

RELAÇÃO DE EMPREGO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: equívocos da Súmula n. 363 do TST e competência da Justiça do Trabalho*

THE RELATIONSHIP OF THE JOB WITH THE PUBLIC ADMINISTRATION: misunderstanding of the Abridgement n. 363 of the TST and the Labor Courts competence

Guilherme Guimarães Feliciano**

Resumo: O artigo advoga a revisão da Súmula n. 363/TST, propondo um novo modelo para o tratamento dos casos de contratação ilegal de empregados públicos, menos casuístico, com foco na coerência científica e no compromisso com o primado da dignidade humana.

Palavras-chave: Emprego público. Nulidade. Trabalho ilícito. Enunciado TST.

Abstract: The paper suggests the revision of Abridgement n. 363/TST, considering a new model for the treatment of the cases of illegal contracts of public officers, less casuistic, with focus in the scientific coherence and also in the commitment with the supremacy of the human dignity.

Keywords: Public job. Nullity. Illicity job. TST corresponding.

1 INTRODUÇÃO

Já começam a ser potentes, nas primeiras instâncias das diversas Regiões da Justiça do Trabalho brasileira, as vozes que pedem

*O presente artigo corresponde, em parte, à tese “Efeitos positivos dos contratos nulos de emprego público: distinguir o joio do trigo”, apresentada e aprovada no 2º Encontro Científico dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região (II Pré-CONAMAT - Bauru/SP, 31.3.2006), na 4ª Comissão do XIII Congresso Nacional de Magistrados da Justiça do Trabalho (XIII CONAMAT - Maceió/AL, 4.5.2006) e, finalmente, na **plenária do XIII CONAMAT** (Maceió/AL, 5.5.2006). A ementa conclusiva aprovada em plenária corresponde às alíneas “c”, “d” e “e” da conclusão deste artigo (*infra*). Para o mais, atualizou-se o texto, quanto à competência da Justiça do Trabalho para ações de improbidade, com elementos que refletem a trajetória errática da jurisprudência superior dos anos seguintes, de 2008 até 2013.

**Juiz do Trabalho Titular da 1ª VT de Taubaté, do TRT da 15ª Região; é Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Associado II do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Coordenador da Pós-graduação em Direito e Processo do Trabalho da Universidade de Taubaté. Diretor de Prerrogativas e Assuntos Jurídicos da ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho), gestão 2013-2015. Membro da Academia Taubateana de Letras (cadeira n. 18).

uma modificação radical no teor exegético da Súmula n. 363 do TST. Esse sentimento comum reverberou nas primícias de maio (2006), por ocasião do XIII Congresso Nacional de Magistrados da Justiça do Trabalho, realizado na cidade de Maceió/AL. Três Juízes do Trabalho encaminharam teses nessa precisa direção, todas aprovadas na respectiva Comissão Temática e, ao depois, na Plenária do XIII CONAMAT.

Há, realmente, algum *non sense* na inteligência ali sufragada. Reconhece-se a nulidade, obstativa da formação do vínculo empregatício, mas se concedem, paradoxalmente, direitos típicos daquele vínculo, como o respeito ao salário-mínimo/hora e a obrigação de depositar o FGTS. Isso é mais que simplesmente prevenir o enriquecimento sem causa. Afinal, qual o critério científico dessa “seletividade” pretoriana?

Parece-nos, em verdade, estar faltando. Daí se pretender, com este trabalho, propugnar uma nova construção dogmática para o problema, conferindo-lhe tratamento mais sistemático e racional, compromissado com os princípios maiores da ordem constitucional em vigor.

2 O JOIO E O TRIGO. TRABALHO ILÍCITO E TRABALHO PROIBIDO

Em sede jurisprudencial, a celeuma em torno da contratação irregular de empregados públicos, ao arrepio das regras constitucionais e legais de investidura, foi resolvida pela Seção de Dissídios Individuais do C. TST no final da década de noventa. Para tanto, editou-se a OJ n. 85 (SDI-1), depois transformada, por ato do Pleno, na Súmula n. 363¹. Nada obstante, a *vexata quaestio* reclama novo dimensionamento, pelas próprias contradições inerentes à inteligência da referida súmula.

No Direito Civil, põe-se a *summa divisio* entre atos **nulos** e **anuláveis**, sendo **nulos** os atos jurídicos praticados por pessoas absolutamente incapazes; os atos jurídicos cujo objeto é ilícito, indeterminado ou impossível; os que não revestem a forma prescrita em lei (incluídas as solenidades *ad substantiam tantum*); os de motivo determinante comum e ilícito; os que objetivarem fraudar lei imperativa e, finalmente, os que a lei ou a Constituição declararem nulos, ou proibirem sem cominar sanção, ou aos quais negarem efeitos (art. 166, I a VII, do NCC). **Anuláveis**, de sua parte, são os atos jurídicos emanados por agente relativamente incapaz e os eivados por vícios de consentimento (erro, dolo, coação, lesão e estado de perigo) ou por vícios sociais, i.e., simulação ou fraude (art. 171, I e II, do NCC). A luz dessas considerações, e por força do art. 37, II e § 2º, da CF, o contrato de trabalho do servidor não concursado, abstraídas as exceções constitucionais (art. 37, II, *in fine*, V e IX), é **nulo**

¹ **Contrato nulo.** Efeitos. 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.

ab ovo. Os **efeitos** dessa nulidade, contudo, não podem ser os mesmos divisados na perspectiva civilista, porque a teoria das nulidades comporta adequações nos lindes do Direito do Trabalho (**diversidade relativa dos efeitos das nulidades**). No plano constitucional, chega-se à mesma ordem de conclusões pela interpretação sistemática das normas constitucionais de nulidade: quando o constituinte originário pretendeu obstar qualquer efeito jurídico ao ato nulo, declarou-o expressamente, como se lê no art. 231, § 6º, da CRFB (acerca das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios):

São **nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos**, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nela existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, **não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou ações contra a União**, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (g.n.).

Não o declarou, porém, no § 2º do art. 37, conquanto pudesse fazê-lo - donde se entender que a regulação dos efeitos da nulidade ali predisposta foi reservada para o legislador infraconstitucional (cabendo ao Poder Judiciário, à míngua de lei ordinária, colmatar a lacuna correspondente).

Tradicionalmente, os que se guiavam pela OJ n. 85 e que seguem, agora, a Súmula n. 363 do C. TST evocavam, para amparar seu entendimento, o art. 158 do Código Civil de 1916 (atual art. 182 do NCC²)³. O referido preceito estabelece que, não sendo possível restituir as partes ao *status quo ante*, deve-se indenizá-las com o equivalente. Ocorre que o **equivalente** ao trabalho prestado, em sede trabalhista, não são apenas os salários, **mas todos os títulos decorrentes do vínculo empregatício**; caso contrário, o trabalho pessoal e não eventual prestado sob subordinação e mediante salários, na forma do art. 3º da CLT, não diferiria da mera locação de serviços (*locatio conductio operarum*), disciplinada pelos artigos

²Anulado o negócio 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.

³Nesse sentido, confira-se: “Servidor público admitido sem concurso. A admissão de servidor público sem observação de concurso público fere frontalmente o disposto no art. 37, inciso II, da Constituição, quando não se tratar de nomeação para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. Em se tratando de nulidade absoluta, opera retroativamente, por expressa disposição da lei, atuando como se o ato malsinado jamais houvesse existido. Todavia, **a contratação irregular de servidor público torna impossível a recondução das partes ao estado anterior** e, neste caso, o trabalhador tem direito aos salários do período trabalhado e mais a nenhuma outra parcela de natureza trabalhista. **Interpretação do art. 158, do Código Civil Brasileiro**” (TST RR 165.897/95.3, Ac. 1ª T. 4.608/96, Min. Ursulino Santos, g.n.).

1.216 e ss. do CC/1916 e pelos artigos 594 e ss. do NCC/2002. Com efeito, é na *locatio conductio operarum* e nas figuras afins que a prestação de serviços preordena tão somente uma contraprestação pecuniária simples (“retribuição”), sem outros acessórios e à míngua de quaisquer garantias sociais (*ut* artigos 594 *in fine*, 597 e 603 do NCC). Eis a primeira razão pela qual as reflexões clássicas sobre a nulidade do contrato de trabalho nos casos de servidores não concursados desafiam reparos.

A Emenda Constitucional n. 19/1998 (Reforma Administrativa) trouxe consigo modificações relevantes para o tema em comento. Ao introduzir o **princípio da eficiência** (art. 37, *caput*), o legislador colimou, entre outros objetivos, legitimar ações institucionais impopulares inspiradas no art. 41, § 1º, III (perda de cargo em procedimento de avaliação periódica de desempenho) e no art. 169, § 4º (perda de cargo para contenção de despesa pública com pessoal), ambos da CRFB. Nada obstante, cabe ao intérprete conferir sentido socialmente útil ao novel princípio, para que dele se possam extrair consequências práticas e injunções à própria Administração Pública. “Eficácia” é noção mais cara à Ciência da Administração que ao Direito. Ganha relevo, por isso, o célebre escólio de PETER DRÜCKER (1964, 1967, *passim*)⁴ sobre **eficácia** e **eficiência**. **Eficiência** significa “fazer as coisas certo”; corresponde à **capacidade de minimizar o uso de recursos para alcançar os objetivos da organização** (que, no caso do Estado e de suas administrações, é o **bem comum**). Nessa medida, se a exoneração de servidores públicos (por “baixo desempenho” ou por questões orçamentárias) comprometer o bom funcionamento dos serviços públicos ou o próprio equilíbrio social (que se ressentir de demissões massivas quando grassar a recessão e o franco desemprego), não estará a Administração primando pela satisfação do **bem comum** e, desse modo, desatenderá ao princípio da eficiência. Noutras palavras, de nada vale reduzir custos e não atingir os objetivos selecionados pelo constituinte originário - entre os quais a solidariedade social, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais e a promoção do bem comum (art. 3º, I, II, III e IV da CRFB). Estado Mínimo, porém deficiente na consecução dos serviços públicos essenciais, atenta contra e *telos* constitucional, que não contempla os *superavits* primários ou tampouco a contenção do *deficit* público (esse último é um objetivo valioso, inclusive de traço legal-constitucional - *ut* Lei Complementar n. 101/2000 e artigos 163 a 169 da CRFB -, mas não é um *fundamento* da ordem constitucional e democrática em vigor). O princípio da eficiência pode, portanto, ser evocado em favor do cidadão: não há **eficiência administrativa** sem **responsabilidade social**. Isso há de valer, e.g., para as demissões massivas de “não concursados”.

Em face do art. 37 da CF, há pelo menos três hipóteses de contratação **nula** de servidores públicos:

⁴Cfr., ainda, James A. F. Stoner, R. Edward Freeman, 1995, p. 136.

(a) nulidade por violação pura e simples à norma do art. 37, II, 1ª parte, da CRFB (investidura para cargos, empregos ou funções públicas, por tempo indeterminado, sem aprovação prévia em concurso público, ressalvados os cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração);

(b) nulidade por violação oblíqua à norma permissiva do art. 37, inciso II, *in fine*, c/c inciso V, *in fine*, da CRFB (contratação sem concurso público a pretexto de ocupação de cargos declarados em lei de livre nomeação e exoneração, em funções cujas características técnicas ou estratégicas não envolvem direção, chefia ou assessoramento⁵);

(c) nulidade por violação à norma permissiva do art. 37, IX, da CRFB (contratação por prazo determinado, sem concurso público, a pretexto de atender necessidade temporária de excepcional interesse público, à míngua de lei específica regulando a matéria ou em desacordo com seus preceitos). Nesse último caso, desde o momento em que se protraem ao desamparo da lei municipal, estadual ou federal, os contratos de trabalho viciam-se irremediavelmente por nulidade absoluta - o que, todavia, não fulmina direitos adquiridos no lapso contratual anterior ao esgotamento do interstício legal ou à nota de irregularidade (*utile per inutile non vitiatur*).

Em todas as hipóteses *supra*, se houve trabalho subordinado, oneroso, pessoal e não eventual, houve **relação de emprego** (art. 3º, *caput*, da CLT), a despeito do elemento subjetivo que informou o comportamento das partes. Daí porque, nesses casos, todos os consectários da relação de emprego são em princípio devidos (inclusive anotação em CTPS, contagem do tempo de serviço para fins previdenciários, horas extraordinárias, verbas resilitórias e FGTS), apesar da nulidade do contrato de trabalho. Isso se explica, a uma, pela incidência, na espécie, do **princípio da primazia da realidade** (que realiza, nessa medida, o princípio da dignidade da pessoa humana)⁶. A duas, explica-se porque ato jurídico **nulo** é algo diverso de ato jurídico **inexistente**, assim como **nulidade** e **ineficácia** são conceitos ontologicamente distintos. A CF impinge a nulidade à contratação de

⁵Ou seja, cargos, empregos e funções públicas que não reclamam **especial confiança administrativa** (reservada, na expressão constitucional, “**apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento**”). É o caso, *e.g.*, de funções públicas de **portaria** ou de **limpeza** de prédios públicos, declaradas em lei de livre nomeação e exoneração: evidencia-se, pela quebra ostensiva do **princípio da razoabilidade**, o logro dissimulado aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, não raro com vistas ao favorecimento de apeniguados ou ao empreguismo público.

⁶Princípio jurídico que também é **valor constitucional imanente e fundamento da República Federativa do Brasil** (art. 1º, III, CRFB). Sobre a correlação entre o princípio da primazia da realidade e o princípio da dignidade da pessoa humana, *cfr.*, por todos, Américo Plá Rodríguez (1996, p. 233): “Dado que o efeito principal do contrato é a prestação da atividade humana, parece claro que esse fato - que, em certo grau, **participa da dignidade procedente da natureza humana - deve primar sobre um elemento puramente intelectual e especulativo**, como pode ser o texto de um contrato” (ou, acresça-se, o “acordo de vontades” em um ajuste verbal).

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 fundamentais⁷ (como são as normas do art. 7º da CRFB, que definem os **direitos sociais**⁸, típicos direitos humanos de segunda geração). Logo, a inteligência da Súmula n. 363/TST no mínimo desconsidera um princípio hermenêutico elementar na aplicação das normas constitucionais. Ademais, as chamadas verbas resilitórias, assim como o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e o próprio direito à segurança social têm, todos, *status* constitucional, eis que previstos nos arts. 7º e 194 da Constituição (respectivamente, “Dos Direitos Sociais” e “Da Seguridade Social”); por força de uma simples **interpretação sistemática** (válida para qualquer espécie normativa), não seria razoável imaginar que a regra do art. 37, § 2º, da CF pudesse, por si só, elidir as garantias sociais constitucionais em alguma situação concreta.

Por tudo isso, melhor partir-se da conhecida dicotomia entre **trabalho ilícito** e **trabalho proibido**⁹ para proceder à análise dos efeitos das nulidades no âmbito da relação de emprego. Em ambos os casos, o vício do contrato está em seu **objeto**. No primeiro caso, porém, esse objeto é **ilícito**, enquanto, no segundo caso, é **juridicamente impossível**. Conquanto na órbita do Direito Civil o efeito final de uma e outra nulidade seja idêntico, no Direito do Trabalho identificam-se consequências diversas. Têm objeto ilícito os contratos de trabalho que visem a préstimos inconciliáveis com o núcleo essencial e irredutível da dignidade humana (como, *e.g.*, a prestação de favores sexuais ou a plena disponibilidade corporal ou biológica à pessoa do contratante); também são ilícitos os contratos que visem à realização de condutas penalmente típicas (crimes ou contravenções penais *in tese*). Nessas hipóteses, não há qualquer direito em favor do “trabalhador”, como tem reconhecido o C. TST em casuísticas específicas (*cfr.*, *e.g.*, a OJ n. 199 da SDI-I/TST¹⁰). Já por trabalho juridicamente impossível (**proibido**) compreende-se aquele em que o objeto do contrato, em si mesmo, não contém qualquer ilicitude, porque a atividade empreendida pelo laborista é intrinsecamente incensurável; nada obstante, circunstâncias extrínsecas ao próprio trabalho têm o condão de torná-lo **proibido** (*v.g.*, a idade do trabalhador, a sua condição de imigrante ilegal ou o não cumprimento de formalidades

⁷A isso se denomina **princípio da máxima efetividade**. Veja-se, por todos, J. J. Gomes Canotilho (1999, p. 1.151): “Este princípio, também designado por **princípio da eficiência** ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais [...] sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (**no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais**)” (g.n.).

⁸Sobre o caráter fundamental dos direitos humanos sociais, que nos parece indiscutível, *cfr.*, por todos, Robert Alexy (1996, p. 454-472); no Brasil, Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 56-57).

⁹Sobre essa distinção, leia-se, por todos, Octavio Bueno Magano (1993, p. 202-203).

¹⁰**Jogo do bicho. Contrato de trabalho. Nulidade. Objeto ilícito. Arts. 82 e 145 do Código Civil** (8.11.2000). Mas, em alguns Regionais, já se julgou em sentido contrário.

exigidas pela legislação). Nesses casos, **até que a nulidade seja declarada, o pacto laboral deve surtir todos os efeitos legais**, exatamente porque é impossível restituir-se ao trabalhador o *status quo ante* (art. 182 do NCC). Tal compreensão é pacífica quando se trata, p. ex., de empregado menor de dezesseis anos (vide art. 7º, XXXIII, da CRFB).

As três hipóteses de contratação nula junto à Administração (alíneas *supra*) configuram, em princípio, hipóteses de trabalho proibido, já que as funções exercidas geralmente não são, em si mesmas, ilícitas (magistério, vigilância, portaria, assessoramento, direção veicular, serviços gerais etc.¹¹). Diante disso, todos os consectários do contrato são devidos ao trabalhador, até que se declare a nulidade. Já não será assim, porém, se o contrato celebrado for concretamente **ilícito** (caso dos “funcionários-fantasma” e das atividades escusas financiadas com dinheiro público).

A casuística demonstra, de outra parte, que ao dispensar servidores admitidos sem prévio concurso público, as prefeituras municipais usualmente se limitam a romper o contrato de trabalho, sem justa causa do empregado (**resilição unilateral**). É que se a Administração não declara a nulidade da contratação (Súmula n. 346/STF) mediante ato administrativo de igual ou superior hierarquia à daquele pelo qual investiu o servidor (*unumquodque dissolvitur eo modo quod fuerit colligatum*), tecnicamente não terá **rescindido** o contrato (a **rescisão** é a modalidade de extinção contratual própria dos casos de nulidade¹²), mas, antes, ter-se-á cingido à **resilição** (= denúncia vazia); e se simplesmente **resile** o contrato de trabalho, é porque o pacto prossegue surtindo seus integrais efeitos até o fim - inclusive os decorrentes da resilição unilateral por iniciativa do empregador (títulos resilitórios: aviso prévio indenizado, verbas proporcionais, indenização de 40% sobre o FGTS depositado etc.).

A boa-fé do trabalhador deve ser sempre presumida (art. 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 configura um tipo de **fraude** muito comum, apta a

¹¹São todos serviços concretamente prestados ao ensino de contratos de trabalho nulos celebrados em diversos Municípios do Estado de São Paulo. A informação provém da experiência pessoal do autor, na condição de Juiz do Trabalho da 15ª Região, ao longo de quinze anos de carreira.

¹²GOMES e GOTTSCALK (1996, p. 356, nota 2) chegaram a sustentar que “em Direito do Trabalho não oferece interesse a distinção que a doutrina faz entre rescisão e resilição, já que a nulidade determinante da rescisão não se opera retroativamente no contrato de trabalho”. Como se vê, isso não é verdadeiro: saber se a hipótese é de resilição (denúncia vazia) ou de **rescisão** (em virtude de nulidade) tem interesse para aferir o direito do trabalhador a, p. ex., receber certos títulos resilitórios (aviso prévio indenizado, indenização de 40% sobre FGTS), que só seriam devidos em caso de resilição espontânea e não motivada. Com efeito, não haveria sentido em se admitir que a Administração declare a nulidade dos contratos celebrados (Súmula n. 346/STF) e, ao mesmo tempo, exigir-lhe que mantenha esse contrato por mais trinta dias (art. 487, II, da CLT), apesar dos vícios. Feriria o princípio da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, da CRFB).

contaminar o objeto mesmo do contrato. Isso porque, amiúde, a conduta concertada do servidor e do administrador ímprobo admite subsunção à tipologia do Direito Penal (notadamente artigos 171, 317, 319, 321, 328, 332 e/ou 333 do Código Penal). Nessas circunstâncias, impõe-se negar qualquer efeito trabalhista típico ao pacto laboral, aplicando *in totum* a inteligência da Súmula n. 363 do C.TST na redação original (prevenindo, no limite, o enriquecimento sem causa), ou mesmo - a depender da hipótese - recusando a própria retribuição pecuniária dos supostos serviços (como, *e.g.*, no caso dos “funcionários-fantasmas”).

O administrador que, por dolo ou culpa (negligência/imprudência), contrata servidores sem lhes exigir a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, fazendo tábula rasa da norma constitucional inserta no art. 37, II, incorre em **ato de improbidade administrativa** (art. 11 da Lei n. 8.429 de 2.6.1992¹³). Cabe ao magistrado trabalhista, em atenção ao art. 37, §§ 2º e 4º - que determina a **punição** das autoridades públicas pelos atos de improbidade em geral e pela inobservância *in specie* das formalidades do art. 37, II e III -, oficiar aos órgãos do Ministério Público Estadual (se se tratar de autoridade administrativa municipal ou estadual) ou Federal (se se tratar de autoridade federal), com cópia da sentença condenatória e dos demais elementos de convicção amealhados, visando ao ajuizamento, pelo *Parquet*, da competente **ação civil pública de improbidade**. Poder-se-á obter, assim, o ressarcimento do erário.

Tais ações de improbidade, ademais, **podem e devem** ser ajuizadas **na própria Justiça do Trabalho**, eis que inequivocamente se trata, nesses casos, de **ações oriundas das relações de trabalho** - na espécie, **relações de emprego** irregularmente estabelecidas entre órgãos públicos e trabalhadores comuns -, sendo parte um **ente da administração pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios**, como prevê o art. 114, I, da CRFB, na redação da EC n. 45/2004. A diferença é que este ente público ora poderá figurar como **autor**, ao lado do Ministério Público Federal ou do Trabalho, e ora poderá figurar como **réu**, ao lado do próprio **administrador ímprobo** (o que, aliás, não causa qualquer espécie; em casos de assédio moral ou sexual, *mutatis mutandis*, é cada vez mais recorrente o ajuizamento de ações indenizatórias em face do empregador e do assediador, em regime de solidariedade passiva).

A tese da competência da Justiça do Trabalho para as ações de improbidade derivadas de vícios de contratação de empregados

¹³Em todos os casos, o administrador obra com improbidade por violação aos deveres de honestidade e imparcialidade, que correspondem, respectivamente, aos **princípios da moralidade administrativa** e da **impessoalidade**, visados pelo art. 11 da Lei n. 8.429/1992. Assim, p. ex., se o administrador contrata uma leva de servidores sem ao menos realizar o concurso público, **deixa de praticar, indevidamente, ato de ofício** (art. 11, II da Lei n. 8.429/1992). Se, por outro lado, realiza o certame, mas admite pessoas que não foram aprovadas ou classificadas, ou as admite ao arrepio da classificação geral, ou se, ademais, permite o vazamento de informações para favorecer alguns inscritos, **frustra-se a licitude de concurso público** (art. 11, V, da Lei n. 8.429/1992).

públicos e/ou de sonegação coletiva de direitos sociais tem sido admitida em diversos tribunais regionais do trabalho, merecendo referência, pela quantidade de julgados e pela qualidade da construção teórica, o TRT da 14ª Região (Rondônia e Acre). Infelizmente, porém, o TST não tem revelado a mesma sensibilidade constitucional. Cite-se e reproduza-se, no particular, recentíssimo julgado da relatoria da Ministra Maria de Assis Calsing, assim ementado:

RECURSO DE REVISTA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO SEM REALIZAÇÃO DO CONCURSO PÚBLICO. IMPOSIÇÃO DE SANÇÕES PENAIS E ADMINISTRATIVAS. Cinge-se a controvérsia em averiguar a competência da Justiça Trabalhista para apreciar e julgar demanda que discute a prática de ato de improbidade administrativa por parte da autoridade pública que efetivou contratações de médicos, por meio de empresa interposta, sem a realização de concurso público. A EC n. 45/2004, ao conferir nova redação ao inciso I do art. 114, ampliou a competência da Justiça Laboral para processar e julgar ‘as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios’. Conforme se depreende da redação do referido preceito constitucional, a competência desta Justiça Especializada abrange o conhecimento de ações envolvendo os ‘entes da administração pública’. Ora, por ‘entes da administração pública’, devem ser entendidas as pessoas jurídicas de direito público ou privado e não as pessoas físicas que praticam atos em nome das referidas pessoas jurídicas. Isso porque, ante o princípio da impessoalidade, o ato é praticado pela pessoa jurídica em que se encontra inserida a pessoa física (agente político ou público). Dessarte, **a Justiça do Trabalho não tem competência para processar e julgar ações quando se busca responsabilizar pessoalmente o agente político ou público e não o ente da Administração Pública**. Recurso de Revista conhecido e desprovido (TST RR 3035120125090411 303-51.2012.5.09.0411, 4ª T., Rel. Maria de Assis Calsing, j. 12.6.2013, in DEJT 14.6.2013 - g.n.).

Aduza-se, por oportuno, ser da pacífica doutrina nacional, como também da jurisprudência consolidada do STF (v., e.g., ADI n. 2.797/DF),

o entendimento de que a Lei n. 8.429/1992 não traz, em se bojo, qualquer sanção estritamente **penal** (embora muitos dos atos de improbidade nela descritos possam configurar, concomitantemente com os próprios ilícitos administrativos, também **crimes contra a Administração Pública** - peculato, corrupção passiva, prevaricação, concussão etc. -, sobretudo nos casos dos artigos 9º e 10 da Lei de Improbidade). Ao revés, são todas sanções de natureza **civil** e/ou **administrativa**. Daí que, ao contrário do que se poderia concluir a partir da atecnia da ementa, o fato de o Supremo Tribunal Federal ter **excluído a competência penal da Justiça do Trabalho**, em sede de interpretação conforme à Constituição (ADI n. 3.684/DF, Rel. Min. Cezar Peluso), **não há qualquer óbice constitucional a que a Justiça do Trabalho conheça de ações de improbidade.**

Não foi outro, ademais, o entendimento do próprio STF, no ano de 2008, em decisão monocrática da lavra do Ministro Gilmar Mendes, então presidente, com base no art. 13, VIII, do RI/STF. Na ocasião, compreendeu-se que **as ações de improbidade administrativa são de natureza cível e não penal; consequentemente, podem ser processadas e julgadas pela Justiça do Trabalho, sem qualquer afronta à CF.** É o que se lê nos autos da Reclamação n. 6.237-6, em que se indeferiu pedido liminar do Estado de Santa Catarina e da empresa SCGás que tencionava cassar decisões proferidas pela 1ª VT de Florianópolis em três ações de improbidade movidas pelo Ministério Público do Trabalho contra a SCGás e seus administradores. *In verbis*:

O Estado de Santa Catarina ajuíza reclamação, com pedido de liminar, em face das decisões liminares na Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa n. 3910-2008-001-12-00-0 e na Ação Cautelar n. 39006-2008-001-12-00-2 e do despacho na Ação de Execução de Título Extrajudicial n. 3908-2008-001-12-00-1, decisões proferidas pelo Juiz da 1ª VT de Florianópolis/SC.

Na decisão liminar nos autos da Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa, o juízo da 1ª VT determinou que fossem tornados indisponíveis os bens imóveis registrados em nome dos réus, à exceção da SCGás, a citação dos réus, a intimação do requerente, do Estado de Santa Catarina e do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado (fls. 36-40).

Nos autos da Ação Cautelar, o juiz trabalhista deferiu parcialmente a liminar para que a ré, por seus gestores: a) afaste todo funcionário comissionado, autônomo, lícito, trabalhador contratado ou arrematado por outra forma que não a aprovação em concurso público; b) convoque os aprovados no Concurso Público –

Edital SCGÁS n. 001/2006; c) abstenha-se de contratar, autorizar, ou por qualquer meio, tomar mão-de-obra de qualquer entidade interposta para prover atividade que não aquelas permitidas na Súmula n. 331 do TST; d) abstenha-se de promover a terceirização da atividade-fim; e) suspenda todos os contratados de terceirização, de prestação de serviços especializados, ou qualquer outro pacto que implique a realização de atividade abrangida pelos cargos para os quais foi realizado concurso público; f) afaste os comissionados admitidos em burla da chamada dos aprovados no concurso público; g) junte a nominata e o quantitativo do pessoal terceirizado; h) renove o prazo de validade do concurso público Edital n. 001/2006; i) comunique a todos os aprovados o teor desta decisão liminar (fls. 79-88).

O despacho nos autos da Ação de Execução de Título Extrajudicial determinou a citação da SCGÁS para que cumpra o item “b” do Termo de Ajuste de Conduta n. 295/2003 imediatamente; para que cumpra o item “c” do Termo de Ajuste de Conduta n. 295/2003, no prazo de trinta dias (fls. 11-112).

O Estado de Santa Catarina afirma que o Ministério Público do Trabalho está processando os administradores da SCGÁS com base em crime de improbidade administrativa na Justiça do Trabalho. Sustenta que improbidade administrativa é matéria penal, segundo orientação da Rcl 2.138/DF e, portanto, não pode ser processada na Justiça do Trabalho.

Alega-se, em síntese, que os atos impugnados afrontam a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI-MC n. 3.684/DF, Relator Cezar Peluso, DJ 3.8.2007, que declarou a incompetência da Justiça do Trabalho para processar e julgar ações penais.

Pede-se, ao final, a concessão de medida liminar para o fim de cassar todas as decisões, presentes e futuras (inclusive inquérito da polícia federal que resultar dessas ações) que o juiz da 1ª VT de Florianópolis proferir na ADIV 3910-2008-001-12-00-0, AC 3910-2008-001-12-00-0 e Ação de Execução 3908-2008-001-12-00-1.

Decido.

Embora cause estranheza o fato da Justiça do Trabalho se considerar competente para processar e julgar ação de improbidade administrativa contra dirigentes de

Sociedade de Economia Mista por violação ao art. 37, II, da Constituição, em um primeiro exame, a decisão reclamada não parece afrontar qualquer decisão desta Corte Suprema capaz de ensejar a propositura de Reclamação.

No caso, a decisão impugnada não aparenta ter violado o acórdão proferido pelo Pleno deste Tribunal na ADI-MC n. 3.684/DF:

‘Ementa: COMPETÊNCIA CRIMINAL. **Justiça do Trabalho. Ações penais. Processo e julgamento. Jurisdição penal genérica. Inexistência. Interpretação conforme dada ao art. 114, incs. I, IV e IX, da CF, acrescidos pela EC n. 45/2004. Ação direta de inconstitucionalidade. Liminar deferida com efeito ex tunc.** O disposto no art. 114, incs. I, IV e IX, da Constituição da República, acrescidos pela Emenda Constitucional n. 45, não atribui à Justiça do Trabalho competência para processar e julgar ações penais.’

Ademais, esta Corte, no julgamento da ADI n. 2.797/DF, assentou o entendimento segundo o qual as ações de improbidade administrativa são de natureza cível:

‘Ementa: [...] IV. Ação de improbidade administrativa: extensão da competência especial por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal condenatório contra o mesmo dignitário (§ 2º do art. 84 do C. Pr. Penal introduzido pela Lei n. 10.628/2002): declaração, por lei, de competência originária não prevista na Constituição: inconstitucionalidade. 1. No plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais da União são as previstas na Constituição da República ou dela implicitamente decorrentes, salvo quando esta mesma remeta à lei a sua fixação. 2. Essa exclusividade constitucional da fonte das competências dos tribunais federais resulta, de logo, de ser a Justiça da União especial em relação às dos Estados, detentores de toda a jurisdição residual. 3. Acresce que a competência originária dos Tribunais é, por definição, derrogação da competência ordinária dos juízos de primeiro grau, do que decorre que, demarcada a última pela Constituição, só a própria Constituição a pode excetuar. 4. Como mera explicitação de competências originárias implícitas na Lei Fundamental, à disposição legal em causa seriam oponíveis as razões já aventadas

contra a pretensão de imposição por lei ordinária de uma dada interpretação constitucional. **5. De outro lado, pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies.** 6. Quanto aos Tribunais locais, a CF - salvo as hipóteses dos seus artigos 29, X e 96, III -, reservou explicitamente às Constituições dos Estados-membros a definição da competência dos seus tribunais, o que afasta a possibilidade de ser ela alterada por lei federal ordinária. V. Ação de improbidade administrativa e competência constitucional para o julgamento dos crimes de responsabilidade. **1. O eventual acolhimento da tese de que a competência constitucional para julgar os crimes de responsabilidade haveria de estender-se ao processo e julgamento da ação de improbidade, agitada na Rcl. n. 2.138, ora pendente de julgamento no Supremo Tribunal, não prejudica nem é prejudicada pela inconstitucionalidade do novo § 2º do art. 84 do C. Pr. Penal.** 2. A competência originária dos tribunais para julgar crimes de responsabilidade é bem mais restrita que a de julgar autoridades por crimes comuns: afora o caso dos chefes do Poder Executivo - cujo *impeachment* é da competência dos órgãos políticos - a cogitada competência dos tribunais não alcançaria, sequer por integração analógica, os membros do Congresso Nacional e das outras casas legislativas, aos quais, segundo a Constituição, não se pode atribuir a prática de crimes de responsabilidade. 3. Por outro lado, ao contrário do que sucede com os crimes comuns, a regra é que cessa a imputabilidade por crimes de responsabilidade com o termo da investidura do dignitário acusado.' (sem grifo no original)

Registre-se, como foi consignado no julgamento da referida Ação Direta, que os entendimentos firmados nas RCL n. 2.138/DF e RCL n. 2.186/DF se referem unicamente ao regime de responsabilização dos agentes políticos, o que não é o caso dos autos.

Nestes termos, indefiro a medida liminar.

(STF, Recl. n. 6.237-6, Decisão Liminar, Min. Gilmar Mendes, j. 15.7.2008 - grifos nossos, negritos no original)

E não pode ser outra, com todas as vênias, a interpretação mais consentânea com os conteúdos programáticos da Constituição da República e com a própria repaginação ideológica da Justiça do Trabalho, após o advento da EC n. 45/2004. Interpretações conservadoras, neste particular, estarão sendo fieis a um modelo restrito de jurisdição laboral, de cunho eminentemente classista (porque definido *a parte subjecti*), que nem sequer existe mais na ordem jurídica nacional.

3 CONCLUSÃO

A Administração Pública, na forma da Súmula n. 346 do STF, pode declarar a nulidade de seus próprios atos. No caso de contratação pública sem concurso (fora dos casos permitidos), a nulidade que se verifica pertence àquela segunda espécie do item 10 (= impossibilidade jurídica do objeto): trata-se de trabalho proibido por ausência de formalidade, não de trabalho ilícito. Dessarte, **o contrato de trabalho deve produzir efeitos regulares até que sua nulidade seja decretada pela Administração** (efeitos *ex nunc*), ou se estaria sufragando enriquecimento sem causa do empregador público, em detrimento da legislação em vigor (arts. 884 a 886 do NCC). Com efeito, eventuais reflexos *ex tunc* da declaração de nulidade jamais aproveitariam ao empregado, que não pode ter de volta a força de trabalho despendida (art. 182 do NCC). Ser-lhe-ão devidos, portanto, todos os consectários do contrato de emprego, o que abrange o pagamento de horas normais e extraordinárias, o FGTS, os adicionais de remuneração (insalubridade, periculosidade, transferência etc.), as contribuições sociais de empregador e inclusive as verbas resilitórias (exceto quando a Administração Pública **rescindir** o contrato de trabalho com fundamento na nulidade, mediante ato administrativo de hierarquia igual ou superior àquela da investidura: nesse caso, deixam de ser devidos o aviso prévio indenizado e a indenização de 40% sobre o FGTS). Há que distinguir, ademais, entre as contratações meramente irregulares (nas quais não há a figura do “apaniguado” e tampouco interferem elementos de corrupção, advocacia administrativa ou tráfico de influência) e as contratações maliciosas (eivadas de má-fé e amiúde criminosas).

Por conseguinte, e na mesma esteira, convém concluir, em síntese e arremate, que:

- (a) a inteligência da Súmula n. 363 do TST merece reparos, pois trata indiscriminadamente de duas situações substancial e axiologicamente diversas, a saber, a do contratado de boa-fé e a do “apaniguado”;
- (b) o tratamento dado pela Súmula n. 363 a tantos quantos são, de

boa-fé, admitidos sem concurso, não atende ao seu alegado fundamento (art. 182/NCC), uma vez que não há indenização pelo “equivalente”, mas antes pelo que seria devido em uma *locatio conductio operarum*, tisanando o princípio da primazia da realidade;

(c) Os contratos de emprego público celebrados sem concurso são nulos de pleno direito. Mas não são nulos por engendram trabalho ilícito e sim por engendram trabalho meramente proibido (ausência de formalidade essencial à investidura). Logo, a nulidade só pode gerar efeitos *ex nunc*;

(d) Em vista disso, e ante a necessária concordância prática entre o princípio da eficiência administrativa e o primado da responsabilidade social, conclui-se que os contratos nulos de emprego público devem produzir seus efeitos regulares até a decretação da nulidade pela própria Administração (Súmula n. 346/STF) ou pelo Poder Judiciário, mas sempre com efeitos *ex nunc*. São devidos ao trabalhador de boa-fé todos os consectários do contrato de emprego, o que abrange o pagamento de horas normais e extraordinárias, o FGTS, os adicionais de remuneração, as contribuições sociais de empregador e inclusive as verbas resilitórias;

(e) O erário deve ser ressarcido pelo administrador público que, violando o princípio da acessibilidade à função pública mediante concursos isentos, perpetrar ato de improbidade (art. 11 da Lei n. 8.429/1992) e deve ser acionado pelo Ministério Público, no foro próprio, mediante provocação do Juiz do Trabalho;

(f) As ações de improbidade movidas em razão desses ilícitos devem ser processadas e julgadas no âmbito da própria Justiça do Trabalho;

(g) Nos casos de má-fé (como, *e.g.*, nos “apadrinhamentos”), tratando-se de trabalho ilícito (que tende a consubstanciar, direta ou indiretamente, crime ou contravenção penal), eventual direito do favorecido restringe-se à mera contraprestação do trabalho, sem vinculação ao salário mínimo ou incidência de FGTS; e, não raro, tal direito sequer existirá (como, *e.g.*, na hipótese de “funcionários-fantasmas”).

4 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

DRUCKER, Peter. **Managing of Results**. Nova York: Harper & Row, 1964.

DRUCKER, Peter. **The Effective Executive**. Nova York: Harper & Row, 1967.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MAGANO, Octavio Bueno. **Direito Individual do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1993.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução: Wagner Giglio. 4ª tiragem. São Paulo: LTr, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STONER, James A. F.; FREEMAN, R. Edward. **Administração**. Tradução: Alves Calado. 5. ed. Rio de Janeiro: Prentice Hall do Brasil, 1995.