constitucional a fim de proteger a Administração Pública, em todas as suas esferas, dos políticos que, de modo irresponsável, a utilizam como cabide de empregos com fins eleitoreiros. Além disso, é o concurso público o meio adequado encontrado pelo legislador constituinte tanto para garantir oportunidade igualitária para os administrados, como para servir como “meio de aferição da qualificação dos postulantes ao cargo de servidor público, almejando não só a continuidade dos serviços públicos, mas que estes sejam prestados em níveis mais satisfatórios”.¹

Comentando a disposição constitucional em análise, o saudoso Hely Lopes Meirelles, in Direito Administrativo Brasileiro, 14^a ed., Revista dos Tribunais, pág. 374, já lecionava: “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 consoante determina o art. 37, 11, da Constituição da República. Pelo concurso se afastam, 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 empregos públicos”.

Vem a ser, portanto, a exigência de concurso público, um princípio de ordem pública, um verdadeiro dogma constitucional.

A NULIDADE DAS CONTRATAÇÕES IRREGULARES E SEUS EFEITOS

De tamanha importância se reveste a regra prescrita no art. 37, II, da Constituição Federal, que o fato de sua inobservância gerar a nulidade do ato é pacífico, ainda mais quando a própria *Lex Legum* preceitua no parágrafo 2º do mesmo artigo 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”. (grifo nosso)

Desse modo, inquestionável que o ato da contratação sem realização de concurso é nulo, resta serem analisados os efeitos de tal nulidade em relação ao ente público e ao prestador de serviços.

Com efeito, estabelece o art. 158 do Código Civil Pátrio: “Anulado o ato restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente”. Ocorre que, prevalece no Direito do Trabalho o princípio da não retroação das nulidades, em razão de algumas circunstâncias que são peculiares às relações regidas por esse ramo da ciência jurídica.

Primeiramente, há a impossibilidade fática de restituição efetiva das partes ao *status quo ante*, uma vez que o trabalho, como energia despendida, não pode ser devolvido ao agente trabalhador. Em segundo plano, há no Direito Laboral um princípio protetor da parte hipossuficiente da relação contratual. Como se adequar tais peculiaridades à exigência constitucional do art. 37, II?

O primeiro dos posicionamentos existentes, fincado no Direito Civil, baseia-se no princípio que veda o enriquecimento sem causa, procurando resguardar assim o ganho do trabalhador, alegando para tanto que “o trabalho é um fato gerador de riquezas. Negar-se reconhecimento a um trabalho despendido, é se autorizar a só produção de efeitos reais para uma única das partes (o tomador de serviços), que se enriquece, portanto, ilicitamente, em decorrência de seu próprio desrespeito à legislação”.² Em geral, essa corrente entende que os contratados irregularmente fazem *jus* tão somente aos direitos consumados na vigência do pacto, sendo-lhes indevidas as verbas próprias da rescisão contratual sem justa causa, tais como aviso prévio, multa rescisória, FGTS, 40% sobre o saldo, e seguro desemprego.

Há um posicionamento minoritário, fundado nos princípios protecionistas do Direito Laboral, obviamente defendido pelos advogados dos reclamantes, servidores celetistas contratados irregularmente pelos Estados e Municípios, segundo o qual o ente público não poderia se beneficiar de sua própria torpeza, uma vez que a norma que veda a contratação sem concurso é dirigida ao administrador. A ausência de instrução e discernimento da maioria dos servidores contratados irregularmente também é argumento erigido por essa corrente, defensora dos efeitos *ex nunc* da declaração de nulidade, entendendo serem devidas, além das verbas contratuais, as rescisórias, como se válido o contrato até o momento da declaração de sua nulidade.

Uma terceira corrente, predominante no TST e defendida pela Douta Procuradoria Regional do Trabalho da 21ª Região, entende ser necessário adequar a nulidade absoluta com o princípio do enriquecimento sem causa e com a impossibilidade de restabelecer o *status quo ante*, de modo que, apenas seriam devidos ao servidor irregular os salários *stricto sensu* com natureza indenizatória, abrangendo, em geral, apenas os salários retidos e as diferenças em relação ao mínimo legal que porventura estejam sendo reivindicadas na reclamação trabalhista. A respeito desse posicionamento defendido pelo Ministério Público do Trabalho da 21ª Região, vale transcrever as ementas dos pareceres comumente exarados pelos respeitados procuradores José de Lima Ramos Pereira e Xisto Tiago de Medeiros Neto, respectivamente a seguir:

EMENTA : “CONTRATO DE TRABALHO - SERVIDOR PÚBLICO - ADMISSÃO APÓS A PROMULGAÇÃO DA CF/88 - NULIDADE - EFEITOS - PAGAMENTO DA OBRIGAÇÃO CONTRAPRESTACIONAL SALARIAL - NATUREZA INDENIZATÓRIA - INTELIGÊNCIA DO ART. 158 DO CÓDIGO CIVIL - Sendo o contrato de trabalho firmado com ente público após o advento da nova ordem constitucional deve ser declarada a sua nulidade absoluta, devendo haver, apenas, pagamento do salário “stricto sensu”, em decorrência da obrigação contraprestacional salarial, a título indenizatório, nos termos do art. 158 do CC, eis que impossível o retorno ao “status quo ante”, evitando-se o enriquecimento sem causa do reclamado”.

EMENTA: “É nula a contratação, sem concurso público, no âmbito da administração, em face dos termos do art. 37, II e § 2º da CF. gerando por efeito da sua declaração, direito apenas à remuneração do período laborado, diante da impossibilidade de reposição das energias despendidas pelo trabalhador e a fim de evitar o enriquecimento ilícito do tomador do serviço. excluídas as verbas contratuais e indenizatórias”.

No entanto, em detrimento das correntes já esposadas, há ainda os que defendem que a contratação de servidores sem a observância de concurso público constitui nulidade, cujos feitos, apesar das características especiais da relação de trabalho, seriam *ex tunc* e totais.

O EFEITO “EX TUNC” DA NULIDADE

Alguns juízes do trabalho das Juntas de Conciliação e Julgamento do Rio Grande do Norte, tais como Maria Auxiliadora Barros Medeiros Rodrigues (que inclusive adotava anteriormente a corrente defensora dos efeitos *ex nunc*), José Dario de Aguiar Filho e Zéu Palmeira Sobrinho, entendem que a admissão de servidor público em contrariedade com a Constituição Federal não merece produzir efeitos, ainda que apenas salariais, sob pena de estar o Judiciário compactuando com tais irregularidades e afrontando princípios constitucionais de ordem pública, princípios estes superiores aos do Direito Civil e do Direito do Trabalho.

Vários argumentos podem fazer com que tal tese realmente seja a mais admirável. Vejamos: se é verdade que o administrador deveria saber que não poderia contratar sem concurso público, também não é menos verdade que os contratados também deveriam saber que não o poderiam ser nessas condições. Ninguém pode se escusar de cumprir a lei alegando que não a conhece (art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil). Os contratados, no mínimo, concorrem para a irregularidade praticada, não devendo dela se beneficiar. “A natureza e importância do princípio constitucional posto em evidência tem, sem dúvida, significado especialíssimo. Não se está aqui examinando uma relação pura e simples entre patrão e empregado, mas sim uma relação entre Estado, *lato sensu*, e o cidadão. E aqui as normas de ordem pública assumem total relevância. Se a Constituição, no caso específico da investidura em cargo ou emprego público, penaliza com nulidade o ato praticado sem observar o requisito por ela estabelecido - o concurso público - não podemos nós a pretexto de resguardar suposto direito,

empreender novo tipo de conspiração contra a lei maior, suavizando os efeitos da penalidade nela contida. Se o ato é nulo, assim deve ser considerado”.³

Acertadamente, em recente artigo, o Dr. Cláudio Mascarenhas Brandão, Juiz do Trabalho da 15ª JCI de Salvador/BA veio a favorecer ainda mais os argumentos da corrente em questão ao aduzir: *“Poder-se-ia, finalmente, argumentar com a hipótese de serem os obreiros de pouca instrução e, portanto, presumivelmente não teriam discernimento suficiente para compreender o alcance do preceito e não poderiam ser prejudicados sem o reconhecimento do vínculo empregatício. Data vênia dos que assim pensam, o raciocínio não pode ser acolhido. Primeiro porque, do ponto de vista legal, não se pode interpretar a norma de forma diferente em razão de quem seja o seu destinatário. Segundo, porque a ninguém é dado o direito de alegar o desconhecimento da lei para não a cumprir, consoante o estatuído na Lei de Introdução ao Código Civil (art. 3º). Ora, se ninguém, pode alegar o desconhecimento da lei como fato excludente de sua responsabilidade, o que se dizer quando essa lei é a própria Constituição, sustentáculo de todo o ordenamento jurídico? Não é crível que, sob o manto protetivo da legislação do trabalho, se possa ignorar a Constituição Federal, da qual deriva o fundamento para todas as demais leis, inclusive de natureza trabalhista. A situação fática é exatamente a mesma do contrato celebrado no período pré-eleitoral, em que a legislação de forma absolutamente clara estabelece a nulidade”*, (In JORNAL TRABALHISTA, n. 484, 13.12.93 - ED. CAT - p. 1092)⁴.

Ressalte-se, ainda, que o art. 37 da Constituição Federal institui para a administração pública os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. A nulidade em tela merece maior atenção, haja vista tocar a administração dos bens públicos, lesando o patrimônio do Estado. Desse modo, condenar os entes públicos no pagamento de títulos decorrentes do contrato de trabalho válido e em títulos rescisórios, em defesa do princípio protetor do Direito do Trabalho, implica em “fechar os olhos à norma constitucional, dando efeitos idênticos ao ato nulo, como se absolutamente válido”.⁵

Dentro desse contexto, as reclamações trabalhistas fundadas em contratos nulos, por inobservância do art. 37, II da CF/88, devem ser sempre julgadas improcedentes. Primeiramente porque, provado que o liame empregatício cessou em razão de mácula a dispositivo constitucional expresso, desfigurada estaria a alegação de despedida sem justa causa, restando indevidos os títulos rescisórios. Em segundo plano, também os pleitos de salários não pagos e de anotação na CTPS devem ser indeferidos, pois não deve ser tarefa do Judiciário compactuar com o desrespeito aos fundamentos da própria ordem jurídica. O que não deve ocorrer é a devolução dos salários e vantagens já percebidos, em razão da impossibilidade de restituição da força de trabalho.

A decisão judicial não serve apenas para punir, mas sobretudo deve servir para educar. E, como bem ensina o Dr. Zéu Palmeira Sobrinho em suas sentenças, educar o jurisdicionado significa ensinar-lhe que a contratação sem concurso público gera a nulidade, consoante se infere do parágrafo 2º do art. 37 da Constituição Federal. Se foram infrutíferas as tentativas de conscientizar os administradores públicos da irregularidade de tal conduta, é necessário, agora, conscientizar o cidadão. Imprimir eficácia aos contratos em análise seria como que transformar o dispositivo constitucional em regra substancialmente inócua.

O que tem ocorrido na realidade é que os atuais administradores, principalmente os prefeitos do interior, continuam a admitir pessoal sem observância de concurso público por contarem com a certeza de que todos os direitos destes servidores serão garantidos pela Justiça do Trabalho, que, de certa forma, é conivente com as irregularidades. Tal situação não merece prosperar, devendo a nulidade ser declarada ex tunc, de forma total, sendo indevidas até mesmo as verbas salariais.

CONCLUSÃO

É de suma importância o princípio constitucional insculpido no art. 37, inciso II, da Carta Magna, o qual exige a prévia realização de concurso público para a investidura em serviço público sob pena de nulidade contratual. Ocorre que, estando o contrato de trabalho revestido de certas peculiaridades, tais como a impossibilidade de retorno ao status quo ante, pelo motivo de não poderem ser devolvidas ao trabalhador as energias gastas na labuta, a nulidade em questão merece ser revestida de nuances próprias. No presente contexto, não devem ser devidas verbas rescisórias e muito menos verbas salariais, pois o princípio que veda o enriquecimento ilícito não deve se sobrepor ao princípio que veda a contratação sem concurso público, sob o risco de estar o Poder Judiciário colaborando para tornar inócuo o dispositivo constitucional em estudo.

O que não pode ser admitido é que o Judiciário cobre do trabalhador a devolução dos salários e vantagens percebidas irregularmente durante a vigência do pacto, uma vez que tais verbas assumem o caráter da indenização equivalente a que se refere o art. 158, in fine, do Código Civil. Em outras palavras, o que foi pago ao obreiro não deve ser restituído, e o que restou-lhe devido pela Administração deve ser ignorado em nome da nulidade que ora se discute.

NOTAS

¹ MARCUS AURÉLIO DE FREITAS BARROS, in *Contratação Temporária de Professor Substituto, à Luz da Constituição Federal de 1988*, Revista Jurídica IN VERBIS, vol. 01, n° 02, UFRN/CCSA

² MAURÍCIO GOLDINHO DELGADO, in *Curso de Direito do Trabalho, Estudos em Memória de Célio Goyatá*, vol. I, Ltr, 2ª tiragem, 1993, pág.155.

³ TRT 8ª Região RE-EX-OFF-RO 7342/93 - Ac. 2ª T., 4121/93, 27.05.94, Rel. Juiz Rider Nogueira de Brito

⁴ Apud Dr. Xisto Tiago de Medeiros Neto, no parecer exarado no RO 2156/94. TRT 21ª Região

⁵ XISTO TIAGO DE MEDEIROS NETO, in parecer exarado no RO 2156/94. TRT 21ª Região

BIBLIOGRAFIA

DELGADO, Maurício Goldinho. *Curso de Direito do Trabalho, Estudos em Memória de Célio Goyatá*, vol. I, Ltr, 2ª tiragem, 1993.

GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*, vols. I e II, 11 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 14 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*, 4 ed., São Paulo: Atlas