

O CONTRATO DE TRABALHO NULO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O RECENTE ENUNCIADO Nº 363 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - TST

Maurício Mazur ¹

Faculdades Integradas de Maringá
Centro de Ensino Superior e Maringá

RESUMO: A ordem constitucional brasileira de 1988 passou a exigir aprovação prévia em concurso público dos trabalhadores contratados pela União, pelos Estados, pelos Municípios, pelas Autarquias, pelas Fundações, pelas empresas públicas e pelas sociedades de economia mista, como medida moralizadora de acesso aos cargos e empregos públicos, muitos deles até então ocupados por apaniguados políticos. Ocorre que ainda hoje, mais de uma década depois, administradores públicos insistem em promover a admissão direta e incondicional de trabalhadores, violando as normas constitucionais e criando situação jurídica anômala que se divide entre a nulidade contratual, a proteção do trabalho e as consequências da falta administrativa. A doutrina e os tribunais são profícuos nos mais diversos entendimentos. Neste artigo são analisadas a existência, a validade e a eficácia do contrato de trabalho mantido com a Administração Pública sem aprovação prévia em concurso, alcançando conclusão crítica a respeito das consequências jurídicas e da indenização devida ao prestador de serviços que foram ignoradas pela orientação jurisprudencial proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho em seu recente Enunciado n. 363.

Descritores: contrato de trabalho nulo; enunciado n. 363; Tribunal Superior do Trabalho; administração pública

NULL WORK CONTRACT WITH THE PUBLIC ADMINISTRATION AND THE RECENTE DECLARATION Nbr 363 FROM THE SUPERIOR WORK TRIBUNAL - TST

ABSTRACT: *The order constitutional Brazilian of 1988 started to demand previous approval in the workers' public competition hired by the Union, by States, for the Municipal districts, for the Autarchies, for the Foundations, for the public companies and for the societies of mixed economy, as measured access moralist to the positions and public employments, many of them until then occupied by favored political. It happens until today, even though one decade has passed, public administrators insist on promoting the workers' direct and unconditional admission, violating the constitutional norms and creating anomalous juridical situation that divides among the contractual nullity, the protection of the work and the consequences of the administrative lack. The doctrine and the tribunals plow rich in the most several understandings. In this article the existence, the validity and the effectiveness of the work contract maintained with the Public Administration without previous approval in competition are analyzed, reaching critical conclusion regarding the juridical consequences and of the compensation owed to the worker that were unknown for the judiciary orientation uttered by the Superior Tribunal of the Work in its recent Statement n. 363.*

Index-terms: *null work contract; Statement n. 363; public administration; superior work tribunal - Tst*

Introdução

Com a promulgação da Constituição da República em 1988, nova era de moralidade na relação de trabalho com a Administração Pública foi inaugurada atra-

vés de dispositivos inibidores de contratações e dispensas ao sabor dos ventos políticos.

Entre essas providências, alcançou destaque imediato a norma que exige a aprovação prévia em concurso público para o preenchimento de vaga ofereci-

¹ Aluno regularmente matriculado no Curso de Especialização (pós-graduação Lato-Sensu) em Direito do Trabalho das Faculdades Integradas de Maringá – Faimar do Centro de Ensino Superior de Maringá – Cesumar e Juiz do Trabalho substituto do Tribunal Superior do Trabalho da 9ª Região, Paraná.

da pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal, pelos Municípios, por suas autarquias e fundações, pelas empresas públicas e sociedades de economia mista.

Na riqueza dos acontecimentos ao longo de mais de uma década a partir de então, a doutrina e a jurisprudência vêm enfrentando as mais variadas situações no trato da relação de emprego com a Administração Pública, por conta dessa restrição.

Em recente sessão, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho decidiu editar o Enunciado nº 363, decretando a nulidade da contratação de servidor público sem prévia aprovação em concurso e conferindo-lhe apenas o direito ao pagamento dos dias efetivamente laborados.

A profusão de posicionamentos jurídicos e sociais acerca do tema motiva sua análise nesta oportunidade, dentro do ambiente do contrato de trabalho.

Para uma conclusão mais ampla do que a lançada no afogadilho da praxe serão percorridos os três planos de investigação do ato jurídico: o de sua existência, o de sua validade e o de sua eficácia.

Agentes Públicos, Servidores Públicos, Cargos E Empregos Públicos: Noções Conceituais

Útil para nossa investigação a lembrança de alguns conceitos do Direito Administrativo proposto pelo notável Celso Antônio Bandeira de MELLO (1998).

A expressão *agentes públicos* é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente. Os *agentes públicos* classificam-se em *agente políticos, servidores públicos e particulares em colaboração com a Administração Pública*.

Os *servidores públicos* - que ora nos interessam - são aqueles indivíduos que mantêm com a Administração Pública relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo de dependência, podendo titularizar cargos ou empregos públicos.

Cargos Públicos são as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de Direito Público e criadas por lei. Os servidores titulares

de cargos públicos submetem-se a um regime especificamente concebido para reger esta categoria de agentes. Esse regime é *estatutário* ou *institucional*, portanto, *não-contratual*.

Empregos públicos são núcleos de encargos de trabalho a serem preenchidos por agentes *contratados* para desempenhá-los, sob relação trabalhista, prevista basicamente na CLT.

Concurso Público: Condição Para Investidura Em Cargo Ou Emprego Público

A obrigatoriedade de concurso público, ressalvados os cargos de provimento em comissão, refere-se à investidura tanto no cargo quanto no emprego público (art. 37, inc. II, da CR).

O concurso é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para se obter moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei.

Crítico de maiores credenciais, o memorável Hely Lopes MEIRELLES (1998) assevera que através do concurso afastam-se os ineptos e os apaniguados que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder leiloando empregos públicos.

Admissão Em Cargo Ou Emprego Público Sem Aprovação Prévia Em Concurso: Conseqüências Do Ato Administrativo

O ato administrativo de admissão em cargo ou emprego público sem aprovação prévia em concurso é *nulo* e tem por conseqüência a punição da autoridade responsável (art. 37, §§ 2º e 4º da CR).

A nulidade do ato administrativo retira a validade da *investidura* e autoriza a eliminação imediata do prestador de serviços do cargo ou do emprego público que até então titularizava de modo precário.

Porque defeituosa essa investidura não exige os rigores da *desinvestidura* regular, possível apenas por meio da demissão, exoneração ou dispensa, todas necessariamente motivadas.

Aparência Da Condição De Servidor Público: Efetividade Da Condição De Agente Público. Exercício De Função Pública

Durante o período de vínculo precário o prestador de serviços mantém *relação de trabalho* com a Administração Pública, afastada da titularidade de cargo ou emprego, visto que a falta de validade da investidura ocasiona apenas uma *aparência* da condição de servidor público.

Não ocupando cargo ou emprego, mas com atribuições perante a Administração Pública, esse prestador de serviços exerce uma *função pública*, segundo o conceito residual proposto pela professora da Universidade de São Paulo Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (1998).

Em síntese, o prestador de serviços admitido em cargo ou emprego público sem prévia aprovação em concurso mantém mera *relação de trabalho* com a Administração Pública na condição de *agente público* exercente de *função*.

A Existência, A Validade E A Eficácia Do Contrato De Trabalho Do Agente Público Admitido Em Cargo Ou Emprego Sem Aprovação Prévia Em Concurso

A plenitude do negócio jurídico exige sua *existência*, sua *validade* e sua *eficácia*. No plano da *existência* investiga-se a *suficiência do suporte fático*, na expressão cunhada pelo ilustre Pontes de Miranda apud DALLEGRAVE NETTO (1998). Verificados os elementos mínimos exigidos pela norma jurídica para o reconhecimento do fato como negócio, este será existente. Pelo contrário, faltante algum desses elementos, o suporte fático será insuficiente e, portanto, não será recebido pela norma jurídica.

O jurista paranaense José Affonso DALLEGRAVE NETTO (1998, p.154) relaciona o *consentimento negocial*, o *objeto* e a *forma* como os três elementos intrínsecos ao plano de existência dos negócios jurídicos e, portanto, do contrato de trabalho. Esclarece que na verificação desses elementos será aferida a vontade das partes em celebrar o ajuste, a intenção e o alcance dos direitos e das obrigações de cada uma delas nesse ajuste e a maneira como será expressado, sempre de modo indissolúvel, afinal, não se pode falar em *consentimento negocial* das partes sem que haja um

conteúdo (*objeto*) e uma maneira (*forma*) de expressão.

No contrato de trabalho com a Administração Pública a investidura é elemento essencial para sua *validade*.

O jurista alagoano Marcos Bernardes de MELLO (1995) - em indispensável obra sobre o tema - esclarece que a validade do ato jurídico (*lato sensu*) repousa no suporte fático perfeito, onde seus elementos nucleares não têm qualquer deficiência invalidante e não há falta de qualquer elemento complementar.

Os elementos nucleares ou essenciais do ato jurídico estão dispostos no art. 82 do CCB: *agente capaz, objeto lícito* - e *possível*, como acrescenta a doutrina - e *forma prescrita ou não defesa em lei*. Agregam-se a esses seus elementos complementares.

Com isso a investidura mediante aprovação prévia em concurso público alcança a condição de *solenidade substancial* que não pode ser preterida (art. 145, inc. IV, do CCB) porque autêntico *elemento completante do suporte fático* desse contrato de trabalho com feições peculiares.

No plano de *eficácia* é analisada a produção dos *efeitos jurídicos normais ou regulares* do negócio. Assim, ineficácia não se confunde com falta de conseqüências, afinal, o contrato de trabalho pode alcançar desdobramentos que não lhe são típicos.

Com amparo nessas informações, concluímos que o contrato de trabalho mantido por agente com a Administração Pública sem aprovação prévia em concurso classifica-se como *existente*, porque o suporte fático é suficiente para a incidência da norma do art. 442 da CLT; *inválido*, porque apesar de suficiente, o suporte fático não é perfeito em razão da ausência de elemento complementar, e *ineficaz*, porque não alcança os efeitos normais previstos pela norma jurídica e almejados pelas partes. Apenas gera *conseqüências jurídicas* como se verá no item seguinte.

Conseqüências Jurídicas

A ineficácia do contrato de trabalho mantido com a Administração Pública sem aprovação prévia em concurso decorre da impossibilidade dos seus efeitos *regulares* garantidos pela manutenção do vínculo de emprego, como *v.g.*: seu registro, os créditos trabalhistas e a estabilidade.

No entanto, a relação de trabalho mantida precaria-

mente gera efeitos anômalos, não próprios do contrato de trabalho, como a indenização do prestador de serviços por perdas e danos e a punição da autoridade administrativa responsável por sua admissão.

Ainda que decorrente de preceito constitucional a punição da autoridade administrativa não tem sido concretizada. Tome-se, por exemplo, recente denúncia (Protocolada no TCPR sob o nº 167.394/00) da MM. Vara do Trabalho de Jacarezinho nesse sentido que não foi sequer recebida pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná, com amparo em reiteradas resoluções do órgão onde se entende que não há sanções aplicáveis às autoridades administrativas que promovem admissões sem aprovação prévia em concurso público quando a Justiça do Trabalho rejeita o pedido de vínculo de emprego (a exemplo da Resolução nº 3608/2000). Tal procedimento, além de desobediente à norma constitucional, serve como autêntico salvo-conduto à infração administrativa, visto que desobriga tanto a Administração Pública quanto seu agente.

A indenização por perdas e danos causados ao prestador de serviços na constância e pela extinção da relação de trabalho que manteve com a Administração Pública tem sustento jurídico na *responsabilidade objetiva* desta pelos atos danosos de seus agentes (art. 37, § 6º, da CF), embora respeitada doutrina entenda pela aplicação da responsabilidade civil subjetiva com amparo no clássico art. 159 do CCB (DALLEGRAVE NETO, 1998, p.156).

A *responsabilidade objetiva* da Administração Pública, além de exigir apenas a relação causal entre o comportamento e o dano, agilizando a indenização de caráter alimentar e preservando a boa-fé presumida do prestador de serviços, ainda assegura o direito de regresso contra a autoridade responsável nos casos de dolo ou culpa.

Alcance Da Indenização Devida Ao Prestador De Serviços

Questão das mais controversas, o alcance da indenização devida pela Administração Pública ao prestador de serviços exige a análise do campo de atuação da nulidade na relação de trabalho.

Enquanto no Direito Civil os efeitos da nulidade são em regra retroativos (*ex tunc*), no Direito do Trabalho a regra é da irretroatividade desses efeitos (*ex nunc*).

Os instrumentos informadores da *nulidade trabalhista*,

listados por DALLEGRAVE NETO (1998), são os seguintes:

- a) *Princípio da proteção ao trabalhador, ao trabalho, ao salário e ao contrato*: A Constituição da República elege o trabalho como um de seus fundamentos e valor de primeira grandeza nas ordens econômica e social (arts. 1º inc. III e IV, 170 e 193), em razão do que a deficiência do contrato não pode redundar em prejuízo ao trabalhador. Quanto ao salário, seu caráter alimentício exige e ostenta tamanha proteção jurídica que ampara a premissa trabalho feito é salário ganho;
- b) *Princípio da continuidade do contrato de trabalho*: Aponta para um máximo de aproveitamento dos efeitos dimanados da relação de trabalho subordinado;
- c) *Regra da conservação e da eficácia do contrato nulo*: Exige a busca máxima possível de existência, validade e eficácia do contrato nulo, na garantia de uma retribuição mínima à prestação de serviços despendida;
- d) *Presunção relativa de boa-fé do empregado na celebração do contrato*: Derivada do caráter alimentar do salário e da adesão do empregado, em regra, às condições de trabalho estabelecidas pelo empregador;
- e) *Impossibilidade de retorno ao status quo ante A vedação ao locupletamento*: A energia física e psíquica consumida pelo empregado na prestação de serviços não lhe pode ser restituída, pelo que a indenização em pecúnia evita o enriquecimento sem causa do empregador;
- f) *Princípio da conservação*: O negócio jurídico deve ser aproveitado ao máximo possível, com atenção principalmente à intenção negocial manifestada pelas partes, afastando da nulidade todos os fatos e atos que nela não foram afetados. Tem por regras a convalidação, a sanção e a conversão negocial (p. 160).

Como visto, esses instrumentos de interpretação jurídica restringem, em muito, o campo de atuação da nulidade trabalhista. O contrato de trabalho não deixa de ser *nulo, inválido e ineficaz*, no entanto, o alcance da indenização por perdas e danos como consequência jurídica deve ser o mais amplo possível, segundo a interpretação razoável do operador do Direito, de maneira a valorizar o trabalho, preservar a justa retribuição ao serviço prestado e obstar o enriquecimento sem causa.

A regra jurídica básica para essa delimitação pecuniária vem estabelecida no art. 158 do CCB, segundo o qual *anulado o ato, as partes serão restituídas ao estado em que antes dele se achavam e, não sendo possível essa restituição, as partes serão indenizadas com o equivalente*.

Pois bem, restituir a energia consumida na prestação de serviços não é possível, como já anotado, pelo que é necessário indenizar o trabalhador com valor equivalente a esse bem transferido definitivamente ao tomador dos serviços.

Mas quanto custa essa energia despendida? A

contraprestação jurídica ao serviço é o salário, entendido como o *preço* combinado pelas partes ou imposto normativamente para o *trabalho*, aferido por unidade de tempo (hora, dia, semana e mês) ou de obra (produção e tarefa). Assim, pela relação de trabalho mantida com a Administração Pública sem aprovação prévia em concurso, o trabalhador receberá como indenização o salário devido pela prestação de seus serviços, no limite de sua ocorrência.

Importa ressaltar que como preço do trabalho, o salário devido na indenização ao prestador de serviços não se identifica, necessariamente, com o salário básico, podendo ser acrescido de seus adicionais quando o labor ocorrer em situação mais gravosa, desde que com previsão constitucional (art. 7º), em horário noturno (inc. IX), em jornada extraordinária (inc. XIII) e em ambiente insalubre ou perigoso (inc. XXIII). Além dessas variações quanto ao preço do serviço prestado, deve haver ainda a remuneração do repouso semanal (inc. XV), mero artifício de cálculo que apenas distribui entre os dias não úteis o real preço do trabalho realizado nos dias úteis.

Outros Parâmetros de Alcance da Indenização Devida ao Prestador de Serviços

Ainda que por vezes com amparo nos mesmos critérios adotados neste estudo, a jurisprudência é muito oscilante tanto no primeiro grau de jurisdição quanto nos Tribunais ao qualificar o contrato de trabalho celebrado com a Administração Pública sem aprovação prévia em concurso e ao delimitar seus efeitos, quando entendido como válido, ou conseqüências jurídicas, quando entendido como inválido.

Em escala gradativa de benefícios ao prestador de serviços, podemos listar os seguintes entendimentos: **a)** Contrato de trabalho nulo, inexistente, inválido, ineficaz, tendo por única conseqüência jurídica a punição da autoridade administrativa; **b)** Contrato de trabalho nulo, existente, inválido, ineficaz, tendo por única conseqüência jurídica a punição da autoridade administrativa; **c)** Contrato de trabalho nulo, existente, inválido, ineficaz, tendo por conseqüências jurídicas a punição da autoridade administrativa e a indenização do prestador de serviços pelas perdas e danos ocasionadas na manutenção e pela extinção contratual, com o seguinte alcance: **c.1)** pagamento dos dias efetivamente trabalhados segundo a contraprestação

pactuada – entendimento veiculado pelo EN 363 do C. TST; **c.2)** salário do período laborado, acrescido de seus adicionais quando a prestação de serviços ocorrer em condições mais gravosas definidas constitucionalmente (horário noturno, jornada extraordinária e ambiente insalubre ou perigoso); **c.3)** salário do período laborado e demais vantagens trabalhistas asseguradas no contrato de trabalho quando válido; **d)** Contrato de trabalho existente, válido e eficaz, portanto com a plenitude dos efeitos normais, inclusive com seu registro na CTPS do empregado; **e)** contrato de trabalho existente, válido e eficaz, com a plenitude dos efeitos normais e reconhecimento das prerrogativas dos empregados públicos, como a estabilidade constitucionalmente assegurada.

Análise Do Enunciado nº 363 Do Tribunal Superior do Trabalho - TST

Em sessão extraordinária realizada na data de 11.09.2000, o Egrégio Pleno do Tribunal Superior do Trabalho decidiu, por unanimidade, editar o Enunciado nº 363 (Resolução nº 97/2000 publicada no DJU-E em 19.09.00, p. 304) com o seguinte teor:

Contrato Nulo Efeitos

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 dos dias efetivamente trabalhados segundo a contraprestação pactuada.

Logo de início podemos notar uma impropriedade no título quando considera a eficácia do contrato nulo, afinal porque *inválido* não alcança os efeitos normais previstos pela norma jurídica e almejados pelas partes, apenas *conseqüências jurídicas*, como já visto.

A limitação do alcance da indenização somente aos dias efetivamente laborados e segundo a contraprestação pactuada é *exagerada* ao passo que não permite a integral reparação do prejuízo causado.

O pagamento incondicional do salário básico pactuado entre as partes ignora a *variação do preço do trabalho* conforme as condições em que se prestam os serviços, enquanto a restrição também incondicional do pagamento aos dias efetivamente laborados contempla o enriquecimento sem causa do tomador dos

serviços, na medida em que autoriza o uso de *artifício de cálculo* para diluir o salário entre dias de repouso obrigatório.

A indenização suficiente deve considerar a majoração de ordem constitucional do preço do trabalho prestado em condições mais gravosas (horário noturno, jornada extraordinária e ambiente insalubre e perigoso) e ainda considerar como de efetivo trabalho os dias de repouso obrigatório (domingos e feriados) ou então desconsiderar o artifício de cálculo que dilui o salário dos dias de efetivo labor também entre esses não laborados.

Oportuna a lição do notável civilista Washington De Barros MONTEIRO (1985), ao recomendar que na apuração dos prejuízos decorrentes da inexecução do contrato deve o juiz atuar com prudente arbítrio, estabelecendo uma indenização *justa*, que corresponda efetivamente ao *real prejuízo* sofrido pela parte lesada, afinal como o próprio étimo deixa entrever, indenizar é desfazer o dano, recompor a situação primitiva, anular os efeitos da lesão jurídica.

Conclusão

A falta de aprovação prévia em concurso é causa de nulidade da investidura em cargo ou emprego público e de invalidação do contrato de trabalho.

O prestador de serviços nessas condições mantém relação de trabalho com a Administração Pública e detém a condição de agente no exercício de função pública.

Porque inválido esse contrato de trabalho não produz seus efeitos normais e, portanto, é ineficaz, mas gera consequência jurídica na punição da autoridade administrativa infratora e na indenização devida ao

prestador de serviços na manutenção e pela extinção contratual.

A indenização devida ao prestador de serviços decorre da responsabilidade objetiva da Administração Pública e alcança o salário do período laborado, com preço acrescido quando em condições mais gravosas definidas pela Constituição da República.

O Enunciado nº 363 do TST limita em excesso a indenização devida ao trabalhador, deixando de considerar a variação do preço do trabalho conforme as condições em que se presta e permitindo a diluição do salário dos dias trabalhados nos dias de repouso obrigatório, faltas que não permitem a reparação integral do dano.

Referências

- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Contrato individual de trabalho: uma visão estrutural*. São Paulo: LTr, 1998, p. 153.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 357.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 149-155.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano de validade*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 3.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: direito das obrigações*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 336.