

TEORIA DAS NULIDADES NO DIREITO DO TRABALHO ANTE A CONTRATAÇÃO ILEGAL DE SERVIDORES PÚBLICOS TEMPORÁRIOS

Mario Cleone de Souza



EDITORA CONHECIMENTO LIVRE

MARIO CLEONE DE SOUZA

TEORIA DAS NULIDADES NO DIREITO DO TRABALHO ANTE A CONTRATAÇÃO ILEGAL DE
SERVIDORES PÚBLICOS TEMPORÁRIOS

1ª ed.

Piracanjuba-GO
Editora Conhecimento Livre
Piracanjuba-GO

1ª ed.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

SOUZA, MARIO CLEONE DE
S719T TEORIA DAS NULIDADES NO DIREITO DO TRABALHO ANTE A
CONTRATAÇÃO ILEGAL DE SERVIDORES PÚBLICOS TEMPORÁRIOS
/ MARIO CLEONE DE SOUZA. – Piracanjuba-GO

Editora Conhecimento Livre, 2025

56 f.: il

DOI: 10.37423/2025.edcl1176

ISBN: 978-65-5367-687-9

Modo de acesso: World Wide Web

Incluir Bibliografia

1. nulidades 2. servidor-publico 3. súmula-363 4. improbidade-administrativa I. SOUZA, MARIO CLEONE DE II. Título

CDU: 340

<https://doi.org/10.37423/2025.edcl1176>

O conteúdo dos artigos e sua correção ortográfica são de responsabilidade exclusiva dos seus respectivos autores.

EDITORIA CONHECIMENTO LIVRE

Corpo Editorial

MSc Edson Ribeiro de Britto de Almeida Junior

MSc Humberto Costa

MSc Thays Merçon

MSc Adalberto Zorzo

MSc Taiane Aparecida Ribeiro Nepomoceno

PHD Willian Douglas Guilherme

MSc Andrea Carla Agnes e Silva Pinto

Dr. Walmir Fernandes Pereira

MSc Edisio Alves de Aguiar Junior

MSc Rodrigo Sanchotene Silva

MSc Adriano Pereira da Silva

MSc Frederico Celestino Barbosa

MSc Guilherme Fernando Ribeiro

MSc. Plínio Ferreira Pires

MSc Fabricio Vieira Cavalcante

PHD Marcus Fernando da Silva Praxedes

MSc Simone Buchignani Maigret

Dr. Adilson Tadeu Basquerote

Dra. Thays Zigante Furlan

MSc Camila Concato

PHD Miguel Adriano Inácio

Dra. Anelisa Mota Gregoleti

PHD Jesus Rodrigues Lemos

MSc Gabriela Cristina Borborema Bozzo

MSc Karine Moreira Gomes Sales

Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares

MSc Pedro Panhoca da Silva

MSc Helton Rangel Coutinho Junior

MSc Carlos Augusto Zilli

MSc Euvaldo de Sousa Costa Junior

Dra. Suely Lopes de Azevedo

Dr. Francisco Odecio Sales

MSc Ezequiel Martins Ferreira

MSc Eliane Avelina de Azevedo Sampaio

MSc Carlos Eduardo De Oliveira Gontijo

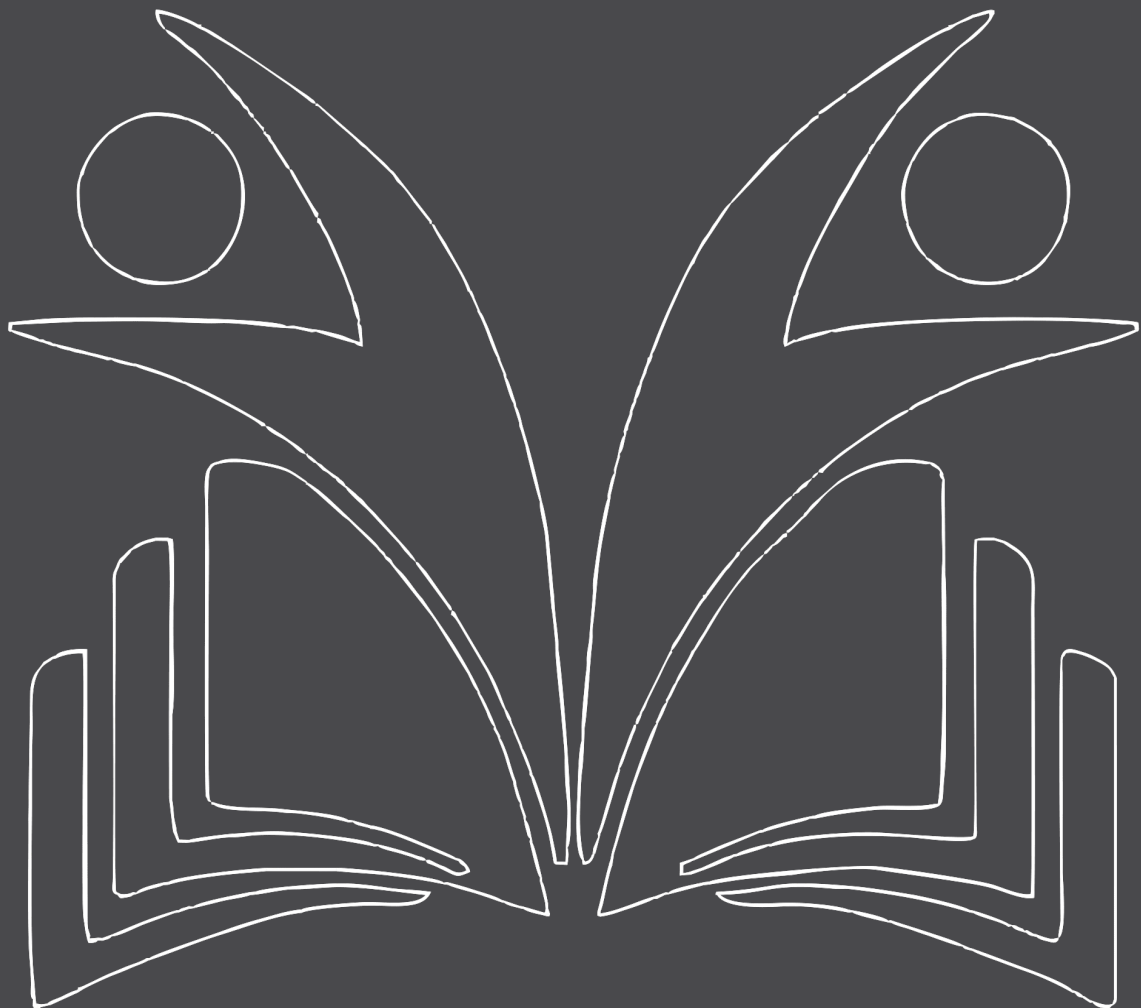
Dr. Rodrigo Couto Santos

Dra. Milena Gaion Malosso

PHD Marcos Pereira Dos Santos



10.37423/2025.edcl1176



DEDICATÓRIA

Dedico esta monografia: Aos meus pais, Mário Cleone e Lenimary Souza; aos meus irmãos Marcos Francisco e Mayra Paul e à minha companheira e colega de classe, Marla Teixeira, enfim, à minha família.

AGRADECIMENTOS

Meus mais sinceros agradecimentos...

... Primeiramente a Deus, razão maior da nossa existência;

... à minha família, pelo apoio incondicional e presença constante em todas as etapas da minha vida;

... aos Drs. Michael Amaral e Maurício Amaral, profissionais que me apresentaram ao fascinante mundo do Direito do Trabalho, e que tanto me ajudaram durante um período cinzento de minha vida profissional;

... aos amigos mais íntimos e colegas do curso de Direito da UNEB, pela paciência e por entenderem que minha ausência nas rodas de amigos é apenas temporária;

... à professora Marialva Carvalho, que mesmo diante das limitações impostas pela vida, sempre se mostrou disposta e solícita a todos os meus pedidos e me conduziu com bastante sapiência rumo ao meu objetivo final;

Muito Obrigado!

Resumo: O presente trabalho monográfico vai realizar uma apresentação sobre o atual panorama das contratações temporárias de pessoal que são realizadas pelo Poder Público sem a observância do princípio do concurso público. Referidos contratos são tidos como ilegais pelo Poder Judiciário Trabalhista, que, tomando por base a Súmula nº 363, determina que são devidos apenas o valor atinente ao salário mínimo-hora além do valor equivalente aos depósitos de FGTS que são devidos por conta do contrato. Nesta ótica, serão trazidas à tona críticas e sugestões no sentido de se dar uma melhor roupagem para a Súmula em questão e assim servidores públicos de fato não fiquem desprovidos de direitos trabalhistas fundamentais que são devidos às categorias de servidores públicos, em harmonia com os princípios da dignidade da pessoa humana e o princípio da valorização do trabalho humano.

Palavras-chave: contratação temporária; nulidade; concurso público; dignidade da pessoa humana.

EPÍGRAFE

“(...) O Direito não é o texto escrito, nem a norma que dele formalmente se infere, nem os códigos, nem as consolidações, nem as leis, nem os decretos, nem as portarias, nem os tratados e monografias. Tudo isso é silêncio. Tudo isso são possibilidades e expectativas”.

(J.J. Calmon de Passos)

Sumário

INTRÓITO.....	10
1. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA POR EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO	11
1.1. CONCEITO E REQUISITOS	11
1.2. A EVOLUÇÃO DA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA NO BRASIL	13
1.3. CONCEITO DE NECESSIDADE TRANSITÓRIA	16
1.4. CONCEITO DE TEMPO DETERMINADO.....	18
1.5. CONCEITO DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO	19
1.6. COMPETÊNCIA PARA EDIÇÃO DE LEI ORDINÁRIA A QUE SE REFERE O ART. 37, IX, DA CF/88	20
1.6.1. LEI FEDERAL Nº 8.745/93	21
COMPETÊNCIA JURISDICIONAL	24
REGIME PREVIDENCIÁRIO DO SERVIDOR TEMPORÁRIO	24
2. A NULIDADE DO CONTRATO ENTRE O AGENTE TEMPORÁRIO E O ESTADO	25
2.1. TEORIA DAS NULIDADES DO DIREITO DO TRABALHO	25
2.2. A SÚMULA Nº 363/TST.....	29
CRÍTICAS À SÚMULA Nº 363 E A NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO DE DIREITOS DECORRENTES DESSA RELAÇÃO	32
2.4. NECESSIDADE DE ESTABELECIMENTO DE DIREITOS E GARANTIAS MÍNIMOS PARA OS SERVIDORES TEMPORÁRIOS.....	35
3. A RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO QUE CONTRATA SEM A OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO	38
3.1. CONCEITO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A LEI 8.429/92	38
3.2. A AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS	40
3.3. O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO COMBATE AOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	41
3.4. A AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA JUSTIÇA DO TRABALHO	46
CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS	51

APRESENTAÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de realizar um estudo sobre as contratações ilegais que são celebradas com servidores temporários, em evidente fraude ao mandamento constitucional que determina a realização de concurso público para a admissão de servidores no quadro de pessoal. Também analisa a necessidade urgente de ampliação dos direitos que decorrentes dessa relação jurídica de trabalho, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e dos princípios protetivos do trabalho, os quais são tolhidos por conta do entendimento firmado pelo Tribunal Superior do Trabalho através da Súmula 363. Segundo a mesma, é devido ao trabalhador temporário que celebrou contrato nulo, a título de indenização, apenas o saldo dos dias efetivamente trabalhados, respeitado o salário mínimo/hora e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço devido.

A fim de atingir o seu objetivo, é imprescindível que o leitor tenha em mente que há a necessidade de realização de uma abordagem interdisciplinar de diversos ramos do Direito, eis que necessariamente, diversos institutos distintos serão apresentados a partir de então. Nesse diapasão é prudente alertar que esse trabalho não é, necessariamente, um trabalho exclusivo do Direito do Trabalho, tampouco de Direito Administrativo, mas sim um trabalho híbrido, interdisciplinar, mas que procurará trazer com a maior clareza possível, todas as informações que se fazem necessárias para o entendimento do tema.

Serão abordados, destarte, temas relativos ao Direito Constitucional, fonte das normas basilares aplicáveis ao Estado e à sociedade, do Direito Administrativo, de onde decorre o instituto da contratação temporária e a análise da relação servidor/Estado e, por fim, de Direito do Trabalho, de onde emanarão os institutos laborais que farão vez na propositura do tema em comento.

Será objeto de análise, o instituto da contratação temporária em razão do excepcional interesse público. Esse tipo de contrato, quando celebrado de forma regular, tem o objetivo de auxiliar o poder público na consecução de diversas necessidades básicas que são de interesse da sociedade, e que, por conta do surgimento de demandas inesperadas, não podem aguardar a realização de um processo seletivo, sob pena de perecimento dos interesses surgidos.

Passando para a tônica do presente trabalho, tem-se a abordagem da situação em que o contrato é considerado nulo, por conta da admissão ilegal que o administrador público realizou, na maioria das vezes, para atender a interesses particulares. Aqui, será necessário um estudo sobre a teoria justrabalhista das nulidades, para que se observe quais são os principais efeitos decorrentes da contratação ilegal.

Após o estudo da teoria justralhista das nulidades, será feita a apresentação da Súmula 363 e o seu histórico evolutivo diante dos reclamos da doutrina e jurisprudência especializada. Referida Súmula também será alvo de críticas por conta da maneira como foi concebida e o efeito deletério que causa nas contratações temporárias, por conta de sua própria dicção. Por conta das críticas que serão proferidas, será importante a apresentação de uma solução alternativa que vislumbre a efetivação do princípio da dignidade humana, sem contudo, ferir o princípio do interesse público, já que a ampliação de direitos trabalhistas ocasionará, irremediavelmente, prejuízos para o erário.

No último capítulo será feita uma apresentação da necessidade de atuação do Ministério Público do Trabalho, enquanto órgão responsável pela defesa dos interesses individuais homogêneos dos trabalhadores. A sua atuação através da ação de improbidade administrativa é uma ferramenta de bastante utilidade para incluir dentro da relação processual o mau administrador, e assim ele arque com as conseqüências advindas da contratação ilegal que ele mesmo celebrou.

Por fim, serão apresentadas as considerações finais sobre o presente trabalho, trazendo as expectativas que são esperadas caso, de fato, haja a implementação das propostas sugeridas nesse trabalho, com o escopo de erigir o trabalho temporário ao patamar determinado pela norma constitucional, assim como fazer com que o princípio do concurso público seja aplicado de forma a dar melhor qualidade aos serviços públicos que hoje são prestados a toda a coletividade.

INTRÓITO

O Direito do Trabalho, entre todos os ramos do Direito, é aquele que mais diretamente realiza a promessa constitucional de conferir dignidade à pessoa humana por meio da valorização do trabalho. Sua essência está intimamente ligada aos fundamentos da República — cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho — expressos no art. 1º da Constituição Federal, bem como aos objetivos fundamentais previstos no art. 3º, que exigem a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a promoção do bem de todos.

Entretanto, a concretização desses ideais encontra obstáculos práticos e jurídicos, especialmente no campo da admissão de trabalhadores pela Administração Pública. Embora a regra constitucional imponha a prévia aprovação em concurso público como condição para o ingresso em cargos e empregos públicos (art. 37, II), há hipóteses excepcionais de contratação temporária para atender necessidades emergenciais e transitórias. Na prática, tais contratações muitas vezes são distorcidas para fins políticos ou pessoais, convertendo-se em mecanismos ilícitos de burla aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e eficiência.

Quando tais vínculos irregulares chegam ao Judiciário, aplica-se, por analogia, a Teoria das Nulidades, tradicionalmente desenvolvida no Direito Civil, mas com importantes desdobramentos no Direito do Trabalho. Essa teoria estabelece que o contrato inválido deve ser desconstituído, resguardando-se, contudo, efeitos já consumados, a fim de evitar enriquecimento sem causa e preservar direitos fundamentais. No âmbito trabalhista, o desafio reside em harmonizar dois valores constitucionais de igual relevo: a indisponibilidade do patrimônio público e a proteção da dignidade do trabalhador que prestou serviços de boa-fé.

A posição consagrada na Súmula nº 363 do TST, que limita a indenização devida ao contratado irregular ao pagamento da contraprestação pactuada (respeitado o salário mínimo) e aos depósitos de FGTS, traduz a aplicação de uma lógica estritamente *ex tunc*, restringindo a recomposição de direitos. Contudo, à luz da teoria *justtrabalhista* das nulidades, sustenta-se a adoção de efeitos *ex nunc*, reconhecendo ao trabalhador a integralidade dos direitos sociais mínimos durante a vigência do contrato, ainda que este seja nulo. Tal compreensão não apenas impede o enriquecimento ilícito da Administração, como também reforça o compromisso constitucional com a valorização do trabalho humano.

Assim, o presente estudo busca examinar a aplicação e os limites da Teoria das Nulidades no Direito do Trabalho, especialmente no contexto das contratações temporárias ilegais, propondo uma releitura que concilie a observância da Constituição com a efetiva proteção do trabalhador e a preservação da moralidade administrativa.

1. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA POR EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO

1.1. CONCEITO E REQUISITOS

Observa-se, no início do século XXI, uma necessidade premente que o Estado possui em se modernizar a fim de enfrentar com presteza as demandas que a sociedade lhe impõe constantemente. Com este modo de pensar, o Poder Público necessita ser mais ágil e competitivo, especialmente no que se refere ao modo de admitir agentes públicos, a fim de que possam atender satisfatoriamente as inúmeras atividades que são de incumbência do Poder Público, como também para adquirir de mão-de-obra qualificada diante de um cenário altamente competitivo, em que a iniciativa privada passa a ter vantagens em diversos aspectos, começando, em muitos casos, pelo aspecto financeiro. Para auxiliar o Estado nestas atividades de admissão de agentes públicos, o Constituinte previu a hipótese legal de admissão temporária de servidores públicos para realização de determinadas atividades excepcionais sob a imperiosa necessidade de serviço.

Assim, para a admissão de servidores temporários, o Poder Público pode se valer dos contratos administrativos de trabalho para fazer frente às situações de necessidade de serviço.

Latu sensu, Hely Lopes Meirelles conceitua o contrato como o “ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração”.

Porém, importante salientar que, independentemente do tipo de contratação a ser efetivada, se temporário ou para provimento efetivo, toda contratação pelo Poder Público é precedida de um procedimento administrativo, enquanto uma sucessão específica e ordenada de atos tendentes a um fim, qual seja, a celebração do contrato.

O chamado contrato temporário é previsto expressamente pela Constituição Federal no seu art. 37, IX:

“a lei estabelecerá os casos de contratação temporária por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público”.

Diante da norma constitucional acima transcrita, tem-se que são três os requisitos exigidos pelo constituinte para autorizar a celebração de um contrato temporário, a saber: contratação por tempo determinado, atendimento de necessidade temporária e que essa última seja de excepcional interesse público. Caso não sejam observados, rigorosamente, os três requisitos ora formulados, o ato administrativo de contratação estará inquinado pelo vício da nulidade, devendo ser anulado imediatamente e o agente temporário ser retirado das atividades públicas que atualmente está realizando, sem falar nas repercussões na esfera judicial e a responsabilização do agente público pelo ato doloso e ilegal que praticou, quando no exercício de suas funções.

Observa-se que, dentre os três requisitos constitucionais para a admissão de temporários, o de maior dificuldade em sua visualização é o “excepcional interesse público”, em virtude do subjetivismo que ele carrega. Este requisito somente poderá ser observado no caso concreto, e sobretudo se o fato de relevante interesse público, advém de uma situação incomum e imprevisível. Conforme se verá mais à frente, o atendimento a serviços rotineiros não é, via de regra, fato gerador de contratação temporária, salvo na hipótese emergencial, imprevista ou de proporções não-previsíveis.

Assim, para que os requisitos exigidos para a contratação por tempo determinado sejam atendidos, é imperioso que o administrador público observe o atendimento dos requisitos do ato administrativo. Luis Cesar Duarte Prinzo, com bastante argúcia, elencou os requisitos do ato administrativo e os passou para as atividades realizadas a nível municipal:

Competência – Em geral é do Prefeito, podendo ser também dos Secretários, seus auxiliares diretos, conforme dispuser a Lei Orgânica respectiva. Como se trata de administração de pessoal, cuja atribuição normalmente não é exclusiva do Prefeito, tal encargo é delegado ou ao Secretário da Administração ou equivalente, como diretor administrativo, ou a qualquer Secretário dentro do âmbito de sua Secretaria. A importância desse requisito é saber se a pessoa que celebrou o contrato, em nome da Municipalidade, podia ou não realizar o ato;

Finalidade – [...] só pode ser pública ou de interesse social, que redunde no interesse público. Caso contrário, o desvio ocasionará a nulidade do ato praticado, respondendo o administrador pelas penalidades daí decorrentes, em especial por improbidade administrativa [...];

Forma – Seu revestimento será sempre escrito, precedido de procedimento administrativo;

Motivo – É o mais importante elemento, porque intrinsecamente relacionado com os demais, devendo ser real, proporcional, razoável e adequado à realidade, em atendimento também ao princípio da eficiência (art. 37, caput, CF). Tal elemento deve estar justificado, previamente, no procedimento administrativo, ou seja, motivado. Deve estar também consubstanciado em documentos, como, verba gratia, ofício(s) da(s) secretaria(s), órgão(s), departamento(s) ou divisão(ões) solicitante(s), a fim de materializar o fato

gerador da necessidade da contratação, atentando ainda que a mesma deve ser temporária e de excepcional interesse público, tudo devidamente justificado e publicado. A publicação poderá ser posterior ao ato, inclusive ante a situação que se apresentar, como em casos de urgência, calamidade pública, podendo, nestas hipóteses, também ser dispensado o processo seletivo;

Objeto – O conteúdo material é o próprio contrato, cujos efeitos jurídicos são: adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir ou declarar situações, observadas as normas e princípios pertinentes, dentre os quais o da primazia do interesse público sobre o privado, possibilitando a existência de cláusulas em favor do Poder Público no intuito de resguardar seu interesse. Deve ser também lícito, possível, determinado e moralmente aceito.

Observa-se, deste modo, que todos os requisitos do ato administrativo estão coadunados com as exigências constitucionais para a contratação temporária. Caso não seguido um ou mais dos requisitos acima transcritos, ocorrerá a nulidade do ato em questão e, conseqüentemente, do contrato resultante deste ato.

1.2. A EVOLUÇÃO DA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA NO BRASIL

A figura da contratação temporária não é algo novo no Direito brasileiro, já que desde os tempos do Império já se tinha conhecimento de sua existência. Em 18.5.1825, foi promulgado um Decreto para regulamentar os escriturários da Contadoria da Marinha e que fazia referência aos “Praticantes número e extranumerários da mesma Contadoria”.

Diante disto, observa-se que desde os primeiros momentos de existência do Brasil independente já se tratava da regulamentação de servidores temporários, ainda que com outra denominação, como “admissão em caráter eminentemente excepcional”. A preocupação em dar existência legal a esta categoria sui generis de agentes públicos está na necessidade que o Poder Público tem em prever possibilidades de contratação precária ante a iminência de situações imprevistas e que demandariam admissões céleres, sem a necessidade de um procedimento mais demorado.

Prova real do argumento acima tratado está na dicção legal da Lei nº 5.426, de 7.1.1928, ao afirmar expressamente que “certos encargos de serviço público, como aqueles realizados pelos diaristas, mensalistas e serventes, poderiam ser realizados pela simples nomeação, pelo Ministro competente, de pessoas contratadas para esse fim”.

A Lei 183, de 13.1.1936, vedava a admissão de pessoal contratado para o serviço público, exceto nos casos de cargos técnicos que não pudessem ser incluídos no quadro do funcionalismo e dos serviços

de natureza transitória. O art. 13 do novel diploma previa, ainda, que as contratações seriam submetidas à apreciação do Presidente da República.

Neste mesmo ano, Getúlio Vargas promulgou a Lei nº 284, de 28 de outubro, redimensionando quais seriam os serviços públicos prestados por funcionários efetivos e pessoal extranumerário, estes entendidos como sendo temporários.

O Decreto-Lei nº 240/38 inovou ao dar a definição legal de contratado. Previa este diploma legal que era a “pessoa física admitida mediante a assinatura de um contrato bilateral, para o desempenho de função reconhecidamente especializada, e para a qual, a critério da Comissão de Eficiência, não houvesse nos quadros do funcionalismo pessoa devidamente habilitada e disponível na respectiva lotação”. O art. 16 trazia a definição de mensalista: “o agente admitido mediante portaria do Ministro do Estado, para suprir temporariamente deficiências dos quadros do funcionalismo”.

O traço mais marcante para esta categoria de agentes públicos era a precariedade pela qual era revestido seu contrato de trabalho. Essa situação era evidente ao se verificar que o próprio Decreto-Lei em comento trazia, como anexo, uma modelo de contratação de mensalistas, e dentro dos diversos dispositivos contidos em referido contrato, trazia-se a possibilidade de rescisão de modo unilateral pela Administração, sem dar ao mensalista direito a qualquer direito trabalhista ou indenização pelo serviço que fora prestado ao poder público. Além disso, havia a possibilidade de sucessivas prorrogações do contrato, culminando com a total desvirtuação do vínculo de natureza transitória.

Esta mesma Lei também definia o diarista: “o agente admitido pelo diretor de repartição para o desempenho de funções auxiliares ou transitórias, principalmente aquelas atribuições ligadas à conservação e asseio”.

Quanto ao diarista, percebe-se que uma situação ainda mais precária em se comparando com o mensalista. A este respeito, importante trazer o comentário de Porto-Carrero, referendada por Magalhães:

Se o serviço é braçal ou mecânico, os agentes dele não são considerados funcionários nem empregados públicos; serão assalariados, jornaleiros, serventes, diaristas, que podem ser dispensados pela mesma autoridade que os contratou e admitiu, como na vida privada se admite e despede um simples fâmulos.

Todavia, cumpre frisar que esse pensamento era referendado por uma mentalidade jurídica pouco desenvolvida em relação ao princípio da valorização do trabalho humano.

Por último, tem-se a figura do tarefeiro, que era definido no art. 35, “como a pessoa admitida pelo diretor da repartição para o desempenho de determinadas funções e que percebia salário na base da produção por unidade, ou seja, na proporção direta da eficiência de sua produtividade”. Além disso, quando comparado às demais figuras de agentes extranumerários, era o que gozava de menos garantias (se é que os demais tinham alguma...), sendo considerado o último nível da “escala descendente de estabilidade”.

Já em 1946, com o advento da nova Constituição, todos os agentes interinos e extranumerários que, à época, prestavam serviços ao poder público Federal, Estadual e Municipal foram efetivados por imperativo do art. 23 do Ato das Disposições Transitórias.

Mais à frente, com a Lei nº 1.765, de 18.12.1952, os extranumerários, diaristas e demais contratados foram equiparados à categoria dos mensalistas, além de proibir, expressamente, a contratação de diaristas.

O ato legal de maior destaque desta época foi, sem sombra de dúvidas, a Lei 3.780, de 12.07.1960, pois extinguiu a categoria dos extranumerários, de modo que todos os funcionários pertencentes a esta foram integrados para o quadro de servidores efetivos.

Mas, ainda que tivesse o objetivo de extinguir a categoria dos extranumerários, este novel permitiu a contratação de “pessoal temporário” ou “pessoal para obras”, a fim de que pudessem executar atividades de cunho transitório, agora regidos pelos dispositivos previstos na Consolidação das Leis do Trabalho.

Sobre o porquê da imposição das normas celetistas ao pessoal temporário, Oswaldo Aranha Bandeira de Melo explicava que “não justificava a existência de empregados do Estado sem qualquer direito. Se não gozam de direitos estatutários, próprios, sujeitavam-se à legislação trabalhista”.

A última inovação que a Lei 3.780/60 trazia era a possibilidade de contratação de especialista temporário para desempenhar atividade técnico-especializada, em que a Administração não dispusesse em seu quadro. Todavia, sua admissão não poderia ultrapassar um exercício financeiro. Diante disto, cumpre observar que ainda que tenha extinguido a categoria dos agentes extranumerários, continuou a manter hipóteses de contratação temporária para executar atividades transitórias, além de pessoal para execução de obras, figuras estas já existentes nas normas anteriores, ainda que com outras denominações.

Em 1967, foi a vez da Constituição da época determinar a aplicação das normas celetistas aos servidores temporários.

A Constituição de 1969, no art. 106 trouxe a figura dos servidores admitidos em serviço de cunho temporário, e os contratados para função de natureza técnica especializada. Todavia, seu regime jurídico não seria o celetista, mas sim um regime jurídico estabelecido em lei especial. Uma vez que esta lei especial nunca foi elaborada, continuou vigendo a Lei 3.780/60.

Durante todo este período, havia o entendimento de que a aprovação prévia em concurso público era condição necessária somente para os servidores estatutários. Tendo em vista este pensamento, o regime jurídico trabalhista era tratado como a brecha encontrada pelos gestores públicos para realizarem contratações sem a prévia aprovação em concurso público.

Foi somente em 1974 que a lei especial a que fazia alusão o art. 106 da Constituição de 1969, foi promulgada. A Lei 6.185, de 11.12.1974, estabeleceu o regime jurídico estatutário para os servidores que realizavam atividades típicas de Estado, enquanto o regime celetista foi o previsto para aqueles que desempenhavam funções que não eram típicas de Estado, ou seja, relacionadas ao exercício da soberania.

Portanto, diante de todo esse histórico em que as contratações temporárias, irregulares e sem concurso público eram a regra da época, é que o constituinte originário de 1987 trouxe uma condição totalmente restritiva, em que a contratação temporária estava condicionada à existência de excepcional interesse público. Também deixou de abranger a contratação de servidores para o exercício de funções de natureza técnica especializada e que não estivessem relacionadas a necessidades temporárias e excepcionais.

Ainda que tenha sido bastante rigoroso com o regime de admissão de pessoal para atuar nas atividades ditas estatais, a Constituição de 1988, ao contrário das Constituições precedentes, não definiu, expressamente, qual deverá ser o regime a ser aplicado aos servidores temporários.

1.3. CONCEITO DE NECESSIDADE TRANSITÓRIA

Consoante a dicção do art. 37, IX, a contratação de agentes para resguardar o interesse público, somente pode ocorrer “por tempo determinado para atender a necessidade temporária”.

Diante deste conceito, necessário informar que “tempo determinado” e “necessidade temporária” são dois conceitos totalmente distintos. O primeiro deles tem referência à duração do vínculo entre o

Estado e o servidor temporário, diametralmente oposto ao vínculo de natureza permanente. Já a necessidade temporária diz respeito às situações fáticas que demandam a ação da Administração Pública e que, conforme sua deflagração, determine a contratação imediata de agentes sem a prévia aprovação em concurso público.

Sob este pálio, a também chamada necessidade transitória procura inpingir ao ato administrativo de admissão dos agentes temporários, uma duração pré-determinada, além de abranger situações de urgência que demandem providências imediatas. Pode ainda englobar “atividades de natureza transitória que são incompatíveis com o provimento em caráter efetivo nos quadros da administração pública”.

Importante frisar que a Suprema Corte, visando a efetivação do princípio do concurso público, vem procurando limitar o alcance da expressão necessidade temporária para somente os casos em que as atividades sejam transitórias. Neste sentido, o STF já julgou a nulidade de diversas leis que traziam hipóteses que autorizavam contratações temporárias para o exercício de atividades de natureza permanente ou previsível, tal qual abaixo transcrito:

Servidor público: contratação temporária excepcional (CF, art. 37, IX):
inconstitucionalidade de sua aplicação para a admissão de servidores para
funções burocráticas ordinárias e permanentes.

Portanto, para o STF, qualquer deficiência nos quadros de pessoal da administração pública deve ser suprida com criação de cargos ou empregos públicos através de lei, com a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos. Neste sentido, a decisão do Ministro Moreira Alves, quando da fundamentação do pedido de procedência da ADIn nº 2.380-2/DF, em que figurava como Relator:

Esse dispositivo constitucional não permite que a lei que estabelecer os casos de contratação temporária admita que figurem entre eles atividades públicas permanentes que são desempenhadas por servidores públicos devidamente concursados (art. 37, II, da Carta Magna).

Em que pese a posição conservadora que o STF ostenta para os casos de permissibilidade de contratação temporária para realização de atividades permanentes, Magalhães ostenta posição divergente, admitindo a possibilidade de que funções permanentes venham a ser executadas por agentes temporários, desde que haja justificativa neste sentido, como por exemplo, diante de situações imprevistas:

A necessidade transitória pode consistir no exercício temporário de atividade permanente, como nos casos de pedreiro que sofreu acidente de trabalho, ou de professora afastada em razão de gravidez.

Assim, nos casos de situações excepcionais não urgentes, o que vai determinar a sua realização por servidores temporários será a sua natureza transitória. Nestes casos, não se justificaria a nomeação de servidores em caráter definitivo, pois, uma vez cessada a situação excepcional, o Estado não mais precisará dos seus serviços. Então, sob este ângulo de observação, não é a urgência da necessidade pública que irá justificar a contratação temporária, mas sim a natureza transitória da atividade a ser desempenhada. Corroborando da mesma tese, Celso Antonio Bandeira de Mello:

A razão do dispositivo constitucional em apreço, obviamente, é contemplar situações nas quais a própria atividade a ser desempenhada, requerida por razões muitíssimo importantes, é temporária, eventual (não se justificando a criação de cargo ou emprego, pelo quê não haveria cogitar do concurso público), ou a atividade não é temporária, mas o excepcional interesse público demanda que se faça imediato suprimento temporário de uma necessidade (neste sentido, 'necessidade temporária'), por não haver tempo hábil para realizar concurso, sem que suas delongas deixem insuprido o interesse incomum que se tem de acobertar.

1.4. CONCEITO DE TEMPO DETERMINADO

Como já dito antes, deve o contrato ter prazo certo, de modo que o ingresso excepcional na Administração dure apenas o imprescindível para atender à necessidade temporária. No caso da demanda que exige a contratação excepcional se prolongar no tempo, esse deverá perdurar “o estritamente necessário à realização do concurso e o preenchimento do cargo”.

Entretanto, visando garantir o termo determinado do vínculo, o legislador ordinário, quando da elaboração de lei vislumbrando as hipóteses de contratação, em regra, estabelece um prazo máximo que esse contrato poderá durar. Essa pré-determinação por parte do legislador inspira muitos cuidados, uma vez que, geralmente, o excepcional interesse público tem duração imprevisível, de modo que não há como se antecipar qual deve ser o prazo de contratação, pois não se sabe previamente qual a duração da demanda que justifica essa contratação.

Com o intuito de evitar sucessivas prorrogações ou até mesmo que um contrato temporário sem prazo de terminação, a doutrina estabelece que o vínculo deverá ter relação direta com a transitoriedade das atividades a serem exercidas, onde caberá ao legislador estabelecer prazos-limite para a contratação, considerando que a duração do vínculo pode variar de acordo com o necessário para a finalização da atividade excepcional.

1.5. CONCEITO DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO

Segundo escólio de Alvacir Correa dos Santos , excepcional é entendido como extraordinário, fora do comum, anormal. Porém, para que seja considerado excepcional, imprescindível se observar ainda que a mesma seja tida como indispensável, sob pena de comprometimento do interesse da coletividade. Caso contrário, não se estará diante de hipótese configuradora de excepcional interesse público.

Diante destas premissas, Magalhães traz interessante conceito de excepcional interesse público:

Pode-se conceituar, pois, o interesse público excepcional, como necessidades extraordinárias cuja satisfação é indispensável para o não perecimento de interesse da coletividade.

Quando se diz que a necessidade excepcional deve ser tida como sendo indispensável, é para que se analise antes se a atividade a ser suprida com um contrato temporário não poderia ser realizada de outra forma, sob pena de banalização do instituto e ofensa ao princípio do concurso público. Neste sentido Adilson de Abreu Dallari:

[...] compreendeu o legislador Constituinte que a administração pública, em certas ocasiões, precisa contar com pessoal temporário, mas cuidou de evitar que gente admitida nessa condição acabe permanecendo e se eternizando no serviço público.

Seguindo esta linha de raciocínio, verifica-se que a Administração Pública está autorizada a proceder à contratação temporária quando para atendimento de necessidades excepcionais, ainda que dependam de admissão para provimento efetivo, desde que evidenciado que a relevância e urgência da situação determinem a contratação por prazo certo, sob pena de perecimento do direito a ser tutelado.

Normalmente, observa-se na prática que as necessidades transitórias decorrentes da natureza da atividade são menos urgentes que as necessidades temporárias que derivam de atividades permanentes. E isso tem justificativa. É que no primeiro caso, ocorre impossibilidade de criação de cargos ou empregos públicos em tempo hábil, suprimindo-se através de pessoa com vínculo temporário.

Finalizando, verifica-se que a noção de excepcional interesse público tem por escopo atender todas as situações relevantes e indispensáveis, não necessariamente urgentes. Este também é o pensamento esposado por Alvacir Correa dos Santos:

A interpretação correta da expressão excepcional interesse público deve ser aquela que comporte solução para problemas reais: Deveras, não é de crer que a Lei Magna haja expressado comando que se pretendeu cego a dificuldades

concretas com que a Administração pode se defrontar e que a deixariam num beco sem saída, com prejuízo dos administrados.

1.6. COMPETÊNCIA PARA EDIÇÃO DE LEI ORDINÁRIA A QUE SE REFERE O ART. 37, IX, DA CF/88

Conforme já demonstrado anteriormente, já na Constituição Federal de 69 havia discussão sobre a competência legislativa para regulamentar a atividade dos servidores temporários. Já naquela época, previa-se que o regime jurídico desses seria estabelecido por “lei especial”, todavia, não informava expressamente qual seria o ente político competente para a edição de sobredita lei.

Na vigência da Constituição precedente, o entendimento majoritário era o de que cada ente federativo teria competência própria para legislar sobre o regime jurídico dos servidores temporários que ele admitisse. O entendimento jurisprudencial não era diferente, conforme se observa no Enunciado nº 123, editado pelo Tribunal Superior do Trabalho, à época:

Regime Jurídico de Servidor Temporário ou Contratado:

Em se tratando de Estado ou Município, a lei que estabelece o regime jurídico (art. 106 da Constituição) do servidor temporário ou contratado é a estadual ou municipal, a qual, uma vez editada, apanha as situações preexistentes, fazendo cessar sua regência pelo regime trabalhista. Incompetente é a Justiça do Trabalho para julgar as reclamações ajuizadas posteriormente à vigência da lei especial.

Seguindo a mesma tendência, a CF/88, no art. 37, IX, dispôs que “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado”, e também não previu, de forma expressa, qual seria o ente político responsável pela edição dessa lei. Há doutrinadores que chegam a pensar na hipótese de elaboração de lei nacional, pela União, para que se pudesse regular a situação dos temporários.

Porém, tal qual na vigência da Constituição pretérita, também é pacífico o entendimento de que cada ente federativo possui competência legislativa própria para legislar sobre pessoal contratado a termo certo, em virtude da autonomia político-administrativa que é dada a cada um deles.

Magalhães explica:

Portanto, a lei que estabelecerá as hipóteses e instituirá o regime jurídico dos servidores temporários será, respectivamente, federal, estadual, municipal ou distrital, conforme a pessoa política responsável pela contratação temporária.

1.6.1. LEI FEDERAL Nº 8.745/93

Como decorrência de sua autonomia político-administrativa, a União regulamentou em 9.12.1993, a Lei nº 8.745, que, dentre outras atribuições, regulamentou a forma e o regime das contratações temporárias.

Já no seu art. 2º, a União procurou definir, dentro do seu âmbito de atuação o que seria necessidade temporária de excepcional interesse público. Todavia, o legislador federal procurou trazer os casos que poderão ser enquadrados como sendo de excepcional interesse público, ao invés de defini-lo para um posterior enquadramento às situações concretas:

Art. 2º - Considera-se necessidade temporária de excepcional interesse público:

- I – assistência a situações de calamidade pública;
- II – combate a surtos endêmicos;
- III – realização de recenseamentos e outras pesquisas de natureza estatística efetuadas pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE;
- IV – admissão de professor substituto e professor visitante;
- V – admissão de professor e pesquisador visitante estrangeiro;
- VI – atividades:
 - a) especiais nas organizações das Forças Armadas para atender à área industrial ou a encargos temporários de obras e serviços de engenharia;
 - b) de identificação e demarcação desenvolvidas pela FUNAI;
 - c) de análise e registro de marcas e patentes pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI;
 - d) finalísticas do Hospital das Forças Armadas;
 - e) de pesquisa e desenvolvimento de produtos destinados à segurança de sistemas de informações, sob responsabilidade do Centro de Pesquisa e Desenvolvimento para a Segurança nas Comunicações – CEPESC;
 - f) de vigilância e inspeção, relacionadas à defesa agropecuária, no âmbito do Ministério da Agricultura e do Abastecimento, para atendimento de situações emergenciais ligadas ao comércio internacional de produtos de origem animal ou vegetal de iminente risco à saúde animal, vegetal ou humana;
 - g) desenvolvidas no âmbito dos projetos do Sistema de Vigilância da Amazônica – SIVAM e do Sistema de Proteção da Amazônia – SIPAM.

Em sua concepção original, esse diploma legal considerava como sendo de necessidade temporária de excepcional interesse público, a assistência a situações de calamidade pública, o combate a surtos endêmicos, a realização de recenseamentos, a admissão de professor substituto e professor visitante,

a admissão de professor e pesquisador visitante estrangeiro, e as atividades especiais nas organizações das Forças Armadas para atender a área industrial ou a encargos temporários de obras e serviços de engenharia.

Para o recrutamento dos temporários, não há necessidade de realização de concurso público, podendo ser realizado mediante processo seletivo simplificado, desde que sujeito a ampla divulgação.

Já as contratações feitas para atender às necessidades decorrentes de calamidade pública não necessitam ser precedidas de processo seletivo simplificado.

As contratações de admissão de professor e pesquisador visitante estrangeiro, bem como as atividades especiais nas organizações das Forças Armadas para atender a área industrial ou a encargos temporários de obras e serviços de engenharia, podem ser feitas a partir na notória capacidade técnica ou científica do profissional, mediante análise do *curriculum vitae*.

Todavia, a existência desse *novel* diploma não permite que os servidores da Administração direta ou indireta, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como de empregados ou servidores de suas subsidiárias sejam contratados temporariamente.

A principal característica trazida pela Lei 8.745/93 é que os contratados temporariamente não podem receber atribuições, funções ou encargos não previstos no respectivo contrato, ser nomeados ou designados, ainda que a título precário ou em substituição, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, nem terem a sua contratação renovada, exceto nos casos de assistência a situações de calamidade pública, mediante prévia autorização do Ministro de Estado ou Secretário da Presidência competente.

As infrações disciplinares atribuídas ao pessoal contratado nos termos desta devem apuradas por sindicância, concluída no prazo de trinta dias e assegurada ampla defesa.

Uma importante observação deve ser feita quanto às estipulações que extinguem o contrato temporário. Uma vez extinto o acordo, seja pelo término de prazo ou por iniciativa do contratado, este não fará jus a nenhum tipo de indenização pelo serviço prestado. Entretanto, seu tempo de serviço prestado deverá ser contado para todos os efeitos, inclusive o previdenciário.

A partir de 1995, o Presidente da República editou 46 Medidas Provisórias com a numeração 1.887, que, apreciadas pelo Congresso Nacional, originaram a Lei nº 9.849 de 26 de outubro de 1999 e alterou os arts. 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9º da Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993.

Posteriormente, a Lei federal nº 10.667, de 14 de maio de 2003, também tratou do assunto inicialmente previsto pela Lei nº 8.745, modificando, por conseguinte, os arts. 2º, 3º, 4º, 5º e 7º e 12 da lei de 1993.

Destaca-se o acréscimo ao texto do art. 2º, inciso III, que previa a realização de recenseamentos como hipótese de necessidade de contratação temporária, da previsão de outras pesquisas estatísticas realizadas pela fundação IBGE.

O inciso VI do mesmo artigo que permitia a contratação temporária nos casos de atividades especiais nas organizações das Forças Armadas para atendimento da área industrial ou encargos temporários de obras e serviços de engenharia foi alterado. Atualmente, além desta previsão, também são aceitas as atividades de identificação e demarcação desenvolvidas pela FUNAI, as finalísticas do Hospital das Forças Armadas, as de pesquisa e desenvolvimento de produtos destinados à segurança de sistemas de informações, sob responsabilidade do Centro de Pesquisa e Desenvolvimento para a Segurança das Comunicações – CEPESC, as de vigilância e inspeção, relacionadas à defesa agropecuária, no âmbito do Ministério da Agricultura e do Abastecimento, para atendimento de situações emergenciais ligadas ao comércio internacional de produtos de origem animal ou vegetal ou de iminente risco à saúde animal, vegetal ou humana, as desenvolvidas no âmbito dos projetos do Sistema de Vigilância da Amazônia - SIVAM e do Sistema de Proteção da Amazônia – SIPAM e as técnicas especializadas, no âmbito de projetos de cooperação com prazo determinado, implementados mediante acordos internacionais, desde que haja, em seu desempenho, subordinação do contratado ao órgão ou entidade pública.

Já a contratação de professor substituto, prevista no art. 2º, IV, deverá ser feita para suprir a falta de docente da carreira, decorrente de exoneração ou demissão, falecimento, aposentadoria, afastamento para capacitação e afastamento ou licença de concessão obrigatória. A modificação do §1º do mesmo artigo realizada pela lei de 1999 não abordou a contratação de professores visitantes, fazendo-o tão somente a respeito de professores substitutos.

A Lei de nº 9.849, de 1999, também acrescentou um parágrafo ao artigo 2º. O texto do mesmo prevê que as contratações para a substituição de professores afastados para capacitação somente poderão alcançar 10% do total de cargos de docentes da carreira constante do quadro de lotação da instituição.

COMPETÊNCIA JURISDICIONAL

Também já foi objeto de demonstração anterior a competência jurisdicional para apreciar litígios envolvendo servidores temporários e o Poder Público. Para fins de determinação da competência para as demandas judiciais que envolvam essas partes, é mister que se observe a natureza do regime jurídico que regulamenta os agentes temporários. Num primeiro momento, se a competência legislativa é de cada um dos entes federativos para regular a lei que disciplinará seu regime jurídico, deve-se observar se haverá a instituição de regime estatutário ou celetista.

No caso de se observar um regime jurídico estatutário, a competência jurisdicional continua com a Justiça Comum, estadual ou federal, a depender do ente político contratante. Já os servidores temporários sob o pálio do regime trabalhista, passam para a apreciação da Justiça do Trabalho.

Já nos casos em que é decretada a nulidade do vínculo jurídico entre o servidor e o Estado, a competência será passada para a Justiça do Trabalho. Os casos mais observáveis na prática, são aqueles em que o poder público contrata um servidor para atividades temporárias, muito embora possua tempo hábil para a realização de processo seletivo para aquele cargo/função. Também deve ser declarada a nulidade do ato de admissão nos casos em que ocorrem prorrogações sucessivas do contrato de trabalho. Em síntese, é declarada a nulidade do contrato quando realizado em total desacordo com os preceitos contidos no art. 37, IX, da Constituição Federal.

Cumprir observar que caso seja previsto pela lei local o regime de natureza administrativa, a competência para a apreciação de litígios dessa natureza também será da Justiça do Trabalho, pois, uma vez declarado nulo, não produziu nenhum efeito. Como decorrência da subsidiariedade do regime trabalhista, a competência passa a ser aquela definida pelo art. 114 da CF/88.

REGIME PREVIDENCIÁRIO DO SERVIDOR TEMPORÁRIO

Por força da alteração constitucional promovida pela Emenda Constitucional nº 20/98, o art. 40 da Carta Magna passou a ostentar o §13, que assim dispôs:

Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social.

Nota-se que o legislador derivado cometeu evidente equívoco ao trazer o termo “cargo temporário”, já que, uma vez temporário, tratar-se-á de função temporária, já que os cargos públicos são considerados para atividades permanentes da Administração Pública.

Voltando para o estudo do seu regime previdenciário, observa-se, claramente, com a Edição da EC nº 20/98, os servidores temporários devem, obrigatoriamente, ser submetidos ao regime geral de previdência social, não podendo mais serem inseridos em regime próprio de previdência social.

Por fim, cabe concluir que os temporários serão obrigados a verter as suas contribuições sociais para o Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, e, para fins previdenciários, não terão qualquer tipo de vinculação com a pessoa jurídica de direito público contratante.

2. A NULIDADE DO CONTRATO ENTRE O AGENTE TEMPORÁRIO E O ESTADO

2.1. TEORIA DAS NULIDADES DO DIREITO DO TRABALHO

Antes de se iniciar uma abordagem sobre as hipóteses sob as quais um contrato administrativo de trabalho deve ser considerado nulo, é imprescindível a análise da teoria das nulidades do direito do trabalho, a qual servirá de subsídio para a fixação dos efeitos e conseqüências caso seja reconhecida a nulidade de determinada avença.

Trazendo as lições de Maurício Godinho Delgado, “nulidade é a invalidação da existência e/ou dos efeitos jurídicos de um ato ou seu componente em virtude de se chocar com regra jurídica imperativa”.

Conforme o princípio da autonomia da vontade, os indivíduos possuem permissão para criarem direitos e contraírem obrigações, segundo preceito contido no art. 1º do Código Civil Brasileiro. Todavia, esta autonomia não é ilimitada, uma vez que não poderão, por exemplo, criarem direitos e obrigações que fujam às imposições de ordem pública.

Além disso, deve-se observar que determinado negócio jurídico, para produzir efeitos, deve atender aos requisitos de validade prescritos na lei ordinária. Estes requisitos estão informados no art. 104, do Código Civil, nos seguintes termos: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei.

Diante desta imposição legal, o Código Civil Brasileiro, no seu art. 166 trouxe as situações em que determinado negócio jurídico deverá ser considerado nulo: I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II – for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III – o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV – não revestir a forma prescrita em lei; V – for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI – tiver por objetivo fraudar lei

imperativa; VII – a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção. Também será considerado nulo o negócio jurídico simulado, todavia, subsistindo o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

Passando-se para os casos de anulabilidade, tem-se que estes são visíveis, em regra, nos casos em que existe incapacidade relativa do agente e de vício no negócio jurídico resultantes de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude contra credores – art. 171, CC/2002.

Segundo a lei civil, ainda, a nulidade absoluta é considerada como nulidade total e a anulabilidade é conhecida como sendo nulidade parcial. Este, uma vez verificado e ratificado pelas partes, continuam produzindo os seus efeitos como se válido fosse desde a origem. Já o ato considerado absolutamente nulo não produzirá efeito algum e invalida o ato desde a sua constituição. Destarte, sem possibilidade de convalidação.

Todavia, passando-se para o Direito do Trabalho, vê-se que este ramo específico do Direito construiu uma teoria específica para tratar das suas nulidades.

Como vista acima, no Direito Civil prevalece a regra geral de que, verificada a nulidade, o ato ou componente accidental deve ser suprimido, de tal modo, que as partes sejam reposicionadas à situação fático-jurídico anterior. Deve-se frisar também todo ato considerado absolutamente nulo não produzirá nenhum efeito, eliminando-se também até mesmo as repercussões faticamente já verificadas, consoante a redação do art. 182, do Código Civil Brasileiro. Diante destas informações, conclui-se que a regra geral das nulidades do Direito Civil traz a regra da retroação no momento da decretação de sua nulidade, também chamado “critério do efeito ex tunc da decretação judicial da nulidade percebida”.

Entretanto, o Direito laboral possui regra distinta, em se tratando de decretação da nulidade de seus negócios jurídicos. Como regra geral, vai vigor neste ramo específico do Direito, o critério da irretroação da nulidade decretada, ou, em outras palavras, “a regra do efeito ex nunc da decretação judicial da nulidade percebida”. Assim, ao se verificar determinado negócio jurídico considerado nulo, apenas a partir daí é que deverá ser suprimido do mundo sociojurídico, porém, respeitando-se todas as situações fático-jurídica já vivenciadas. Portanto, ao se passar para o Direito do Trabalho, o contrato, ainda que considerado nulo, ensejará às partes todos os efeitos jurídicos até o instante da decretação da nulidade, que terá apenas a obrigação de inviabilizar a produção de novas repercussões jurídicas, ante o pacto viciado.

A evidente diferenciação observada entre a teoria das nulidades da legislação civil com a da legislação juslaboral encontra azo na circunstância fática de que se encontra inviável, após a finalização de uma prestação de serviços, a volta das partes ao status quo ante ao do contrato nulo. Ou, segundo as lições de Maurício Godinho Delgado, “o trabalho já foi prestado, e seu valor transferido, com apropriação completa pelo tomador de serviços”.

Outra observação que deve ser feita é que a transferência e apropriação do trabalho pelo tomador sempre vai criar uma situação econômica desequilibrada entre as partes. A única maneira de tentar corrigir, ainda que parcialmente, este evidente contraste, é o reconhecimento dos direitos trabalhistas ao prestador.

Um último argumento que justifica essa diferenciação dos efeitos da decretação da nulidade no Direito do Trabalho é o valor que é dado pelo ordenamento jurídico pátrio ao trabalho e aos direitos trabalhistas, enquanto instrumentos para a efetivação da dignidade da pessoa humana. Assim, diante desses argumentos é que a doutrina e a jurisprudência dominantes afirmam ser necessária a repercussão dos efeitos justralistas do trabalho efetivamente cumprido, muito embora os efeitos futuros não possam mais subsistir ante o vício que lhe contamina.

Neste passo, a Teoria Trabalhista das nulidades pode ser aplicada sob três circunstâncias: nos casos em que há aplicação plena e nas hipóteses de aplicação restrita. Há ainda casos em que sequer se aplica a teoria em comento, tampouco a teoria civilista, de sorte que não haverá de se falar em nenhum efeito decorrente da contratação nula.

As hipóteses de aplicação plena da teoria trabalhista das nulidades estão abarcados nos casos em que falta o requisito da capacidade de uma das partes para a celebração do contrato, ou ainda nos casos em que falte alguma solenidade prevista em lei, como sendo necessária para a validade do ato. Muito embora a teoria civilista exija a decretação da nulidade do ato e com conseqüente retorno ao status quo ante das partes, em se tratando de Direito do Trabalho, é reconhecido às partes que participem de negócios eivados destes tipos de vícios, todas as repercussões justralistas, como se válido e regular fosse o contrato. Exemplo típico para esta hipótese, é a do menor de 14 anos que celebra contrato de trabalho. Ainda que não tenha capacidade para assinar contrato de trabalho, é devido a este incapaz todos os direitos trabalhistas, como se maior e absolutamente capaz fosse, pois, independente de sua situação fática, ocorreu a prestação de serviços e o conseqüente enriquecimento sem causa pela parte adversa, devendo o mesmo restituir-lhe todo o esforço despendido através das verbas trabalhistas previstas em lei.

Porém, há casos que determinam a aplicação restrita da teoria trabalhista das nulidades. Mesmo que se esteja diante de um caso de nulidade e que possibilite a restituição das verbas trabalhistas, “o tipo de defeito emergente do ato jurídico e o bem jurídico afrontado por esse defeito são espécies que tendem a ensejar uma gradação relativa no que toca à aplicação dessa teoria especial de nulidades”.

Essa situação é evidenciada nos casos em que existe colisão de princípios de direito, onde não há prevalência entre um ou outro. Portanto, “à medida que os bens tutelados se aproximam do interesse público, tende-se a restringir, proporcionalmente, a aplicação da teoria trabalhista especial”.

Exemplo típico desta hipótese é a das contratações ilegais que são feitas sem concurso público, em total agressão ao art. 37, caput, II e §2º da CF/88. Porém, cumpre frisar que existem duas correntes que trazem conseqüências distintas caso evidenciado a necessidade da aplicação restrita da teoria trabalhista das nulidades. A primeira corrente nega qualquer possibilidade de aplicação da teoria trabalhista, sob o argumento de que o interesse público envolvido tem o condão de acobertar, totalmente, o interesse laboral. Os seguidores dessa corrente negam o pagamento de qualquer verba resilitória ao trabalhador contratado irregularmente, ou, apenas o pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, em conjunto com os depósitos de FGTS devidos, em total consonância com o Enunciado nº 363, exarado pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Por outro lado, a segunda corrente insiste na aplicação indistinta da teoria trabalhista das nulidades, incluindo o pagamento de todos os direitos laborais advindos desta relação ilegal. Para justificar a prevalência desse modo de pensar, os seus adeptos valem-se da prevalência jurídica do valor trabalho, da vedação ao enriquecimento sem causa e inviabilidade de devolução do labor já efetivamente cumprido. Como argumento suplementar, afirmam que a norma constitucional que veda a contratação sem concurso público estaria dirigida tão somente ao administrador público, não ao obreiro.

Assim, diante da existência de dois pontos de vista para a aplicação dessa teoria, é importante realizar uma análise sistemática e coerente do texto constitucional, seja no sentido de observar as normas que proíbem ao gestor público e os cidadãos o ingresso nos quadros de pessoal do Estado sem concurso público, como o princípio que erige o trabalho a um dos valores essenciais da atividade econômica, social e jurídica brasileiras.

Partindo dessa análise, Maurício Godinho Delgado, sugere uma solução bastante condizente e que não atente ao princípio do concurso público, como também sem olvidar dos princípios inerentes à dignidade da pessoa humana e o primado do trabalho. Segundo o renomado autor, deve-se aplicar a

teoria justralhista das nulidades quanto ao período de efetiva prestação dos serviços, porém, anulando-se o pacto em virtude da inobservância à formalidade essencial do concurso. “Em consequência, manter-se-iam como devidas todas verbas contratuais trabalhistas ao longo da prestação laboral, negando-se, porém, o direito às verbas rescisórias próprias da dispensa injusta (aviso prévio, 40% sobre o FGTS e seguro desemprego), dado que o pacto terá (ou teria) sido anulado de ofício (extinção por nulidade e não por dispensa injusta)”.

Interessante trazer a anotação do jurista paulistano Carlos Eduardo Oliveira, que explica o porquê da necessidade de aplicação da teoria justralhista, de modo restrito:

[...] pelas características do Direito do Trabalho, não se pode emprestar às suas nulidades os mesmos efeitos que se operam nas nulidades em outros ramos jurídicos. Seria prejudicial ao trabalhador que a nulidade de um ato acarretasse a invalidade total do mesmo, inclusive quanto aos seus efeitos pretéritos, porque, em regra, o empregado não é o seu causador, mas isso normalmente é praticado pelo empregador. E uma interpretação diversa poderia implicar em atuação deliberada do empregador que, de má-fé, provocaria uma nulidade no contrato, apenas para não ter qualquer responsabilidade sobre ele.

Por último, tem-se os casos em que não há aplicação da teoria em estudo, uma vez que o tipo de nulidade existente inviabiliza, de modo cabal e absoluto, a sua incidência. Neste caso, há de prevalecer a teoria das nulidades do Direito Civil, negando-se, assim, a produção de qualquer efeito trabalhista à prestação laborativa efetivada. Isso ocorre porque as situações que exigem este tipo de atitude incorrem em uma afronta a bens sociais tão relevantes que não há condições para a aplicação da teoria trabalhista, negando-se, por conseguinte, qualquer repercussão justralhista à prestação laborativa concretizada.

Esta situação é evidenciada nos casos de trabalho ilícito. Godinho Delgado explica melhor:

Aqui, ou não existe efetivo trabalho (à luz da perspectiva constitucional, que enfoca o labor como a produção de bens e serviços sob a ótica social ou há um trabalho que conspira francamente contra o interesse público, não merecendo, a qualquer fundamento, proteção qualquer da ordem jurídica.

Desse modo, em se deparando com um trabalho ilícito, não há possibilidade de incidência da teoria justralhista especial de nulidades, retornando-se ao império da teoria geral do Direito Comum, e ao fim, negando-se qualquer repercussão trabalhista à relação socioeconômica havida entre as partes.

2.2. A SÚMULA Nº 363/TST

À semelhança do que ocorre com a teoria civilista das nulidades, a doutrina administrativista também entende que o ato de admissão de um servidor público que não atende à exigência de aprovação em

concurso público deve ser declarado nulo e com efeitos retroativos, fazendo-se ressalva apenas aos atos praticados pelo servidor de fato e que tenham beneficiados terceiros de boa-fé.

Diante desse entendimento, parte da doutrina e jurisprudência entendiam que não era legal e justo conceder aos servidores públicos de fato, o direito à remuneração trazida pela legislação trabalhista ou estatutária.

Uma vez declarado nulo, o direito ao recebimento da remuneração não mais existiria, haja vista que o ato nulo não gera direitos ou obrigações para as partes, não cria situações jurídicas definitivas e tampouco admite convalidação.

Entretanto, outra parte da doutrina entendia que a relação jurídica travada entre o agente público e o Estado trazia evidente prejuízo para o trabalhador, pois a Administração Pública beneficiou-se dos serviços prestados, destarte, não havia como repor novamente a força de trabalho despendida ao trabalhador. Vê-se, então, que essa linha de argumentação está em total consonância com a teoria justrabalhista das nulidades.

Seguindo esta tendência, ainda que de modo tímido, o TST editou a primeira versão da Súmula nº 363, nos seguintes termos:

A contratação de servidor público, após a Constituição Federal de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no seu art. 37, II, e § 2º, somente conferindo-lhe **direito ao pagamento dos dias efetivamente trabalhados segundo a contraprestação pactuada**. (grifo nosso)

Via-se, claramente que o colendo Tribunal Superior do Trabalho optou por seguir a teoria justrabalhista das nulidades, todavia entendendo que o único direito que deveria ser deferido aos trabalhadores atingidos pela nulidade contratual, era o pagamento dos dias efetivamente trabalhados segundo a contraprestação pactuada. Com essa redação, via-se a possibilidade até mesmo de pactuação com salário abaixo do salário-mínimo vigente. Portanto, ainda que o trabalhador solicitasse ao Poder Judiciário a equiparação salarial para o mínimo vigente, não teria condições de fazê-lo, por falta de amparo legal.

Mais à frente, através da Resolução nº 97/2000, o TST alterou seu entendimento mantendo o direito ao pagamento do salário contratual, mas respeitado o salário mínimo-hora, que diminuía a distorção anteriormente verificada, como pode ser comprovado a seguir:

A contratação de servidor público, após a Constituição de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no seu art. 37, II, e § 2º, somente conferindo-lhe direito ao **pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o salário-mínimo/hora.** (grifo nosso)

Todavia, é forçoso admitir que sequer o salário em seu sentido *latu*, como determina a CLT, era assegurado ao trabalhador, desrespeitando assim a garantia constitucional protetiva do salário, que dispõe serem devidos, além do pagamento em espécie, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações *in natura* que venham a ser fornecidas ao empregado (art. 458, CLT).

Por último, através da Resolução nº 121, de 21.11.2003, a súmula objeto de estudo foi novamente alterada, para que fosse incluído o direito ao pagamento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS que era devido ao tempo do contrato:

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.** (grifos nossos)

Essa mudança de pensamento trazida pelo TST é justificada na existência da regra do art. 927 do Código Civil de 2002, que estabelece a responsabilidade extracontratual em caso de enriquecimento ilícito, somada ao teor do art. 182, também do CC/2002 e já verificada quando do estudo da teoria civilista das nulidades, que assim dispõe: “Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão às partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente”. Ora, como é impossível a restituição da força de trabalho despendida pelo agente temporário, é dever do poder público indenizá-lo pelos dias efetivamente trabalhados.

Também é importante frisar que a indenização pelo FGTS só foi acrescida ao texto da súmula após a edição da Medida Provisória nº 2.164/2001, que acrescentou o art. 19-A à Lei nº 8.036/1990, que determinou a legalidade desses depósitos mesmo no caso de nulidade contratual decorrente do desrespeito ao princípio do concurso público, desde que mantido o direito ao salário.

Atualmente, o TST também entende devido ao trabalhador o direito de recolher as contribuições previdenciárias para fins de aquisição de direitos previdenciários, a teor do que dispõe o art. 43 da Lei 8.212/91 e do art. 195, I, *a*, da Constituição Federal. Os Tribunais Regionais do Trabalho, ainda que de modo bem esparso, também vêm reconhecendo a possibilidade de anotação na Carteira de Trabalho desses agentes públicos, malgrado a existência de contrato nulo, para fins de averbação de tempo de

serviço e garantia de percepção de benefícios previdenciários, entendendo que, a despeito da nulidade, se há retenção de contribuição previdenciária, deve o mesmo ser amparado pelo Regime Geral de Previdência Social, até mesmo porque foi o regime determinado pelo constituinte originário para acobertá-lo nos casos previstos em lei.

Ante o exposto, verifica-se que o egrégio Tribunal Superior do Trabalho aplica a teoria justrabalhista das nulidades para os contratos viciados pela ausência de excepcional interesse público para os contratos temporários, todavia, o faz de modo tão restrito que ele chega a se confundir com a teoria civilista das nulidades, portanto, mais injusta ao trabalhador, que não é indenizado na exata medida do trabalho que executou e conforme as disposições constitucionais acerca da proteção ao trabalho.

CRÍTICAS À SÚMULA Nº 363 E A NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO DE DIREITOS DECORRENTES DESSA RELAÇÃO

A Súmula nº 363 foi editada diante do grande número de ações trabalhistas que estavam sendo ajuizadas no judiciário laboral tendo por fundamento a ausência de concurso público ou excepcional interesse público nos contratos temporários. Assim, desde meados da década de 90, viu-se um crescimento exponencial no número de demandas trabalhistas dessa natureza. Por mais que tenha se valido da teoria justrabalhista das nulidades para auxiliar na elaboração de seu entendimento, o TST incorre em grande injustiça ao deferir somente o pagamento do salário contratual e do FGTS enquanto meios para “indenizar” o trabalhador pelo trabalho efetuado para o poder público.

O Tribunal Superior do Trabalho, de modo até ingênuo, imaginou que a edição de referida súmula reduziria o número de contratações realizadas em desacordo com a Constituição Federal, diante da recusa dos trabalhadores em aceitar contratos sob estas circunstâncias e também dos gestores públicos, que passariam a realizar contratações temporárias apenas nas hipóteses determinadas pela lei. Porém, o tiro saiu pela culatra e os efeitos da edição dessa súmula foram perversos demais para os trabalhadores temporários.

Primeiramente, verificou-se que as contratações irregulares não cessaram, antes, pelo contrário, aumentaram, ante a inexistência de uma legislação ou jurisprudência que determine as medidas punitivas prescritas no art. 37, §§2º e 4º da CF/88, que alude à suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens, ressarcimento ao erário, eis que se tratam de normas de eficácia contida e, portanto, dependente de norma infraconstitucional que tipifique a conduta ilícita e estabelecendo, inclusive, a sanção cabível.

Um segundo efeito deletério observável e até mesmo covarde e que é realizado diariamente pelos entes federativos é a possibilidade da administração pública, quando em juízo, em sede de preliminar de mérito, argüir a nulidade da contratação, por conta da não observância da aprovação do concurso público, favorecendo-se, assim, do enriquecimento ilícito e se beneficiando da sua própria torpeza.

Inicialmente, é importante esclarecer que, uma vez que o contrato temporário celebrado entre o Estado e o agente temporário, estes passam a ostentar um vínculo jurídico administrativo. Deste modo, é imprescindível informar que a verificação de nulidade dessa avença tem o condão de eliminar o vínculo jurídico estabelecido entre as partes. Assim, não há que se falar em direito adquirido para o servidor temporário perante a administração pública, notadamente em relação à sua manutenção nos quadros de servidores do Poder Público. Entretanto, com relação às verbas trabalhistas derivadas dessa mesma relação jurídica, o entendimento deve ser bem distinto.

O Estado, ao estabelecer garantias mínimas para os trabalhadores prestadores de serviço à administração pública, determinou que a compensação pela força do trabalho desses mesmos servidores só será efetiva se todas as parcelas mínimas de natureza trabalhista forem asseguradas. Magalhães ainda acrescenta:

Em outras palavras, o Constituinte criou presunção absoluta no sentido de que qualquer pagamento que suprima alguma daquelas garantias mínimas não está apto a recompor o patrimônio dos trabalhadores.

Portanto, inegável se pensar que apenas o pagamento dos salários terá o condão de “indenizar os servidores públicos pelos dias efetivamente trabalhados”, como assim alega a jurisprudência e, principalmente, o Tribunal Superior do Trabalho.

Diante das pretensões trazidas na Súmula nº 363, diversos questionamentos surgem à mente: primeiro, pautado em qual doutrina e jurisprudência conferem ao trabalhador o direito a apenas o salário e FGTS? Qual foi o critério que se adotou? Por que não há o pagamento de gratificação natalina? Ou mais. Por que não incluir o pagamento de férias, visto que até mesmo nas demissões por justa causa, as férias vencidas já estão incorporadas ao patrimônio do trabalhador? Por que não anotar a carteira de trabalho, para fins de contagem de tempo de serviço e percepção de benefício previdenciário, relação esta que é estabelecida unicamente entre o trabalhador e a autarquia federal? A única resposta que vem à tona diante de tantos questionamentos é o que, infelizmente, o entendimento dos Tribunais Superiores foi formulado sem atenção a qualquer critério objetivo, até mesmo subjetivo. Simplesmente baseou-se em uma estimativa de que a indenização devida é compatível com o total dos salários e FGTS a ser percebido.

Outro argumento, também bastante fraco, é aquele no qual se informa que tanto o poder público, representado pelo seu gestor público, como o trabalhador são culpados pela celebração do contrato nulo.

Ocorre que a imensa maioria dos trabalhadores contratados sob a falsa alegação de necessidade temporária são formados por trabalhadores sem a instrução necessária para analisar se estão ou não sendo regularmente contratados. Isso ocorre principalmente nas regiões Norte e Nordeste do Brasil, onde a prática de promessas de emprego no executivo municipal é corriqueira. Na maior parte das vezes, são contratados para funções subalternas para fins de percepção apenas do salário mínimo, mantendo-se assim, umbilicalmente ligados ao gestor público que perpetrou a falsa contratação por premente necessidade de subsistência. Nesses casos, não pode o cidadão simples, humilde e de boa-fé, ser penalizado com a percepção apenas dos salários. Por outro lado, quando o jurista defrontar-se com pessoas que, maliciosamente, celebram contratos putativos com a administração pública, prestam o seu serviço e depois pedem socorro ao judiciário, devem estes ser penalizados com a declaração da nulidade absoluta e não terem nenhum direito trabalhista assegurado.

Também não é sensato responsabilizar o trabalhador de boa-fé, que não tem como deduzir se as alegações da autoridade administrativa, de necessidade transitória de excepcional interesse público, atentam ou não contra o ordenamento jurídico. Até por que é o agente contratante que deve observar as regras constitucionais cabíveis e aplicáveis a cada caso.

Da forma como hoje vem sendo aplicado, o entendimento da Súmula nº 363 serve de estímulo para os administradores ímprobos, que gastarão menos recursos com o pagamento de servidor, havendo um verdadeiro enriquecimento ilícito por parte da administração pública em virtude da negligência ou quiçá, dolo, do agente contratante. Diante de todos esses estímulos, também é necessária e urgente a atuação do Ministério Público do Trabalho, a fim de exercitar o direito de regresso contra esse agente desonesto.

Magalhães sintetiza todo o raciocínio acima esmiuçado, nas seguintes palavras:

Presentear o Estado com a “obrigação” de pagar menos em virtude de ter ele mesmo, Estado, agido de forma contrária ao ordenamento jurídico atenta contra o princípio constitucional da moralidade administrativa. Além disso, cabe ao Poder Judiciário evitar que o Poder Público reincida em tais práticas lesivas, e não incentivar novas contratações irregulares.

A Constituição da República, deu extrema relevância ao princípio da tutela do trabalho. Não é à toa que o erigiu ao degrau de cláusula pétrea, e o consagrou em diversas passagens de seu texto, como por exemplo, no princípio da valorização do trabalho – art. 170, do trabalho como primado da ordem social – art. 193 e, especialmente, dignidade da pessoa humana – art. 1º, III.

Portanto, deve-se analisar o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado de modo que haja a consagração da valorização do trabalho enquanto princípio constitucional. Ao realizar uma contratação de pessoa física, ainda que ilegal, ele se equipara aos demais empregadores, visto que se beneficia do trabalho alheio. Desse modo, a arcaica concepção de proteção do patrimônio público é derrubada por Magalhães:

Não se pode quem emprega alegar irregularidade praticado [sic] por sua própria iniciativa (art. 37, II/CF), já que a valorização do trabalho humano, constitucionalmente garantida (artigos 1º, item IV, 170 e 193 da CF) se sobrepõe a limitações de ordem administrativa que devem ocasionar sanções a quem as pratica, mas nunca a nulidade de trabalho lícito prestado a quem dele se beneficiou. **A limitação dos direitos nestas situações a apenas salário é injusta e moralmente incorreta pois os direitos trabalhistas nada mais são que formas de remuneração complementares ao salário, fixadas objetivamente pelo legislador.** Cabe ao Juiz do Trabalho valorizar o trabalho humano que, perante nosso Direito, é bem jurídico garantido constitucionalmente, atribuindo-lhes as conseqüências patrimoniais plenas que a lei prevê. (grifo nosso)

2.4. NECESSIDADE DE ESTABELECIMENTO DE DIREITOS E GARANTIAS MÍNIMOS PARA OS SERVIDORES TEMPORÁRIOS

A Lei Maior previu, em seu art. 7º, um rol mínimo de direitos sociais mínimos, que são aplicáveis a todos os trabalhadores situados no território nacional. Referidos direitos são assegurados por normas cogentes, de aplicação imediata, e que tampouco podem ser suprimidos ou negados pelo legislador ordinário, ou entre as partes, quando da celebração de um contrato de trabalho.

Como exceção à esta regra, a Constituição Federal também deu permissão legal aos entes políticos para instituírem um regime jurídico próprio para toda a sua plêiade de servidores públicos efetivos, regime este denominado estatutário. Já para os denominados servidores temporários, estes mesmos entes federativos podem estipular um regime administrativo próprio, também chamado de contrato administrativo de trabalho.

Cumpra frisar que aos servidores estatutários, o art. 39, §3º também elencou uma série de direitos e garantias mínimos, tomando por base todo o extenso rol já trazido pelo art. 7º aos trabalhadores regidos pela CLT, além de garantir-lhes a garantia da estabilidade no serviço público. Todavia, deixou ao legislador ordinário a competência para determinar direitos e garantias mínimos aos agentes públicos temporários.

Ainda na Constituição Federal, observa-se que o legislador originário erigiu a princípios constitucionais a valorização do trabalho humano (art. 170), o trabalho como primado da ordem social (art. 193), e o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Sobre este prisma, não é concebível no atual sistema constitucional que sejam admitidos trabalhadores, em caráter subordinado, somente em troca de salários, sem que sejam respeitados os direitos estatuídos no art. 7º, ou sequer as garantias mínimas previstas aos servidores públicos efetivos. Nesse sentido, ainda de modo minoritário, o entendimento da 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região:

PREVALÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS SOBRE OS INTERESSES DO ENTE PÚBLICO. Não se pode, pela declaração da nulidade do contrato, sob o prisma administrativo, negar ao trabalhador todos os seus direitos, no âmbito da relação jurídica trabalhista, regida pela CLT, ainda que o empregador seja o ente público. Não assiste ao ente público nenhuma prerrogativa de esquivar-se das obrigações trabalhistas, até porque por sobre as regras de natureza administrativa, previstas na Constituição, estão os princípios fundamentais da República de valorização social do trabalho, da proteção da dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos, sendo que a concretização desses princípios se dá, minimamente, conferindo-se ao trabalhador os direitos fundamentais constantes no art. 7º, da Constituição Federal. **Para ficar bem claro: se a proteção do interesse do ente público tem sede constitucional, a proteção dos direitos do trabalhador não apenas também é de natureza Constitucional como se encontra na Constituição em ordem preferencial à do interesse da Administração pública.** (RO nº 00489-2001-026-15-00-0, Relator Juiz Jorge Luiz Souto Maior, DO de 12.3.2004, p.85) (grifo nosso)

No caso específico de contratos anulados, tendo por base a inobservância do art. 37, §2º, da Carta Maior, é evidente que esse tipo de contrato não é e não deve ser reconhecido como sendo por tempo indeterminado, porém, o Judiciário deve reconhecer o prolongamento do vínculo, no que atine às verbas trabalhistas devidas no momento da rescisão, de tal forma que os trabalhadores de boa fé, que tenham celebrado contratos temporários, tenham direito a receber toda a remuneração que é devida em virtude dos serviços prestados.

Portanto, são devidas parcelas em razão de férias, vencidas ou proporcionais, gratificação natalina, dentre outras verbas a essa categoria de servidores públicos, malgrado a falta de observação à

necessidade transitória e de excepcional interesse público. Ainda sobre a atuação do Poder Judiciário, ao enfrentar situações deste tipo, Magalhães desabafa:

Não é admissível que o Poder Judiciário seja cúmplice da Administração Pública no sentido de obstar, escancaradamente, o direito dos servidores temporários de receber as parcelas garantidas pela Constituição da República, como instrumento de efetivação do princípio da valorização do trabalho humano.

Qualquer que seja o regime jurídico adotado pelo legislador ordinário para reger as relações com agentes temporários é condição de validade para que em referidas leis sejam garantidos a esses servidores, direitos mínimos que são necessários para efetivar o princípio da tutela do trabalho humano. Diante dessa premissa, é dever do Poder Legislativo, quando no exercício do seu poder legiferante respeite os direitos e garantias mínimas que a Carta Política já garante.

Colaciona-se, abaixo um excelente acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

SERVIDOR CONTRATADO POR PRAZO DETERMINADO. PRORROGAÇÕES SUCESSIVAS E INDEVIDAS. NULIDADE. EFEITOS NÃO RETROATIVOS (EX NUNC) DA DECRETAÇÃO DE NULIDADE. INCONSISTÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 363 DA SÚMULA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO POR INCOMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.

(...) O Enunciado nº 363 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho, segundo o qual o contrato nulo, por inexistência de prévia aprovação em concurso público, confere direito apenas ao pagamento dos dias efetivamente trabalhados, ou seja, ao salário, excluídas todas as demais parcelas remuneratórias, consubstancia entendimento incompatível com o princípio constitucional da moralidade administrativa (art. 37, caput, da Constituição), que veicula o dever de boa-fé da Administração Pública e com o princípio constitucional da valorização do trabalho humano (arts. 1º, IV, 170, caput, e 193, da Constituição Federal). A nulidade estabelecida pelo art. 37, §2º, da Constituição para a desobediência da exigência de concurso tem por objetivo inibir tal prática ilícita. No entanto, o Enunciado nº 363 da Súmula do Superior Tribunal do Trabalho, ao permitir que a Administração pague apenas os salários, acaba por incentivar tais contratações irregulares, revelando-se como verdadeiro “tiro que saiu pela culatra” e contrariando as verdadeiras finalidades do art. 37, §2º da Constituição. (Ap. nº 284.237-5.00, Relatora Des. Maria Elza DJMG 27.6.2002, in www.tjmg.gov.br).

Conclui-se, portanto, que a vintenária Constituição Federal só será obedecida em toda a sua plenitude, se os operadores do direito refletirem sobre todos os temas analisados no presente trabalho, pagando-se aos servidores que celebraram contratos putativos e que agiram de boa-fé, todas as parcelas remuneratórias devidas, tais como férias, décimo terceiro salário, horas extras, e demais adicionais e gratificações, além das contribuições previdenciárias devidas.

3. A RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO QUE CONTRATA SEM A OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO

3.1. CONCEITO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A LEI 8.429/92

A nova configuração estatal trazida pela Carta Magna de 88 deu azo ao chamado Estado Social e Democrático de Direito. Essa nova configuração exige uma nova funcionalidade administrativa que formule medidas que impliquem na participação efetiva de todos os integrantes da coletividade para a elaboração de critérios para a satisfação de interesses coletivos. Nesse espectro de atuação, é importante que a administração pública, enquanto responsável pela consecução dos serviços públicos prestados a toda a coletividade, atue com correção, lealdade, respeito, imparcialidade e boa-fé em relação aos membros da comunidade.

Dentro desse ideal, é necessário que o gestor público atue com ética, decoro e probidade. Nos dizeres de José Antônio Lisbôa Neiva, a ética pública “seria a da administração, envolvendo os atos dirigidos à finalidade do serviço público. Os programas de ética pública devem-se pautar na idéia de que o funcionário está a serviço da coletividade”.

A moralidade administrativa e o dever de probidade possuem proteção constitucional, e estão previsto no caput do art. 37 e §4º do artigo em comento. Neiva traz à tona a idéia de que “a moralidade administrativa é princípio informativo da Administração Pública, ou seja, proposição básica, fundamental, que condiciona as estruturas subsequentes”. Referidos princípios são de importância ímpar, na medida em que no Direito Administrativo não existe uma legislação codificada que os normatize, devendo o administrador pautar-se nas informações trazidas pela Constituição Federal de 88.

O princípio da moralidade está intimamente ligado à finalidade do ato, ao objeto e ao motivo. Outrossim, estará caracterizada a imoralidade administrativa nas hipóteses de objeto impossível, desconforme ou ineficiente, nos casos de motivo inexistente, insuficiente, inadequado, incompatível ou desproporcional.

Já o princípio da probidade administrativa está umbilicalmente ligado à idéia de moralidade administrativa, de modo que Neiva o considera como elemento do próprio conceito desta última.

Etimologicamente falando, improbidade deriva do latim improbitas, significando má qualidade, imoralidade ou malícia. Sob essa idéia, atos de improbidade seriam todos aqueles no qual a pessoa não procede dignamente, ou moralmente mau e violador das regras legais ou morais.

O art. 37, §4º da Carta Magna estatuiu que os atos configuradores de improbidade administrativa teriam como consequência a suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens e ressarcimento ao erário, na forma e na gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. Observa-se que o constituinte originário não conceitou o que seria improbidade, pois o deixou a cargo do legislador infraconstitucional, limitando-se a somente delimitar quais as consequências advindas do ato ímprobo.

Diante da necessidade na criação de um diploma legal para disciplinar o tema, o legislador federal elaborou a Lei nº 8.429/93, que, dentre outros tantos conceitos, trouxe o de agente público. Segundo o novel diploma, agente público é todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação, ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função na Administração direta ou indireta, em empresa incorporada ao patrimônio público, em entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido anual, em entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, bem como naquelas para cuja criação ou custeio o erário haja contribuído ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou receita anual, limitado nesse último caso, no entanto, à atuação que envolva os valores repassados.

No tocante aos atos de improbidade, referida lei determina serem atos de improbidades todos aqueles que ensejam enriquecimento ilícito decorrente da obtenção de qualquer vantagem patrimonial indevida pelo agente, em virtude do exercício de suas funções (art. 9º); os que vierem a causar lesão ao erário em razão de qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que ensejem perda patrimonial, “desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres” das pessoas jurídicas mencionadas no art. 1º (art. 10) e as ações e omissões que atentem contra os princípios da administração pública e violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições (art. 11).

A doutrina entende que as condutas trazidas pelos arts. 9º e 11, acima transcritos seriam dolosos, já os atos tipificados no art. 10 seriam obtidos, além da ação dolosa, mediante ação ou omissão culposa.

Ante o exposto, pode-se conceituar a improbidade administrativa de acordo com as lições de Neiva:

[...] ação ou omissão dolosa de agente público ou de quem de qualquer forma concorresse para a realização da conduta, com a nota imprescindível da deslealdade, desonestidade ou ausência de caráter, que viesse a acarretar enriquecimento ilícito, lesão ao patrimônio das pessoas jurídicas mencionadas no artigo 1º da LIA, ou, ainda, que violasse os princípios da Administração Pública, nos termos previstos nos arts. 9º, 10 e 11 da citada Lei.

Seguindo essa tendência, o Superior Tribunal de Justiça entende que, não “havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei nº 8.429/92. A lei alcança o administrador desonesto, mas não o inábil”.

3.2. A AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

Além de disciplinar, sob o aspecto material, todos os atos que importam em improbidade administrativa, em total complemento ao que fora estatuído pelo art. 37, §4º da CF/88, a Lei 8.429/92 também disciplinou as ações idôneas para a viabilização das sanções aplicáveis ao ímprobo e o conseqüente ressarcimento da pessoa jurídica que foi prejudicada, independente de sua natureza ser de direito público ou privado.

A ação de conhecimento que é prevista no art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa é a medida judicial suficiente e idônea para desconstituir o ato ímprobo e permitir que a aplicação as sanções e indenizações que são previstas na própria lei. Referida ação é denominada por parcela da doutrina como sendo “ação de improbidade administrativa”, todavia, há quem entenda denominá-la como “ação civil pública”.

Essa ação não tem natureza penal, mas sim civil. Essa constatação vem da análise do §4º, art. 37 da Constituição Federal, que destaca expressamente que as ações decorrentes não trarão prejuízo para a ação penal cabível. Deste modo, é cristalino o entendimento de que o ressarcimento, a perda da função ou cargo e a indisponibilidade cautelar dos bens, que são previstos no supracitado artigo, devem ser obtidos mediante ação civil.

A Lei de Improbidade Administrativa prevê ainda, no seu art. 7º, a ação cautelar de indisponibilidade de bens necessários ao ressarcimento do dano, ou ainda sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito e, no seu art. 16, a ação cautelar de seqüestro de bens do agente ou de terceiro que enriqueceu ilicitamente ou causou dano ao patrimônio público. Há ainda a possibilidade de investigação, com posterior exame e bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas no exterior, mediante os termos dos tratados internacionais e da legislação interna (§1º).

Enquanto ação principal, a ação de improbidade prevista no caput do art. 17 da Lei nº 8.429/92, também tem o condão de postular a condenação ao ressarcimento do patrimônio público e de aplicação das sanções que são previstas e já foram alvo de explanação nesse trabalho, a saber: suspensão dos direitos políticos, perda da função ou cargo público, além da perda dos bens ou valores advindos com o enriquecimento ilícito; multa civil; proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, diante da previsão do art. 12 da legislação infraconstitucional citada.

O legitimado ativo originário, tanto para a ação principal, como cautelar, é o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada. Já nos casos de legitimação passiva, poderá haver a inclusão do agente imputado como ímprobo, partícipes, beneficiários diretos e indiretos do ato atacado, em um verdadeiro litisconsórcio passivo, além da pessoa jurídica interessada, caso o ajuizamento seja realizado pelo ilustre parquet.

3.3. O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO COMBATE AOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Sem sombra de dúvidas, o legislador originário de 1988 empreendeu severos esforços com o intuito de desenvolver mecanismos que dificultem a adoção de práticas pelo gestor público para a obtenção de favorecimento pessoal e autopromoção com a intenção de obter vantagens de cunho eleitoreiro.

Dentro as diversas cautelas tomadas, encontra-se a norma geral de permissibilidade de acesso aos cargos públicos, que é aberta a todos os cidadãos, todavia, devendo os mesmos possuírem os requisitos legais necessários para sua investidura. Dentre esses requisitos, encontra-se a obrigatoriedade de realização de concurso público e conseqüente aprovação no mesmo.

Do modo como vem previsto dentro da Carta Política, o princípio do concurso público é um dos pilares mais importantes do Estado Democrático de Direito.

Como já visto, porém, há casos em que a realização de concurso público é prescindível, desde que o gestor público defronte-se com situações emergenciais, temporárias e excepcionais. Assim, se utilizará da contratação temporária de agentes públicos. Caso a contratação não atenda o fim determinado pela lei, ou seja, quando a Administração não atende ao fim legal colimado, entender-se-á que ela extrapolou o uso de seu poder, ou, em outras palavras, o seu ato estará impingido da mácula do desvio de finalidade.

Referido desvio configura-se em uma total agressão aos princípios da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade e impessoalidade, já que o administrador público se vale da máquina administrativa de forma imoral e antiética, para atingir fins escusos.

No que tange à contratação de servidores temporários sem concurso público, o seu ato deverá ser considerado nulo, ficando evidenciado, destarte, o desvio de finalidade, além da extrapolação das atribuições do seu mandato, que, diga-se de passagem, é outorgado pelo povo.

Desse modo, esse ato, como qualquer outro que o gestor público pratica e que não obedeça as normas ético-morais, os bons costumes e a lei, será considerado como ato de improbidade administrativa. No caso particular das falsas contratações temporárias, a improbidade estará caracterizada na medida em que também violar direitos sociais básicos instituídos pelo constituinte para tutelar o trabalho humano, inclusive no âmbito da administração pública. Sobre referido administrador incidirão, outrossim, as sanções previstas no §4º, art. 37. da Carta Magna.

Todas as vezes que o administrador público procurar, nos seus atos, atingir fim pessoal, visando a obtenção de proveito para si, para outrem ou ainda editar atos maliciosos e imorais, estará praticando ato de improbidade administrativa.

Sobre o tema, é bastante esclarecedor a doutrina trazida pelo Prof. Marino Pazzalini Filho:

[...] numa primeira aproximação, improbidade administrativa é o designativo técnico para a chamada corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da administração pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, democrático e republicano), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo 'tráfico de influência' nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégio ilícitos.

A partir daí, verifica-se que é importante aferir a responsabilidade do administrador por improbidade administrativa diante dos atos ilegais que praticou, quando no exercício de suas funções, fazendo inclusão ao descumprimento da regra gizada no art. 37, II.

Nesse cenário, é imprescindível a presença do Ministério Público do Trabalho, enquanto legitimado ativo para a propositura de demandas que tenham por objeto fazer com que o agente político responda pelos atos de improbidade que perpetrou e procure ressarcir o erário e o trabalhador pelos prejuízos que causou a ambos. O primeiro por conta da afronta ao princípio do interesse público. Já o segundo por conta da afronta aos princípios tutelares do direito do trabalho, estatuídos na Carta Magna.

Passa-se agora para a análise da atuação do parquet laboral quando diante de situações de falsas contratações temporárias.

As atividades do órgão ministerial prescindem de diversas premissas já travadas durante toda a exposição desse trabalho e podem assim ser sintetizadas: O Ministério Público e o Poder Judiciário não devem ser meros expectadores das atividades dos Poderes Executivo e Legislativo, podendo e devendo atuar quando observarem violação à ordem jurídica; uma vez que é uma instituição voltada para a defesa do interesse público, além de paladino da sociedade, o Ministério Público tem o dever de velar para que o próprio ente estatal cumpra as leis que ela mesma impõe à coletividade; deve haver uma análise mais efetiva do Ministério Público nos critérios de conveniência e oportunidade dados pelo administrador público para a prática de determinado ato administrativo e, por fim, a observância de que todo o Poder estatal emana do povo, em nome de quem é exercido. Nesse prisma as funções do Judiciário e do parquet não podem ser distintas da finalidade pública, devendo, portanto, manterem atuação relevante na correção de ilegalidades da administração.

Em artigo publicado pela Escola Superior da Magistratura do Trabalho, o Procurador do Trabalho, Marcelo José Félix D'Ambroso, expõe em artigo de sua autoria, os principais pontos que devem ser objeto de análise constante do Ministério Público laboral, a fim de evitar a proliferação das contratações ilegais de servidores públicos:

[...] cautelas na apreciação de acordos dos entes da administração pública nas ações trabalhistas; penetração no mérito do ato administrativo mesmo discricionário; intervenção para corrigir ilegalidade, ineficiência, ou suprir omissão do agente público de quaisquer dos níveis e esferas da administração; imposição definitiva do concurso público na admissão de pessoal para o serviço público; condenação solidária do agente público nas ações trabalhistas; ajuizamento de ação de improbidade administrativa e ações penais decorrentes da inobservância da moralidade administrativa nas relações de trabalho na própria Justiça do Trabalho para punir os infratores.

Ainda que seja a tônica desse trabalho a necessidade de efetivação de outros direitos trabalhistas alijados por conta do entendimento errôneo do TST, também é importante a atuação incessante do MPT na fiscalização dos acordos trabalhistas que são realizados na Justiça do Trabalho, visando pôr fim aos litígios existentes entre os contratados temporariamente. Isso porque, existe a possibilidade de que os acordos celebrados tenham o objetivo de favorecer apadrinhados políticos, em verdadeiro processo de enriquecimento ilícito e acabem por dilapidar o patrimônio público.

Se antes se propunha que não deve haver a proteção exacerbada do interesse público em detrimento dos direitos sociais plasmados na Constituição Federal, não se pode permitir, em nome deste, que o

patrimônio público sofra esse desfalque. É preciso, pois, a existência de um equilíbrio entre esse aparente conflito de princípios.

Assim, caso a Administração Pública tenha interesse em saldar o seu débito junto ao trabalhador/demandante, deve impor um critério objetivo, a fim de que todos os reclamantes participem de forma eqüitativa dos acordos firmados.

Passando para a próxima análise, tem-se os critérios de conveniência e oportunidades trazidos pelo gestor público para fundamentar as contratações temporárias. Pois bem. Anteriormente, viu-se que os entes federativos possuem autonomia legislativa para regulamentarem as leis que tratam das contratações temporárias. Contudo, observa-se na prática, que até mesmo a autonomia legislativa vem sendo utilizada para incluir no rol de hipóteses de contratações temporárias, atividades consideradas permanentes ou que não possuem nada de excepcional, fraudando assim o princípio que esse instituto carrega e referendado na norma constitucional.

Desse modo, no mais das vezes, há uma lei federal, estadual ou municipal que serve de permissivo legal para a contratação de agentes públicos, mas que, está eivado de inconstitucionalidade material, visto que não regulamenta da maneira correta o instituto. A alegação de que o ato administrativo da contratação está eivado de legalidade não deve prosperar e não deve isentar o responsável pela contratação ilícita de pessoal no serviço público.

Nesse diapasão, tanto os atos vinculados, como os discricionários devem se sujeitar ao princípio do interesse público e serem alvo de apreciação pelo Poder Judiciário, Ministério Público, Tribunal de Contas, dentre outros órgãos responsáveis pela fiscalização dos atos dos agentes políticos.

Com referências às atividades perpetradas pelo parquet laboral, a Lei Complementar nº 75/1993, no seu capítulo II, enumera os instrumentos de que se vale esse órgão para fazer valer a vontade da lei. Para o estudo desse trabalho, destaca-se a possibilidade de ingresso com a ação civil de improbidade administrativa e a ação civil coletiva para a defesa de interesses individuais e homogêneos, os quais devem ser ajuizados na Justiça do Trabalho, consoante dicção dada pela EC nº 45/04.

O artigo de autoria do Procurador Marcelo José Félix D'Ambroso traz a necessidade de "imposição definitiva do concurso público na admissão para o serviço público". Do modo como está disposto, o título dá a impressão falsa de que o concurso público é a exceção do sistema de admissão no serviço público, que não há regulamentação sobre o tema. Todavia, não é isso que ocorre. O princípio do concurso público já foi imposto pelo legislador constitucional, conforme já exaustivamente exposto

no transcorrer do trabalho. Na verdade, ocorre a falta de aplicação do processo seletivo para a admissão de agentes públicos, tal qual determinado pela Constituição Federal. A partir desse momento é que entra a atividade do MPT.

Uma das armas utilizadas pelo órgão ministerial para o combate ao crescimento desenfreado das falsas contratações temporárias é a utilização do Termo de Ajuste de Conduta, também chamado de TAC. Ainda que represente uma arma eficaz no combate aos atos de improbidade administrativa, sua utilização ainda é insipiente e não vem impedindo o crescimento dessa chaga administrativa. Primeiro por conta do número insuficiente de Procuradores do Trabalho para fazer frente a esse trabalho. Segundo, e mais importante, aspecto é o atual teor da Súmula nº 363, que, em vista do que defere ao trabalhador, abre espaço para impunidade, já que o contratante recebe o bônus pelo ilícito, que é traduzido nos votos que recebe pelos empregos eleitoreiros que oferece, também pelo fato de que a burla aos princípios protetivos trabalhistas não vão lhe causar mal algum, muito pelo contrário, são determinados pelo próprio Tribunal Superior do Trabalho.

D'Ambroso, com bastante inteligência, traz algumas das nefastas conseqüências oriundas da contratação ilegal:

[...] ferimento do princípio da igualdade no acesso ao cargo/emprego /função pública; ineficiência administrativa; falta de cobertura previdenciária e ferimento de direitos sociais dos contratados; frustração de expectativa da massa que almeja trabalhar no serviço público; desqualificação profissional do serviço; descrédito da população na administração pública; múltipla lesão aos princípios vetores da administração pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência administrativas; apadrinhamento e criação de “currais eleitorais” altamente nefastos à efetiva democracia.

O melhor remédio judicial para combater eficazmente esse problema é o uso da ação civil de improbidade administrativa na Justiça do Trabalho, visando responsabilizar o mau administrador que contrata irregularmente, sem prejuízo da ação penal cabível, também na Justiça do Trabalho, a teor da EC nº 45/04.

A fim de recompor o patrimônio público que seria diminuído em virtude do pagamento das verbas remuneratórias devidas, sugere-se ainda, a responsabilização do agente político, na própria ação de improbidade administrativa, com pedido de condenação solidária com o ente político, ou ainda, com a possibilidade de valer-se do direito de regresso contra o mau administrador.

No primeiro caso, haveria a formação de um litisconsórcio passivo necessário, de acordo com o art. 47 do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente à CLT (art. 769), entre o administrador ímprobo e o ente público.

Caso não haja a inclusão, por parte do autor da demanda, do gestor público em litisconsórcio passivo necessário, também há a possibilidade de que o próprio ente federativo réu, valendo-se do instituto da denunciação à lide, o inclua na relação processual para que assuma os atos ilegais que praticou.

O entendimento trazido por esse estudo também é corroborado por D'Ambroso:

[...] a situação de injustiça imposta ao cidadão que, de boa-fé, aceitou prestar serviços para a administração pública sem se dar conta da ilegalidade cometida resolve-se, pois a condenação poderá ir além da Súmula 363 do TST e abranger todas as verbas normais consectárias, tratando o pacto como contrato de trabalho putativo, sem que haja prejuízo ao erário, resguardado na condenação solidária do agente público ou no reconhecido direito de regresso da administração a ser executados nos próprios autos.

Referido autor tem fé de que a utilização desses mecanismos judiciais diminuirão sensivelmente o número de contratações temporárias. Sem desmerecer seu entendimento, é imprescindível verificar que o mau administrador não terá meios para justificar suas contratações temporárias, além de arcar pesadamente com os ônus dela decorrentes. Imagina-se, assim, que a utilização efetiva e eficaz de referidas medidas judiciais diminuirão significativamente o número de contratações irregulares, ao contrário do que o ilustre Procurador imagina.

3.4. A AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Não há dúvidas de que com o advento da EC nº 45/04, a Justiça do Trabalho é competente para conhecer e julgar a ação de improbidade administrativa decorrentes de relação de trabalho, inclusive nos casos de contratação irregular.

Para concluir essa afirmação, basta fazer uma análise retida do art. 114 da CF/88 – “competete à Justiça do Trabalho processar e julgar: [...] IX – outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei”, conjugado com os seguintes artigos da Lei Orgânica do Ministério Público da União: arts. 83, I – “competete ao Ministério Público do Trabalho promover as ações que lhe sejam atribuídas pela Constituição Federal junto aos órgãos da Justiça do Trabalho”, 84, caput e art. 6º, XIV, f – “competete ao Ministério Público da União promover outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais e indisponíveis, especialmente quanto à improbidade administrativa” e XXII, a – “competete

ao Ministério Público da União propor as ações cabíveis para perda ou suspensão de direitos políticos, nos casos previstos na Constituição Federal e para declaração de nulidade de atos ou contratos geradores de endividamento externo da União, de suas autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público Federal, ou com repercussão direta ou indireta em suas finanças”.

As ações de improbidade administrativa decorrentes de contratos ilegais ainda são novidade no judiciário trabalhista, sendo que somente em 2001 é que foi exarada a primeira sentença que trata do caso:

A condenação por frustração da licitude de concurso público é negavelmente matéria da competência desta Justiça do Trabalho, pelo caráter ontológico trabalhista da norma. A ausência de competência material só se dará quando a discussão se der sobre os demais tipos de atos de improbidade administrativa, despidos de qualquer alusão à contratação de trabalhadores, matéria essa sempre de competência do Judiciário Trabalhista em face de sua inerente continência nos termos e limites de uma contratação de trabalho subordinado.

Assim, fixadas as principais idéias que norteiam a necessidade premente de ajuizamento de ações de improbidade administrativa perante a Justiça do Trabalho, deve-se observar que, segundo a Lei 8.429/92, as penas previstas nos arts. 9º, 10 e 11 são cumulativas ou não, e dependem das circunstâncias fáticas aliadas à culpabilidade do agente, consoante o teor do parágrafo único do art. 12 da lei supracitada.

Em caso de condenação, a multa e os bens perdidos, serão revertidos em favor da pessoa jurídica que foi lesada, com fins de ressarcimento, conforme o art. 18.

O período prescricional para o ingresso da ação é o determinado pelo art. 23, que é de cinco anos, após o término do exercício do mandato, de cargo em comissão ou função de confiança, ou ainda dentro do prazo prescricional previsto na lei específica para punir as faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego. No âmbito federal, a lei específica é a Lei 8.112/90.

Nunca é demais lembrar que serão réus na ação de improbidade administrativa todos os agentes públicos e aqueles que, mesmo não sendo agentes públicos, concorrem ou induzem para a prática desse ato.

Passando para a realidade fática das contratações sem concurso público, verifica-se, instantaneamente, o enquadramento dessa conduta no caput e nos incisos I e V do art. 11 da Lei 8.429/92, a saber: violação dos princípios, praticar ato visando fim proibido em lei, e frustração de licitude de concurso público, sem descartar, ainda, a hipótese de violação acumulada dos arts. 9º e 10

da mesma lei, quando ocorre enriquecimento ilícito do administrador ou, regra geral, de terceiro. Os casos mais comuns são aqueles em que ocorre processo seletivo simplificado simulado, intermediação irregular de cooperativa na arregimentação de pessoas visando a prestação de serviços e, especialmente, as falsas contratações temporárias.

Visando a diminuição de referidas contratações, a doutrina especializada já vem se articulando no sentido de trazer um pequeno guia explicativo dirigido aos gestores públicos com explicações sobre as medidas administrativas que os mesmos deverão tomar, a fim de evitar as possíveis sanções judiciais que poderão advir caso não cumpra as determinações constitucionais e legais necessárias a cada caso. Assim, é interessante trazer as anotações de Prinzo:

- Instituição do regime das contratações por lei, com critérios objetivos, podendo observar, como parâmetro, as hipóteses de excepcionalidade do interesse público contidas na Lei Federal nº 8.745/93, ou estipulando outras, desde que compatíveis com a realidade local. A lei deverá prever os fatos geradores, a duração, a vinculação laboral (CLT ou de direito administrativo) e a existência de processo seletivo com sua dispensa em situações emergenciais ou de calamidade pública;
- Ato prévio, justificado e publicado acerca da necessidade excepcionalidade (fato gerador), temporariedade, prazo, quantidade de contratados, remuneração, funções a serem desempenhadas, dotação orçamentária e processo seletivo. A publicação poderá ser posterior à contratação se houver situação que a justifique;
- Processo seletivo simplificado para contratação, objetivo e publicado seu edital ou a publicação das razões de sua dispensa quando esta for autorizada por lei. O processo seletivo não precisa está [sic] disciplinado por lei, já que variável ante as funções que necessitar quando da contratação, ou seja, poderá ser o disciplinado no ato respectivo;
- Divulgação do resultado do processo seletivo;
- Observância da existência de dotação orçamentária e disponibilidade financeira;
- Fiscalização dos contratados.

Como o próprio autor afirma, a motivação será, sem sombra de dúvidas, a etapa mais difícil de se demonstrar, já que a justificativa tem que ser razoável, proporcional e adequada à realidade fática.

Ante o exposto, é importante ressaltar que o Ministério Público e o Judiciário devem zelar para a formação de uma nova mentalidade na administração pública, procurando-se evitar a continuidade de políticas voltadas apenas para interesses particulares, com o resguardo para a realização contínua de concurso público para admitir pessoal, oferecendo cursos de qualificação e reciclagem desses servidores, um ambiente de trabalho saudável, cumprimento das obrigações trabalhistas previstas na

Constituição Federal e legislação infraconstitucional. Além disso, deve o judiciário trabalhista realizar um trabalho constante no intuito de que haja um controle efetivo da moralidade administrativa, junto com o órgão ministerial, em total consonância às competências trazidas pela Reforma do Judiciário através da Emenda Constitucional nº 45/04.

CONCLUSÃO

A partir da apresentação desse trabalho monográfico, abriu-se a oportunidade para que diversas reflexões acerca do instituto da contratação temporária fossem realizadas.

Inicialmente, viu-se a clara distinção existente entre as mais diversas categorias de agentes públicos, tendo por supedâneo o tipo de atividade que eles realizam. Viu-se, ainda que os mesmos possuem regime jurídicos distintos, a fim de regular a sua relação com o poder público. Destarte, servidores estatutários estão regidos por Estatutos funcionais, elaborados pelos seus respectivos entes federativos; os servidores ditos celetistas, são regulados pelas normas dispostas na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, e, por fim, os servidores temporários serão regidos pela lei determinada pelo ente político interessado, podendo referida lei ser de cunho administrativo ou celetista.

Num segundo momento, esse trabalho procurou realizar uma abordagem do princípio do concurso público, sua evolução histórica e os diversos momentos que passou até que se chegasse ao modelo atualmente previsto no Brasil e em muitas partes do mundo. É premente a necessidade de sua efetivação para a admissão de pessoal qualificado e imbuído com o desejo de prestar serviços públicos de qualidade, sendo que qualquer ato tendente a burlá-lo, deve ser severamente reprimido, sob pena de que a coletividade sofra prejuízos incalculáveis.

Já com relação ao contrato temporário, procurou-se, inicialmente, fazer uma análise do instituto em sua concepção original, portanto, sem vícios, a fim de verificar toda a sistemática de funcionamento, segundo os ditames constitucionais, que exige, em suma, que o contrato seja por tempo determinado e atenda a situações de excepcional interesse público.

Após a verificação do instituto da contratação temporária, passou-se para a análise dos casos em que o contrato é considerado nulo por afrontar à regra constitucional prevista no art. 37, II.

Com a apresentação da teoria justralhista das nulidades, viu-se que o Tribunal Superior do Trabalho, visando regulamentar a matéria, editou a Súmula nº 363, entendendo serem devidos apenas o direito ao salário, respeitado o mínimo/hora e o FGTS. Todavia, esse entendimento é assaz injusto, pois premia o mau gestor que realiza “falsas” contratações e atinge somente o trabalhador, parte

hipossuficiente da relação. Ainda que eivado de nulidade, o mesmo deve gerar efeitos trabalhistas como se válido fosse, eis que o trabalho já foi prestado e o Estado já se valeu de sua força de trabalho. Nesse sentido, a indenização que o TST entende ser devida não compensa todas as verbas remuneratórias que são devidas, a saber: férias, 13º salário, adicional de horas extras, adicional noturno, descanso semanal remunerado, auxílio transporte, anotação na carteira de trabalho, para fins previdenciários, dentre outros.

Por mais que a doutrina alegue que haveria prevalecimento de interesses privados sobre o coletivo, esse superficial conflito de princípios é apenas aparente, uma vez que a inclusão do gestor ímprobo na responsabilização pelos seus atos, terá o condão de ressarcir o erário pelos valores que disponibilizou para fazer face às indenizações que despenderia aos trabalhadores contratados irregularmente.

Nesse sentido, a participação do Ministério Público do Trabalho é importantíssima, eis que esse é o órgão legitimado para a fiscalização dos interesses individuais e homogêneos dos trabalhadores lesados pelos atos funestos dos maus administradores públicos. Institutos como a ação de improbidade administrativa e o termo de ajuste de conduta serão de extrema valia no sentido de imporem os gestores públicos a realizarem admissões regulares.

Por fim, ante todo o exposto, espera-se que com a apresentação desse trabalho, ocorra um despertar dos operadores do direito quanto à urgente necessidade de efetivação de direitos sociais básicos, sob pena de que a Constituição Federal, que acaba de completar 20 anos de existência, a partir de muita luta, determinação e suor, não sirva apenas como peça figurativa nas estantes e mesas dos juristas e operadores da ciência do Direito.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Princípios Gerais do Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROS, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho.

CRETELLA JÚNIOR, J. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

D'AMBROSO, Marcelo José Félix. Boletim Científico. Escola Superior do Ministério Público do Trabalho. Ano 5. nº 18/19 jan/jun-2006. Brasília/DF. Coordenação: Gustavo Tepedivo.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. Direito do Trabalho. Belo Horizonte: Leidentathi, 2005.

MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. Contratação Temporária por Excepcional Interesse Público: Aspectos Polêmicos. São Paulo: LTr, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO. Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 23ª ed. São Paulo: 2008.

NEIVA, José Antônio Lisbôa. Improbidade Administrativa. 2ª ed. Impetus: Rio de Janeiro, 2006.

OLIVEIRA JUNIOR, Dario da Silva. A Contratação de Pessoal em Caráter Temporário na Administração Municipal. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2000.

PRINZO, Luis Cesar Duarte. Contratos Temporários na Administração Pública. Rio de Janeiro: ed. Dimensão, 2003.

ROMITA, Arion Sayão. Servidores Públicos Temporários ou Contratados para Funções Técnicas ou Especializadas. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1975.

SANTOS, Alvair Correa dos. Contratação Temporária na Administração Pública. 2ª ed. Curitiba: Gênese, 1998.

Meios Eletrônicos:

http://www.r2learning.com.br/_site/artigos/curso_oab_concurso_artigo_688_O_principio_Constitucional_

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6379>

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8695>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_39/Artigos/Art_Gustavo.htm

http://www.nesp.unb.br/polrhs/desprec/pdfadm/santos_brasilino2.pdf

http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_marco2005/convidados/con_02.doc

http://buenoecostanze.adv.br/index.php?option=com_content&task=view&id=515&Itemid=2
BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho.

TEORIA DAS NULIDADES NO DIREITO DO TRABALHO ANTE A CONTRATAÇÃO ILEGAL DE SERVIDORES PÚBLICOS TEMPORÁRIOS

Mario Cleone de Souza



conhecimentolivre.org/home



contato@conhecimentolivre.org



[editoraconhecimentolivre](#)



EDITORA CONHECIMENTO LIVRE