

ADMISSÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS SEM PRÉVIO CONCURSO – NULIDADE - UMA OUTRA SOLUÇÃO POSSÍVEL

Eduardo Sérgio de Almeida (*)

Com o presente artigo tentamos fazer uma análise crítica da jurisprudência trabalhista a respeito da violação, por parte da administração pública, do preceito legal que determina a realização de concurso público, como condição prévia para ingresso no serviço público, atualmente contido no inciso II do art. 37 da atual Constituição Federal. O mencionado art. 37 está inserido no capítulo VII, que trata da administração pública, e tem a redação seguinte: *A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e também ao seguinte: II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;*

Na vigência da Constituição de 1967 o concurso público já era previsto como condição para a ocupação de cargos públicos – art. 97, § 1º – só que o texto do mencionado artigo referia-se apenas a cargos e silenciava em relação a empregos públicos. O regime advindo do movimento que culminou no golpe militar de 1º de abril de 1964 e instalou uma ditadura, apesar de tentar dar uma roupagem jurídico-liberal ao governo, efetivamente fez tabula rasa de muitos dos dispositivos legais mais importantes, mormente os de natureza constitucional. A exigência contida no parágrafo único do art. 97 foi uma daquelas sistematicamente descumpridas pelos diversos entes públicos, principalmente pelos estados e os municípios, tendo se firmado o entendimento de que aquela exigência só se aplicava para o caso de preenchimento dos denominados **cargos públicos**, mas não para os **empregos públicos**, compreendendo-se como cargos àqueles de natureza estatutária e como empregos os de natureza contratual. Os ocupantes dos primeiros tinham as suas relações com a administração pública previstas e disciplinadas, tanto no campo dos deveres, quanto no âmbito dos direitos, pelo denominado “Estatuto dos Servidores Públicos”, enquanto os últimos eram regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho e demais normas trabalhistas, como se fossem empregados privados, havendo apenas algumas restrições e adaptações da legislação trabalhista aos princípios do direito administrativo.

(*) Eduardo Sérgio de Almeida é Juiz Titular da Vara do Trabalho de Itabaiana, pós-graduado em filosofia pela Universidade Federal de Pernambuco e mestrando em direito também pela Universidade Federal de Pernambuco.

A jurisprudência trabalhista não fez mais do que coonestar a prática dos administradores públicos, em todos os níveis, isto é, a nível federal, estadual e municipal, de admitirem servidores sem a realização de concurso público, geralmente adotando a

única formalidade, no caso dos municípios, de baixarem uma portaria e no caso dos estados e da união, além da portaria, a publicação do ato de nomeação no Diário Oficial.

A ementa de acórdão de Tribunal do Trabalho, datada de 1982 e a seguir transcrita é exemplar: Todo aquele que presta trabalho em Órgão Público, sem concurso de títulos e provas, não é funcionário público e sim celetista, fazendo, pois, jus aos direitos trabalhistas na forma da lei (TRT da 3ª Região). Tirado do Repositório de jurisprudência Trabalhista vol. 03 de João de Lima Teixeira Filho sob o número de ordem 2.454.

Releva salientar que as administrações dos tribunais, inclusive dos tribunais do trabalho, usaram largamente da possibilidade de contratar servidores, sem a realização de concurso público e o fizeram dentro do nosso velho espírito patrimonialista tão bem descrito por Sérgio Buarque de Holanda: *Para o funcionário “patrimonial”, a própria gestão política apresenta-se como assunto do seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização da função e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. A escolha dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos, e muito menos de acordo com as suas capacidades próprias. Falta a tudo a ordenação impessoal que caracteriza a vida do Estado burocrático.*¹

O processo de redemocratização do país exigiu a elaboração de uma nova constituição e as pressões sociais impuseram o princípio da impessoalidade burocrática, característico do tipo de dominação legal weberiano prevaleceu no que diz respeito ao recrutamento de servidores para integrar os quadros da administração pública. A partir da promulgação da mencionada constituição, começou a formar-se o consenso de que não mais era possível à administração pública admitir, mesmo mediante contrato de trabalho, servidores públicos, sem a prévia realização de concurso público, isto é, a sociedade passou a exigir que o dispositivo constitucional que obrigava a administração pública a promover concurso público efetivamente fosse aplicado. Os Tribunais de Contas, órgãos que do ponto de vista legal são auxiliares do Poder Legislativo – arts. 71 e 75 da Constituição Federal – normalmente dóceis ao executivo, devido à forma de provimento dos cargos de conselheiro pelo chefe do Poder Executivo estadual ou federal, dependendo de a que esfera pertençam, após alguma demora começaram a recomendar aos administradores subordinados ao âmbito de controle de cada um deles, que demitissem os servidores que foram admitidos no serviço público, após 05 de outubro de 1988, data da promulgação da atual Constituição Federal, sem que houvessem sido submetidos ao prévio concurso público.

A jurisprudência propriamente dita, aquela emanada dos órgãos jurisdicionais, após a promulgação da atual Constituição, inclinou-se desde o início a considerar nulo o ato que importasse na contratação de servidor público, sem que o ente da administração tivesse promovido previamente a realização de concurso público, sendo pacífica a orientação jurisprudencial nesse sentido. Ilustrativa dessa orientação é a ementa de acórdão

¹ Raízes do Brasil, 1997, pág. 146.

do TST adiante transcrita: *Relação jurídico-empregatícia com ente municipal. Nulidade, Efeitos. Violência literal ao art. 37, § 2º da Constituição Federal.*

A situação cotejada envolve força de trabalho do contratado, que não lhe pode ser restituída se for proclamada a nulidade da relação empregatícia. Há de se considerar que o vício do ato fulminado não pode propiciar o locupletamento da administração às custas do trabalho do contratado. Assim, diante das premissas lançadas, o Tribunal Superior do Trabalho, conjugando os princípios norteadores do direito, a hermenêutica constitucional e as regras de interpretação do ordenamento jurídico vigente, tem decidido que o empregado faz jus somente aos salários **stricto sensu** decorrentes da força de trabalho despendida. De resto, a decisão rescindenda que imprime à nulidade do contrato de trabalho pactuado efeito **ex nunc** vulnera o art. 37, § 2º da Lei Fundamental e, em consequência, o art. 485 V, da Lei Adjetiva Civil. – Rel. Min. Ronald José Lopes Leal (publicado na Revista do TST, Vol. 66, Nº 03, pág. 432).

As situações pretéritas, isto é as contratações de trabalhadores pela administração pública, anteriores à promulgação da atual Constituição continuaram sendo consideradas legais. O próprio legislador constituinte, no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias preservou tais contratos, ao conferir estabilidade àquelas pessoas que não foram admitidas na forma regulada no art. 37 da Constituição, que em exercício na data da promulgação da Constituição contassem pelo menos cinco anos no cargo.

A jurisprudência atual está em consonância com o interesse público apenas em um sentido muito limitado, que é o de preservar a administração das injunções político-eleitorais e das tendências patrimonialistas das nossas classes dirigentes, permitindo que o acesso aos cargos públicos se dê mediante critérios técnicos e impessoais. Há um outro sentido de interesse público, este mais amplo e que é a própria razão de ser do direito do trabalho e está na sua origem, que é o da proteção daquele que tem de seu, unicamente, a sua força de trabalho, o trabalhador hipossuficiente. Os magistrados, ocupantes dos cargos dos Tribunais Regionais e Superior do Trabalho, aplicando o disposto no art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-Lei Nº 4.657 de 04/09/42, assim redigido: *Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.*, adotam posição demasiado formalista quando não consideram as diversas situações de fato, tomando a realidade do país como uniforme, quando o que ocorre nos pequenos municípios e pobres do Nordeste, e temos razões para crer, também de outras regiões, é que os trabalhadores são pessoas de pouca ou nenhuma instrução, completamente desinformadas e o mais das vezes extremamente carentes de recursos, não podendo se dar ao luxo de recusar trabalho seja de que tipo for. Os prefeitos são, em regra, as autoridades mais importantes com que lidam os municípios e as demais autoridades, como os governadores ou o presidente estão demasiado distantes, não só no espaço, como da realidade cultural das pessoas. O princípio de igualdade formal do qual decorre não só a igualdade de direitos, mas também a igualdade de obrigações, é puramente abstrato e a sua aplicabilidade indistinta gera enorme desigualdade real. O decidir que o trabalhador contratado irregularmente deve receber apenas a remuneração do período trabalhado, remuneração está muitas vezes inferior ao salário mínimo, pois algumas decisões dos tribunais entendem que só é devida a

remuneração pactuada e esta, em muitos casos, é inferior ao salário mínimo legal não é a melhor solução.

O entendimento jurisprudencial prevalecente, considerando nulo o contrato de trabalho firmado em desobediência ao disposto no art. 37, inciso II da Constituição, pune apenas o trabalhador, que muitas vezes trabalhou anos seguidos, deixando-o fora de qualquer proteção legal, inclusive previdenciária, enquanto o administrador público, na grande maioria dos casos o prefeito, mas também governadores e secretários de estado, diretores das sociedades de economia mista e presidentes de fundações públicas e autarquias, não recebem punição alguma, apesar do que estatui o parágrafo 2º do referido artigo, assim redigido: *A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.* O juiz do trabalho limita-se a comunicar a irregularidade da contratação ao ministério público e este órgão, na grande maioria dos casos, não toma qualquer providência ou quando toma a iniciativa de denunciar o administrador, o processo emperra na Justiça Comum e dificilmente chega-se a uma condenação da autoridade. A injustiça da situação é flagrante.

Existem situações, porém, em que o autor da ação trabalhista é mero cúmplice do administrador público, como em caso recente, submetido a nossa apreciação, no qual determinada pessoa ingressou com reclamação trabalhista contra município, alegando que após ter trabalhado por vários anos, como eletricitista, foi despedido sem justa causa. Pleiteou lhe fossem pagos diversos direitos, dentre eles férias não gozadas. Durante a instrução processual, por ocasião do interrogatório do autor, este informou que o seu único trabalho consistia em trocar as lâmpadas que eventualmente viessem a queimar, dos postes existentes no sítio onde residia. Em tal localidade havia 12 (doze) postes e segundo o próprio autor, nem todo mês era necessário trocar lâmpadas, vale dizer, o pseudo-empregado nem todo mês chegava a prestar serviços para o suposto empregador, entretanto tinha contrato de trabalho anotado na sua Carteira Profissional e recebia remuneração mensal. Tal pessoa não obteve ganho de causa, obviamente, eis que consideramos o contrato de trabalho existente entre as partes mero ato forjado, com o intuito de beneficiá-lo indevidamente em detrimento da administração pública. Casos como esse não são incomuns e decorrem do uso da máquina administrativa para a manutenção de poder pessoal ou de grupo, geralmente com a distribuição de recursos de forma personalística a aliados ou parentes. Noutros casos a pessoa realmente prestou serviços que eram essenciais a administração e o fez com zelo e dedicação. Deve-se tratar igualmente situações tão díspares? Tomemos como exemplo o caso de uma pessoa que ao 53 anos, após ter trabalhado para outros empregadores por mais de 23 anos e contribuído regularmente para a previdência social durante os anos de labor, foi admitida em novembro de 1988, para trabalhar em uma empresa de economia mista. Em novembro de 2000 foi despedida, por determinação do tribunal de contas, sob alegação de que o ato de admissão foi irregular, vez que não houve concurso público prévio para respaldar tal admissão. Este trabalhador demonstrou competência funcional e desempenhou as suas funções com toda a dedicação exigida para o cargo para ao final, já aos 65 anos e após ter trabalhado por mais de 35 anos seguidos, tendo implementado as condições para aposentadoria, além de não receber vários dos títulos de natureza trabalhista, como FGTS, por exemplo, também não tem direito a

aposentar-se porque o contrato de trabalho mantido com o ente estatal, nos últimos 12 anos, é nulo.

As hipóteses acima não são raras ou mero fruto de exercício intelectual, mas efetivamente ocorrem e ocorrem amiúde. A solução dada pela jurisprudência assentada é justa? Em alguns casos sim, como na hipótese do indivíduo que conscientemente pede ou aceita emprego público e não trabalha, como no primeiro exemplo. No caso daqueles que agiram de boa-fé e efetivamente trabalharam e cumpriram as suas obrigações a solução deve ser outra. E não se diga que a intenção do agente é irrelevante. O direito penal considera a intenção como fundamental para a caracterização dos delitos, residindo no querer do agente a distinção fundamental entre culpa e dolo. Também o direito do trabalho leva em consideração a intenção, como no caso do parágrafo 1º do art. 462 da CLT que autoriza o desconto nos salários do empregado por dano causado ao empregador, no caso de dolo do trabalhador.

Em se tratando de trabalhadores incluídos no segundo exemplo, a declaração judicial de nulidade do contrato, seguida da simples comunicação da conduta da autoridade administrativa ao ministério público e ao tribunal de contas competente, deixando o trabalhador sem qualquer direito, consagra uma injustiça e não se diga que tal injustiça decorre da aplicação pura e simples da lei. A Constituição Federal no art. 3º consagra como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade justa e o art. 1º estabelece como fundamento da República a dignidade da pessoa humana. Com base nestes princípios, que inseridos na nossa Carta Magna, foram considerados fundamentais pelo próprio legislador constitucional, propomos o uso alternativo do nosso direito, melhor dizendo uma interpretação alternativa e menos formalista do nosso direito, em benefício do trabalhador.

Pensamos que a Justiça do Trabalho, como parte do Judiciário, um dos poderes da República, a fim de assegurar a dignidade humana da pessoa do trabalhador e buscar a construção de uma sociedade justa, pode e deve dar interpretação diversa daquela prevalente, ao disposto no parágrafo 2º do art. 37 da Constituição Federal, que considera nulo o ato que implique admissão de pessoal no serviço público sem a realização de prévio concurso público, e que assegure apenas o interesse da administração, e deixe desprotegido o trabalhador de boa-fé.

Uma solução alternativa seria responsabilizar o administrador que deu causa ao ato de admissão de trabalhadores na administração pública, sem a realização de prévio concurso público não só administrativa e penalmente pelo ato irregular, mas que tal responsabilidade seja estendida ao âmbito trabalhista, presumindo-se sempre que o trabalho realizado foi prestado no interesse do administrador e não no interesse da administração. Proposta reclamação trabalhista contra órgão público e verificado que a admissão do trabalhador se deu em desobediência ao estabelecido no art. 37 da Constituição Federal, o juiz, de ofício, caso não tenha havido pedido neste sentido, determinará a citação da autoridade ou autoridades responsáveis pelo ato para integrar o processo como litisconsorte passivo. Autoridades responsáveis seriam não apenas aquelas que originalmente praticaram o ato, mas todas aquelas que ao longo do tempo dirigiram o órgão que admitiu e assalariou o trabalhador e permitiram que a irregularidade persistisse.

Julgada a ação e considerado nulo o contrato com a administração pública, a responsabilidade desta limitar-se-ia a remuneração, no caso do trabalhador de boa-fé, enquanto os administradores que deram causa ao ato nulo seriam responsáveis pelas demais indenizações de caráter trabalhista e pelo pagamento das contribuições previdenciárias.

A mudança de orientação jurisprudencial sugerida não constitui uma interpretação forçada da realidade. Considerando-se o caso concreto, verifica-se que os administradores ao desrespeitarem a obrigação de promoverem concursos públicos para a admissão de pessoal e contratarem trabalhadores o fizeram geralmente levando em conta interesses próprios: eleitoreiros, por nepotismo, ou patrimonialismo, sem levar em conta os verdadeiros interesses da administração pública. É justo, portanto, que assumam os encargos decorrentes da satisfação dos seus interesses. Ademais, com a responsabilização trabalhista dos administradores públicos estar-se-ia não só fazendo justiça aos mais necessitados e atingindo um dos objetivos fundamentais do Estado Brasileiro, senão também desestimulando aquelas práticas contrárias à lei e que tantos males causam a administração pública, pois diante da possibilidade concreta e imediata de responder, com o seu patrimônio, pelas obrigações decorrentes da irregular admissão de pessoal, o administrador público certamente terá maior cuidado no cumprimento das disposições constitucionais em relação à admissão de pessoal.

BIBLIOGRAFIA

Gómez, Jesús Antonio Muñoz, *Reflexiones sobre el uso alternativo del derecho*, in Revista *El Otro Derecho*, 1988, Bogotá, Colômbia, ILSA, ano I n.º 1.

Holanda, Sérgio Buarque, 1997, *Raízes do Brasil*, São Paulo, Cia. das Letras.

Weber, Max, 1997, Os três tipos puros de dominação legítima in Weber Sociologia, org. Gabriel Cohn, São Paulo, Editora Ática.

Teixeira F.º, João de Lima, 1986, Repositório de Jurisprudência Trabalhista, vol. 03, Rio de Janeiro, Freitas Bastos.

Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 66, Nº 03, 2000, Brasília, Síntese.

AS COMISSÕES DE CONCILIAÇÃO PREVIA E A JURISDIÇÃO
TRABALHISTA

PARTE DE OUTRO ARTIGO

Juarez Duarte Lima (*)