

BURLA AO CONCURSO PÚBLICO E SUAS REPERCUSSÕES NOS DIREITOS TRABALHISTAS FUNDAMENTAIS

ITALVAR FILIPE DE PAIVA MEDINA

Analista processual do Ministério Público da União. Pós-graduado em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito. Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho, com Formação para o Magistério Superior, na área do Direito, pela Universidade Anhaguera-Uniderp. Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

RESUMO: O presente estudo pretende contribuir para o esclarecimento das repercussões da burla ao concurso público nos direitos trabalhistas fundamentais, buscando identificar a resposta que melhor se harmonize com os preceitos da Constituição Federal e da legislação ordinária, interpretados sistematicamente. Em função da nulidade resultante da fraude ao certame, desenvolveram-se teses que afastam direitos significativos dos servidores irregularmente admitidos. Uma delas, inclusive, é predominante na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, encontrando-se consagrada em sua Súmula n. 363. Identificam-se, contudo, correntes que destas se distanciam, as quais têm se fortalecido no Supremo Tribunal

Federal, especialmente a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n. 596.478/RR. Dentre as críticas direcionadas aos posicionamentos que restringem direitos trabalhistas em função da inobservância do processo seletivo, destacam-se a confusão efetuada entre os planos da existência, validade e eficácia dos atos jurídicos, o enriquecimento sem causa da Administração Pública, a presunção de má-fé do trabalhador, a ofensa à máxima da proporcionalidade e a existência de incongruências entre na Súmula 363 do TST e outros verbetes da mesma Corte. A partir da análise das diversas teses doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, em cotejo com o ordenamento jurídico, conclui-se que o desrespeito ao dever de realizar concurso público impõe a extinção dos vínculos de labor, mas devem ser preservados os direitos dos trabalhadores, excetuando-se apenas a percepção de verbas típicas da dispensa injusta.

PALAVRAS-CHAVE: Fraude ao concurso público. Nulidade. Efeitos jurídicos. Direitos trabalhistas fundamentais.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A teoria justralhista de nulidades. 3. Aplicação restrita da teoria justralhista de nulidades. 4. Críticas ao posicionamento prevalente. 4.1. Confusão entre os planos da existência, validade e eficácia dos atos jurídicos. 4.2. Enriquecimento sem causa da Administração Pública. 4.3. Presunção absoluta de má-fé do trabalhador. 4.4. Desrespeito à máxima da proporcionalidade. 4.5. Contradições na jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho. 4.6 O reconhecimento pelo STF de direitos trabalhistas fundamentais a servidores públicos irregularmente admitidos. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 surgiu imbuída do nobre propósito de promover efetiva tutela do direito de acesso livre e igualitário dos cidadãos aos quadros de pessoal da Administração Pública. Além de consagrar, no inciso I do art. 37, o princípio da ampla acessibilidade a cargos, empregos e funções públicas, instaurou importante marco ao firmar o concurso público de provas ou de provas e títulos como a grande regra a ser reverenciada para a investidura tanto em cargos quanto em empregos públicos.

Simultaneamente, foi a Carta que mais avançou na consagração de direitos trabalhistas fundamentais, ao conferir prestígio sem precedentes à valorização do trabalho humano e garantir expressivo rol de direitos mínimos para o trabalhador, admitindo o acréscimo de outros que visem à melhoria de sua condição social.

Tem sido corriqueira, entretanto, a perpetração, pelos administradores pátrios, de fraudes ao mandamento do concurso público, com a conseqüente admissão irregular de grande massa de funcionários, dos quais, não raro, são sonogados diversos direitos.

A Lei Maior, em que pese ter cominado nulidade aos atos que importem em vilipêndio ao dever de realizar o certame, foi lacônica no que concerne às suas repercussões nos direitos dos servidores. A fim de dirimir as controvérsias que surgiram a respeito do tema, o Tribunal Superior do Trabalho editou o seu Enunciado n. 363. A questão, todavia, não está pacificada, identificando-se, na doutrina e na jurisprudência, variados entendimentos que dele se distanciam.

Desse modo, o presente estudo pretende, a partir da análise das diversas teses existentes, contribuir para a elucidação dos efeitos da burla ao concurso público sobre os direitos trabalhistas fundamentais, buscando identificar a resposta que melhor se harmonize com os preceitos da Constituição Federal e da legislação ordinária, interpretados de forma sistemática. Para tanto, é analisado, inicialmente, o tratamento que tem sido



dado às nulidades na seara do Direito do Trabalho. A seguir, procede-se à exposição das teses que sufragam o afastamento de direitos trabalhistas significativos como resultado ausência do obrigatório certame. Por derradeiro, propõe-se a revisão de tais posicionamentos, a partir da detalhada e sistematizada apreciação de cada uma das críticas que lhes são dirigidas.

2. A TEORIA JUSTRABALHISTA DE NULIDADES

A doutrina e jurisprudência majoritárias sustentam que, no Direito do Trabalho, vigora teoria especial a respeito das nulidades. Partem da premissa de que o Direito Civil adota o critério da fulminação, desde a origem, dos efeitos dos atos jurídicos nulos, o qual implica a devolução de prestações porventura recebidas em função deles. Tal consequência, todavia, não é compatível com as relações laborais, visto que para o trabalhador é “impossível receber de volta a prestação entregue, que é sua força pessoal de trabalho”¹.

Seria, assim, traço peculiar da teoria justralhista de nulidades a adoção do parâmetro da irretroatividade da nulidade declarada. Com base nessa diretriz, o contrato nulo produz todos os seus efeitos até o instante da declaração da nulidade, a qual tem o condão de inviabilizar apenas a produção de novas repercussões jurídicas. Tal teoria se ampara, segundo Mauricio Godinho Delgado, em três fundamentos principais: a impossibilidade de retorno ao *status quo ante*, a vedação ao enriquecimento ilícito do empregador e a valorização conferida pelo ordenamento jurídico ao trabalho humano².

Aplica-se a teoria justralhista de nulidades, preservando-se os efeitos produzidos pelo contrato, às situações de trabalho proibido, aquele cujo exercício não é vedado pelo Direito Penal, mas afronta normas jurídicas que proíbem que seja desenvolvido por certas pessoas ou em determinadas circunstâncias³, do qual é exemplo o labor prestado por crianças. Ela não incide, porém, nas hipóteses de trabalho ilícito - cuja prática é ofensiva à legislação penal⁴ -, a menos que o trabalhador tenha agido de boa-fé, ignorando o fim a que se destinava a prestação de serviços⁵. Esse tipo de atividade, afinal, “conspira francamente contra o interesse público, não merecendo, a qualquer fundamento, proteção qualquer da ordem jurídica”⁶.

A prestação de serviços à Administração Pública em inobservância da exigência de prévia aprovação em concurso insere-se entre as hipóteses de trabalho proibido, pois seu desempenho não configura ilícito penal. A nulidade, em tal hipótese, prevista no art. 37, § 2º, da CF/88, emana de vício de forma, da preterição de solenidade imposta pelo Constituinte, equivalendo à contemplada pelo art. 166, V, do CC⁷. Não obstante, há resistências ao reconhecimento de plenos efeitos trabalhistas a esse tipo de vínculo.

3. APLICAÇÃO RESTRITA DA TEORIA JUSTRABALHISTA DE NULIDADES

O TST consolidou o entendimento de que sobre trabalhadores admitidos pela Administração Pública em violação ao dever de realizar prévio concurso sempre devem recair consequências gravosas, resultantes da nulidade absoluta do ato. Tal concepção encontra-se consubstanciada na Súmula n. 363, transcrita abaixo:

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.

Funda-se esse verbete em mitigação da teoria trabalhista de nulidades. A Corte tem se recusado a aplicá-la em sua plenitude nas situações de burla ao certame, por compreender que, em tal contexto, o ingresso dos servidores atentaria contra interesses de toda a sociedade, destinatária do direito de amplo acesso aos cargos, empregos e funções públicas, assim como do direito à prestação de serviços públicos por aqueles que demonstrem, mediante a aprovação em processo seletivo, ser os mais capacitados para tanto. Considera, ademais, que ao servidor não seria dado “alegar o desconhecimento da lei, e nem que estava prestando serviços de boa-fé, para o reconhecimento do vínculo e pagamento das verbas rescisórias”⁸.

A jurisprudência do TST, de início, firmou-se no sentido da quase ineficácia dos contratos de emprego

1 PINTO, José Augusto Rodrigues. Tratado de Direito Material do Trabalho, p. 283.

2 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho, p. 478 et seq.

3 CAMINO, Carmen. Direito individual do trabalho, p. 266.

4 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho, p. 170.

5 MARANHÃO, Délio. Contrato de trabalho. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et al. Instituições de direito do trabalho: volume I, p. 254.

6 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho, p. 481.

7 RIBEIRO, Bernardo Guimarães Carvalho. Fundamentos para uma eficaz proteção dos servidores empregados contratados sem concurso público, p. 24.

8 SANTOS, Élisson Messia dos; CORREIA, Henrique. Súmulas e orientações jurisprudenciais do TST: comentadas e organizadas por assunto, p. 192.

celebrados. Reconheceu ao trabalhador, conforme a redação original da citada súmula, somente o direito ao pagamento “dos dias efetivamente trabalhados segundo a contraprestação pactuada”. Este seria devido sob o fundamento de que “o ato nulo não gera efeitos”, mas, para evitar o enriquecimento sem causa do empregador, a força de trabalho deve ser indenizada, “e o parâmetro único que se possui é, sem dúvida, o salário”⁹.

O enunciado, depois, foi alterado, passando preceituar que a contraprestação a ser destinada ao obreiro deveria respeitar o salário mínimo/hora. Posteriormente, com o advento da Medida Provisória n. 2.164-41/2001, que inseriu o art. 19-A na Lei n. 8.036/90, foi novamente modificado para contemplar o direito aos valores referentes aos depósitos de FGTS.

Ainda conforme a tese majoritária, parcelas trabalhistas diversas das mencionadas na Súmula n. 363 que eventualmente tenham sido pagas por força da prestação de serviços decorrente de contrato nulo não precisam ser restituídas pelo servidor. Isso porque, devido à natureza alimentar que elas ostentam, presume-se “que foram consumidas pelo *accipiens* para prover o próprio sustento, não se podendo, por conseguinte, exigir-lhe a devolução sem comprometer sua subsistência”¹⁰.

De acordo, portanto, com a inteligência perfilhada pelo TST, todos os direitos trabalhistas fundamentais que não a contraprestação básica, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e os depósitos de FGTS devem ser denegados aos obreiros, com a ressalva feita às verbas já adimplidas espontaneamente pela Administração Pública. Os trabalhadores, inclusive, não poderiam nem mesmo ter o vínculo registrado na CTPS e não fariam jus sequer ao recolhimento de contribuições previdenciárias referentes ao labor prestado, por se entender que, como o contrato nulo é “inoperante”¹¹, não poderia ser oficializado, e as verbas deferidas nos moldes da Súmula n. 363 não teriam caráter salarial, mas sim indenizatório.

Filiam-se à corrente que endossa a Súmula n. 363 do TST os autores Alice Monteiro de Barros¹², Renato Saraiva¹³, Luciano Martinez¹⁴, Raymundo Antonio Carneiro Pinto e Cláudio Brandão¹⁵.

Segunda vertente defende que não deveriam ser concedidos os valores referentes aos depósitos de FGTS. Sufraga que o art. 19-A da Lei n. 8.036/90 seria inconstitucional, por incentivar a contratação sem concurso¹⁶ e “estender direitos trabalhistas a um contrato que não é de trabalho, já que nulo de pleno direito”¹⁷. Esse dispositivo é, atualmente, objeto da ADI n. 3.127-DF, ainda pendente de apreciação. O STF, contudo, já se pronunciou favoravelmente à sua constitucionalidade no julgamento do RE 596.478/RR, ao qual foi conferida repercussão geral, oportunidade em que salientou, com acerto, “tratar-se, na espécie, de efeitos residuais de fato jurídico que existira, não obstante reconhecida sua nulidade com fundamento no próprio § 2º do art. 37 da CF”¹⁸. Assim também entende o Superior Tribunal de Justiça, como se infere de seu Enunciado n. 466.

Por fim, a terceira dentre as correntes que defendem a restrição de direitos trabalhistas chega ao extremo de negá-los por completo aos servidores admitidos em vilipêndio ao obrigatório certame público. A ela adere Sergio Pinto Martins, segundo o qual, “se não há vínculo de emprego, por falta de concurso público, não deveria ser paga qualquer verba ao trabalhador. A falta de concurso público tanto é ilegal para a Administração quanto para o trabalhador, que deveria saber de sua necessidade, pois não pode alegar a ignorância da lei”¹⁹.

4. CRÍTICAS AO POSICIONAMENTO PREVALENTE

4.1. CONFUSÃO ENTRE OS PLANOS DA EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DOS ATOS JURÍDICOS

9 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos em recurso de revista n. 146430/1994. Relator: Ministro Vantuil Abdala. 9 mar. 1998. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=2175.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>> Acesso em: 29 dez. 2013.

10 LORENZETTI, Ari Pedro. As nulidades no direito do trabalho, p. 365.

11 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista n. 95300-79.2002.5.19.0061. Relator: Ministro Carlos Alberto Reis de Paula. 3ª Turma. Diário de Justiça da União, Brasília, 22 nov. 2006.

12 BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho, p. 416.

13 SARAIVA, Renato. Direito do trabalho: versão universitária, p. 121.

14 MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas de trabalho, p. 540.

15 PINTO, Raymundo Antonio Carneiro; BRANDÃO, Cláudio. Orientações jurisprudenciais do TST: comentadas, p. 241 et seq.

16 SANTOS, Élisson Messia dos; CORREIA, Henrique. Súmulas e orientações jurisprudenciais do TST: comentadas e organizadas por assunto, p. 192.

17 CASSAR, Vólia Bomfim. Curso de direito do trabalho, p. 564.

18 BRASIL Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 596.478/RR. Relator para o acórdão: Ministro Dias Toffoli. 13 jun. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629995>> Acesso em: 12 fev. 2014.

19 MARTINS, Sergio Pinto. Comentários às súmulas do TST, p. 261.



As teses que restringem direitos trabalhistas fundamentais em função da burla ao concurso público têm sido objeto de críticas por outras parcelas da doutrina e jurisprudência, que apontam equívocos nas premissas em que se assentam. O primeiro a ser estudado consiste na confusão entre os planos da existência, validade e eficácia dos atos jurídicos.

Segundo explanado alhures, a jurisprudência do TST tem entendido que, nos termos da tradição civilista, os atos nulos seriam inoperantes, deveriam ser fulminados desde a origem, como se nunca tivessem existido. Considera, porém, que, no Direito do Trabalho, é inviável a recondução ao *status quo ante*, pois o empregado não pode ter restituída sua energia laboral. Por essa razão, abranda o rigor normativo, mediante o que se convencionou chamar de “teoria justralhista de nulidades”, a qual é aplicada de forma mitigada em caso de inobservância do concurso público.

Essa compreensão do Direito Civil, porém, com a devida vênia, não é acertada, conforme se demonstrará doravante. Impende, de início, desmistificar a vinculação necessária e inafastável que tem sido feita entre invalidade e ausência de produção de efeitos.

Pontes de Miranda já advertia que “a confusão entre nulidade e ineficácia agravou-se no direito comum. Chegou-se a definir o nulo pelo ineficaz (nulo igual ao que não tem efeitos) e chamou-se de nulos a muitos casos de ineficácia sem nulidade”²⁰. Deveras, ainda hoje, autores consagrados em suas áreas de estudo, ao invés de conceituarem a nulidade absoluta a partir de sua causa ensejadora – desconformidade com norma de ordem pública –, incidem na incorreção de defini-la com base em seus supostos efeitos.

O sistema jurídico, entretanto, por ser regido pela lógica da imputação, em que as consequências de cada fato jurídico são moldadas de acordo com a vontade do legislador,²¹ prevê diversas hipóteses nas quais são reconhecidas repercussões jurídicas aos atos nulos. Orlando Gomes, inclusive, é enfático ao asseverar que o postulado segundo o qual estes são ineficazes não resiste a mais aprofundada análise, citando os seguintes exemplos: “a) a prescrição se interrompe por citação nula; b) declaração feita em negócio nulo serve como começo de prova; c) o parentesco por afinidade sobrevive a casamento nulo”²².

Além disso, o Código Civil reconhece, em seu art. 182, que, apesar de a consequência natural da invalidade ser a restituição das partes ao estado anterior à realização do ato viciado, se não for possível restituí-las, será devida indenização equivalente às prestações porventura adimplidas. Percebe-se, assim, que a teoria justralhista de nulidades, em verdade, nada tem de especial, porquanto o critério por ela adotado extrai-se de disposição do próprio diploma civilista. Outro não é o posicionamento de Estêvão Mallet, segundo o qual:

[...] Não existe, pois, peculiaridade do regime das nulidades no campo trabalhista nem cabe falar em mitigação dos princípios estabelecidos no direito comum, diferentemente do que às vezes se afirma. Pelo contrário, o próprio regime do direito comum, aplicado na sua devida extensão, é que atenua as consequências, no plano da eficácia, da nulidade do contrato de trabalho, por força do disposto no art. 182 do Código Civil e da impossibilidade de restabelecimento do estado anterior.²³

Também do Código Civil se obtém a solução para os casos de trabalho ilícito, que é fornecida pelo art. 883, *caput* e parágrafo único, nos termos dos quais “não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei”, e, nesse caso, “o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz”. Não se poderia, de fato, tutelar trabalhador que tenha sido contratado para cometer crime ou contravenção. Como, no entanto, a avença existiu e repercutiu no plano dos fatos, em virtude do labor prestado, não se pode compactuar com o enriquecimento sem causa do empregador, beneficiário da prestação inidônea. Por esse motivo, o valor a ela correspondente deve ser revertido em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz.²⁴

É evidente, assim, que os planos da validade e eficácia dos atos jurídicos são díspares, de sorte que cada um deles reclama exame individualizado. Consoante lição de Pontes de Miranda, a nulidade “pode produzir ou não produzir ineficácia. Há atos anuláveis – e até nulos! – eficazes. A ineficácia não é, de modo nenhum, sinal de que o negócio jurídico seja nulo. Por outro lado, a nulidade não basta, em todos os casos, para se afirmar a ineficácia”²⁵.

A preservação de efeitos dos contratos de trabalho de servidores admitidos em infringência ao dever

20 MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado: Parte Geral, p. 26.

21 KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 86 et seq.

22 GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil, p. 431.

23 MALLET, Estêvão. Nulidade decorrente da contratação de empregado sem realização de concurso público. In: SOARES, José Ronald Cavalcante. O servidor público e a Justiça do Trabalho, p. 81 et seq.

24 LORENZETTI, Ari Pedro. As nulidades no direito do trabalho, p. 395.

25 Ibid., p. 24.

de realizar concurso público, portanto, em nada se incompatibiliza com a nulidade de pleno direito cominada pela Lei Maior. O art. 182 do Código Civil, afinal – que repete regra do art. 158 do Código de 1916, já em vigor antes mesmo da promulgação da Constituição e por ela recepcionada –, revela, com clareza, que, devido à impossibilidade de restituição da energia laboral despendida, o empregado deve ser indenizado com o equivalente pecuniário.

Além de se vincular inapropriadamente os planos da eficácia e da validade, chega-se a confundir este último com o da existência, o que se verifica, em especial, nos julgados que rejeitam pedidos de anotação da CTPS, bem como de recolhimento de contribuições previdenciárias, considerando que as verbas deferidas nos moldes da Súmula n. 363 não teriam caráter salarial. O contrato de trabalho, porém, não é desnaturado, não deixa de existir, em função da nulidade, razão pela qual há de ser registrado e a natureza das parcelas que dele advêm não se transmuda.

Nessa linha, o Ministro Gilmar Mendes já arguiu, ao apreciar o AI n. 529.694-1, que “os benefícios previdenciários [...] não decorrem propriamente da higidez da relação de emprego, mas, e sobretudo, da prática do ato-fato trabalho”²⁶. Deveras, a legislação, em momento nenhum, atrela o recolhimento de contribuições à regularidade da avença laboral, contentando-se com o trabalho mediante contraprestação, como se infere do art. 195, I, “a”, da CF/88, e dos arts. 12, I, “a”, e 22, I, da Lei n. 8.212/91.

4.2. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Cumpra, ainda, salientar que o raciocínio que subjaz a Súmula n. 363 do TST - a qual, a fim de evitar o enriquecimento sem causa do empregador, reconhece ao servidor admitido em ofensa ao concurso público o direito a algumas verbas trabalhistas - é contraditório em seus próprios termos. Com efeito, gera distorções, uma vez que o sistema jurídico não prevê o salário básico e o FGTS como únicas parcelas de retribuição ao trabalho desenvolvido. Contrariamente, agrega a eles diversas outras, muitas das quais com sede constitucional. São exemplos os adicionais de horas-extras, noturno, de insalubridade e periculosidade, que visam a remunerar o labor prestado em condições especiais que acarretem maior desgaste do corpo e mente do obreiro, prejudiquem seu convívio social e familiar ou representem risco à sua saúde e segurança, assim como, simultaneamente, servir de desestímulo para que o patrão o submeta a elas.

Não há dúvidas de que o Estado obtém proveito com a prestação de serviços do trabalhador. Tanto é assim, que a teoria do funcionário de fato - outra evidência do caráter falacioso da vinculação absoluta entre nulidade e ineficácia - preconiza que devem ser preservados os efeitos de atos praticados por agentes irregularmente investidos, em atenção aos princípios da aparência, da boa-fé dos cidadãos, da segurança jurídica e da presunção de legalidade dos atos administrativos²⁷.

Ao se ignorar por completo os demais direitos decorrentes do fato jurídico “trabalho”, é inevitável o locupletamento ilícito do empregador, porquanto, como observa Bernardo Guimarães Carvalho Ribeiro, “caso naquela vaga estivesse um servidor regularmente investido, estaria este inequivocamente a receber parcelas salariais negadas àqueloutro contratado sem o devido concurso”²⁸. Ademais, malfere-se o já aludido art. 182 do Código Civil.

Para o servidor, portanto, desde que tenha efetivamente prestado serviços à Administração Pública, devem ser garantidos todos os direitos típicos da relação de trabalho, incluindo a contagem de tempo de serviço para fins previdenciários e a anotação da CTPS, único meio pelo qual seu patrimônio jurídico será integralmente reconstituído. Ele não faz jus, apenas, aos direitos pertinentes à dispensa injusta – multa de quarenta por cento sobre os valores relativos aos depósitos de FGTS, aviso-prévio e seguro-desemprego -, pois esta não se configura na situação concreta, em que “a motivação da extinção do contrato independe mesmo da vontade do empregador e se faz em virtude do mero cumprimento da Lei Suprema”²⁹.

Impende salientar que o posicionamento sedimentado por meio da Súmula n. 363 encontra resistências no âmbito do próprio TST. O Ministro Mauricio Godinho Delgado, em particular, direciona contra ele críticas contundentes, proclamando que:

[...] a única leitura hábil a conferir eficácia e coerência ao conjunto dos textos constitucionais (tanto os que proíbem ao administrador e aos cidadãos o ingresso no aparelho de Estado sem concurso

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de instrumento n. 529.694-1. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Diário de Justiça da União, Brasília, 11 mar. 2005, p. 43.

27 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, p. 243.

28 RIBEIRO, Bernardo Guimarães Carvalho. Fundamentos para uma eficaz proteção dos servidores empregados contratados sem concurso público, p. 21.

29 Ibid, p. 22.



público, como os que insistentemente elegem o respeito ao trabalho como um dos valores essenciais da ordem econômica, social e jurídica brasileiras) é aplicar-se a teoria trabalhista das nulidades quanto ao período de efetiva prestação de serviços, tendo-se, porém, como anulado o pacto em virtude da inobservância à formalidade essencial do concurso. Em consequência, manter-se-iam como devidas todas as verbas contratuais trabalhistas ao longo da prestação laboral, negando-se, porém, o direito a verbas rescisórias próprias à dispensa injusta (aviso prévio, 40% sobre FGTS e seguro-desemprego), dado que o pacto terá (ou teria) sido anulado de ofício (extinção por nulidade e não por dispensa injusta)³⁰.

Assim também entendem os Ministros João Oreste Dalazen³¹, Alexandre de Souza Agra Belmonte³² e Delaíde Miranda Anantes³³, bem como a ex-Ministra do TST, atualmente do STF, Rosa Maria Weber Candiota da Rosa³⁴.

Além dos Ministros mencionados e de Estêvão Mallet e Bernardo Guimarães Carvalho Ribeiro, já citados neste estudo, partilham do entendimento segundo o qual a indenização ao obreiro, para equivaler à prestação por este espontaneamente adimplida, deve albergar o total de direitos que lhe seriam devidos na hipótese de regularidade da avença os autores Gustavo Alexandre Magalhães, Jorge Luiz Souto Maior³⁵, Ari Pedro Lorenzetti, Bruno Klippel³⁶, Carmen Camino³⁷, Euclides Alcides Rocha³⁸, Barbosa Garcia³⁹, José Affonso Dallegrave Neto⁴⁰, José dos Santos Carvalho Filho⁴¹, José Martins Catharino⁴², Raphael Diógenes Serafim Vieira⁴³ e Rita de Cássia Taques Daniel⁴⁴.

Dentre os doutrinadores referidos, Gustavo Alexandre Magalhães, Jorge Luiz Souto Maior e Raphael Diógenes Serafim Vieira defendem que, no caso de comprovação da má-fé do servidor, seria justificável a restrição de direitos trabalhistas - orientação que, com a devida vênia, é passível de críticas, por motivos que serão declinados adiante. Já Ari Pedro Lorenzetti, Estêvão Mallet e Bernardo Guimarães Carvalho Ribeiro excluem as verbas características da dispensa injusta, não existente na espécie, enquanto os demais não se pronunciam expressamente a esse respeito, ao menos nas obras consultadas.

4.3. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE MÁ-FÉ DO TRABALHADOR

Outra falsa premissa na qual se ancoram as teses restritivas de direitos trabalhistas fundamentais consiste na presunção absoluta de má-fé do trabalhador admitido em inobservância do dever de realizar concurso público. Parte-se do pressuposto de que o servidor, necessariamente, contribui para a burla ao certame, pois os comandos inscritos na Constituição da República também lhe alcançam e, nos termos do art. 3º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

É afastado, contudo, princípio geral do Direito de grande importância à própria convivência harmônica em sociedade e à segurança das relações jurídicas: aquele segundo o qual a má-fé não se presume, havendo de

30 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho, p. 480 et seq.

31 Cf. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos em recurso de revista n. 672.320/00.4. Relator: Ministro João Oreste Dalazen. 13 out. 2003. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=3662748.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>> Acesso em: 7 dez. 2013.

32 Cf. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista n. 117600-89.2003.5.04.0102. Relator: Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte. 3ª Turma. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. 29 ago. 2012.

33 Cf. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista n. 114600-12.2009.5.07.0030. Relatora: Ministra Delaíde Miranda Anantes. 7ª Turma. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. 17 out. 2012.

34 Cf. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista n. 499500-08.2005.5.11.0053. Relatora: Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. 3ª Turma. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. 25 ago. 2010.

35 MAGALHÃES, Gustavo Alexandre; MAIOR, Jorge Luiz Souto. Efeitos da nulidade na contratação de servidores públicos. In: SOARES, José Ronald Cavalcante. O servidor público e a Justiça do Trabalho, p. 126 et seq.

36 Cf. KLIPPEL, Bruno. Direito Sumular Esquemático: TST, p. 468 et seq.

37 Cf. CAMINO, Carmen. Direito individual do trabalho, p. 280.

38 Cf. ROCHA, Euclides Alcides. Servidor público. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Direito do Trabalho: estudos, p. 98.

39 Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho, p. 173.

40 Cf. DALLEGRAVE NETO, José Affonso apud LORENZETTI, Ari Pedro. As nulidades no direito do trabalho, p. 385.

41 Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, p. 684.

42 Cf. CATHARINO, José Martins. Coletânea de Direito do Trabalho, p. 91.

43 Cf. VIEIRA, Raphael Diógenes Serafim. Servidor Público Temporário: Natureza jurídica, regime, contratação irregular e a (não) incidência do princípio da primazia da realidade de fato sobre as formas, p. 100.

44 Cf. DANIEL, Rita de Cássia Taques. Contratação pela Administração Pública sem prévia investidura em concurso público. In: DALLEGRAVE NETO, Direito do Trabalho, p. 85.

ser provada por quem a alegar. Segundo bem observa Carlos Roberto Gonçalves, o juiz, ao julgar demanda na qual se discuta relação contratual, deve, ao revés, “dar por pressuposta a boa-fé objetiva”⁴⁵.

Além disso, a presunção imanente a tais correntes está dissociada da realidade. As motivações para a burla ao certame público, longe de se resumirem ao favorecimento de alguns apaniguados, albergam a satisfação de desígnios políticos do administrador, que, por meio de expedientes fraudulentos, forma uma massa de servidores facilmente manipuláveis conforme seu arbítrio, ante a ausência da garantia de estabilidade⁴⁶. Os servidores, assim, ficam sujeitos a toda a sorte de pressões do gestor, sendo, inclusive, coagidos a votar neste ou em seus aliados, mormente perante a possibilidade de perderem o trabalho em caso de assunção do poder pelo candidato da oposição.

Não raro, buscam também os administradores minorar, de forma tortuosa, os gastos com mão-de-obra, uma vez que costumam assegurar aos servidores rol de direitos sobremaneira inferior ao que fariam jus se regularmente investidos em cargo ou emprego público. Ao mesmo tempo, economizam recursos que deveriam ser aplicados na organização do concurso público e, por meio da admissão de vários trabalhadores a baixíssimo custo, conseguem contornar a Lei de Responsabilidade Fiscal, que, em seus arts. 18 a 23, estipula limitações de despesas com pessoal.

Em inúmeros casos concretos, por conseguinte, o funcionário não tem participação decisiva na dispensa do concurso, que é realizada, de modo genérico e contumaz, a partir de opções unilaterais do gestor. Nesse diapasão, assinala Ari Pedro Lorenzetti que a contribuição do trabalhador para a nulidade do ato de admissão, em regra, “é mínima, uma vez que, se não fosse ele, outro seria admitido, nos mesmos moldes”⁴⁷.

Os cidadãos contratados em burla ao certame, inclusive, poderiam preferir a ele se sujeitar, o que lhes propiciaria a oportunidade de, validamente, firmar relações jurídicas com a Administração Pública, com todas as garantias delas oriundas. São, todavia, alijados de tal direito fundamental pela atitude inescrupulosa do administrador, que apenas viabiliza o acesso aos quadros de pessoal mediante contratos por tempo determinado desvirtuados, cargos em comissão inconstitucionais, intermediações ilícitas de mão-de-obra, dentre outros artifícios fraudulentos.

Não se pode olvidar, também, de que os atos administrativos têm como atributo a presunção de legitimidade e de veracidade. Desse modo, não haveria de se exigir, a título de exemplo, que professor substituto contratado por faculdade pública, inclusive mediante prévio processo seletivo, para cuja realização se preparou com afinco, soubesse, de antemão, que inexistia necessidade temporária, visto que há vários anos a entidade procede a contratações sucessivas de docentes para ministrarem aulas da mesma disciplina.

Demonstrando claro desprezo ao citado atributo dos atos administrativos, a jurisprudência majoritária do TST chega ao ponto de, nos moldes da OJ n. 128 da SDI2, presumir a má-fé até mesmo em situações nas quais o funcionário foi selecionado por concurso público que veio a ser posteriormente declarado nulo. Ademais, ela também tem assim procedido nos casos em que a nulidade do contrato decorre da inconstitucionalidade da lei local que autoriza a formação dos vínculos, como se coubesse ao contratado avaliar juridicamente a adequação entre conduta do legislador e a Constituição⁴⁸.

Impende salientar que o próprio Constituinte Originário sinalizou entender que, de regra, o trabalhador não concorre para a indevida dispensa ao certame, pois apenas determinou expressamente, no § 2º do art. 37, “a punição da autoridade responsável”.

O servidor, por conseguinte, somente deve ser destinatário de sanção diversa da mera extinção do vínculo de trabalho quando comprovado que agiu de má-fé, atuou em conluio com o gestor, para escamotear o certame público. Mesmo assim, as sanções, no âmbito cível, não devem corresponder à supressão dos direitos trabalhistas, carecedora de amparo no sistema normativo, mas sim àquelas cominadas pela Lei n. 8.429/92, havendo, ainda, possibilidade de o obreiro ser responsabilizado, em solidariedade com o gestor, por dano moral coletivo.

4.4. DESRESPEITO À MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE

É evidente, em todas as teses que preconizam o cerceio a direitos trabalhistas fundamentais como consequência da nulidade do ato de ingresso na Administração Pública, a preocupação com a tutela ao direito, igualmente fundamental, ao concurso público. Elas, porém, a par das críticas que já lhes foram dirigidas, estão em desacordo com ditame hermenêutico de necessária incidência nas hipóteses de colisões entre posições jurídicas de tal natureza: a máxima da proporcionalidade.

45 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: parte geral, p. 33.

46 MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. Contratação temporária por excepcional interesse público: aspectos polêmicos, p. 97.

47 LORENZETTI, Ari Pedro. As nulidades no direito do trabalho, p. 386.

48 MAGALHÃES, Gustavo Alexandre; MAIOR, Jorge Luiz Souto. Efeitos da nulidade na contratação de servidores públicos. In: SOARES, José Ronald Cavalcante. O servidor público e a Justiça do Trabalho, p. 125 et seq.



A máxima da proporcionalidade é composta por três máximas parciais, averiguadas de forma sucessiva: adequação, necessidade, e proporcionalidade em sentido estrito. Desse modo, sempre que uma medida voltada à concreção de certo princípio implicar a mitigação de um segundo que com este colide, deve-se analisar se ela é adequada ao fim proposto, se há outro meio capaz de atingi-lo que seja menos gravoso ao princípio colidente, o que a tornaria desnecessária, e se a vantagem decorrente da realização do primeiro princípio supera a desvantagem oriunda da restrição ao segundo.⁴⁹

Ao sancionarem os servidores com a denegação dos direitos oriundos da prestação do labor, as mencionadas vertentes doutrinárias e jurisprudenciais não perpassam sequer pelo exame de adequação, pois em nada contribuem para a preservação do princípio da ampla acessibilidade às funções públicas. Muito pelo contrário, agregam motivação adicional para seu vilipêndio, qual seja: a redução, em grande monta, do custo da mão-de-obra irregularmente admitida.

Servem de estímulo, assim, à perpetração de fraudes ao certame, na medida em que as tornam economicamente vantajosas para o gestor inescrupuloso, o qual se vê livre para sonegar uma série de direitos a que fariam jus os trabalhadores e, assim, destinar verbas públicas que a eles deveriam ser direcionadas para fins afetos a seus interesses políticos, a exemplo de custeio de publicidade, festejos populares ou projetos demagógicos.

Outro não é o pensamento de Ari Pedro Lorenzetti, segundo o qual, conquanto tenha intuito louvável, a Súmula n. 363:

[...] estimulou a sanha dos administradores que não pejam em burlar a exigência constitucional para fazer clientelismo político, certos de que os ônus não recairão sobre eles, mas apenas sobre os trabalhadores. Com isso, restam frustrados tanto o objetivo constitucional de promover a moralidade pública e a igualdade de oportunidades entre os cidadãos, por meio do concurso público, quanto os valores em que se assenta a tutela dos direitos trabalhistas. Enquanto isso, o Poder Judiciário finge fazer justiça, acobertando os que invocam a própria torpeza, tudo em nome de uma falsa moralidade.⁵⁰

Há de se ressaltar, ademais, que, ainda que o propalado afastamento de direitos dos trabalhadores fosse considerado medida adequada de proteção ao concurso público, ele continuaria padecendo de inconstitucionalidade, por não ser capaz de atender às máximas parciais da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

A máxima parcial da necessidade não é observada pelas soluções restritivas concebidas nos meios doutrinários e jurisprudenciais, pois desconSIDERAM a existência de sanções estabelecidas pelo ordenamento com o intuito de resguardar o postulado do certame público que impõem menor gravame aos direitos fundamentais trabalhistas e, diversamente, atingem apenas aqueles impelidos por comprovada má-fé. Essas reprimendas encontram-se previstas, em especial, na Lei n. 8.429/92.

Segundo lição de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, para a incidência do art. 11 do citado diploma normativo, que prevê os atos de improbidade atentatórios aos princípios regentes da Administração Pública, dentre os quais se insere a burla ao concurso, exige-se o dolo do agente.⁵¹ O servidor, destarte, apenas poderá ser apenado se comprovado o conluio entre ele e o gestor, ou seja, seu efetivo contributo para a decisão de dispensa do certame, adotada especificamente para beneficiá-lo. São indícios de sua presença, por exemplo, a afinidade pessoal entre ambos, a existência de vínculo de confiança que evidencie poder de influência do trabalhador sobre as decisões do administrador e a relação de parentesco entre o obreiro e autoridade de alto escalão da Administração.⁵² O trabalhador de boa-fé, por sua vez, não deve ser destinatário de sanção diversa da extinção do vínculo de labor.

As sanções cominadas para o ato ímprobo em comento estão inculpidas no art. 12, III, da Lei n. 8.429/92. Entre elas, não se insere a denegação de direitos trabalhistas, pois, caso o servidor, ainda que de má-fé, tenha executado todas as atividades inerentes à função assumida, não terá havido dano aos cofres públicos. Por esse motivo, inclusive, o art. 19-A da Lei n. 8.036/90, ao assegurar os valores referentes aos depósitos de FGTS, não considera o elemento anímico do trabalhador, mas somente a prestação dos serviços. É imperativo, então, o pagamento de indenização equivalente, sob pena de equipará-lo ao “funcionário fantasma” e promover o enriquecimento ilícito da Administração Pública.

49 BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, p. 74.

50 LORENZETTI, Ari Pedro. As nulidades no direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2008, p. 387.

51 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa, p. 341.

52 MAGALHÃES, Gustavo Alexandre; MAIOR, Jorge Luiz Souto. Efeitos da nulidade na contratação de servidores públicos. In: SOARES, José Ronald Cavalcante. O servidor público e a Justiça do Trabalho, p. 128.

Já aquele que não tiver sequer prestado serviços atrairá a incidência do art. 10 da Lei n. 8.429/92, o qual prevê os atos que causam lesão ao erário, sancionados nos moldes do art. 12, II, do mesmo diploma. Nessa hipótese, sim, é que não poderão ser reconhecidos quaisquer direitos oriundos do vínculo, e o trabalhador deverá ser compelido a devolver ao erário, em solidariedade com o gestor, todos os valores percebidos.

Cumpra salientar, ademais, que, para o efetivo desestímulo à burla à exigência constitucional do concurso público, mister se faz o seu combate por meio dos instrumentos processuais de tutela coletiva, como a ação civil pública e a ação popular, e a “punição da autoridade responsável”, consoante determina o § 2º do art. 37 da Lei Maior.

Quanto à máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito, as correntes que negam aos servidores admitidos sem o certame público a maioria dos direitos trabalhistas fundamentais com ela não se coadunam, porquanto impõem carga coativa exacerbada a posições jurídicas intrinsecamente adstritas à preservação da dignidade da pessoa humana, sem que, com isso, logre-se proteção de relevo ao ditame da ampla acessibilidade. Como ensina Daniel Sarmento, “toda ponderação de interesses contém uma dimensão substantiva, em que o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no art. 1º, III da Constituição da República, ressalta em valor sobre os demais”⁵³.

Atenta, assim, contra a própria essência da Lei Maior a permissão que tem sido outorgada à Administração Pública para suprimir os direitos trabalhistas fundamentais, concebidos com o propósito conferir ao ser humano condições de existência digna. Deveras, a atual Constituição deferiu destacada tutela ao trabalhador. Além de alçar a dignidade da pessoa humana e o “valor social do trabalho” ao patamar de fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III e IV), erigiu a “valorização do trabalho humano” à categoria de base da Ordem Econômica (art. 170, *caput*), o “primado do trabalho” a base da Ordem Social (art. 193) e consagrou os princípios da “justiça social” (arts. 173 e 193) e da “prevalência dos direitos humanos” (art. 4º, II).

Incumbe sobrelevar que direitos como férias, décimo terceiro salário, licença à gestante, adicionais de horas-extras, noturno, de insalubridade e periculosidade, benefícios previdenciários, dentre outros, longe de se resumirem a meras vantagens com expressão monetária, são de crucial importância para a preservação da vida, da higidez física e mental, do lazer, da liberdade, do convívio familiar do obreiro, de sua plena inserção na sociedade. Traduzem, assim, o padrão mínimo essencial à preservação da dignidade humana.

Anuir com a vulneração dos direitos trabalhistas fundamentais, portanto, implica legitimar a quebra do patamar civilizatório exigido para qualquer vínculo de labor. Importa em permitir que seja extraído do trabalho seu valor primordial como atividade propiciadora do enriquecimento psíquico e sociocultural do trabalhador, da sua realização pessoal, da construção e desenvolvimento de sua personalidade, trajetória de vida, cidadania e interação com a sociedade, e que seu exercício se converta em fonte de padecimento, doença e insatisfação, o que, decerto, não compadece com o arcabouço protetivo arquitetado pelo Constituinte Originário.

Perde-se, com tal postura, o ideal de aperfeiçoamento do ser humano, ante a permissividade da dilapidação de seus direitos fundamentais, com o conseqüente encorajamento do gestor a se beneficiar do seu trabalho a reduzido custo, não raro prestado de boa-fé. Admite-se, então, que seja diminuído a objeto, tratado como meio para o alcance de espúrios desígnios políticos e pessoais do administrador, e não como um fim em si mesmo. Essa orientação, como aponta Carmen Camino, é ainda mais perversa, porque também dirigida a contratações sem concurso efetuadas por empresas estatais exploradoras de atividade econômica, “na qual sonegar direitos sociais implica reduzir custos e, conseqüentemente, aumentar lucros”, viabilizando que “a mais-valia se efetive em dimensões ainda maiores”⁵⁴.

Impossível é conservação do princípio da supremacia do interesse público sem a valorização do trabalho humano, pois esta é integrante de tal interesse⁵⁵. Eis, então, mais um motivo pelo qual se torna imperiosa a revisão do entendimento então dominante na jurisprudência trabalhista.

4.5 CONTRADIÇÕES NA JURISPRUDÊNCIA SUMULADA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

A fragilidade da tese seguida pela Súmula n. 363 do TST é evidenciada, ademais, pela existência de outros verbetes da mesma Corte que com ela conflitam: os Enunciados de números 331 e 430.

53 SARMENTO, Daniel apud CALVET, Otavio Amaral. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. Direito ao Lazer nas Relações de Trabalho, 1ª edição, Rio de Janeiro: Labor Editora, 2010, p. 27 a 35. Material da Aula 3ª da Disciplina: Direitos Fundamentais e tutela do empregado, ministrada no Curso de Pós-Graduação Televirtual de Direito e Processo do Trabalho—Anhanguera-Uniderp | Rede LFG, 2012, p. 4.

54 CAMINO, Carmen. Direito individual do trabalho. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 281 et seq.

55 MAGALHÃES, Gustavo Alexandre; MAIOR, Jorge Luiz Souto. Efeitos da nulidade na contratação de servidores públicos. In: SOARES, José Ronald Cavalcante. O servidor público e a Justiça do Trabalho. São Paulo: Ltr, 2005. p. 130 et seq.



A Súmula n. 331 recomenda a responsabilização subsidiária dos entes da Administração Pública pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas por empresas que prestam serviços terceirizados, caso evidenciada a culpa *in eligendo* ou *in vigilando* daqueles. Verifica-se, então, que, embora, em caso de admissão de servidor sem concurso diretamente pelo Estado, o entendimento majoritário recuse direitos diversos dos referidos na Súmula n. 363, se o gestor escamotear o certame público mediante a contratação de intermediadora de mão-de-obra que arregimente apenas os trabalhadores que ele indicar, outras serão as consequências, com o reconhecimento da integridade dos direitos trabalhistas.

Nos termos da Súmula n. 430, por sua vez, “convalidam-se os efeitos do contrato de trabalho que, considerado nulo por ausência de concurso público, quando celebrado originalmente com ente da Administração Pública Indireta, continua a existir após a sua privatização”. Patente, também, é a contradição surgida com tal verbete, uma vez que, embora o TST entenda que o trabalhador, independentemente da perquirição de sua má-fé, deve ser punido em virtude da burla ao concurso público, confere à privatização o atributo de apagar os vícios anteriores, transferindo ao sucessor contratual obrigações das quais outrora eximia o sucedido.

A nulidade absoluta, como é cediço, é, em regra, insanável, não se convalida. O contrato de trabalho, no entanto, por ser de trato sucessivo, admite fracionamento, podendo-se reconhecer a sua validade a partir do momento em que desaparece a violação a normas de ordem pública.⁵⁶ É o que se verifica na hipótese de privatização, tendo em vista que empresas particulares não são obrigadas a realizar certame público. No período que a antecede, contudo, contrariamente ao que dispõe o verbete, persiste a invalidade, a qual não impede o ressarcimento integral dos trabalhadores, justificado, dentre outros fundamentos examinados alhures, por ser impossível o retorno das partes ao *status quo ante*.

4.6 O RECONHECIMENTO PELO STF DE DIREITOS TRABALHISTAS FUNDAMENTAIS A SERVIDORES PÚBLICOS IRREGULARMENTE ADMITIDOS

Não obstante o STF já tenha seguido entendimento condizente com o firmado na Súmula n. 363 do TST,⁵⁷ acórdãos recentes têm dado sinais de possível superação dessa tese, ao reconhecerem direitos mais amplos aos servidores públicos irregularmente admitidos, como evidencia a seguinte decisão:

“[...] direitos sociais. Décimo terceiro e terço de férias. Aplicabilidade a contratos temporários sucessivamente prorrogados. Precedentes [...]”⁵⁸.

Essa tendência se fortaleceu, em especial, a partir do julgamento do RE 596.478/RR,⁵⁹ quando a Corte, por maioria, declarou, incidentalmente, a constitucionalidade do art. 19-A da Lei n. 8.036/90. Nessa oportunidade, o Ministro Gilmar Mendes, contrapondo-se ao voto da relatora, a Ministra Ellen Gracie, que entendeu inconstitucional o dispositivo, afirmou: “uma coisa é combater o contrato irregular – para isso o Ministério Público deve fazer todos os esforços, e todos os órgãos de fiscalização também. Agora, não reconhecer, minimamente, este direito ao FGTS me parece realmente onerar em demasia a parte mais fraca”.

Fez coro o Ministro Dias Toffoli, relator para o acórdão, o qual enfatizou que “uma coisa é proibir a contratação sem concurso público; outra coisa é proibir os efeitos residuais de um fato existente, e é existente juridicamente, embora inválido.” Aludiu, ainda, que “a manutenção desse dispositivo como norma compatível com a Constituição é até um desestímulo aos Estados que queiram fazer a burla ao concurso”. No mesmo sentido, asseverou o Ministro Cezar Peluso que:

[...] os atos praticados por esse trabalhador são aproveitados, isto é, a nulidade não apaga todas as consequências da relação estabelecida. [...] essa nulidade, com o devido respeito, não tem caráter absoluto a ponto de desconhecer qualquer vantagem ou qualquer direito que, eventualmente, possa

56 LORENZETTI, Ari Pedro. As nulidades no direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2008, p. 401.

57 Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no agravo de instrumento n. 768.771/SP. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. 6 abr. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610508>> Acesso em: 9 dez. 2013.

58 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo n. 649.393. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. 22 nov. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1627104>> Acesso em: 30 dez. 2013.

59 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 596.478/RR. Relator para o acórdão: Ministro Dias Toffoli. 13 jun. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629995>> Acesso em: 28 dez. 2012.

ser reconhecido com base noutros princípios constitucionais, como, por exemplo, a dignidade do trabalho, etc.

Em meio aos debates, o Ministro Ayres Brito, com propriedade, identificou a ocorrência de verdadeira “viragem de entendimento” do Pretório Excelso. No seu voto, valeu-se de diversos fundamentos já apreciados no presente estudo, assim arguindo:

[...] o que diz o § 2º do artigo 37 da Constituição? Se não houver concurso público, o recrutamento do servidor para a administração pública será automaticamente desfeito, será nulo. E esse dispositivo vai continuar operando; não está sendo negado por essa nossa decisão. O que nós estamos fazendo aqui é uma distinção já feita, por exemplo, no HC nº 80.263, da relatoria do Ministro Ilmar Galvão, entre dois planos: o plano da validade e o plano da existência. Nem por ser nulo o ato ele se torna um absoluto nada jurídico; ele pode produzir, sim, consequências.

No caso, nós estamos conferindo consequências ao ato nulo que homenageiam princípios constitucionais outros, já que a interpretação constitucional deve ser feita de modo sistemático. O hipossuficiente aqui é o empregado, hipossuficiente nos termos da Constituição, que, ao listar, ao inventariar trinta e quatro direitos do trabalhador, frente ao empregador, já deixou claro que nessa relação trabalhista há um hipossuficiente que é o trabalhador. Como o trabalhador representa aqui a força do trabalho, a Constituição homenageia o trabalho valorizando por diversos modos, como, por exemplo, no artigo 1º, inciso IV, dizendo que ele é um dos fundamentos da República. Na cabeça do artigo 170, dizendo que toda ordem econômica se baseia na valorização do trabalho e na livre iniciativa. No artigo 193, dizendo que toda ordem social se fundamenta na primazia do trabalho, ou seja, na precedência do trabalho.

[...] reconheço que eu mesmo estou mudando o meu ponto de vista, porque em pronunciamentos anteriores, formais, em decisões monocráticas inclusive, eu havia dito que o único efeito seria a indenização dos dias trabalhados do servidor contratado sem concurso. [...].

Espera-se que, como tem se verificado no STF, inteligência mais protetiva aos direitos fundamentais dos funcionários admitidos em burla ao concurso público se espraie pelos pretórios trabalhistas, de modo a superar a tese então prevalente e melhor atender aos objetivos constitucionais de tutela à dignidade humana, promoção da justiça social e construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

5. CONCLUSÃO

Demonstrou-se, ao longo desse estudo, que persistem, na doutrina e jurisprudência, diversas teses conflitantes quanto aos possíveis efeitos dos contratos trabalhistas celebrados pela Administração Pública em afronta à regra do art. 37, II, da Carta Magna.

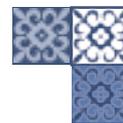
Em que pese o Tribunal Superior do Trabalho já ter sedimentado, em sua Súmula n. 363, entendimento restritivo dos direitos fundamentais dos trabalhadores irregularmente admitidos, as premissas em que este se ampara e as consequências que dele emergem sempre são passíveis de questionamentos, como é natural em todos os ramos do saber. Tanto é assim, que fundadas críticas lhe têm sido direcionadas, o que tem levado, inclusive, à revisão de posicionamentos outrora seguidos pelo Supremo Tribunal Federal.

A partir do cotejo entre as diversas correntes edificadas em derredor do tema e da interpretação sistemática das normas jurídicas pertinentes, pode-se concluir que, para o alcance dos elevados fins colimados pela Constituição da República, mister se faz reconhecer aos trabalhadores indevidamente admitidos, cujos vínculos devem ser extintos, todos os direitos decorrentes da prestação do labor, ressalvados apenas os característicos da dispensa injusta, sem prejuízo da incidência de sanções, em caso de comprovada má-fé, por danos morais coletivos e atos de improbidade administrativa. Tal solução, ao mesmo tempo em que concretiza, com a maior amplitude possível, os direitos trabalhistas fundamentais, não se olvida da imperiosa defesa do respeito ao concurso público, todos de inequívoco relevo para o alcance de uma Administração Pública mais proba, justa e realmente orientada à satisfação dos interesses coletivos.

6. REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.



- CAMINO, Carmen. Direito individual do trabalho. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CASSAR, Vólia Bomfim. Curso de direito do trabalho. Niterói: Impetus, 2008.
- CATHARINO, José Martins. Coletânea de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1975.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Direito do Trabalho: estudos. São Paulo: LTr, 1997.
- DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KLIPPEL, Bruno. Direito Sumular Esquemático: TST. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LORENZETTI, Ari Pedro. As nulidades no direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2008.
- MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. Contratação temporária por excepcional interesse público: aspectos polêmicos. São Paulo: LTR, 2005.
- MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas de trabalho. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MARTINS, Sergio Pinto. Comentários às súmulas do TST. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado: Parte Geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. 4.
- PINTO, José Augusto Rodrigues. Tratado de Direito Material do Trabalho. São Paulo: LTr, 2007.
- PINTO, Raymundo Antonio Carneiro; BRANDÃO, Cláudio. Orientações jurisprudenciais do TST: comentadas. São Paulo: Ltr, 2010.
- RIBEIRO, Bernardo Guimarães Carvalho. Fundamentos para uma eficaz proteção dos servidores empregados contratados sem concurso público. Revista do Ministério Público do Trabalho na Bahia / Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região, Salvador, n. 3, p. 17-32, 2008.
- SANTOS, Élisson Messia dos; CORREIA, Henrique. Súmulas e orientações jurisprudenciais do TST: comentadas e organizadas por assunto. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.
- SARAIVA, Renato. Direito do trabalho: versão universitária. 4. ed. São Paulo: Método, 2011.
- SILVA, Alessandro da et al (Org.). Direitos Humanos: essência do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2007.
- SOARES, José Ronald Cavalcante (Org.). O servidor público e a Justiça do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005.
- SÜSSEKIND, Arnaldo et al. Instituições de direito do trabalho: volume I. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005
- VIEIRA, Raphael Diógenes Serafim. Servidor Público Temporário: Natureza jurídica, regime, contratação irregular e a (não) incidência do princípio da primazia da realidade de fato sobre as formas. Viçosa: UFV, 2007.