

A CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE MÃO DE OBRA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS PREJUÍZOS OCASIONADOS AO TRABALHADOR SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO AO OBREIRO.

Tassia Rejane Lins da Silva¹

RESUMO

O presente estudo preocupa-se em fazer uma análise do tema, afastando-se um pouco do ponto de vista da obrigatoriedade da Administração Pública de contratar mão de obra somente por meio de Concurso Público (excepcionando-se os casos de nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração), mas, no entanto, sem fazer pouco caso do mandamento constitucional e, trazer à tona o caso do trabalhador que, diariamente esforçou-se e empenhou-se no seu labor, muitas das vezes sem nem desconfiar que todo esse seu empenho para ganhar o seu sustento e o de sua família, é considerado totalmente nulo pelos Tribunais Superiores, e mais que isso, de absoluta proibição pela Constituição Federal que rege este país.

Palavras chaves: Administração Pública; Contratação Irregular; Contrato nulo.

1. INTRODUÇÃO

O poder constituinte originário de 1988 estabeleceu como um dos princípios fundamentais da Administração Pública, do amplo acesso aos cargos públicos, por meio do qual “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;”, assim é o que prescreve o artigo 37, inciso I da Constituição Federal.

Para corroborar tal determinação, foi incluída no parágrafo 2º do mesmo artigo 37 já mencionado, a proibição de a Administração Pública contratar mão de obra sem a prévia realização de concurso público.

Um dos objetivos dos legisladores era coibir o alto índice de irregularidades com essas contratações. E, nesse mesmo sentido, no dia 18 de setembro de 2000 foi publicada no Diário de Justiça da União a súmula 363 do Tribunal Superior do Trabalho, que corrobora o conteúdo do artigo 37, parágrafo 2º da CF, tornando nulo o contrato de trabalho existente entre a Administração Pública e o trabalhador, que não tenha sido precedido de concurso público.

Porém, deve-se levar em consideração a posição do trabalhador que, dia após dia, labora incansavelmente, muitas das vezes, desconhecendo que a sua situação é tida por irregular pela Constituição Federal e, portanto, pelos nossos Tribunais, e, mesmo quando há

¹ Advogada. Graduada em direito pelo Centro de Estudos Superiores de Maceió-CESMAC. Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo Centro de Estudos Superiores de Maceió-CESMAC.

esse conhecimento, não sabe, por exemplo, quais as consequências que esta irregularidade poderá lhe ocasionar.

Dessa forma, não podemos simplesmente ignorar a situação de hipossuficiência do trabalhador, ante a sua contratação irregular e puní-lo como o único violador do mandamento constitucional, deixando impune quem verdadeiramente deve ser punido nos termos do artigo supra mencionado.

2. A CONTRATAÇÃO DE MÃO DE OBRA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

3. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS DE DEFESA DO TRABALHADOR

3.1 Princípio do Valor Social do Trabalho

3.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana à luz do Direito do Trabalho

3.3 Princípio da primazia da realidade

Este princípio defende que a realidade fática deva sempre prevalecer sobre a forma. Ou seja, quando houver conflitos sobre o que se mostra na realidade e sobre o que se mostra formalmente, através do contrato de trabalho, por exemplo, deverá o magistrado decidir conforme a realidade, com o que de fato ocorreu. E isso por que devemos partir do pressuposto que documentos são facilmente alterados para refletir as exigências da lei, entretanto, um olhar mais apurado ao caso concreto e, se verificará que a realidade é bem diferente do que está documentado.

Preciosas são as declarações de Almeida e Pereira (2010) neste sentido:

Por isso, o Direito do Trabalho é conhecido como contrato-realidade. Para o Direito do Trabalho, prevalece os fatos que acontecem na prática, rechaçando-se a forma fraudulenta que não corresponda à essa realidade.

Como ensina Delgado (2010), este princípio é um forte meio de pesquisa e, portanto, de descoberta da verdade real pelos juízes diante dos casos concretos que lhe são apresentados no dia a dia.

3.4 Princípio da Indisponibilidade ou Irrenunciabilidade dos Direitos Trabalhistas

Reza este princípio que, em regra, o trabalhador jamais poderá abrir mão dos direitos trabalhistas assegurados pela Constituição Federal, pelas leis infraconstitucionais, ou, ainda por tratados e convenções internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Perfeita é a colocação do ilustre Ministro do Tribunal Superior do Trabalho:

A indisponibilidade inata aos direitos trabalhistas constitui-se talvez no veículo principal utilizado pelo Direito do Trabalho para tentar igualizar, no plano jurídico, a assincronia clássica existente entre os sujeitos da relação socioeconômica de emprego. (DELGADO, 2010, p. 186).

Martins (2008, p. 62) lembra que, ainda que essa renúncia seja feita expressamente pelo obreiro, tal não tem a mínima validade, visto que pode o trabalhador pleiteá-las na Justiça do Trabalho.

Dessa forma, buscando proteger ainda mais o empregado, estabelece o artigo 9º da Consolidação das Leis Trabalhistas que: “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.”

A doutrina traz como exemplo de direito irrenunciável o aviso prévio, entendimento, inclusive, sumulado pelo Tribunal Superior do Trabalho, súmula nº 276, nos seguintes termos: “o direito ao aviso prévio é irrenunciável pelo empregado. [...]” . Portanto, dúvida não há quanto a nulidade absoluta de qualquer cláusula que objetive retirar esse direito do trabalhador.

Contudo, e como já dito, tal regra poderá ser excepcionada desde que haja autorização em lei e na jurisprudência, de acordo com Almeida e Pereira (2010, p. 44).

Pelo exposto, percebe-se que tais princípios visam única e exclusivamente resguardar os direitos da parte fraca das relações trabalhistas, que na maioria das vezes se submete às condições impostas pelo empregador por que necessita daquele meio de sobrevivência.

4. AS CONSEQUÊNCIAS OCASIONADAS AO TRABALHADOR CONTRATADO SEM CONCURSO PÚBLICO

Em decorrência da proibição constante no artigo 37, parágrafo 2º da Carta Magna, já há muito explicado, o TST consolidou seu entendimento na súmula 363, *in verbis*:

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, respeitando o valor da hora do salário-mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

Desta forma, é considerado nulo o contrato de trabalho que tenha sido firmado após a Constituição Federal de 1988, sem observar as exigências do seu artigo 37, II e §2º.

A consequência imediata desta nulidade é que o empregado só terá direito a receber o saldo de salários do período trabalhado e os depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço-FGTS, inovação incluída nesta súmula somente em 19/11/2002 por meio da Resolução Administrativa nº123/02, quando a Medida Provisória nº 2.164-01 acrescentou o artigo 19-A à Lei nº 8.036/90 que garantiu o direito ao recebimento do FGTS aos trabalhadores que se encontrem nesta situação. Portanto, antes da edição desta MP, o empregado que tivesse seu contrato de trabalho declarado nulo, só tinha direito ao recebimento do salário correspondente ao período laborado.

Acontece que a Constituição Federal quando trouxe essa proibição, foi expressa em dizer que a punição deve recair sobre a autoridade responsável. Em momento algum autorizou que fosse aplicada penalidades sobre o trabalhador que firmasse contrato de trabalho de forma irregular com a Administração.

Com isso, é essencial que lembremos qual o conceito e as consequências do instituto da nulidade. Para tanto, cito os ensinamentos do mestre Delgado (2010, p.485):

Como se sabe, no Direito Civil, prevalece a conduta normativa geral indicadora de que, verificada a nulidade, o ato (ou seu componente viciado) deve ser suprimido do mundo sociojurídico, reposicionando-se as partes à situação fático-jurídico anterior.

Ou seja, esse instituto eminentemente civil estabelece que, constatada a nulidade de um ato, que pode se manifestar no aspecto subjetivo ou objetivo do negócio jurídico, tal deve ser considerado como se nunca tivesse existido, e, conseqüentemente, retornará às partes ao *status quo ante*. Então, por exemplo, se houver uma doação em que o doador estava sendo coagido, este ato deve ser declarado nulo, não produzindo qualquer efeito no mundo jurídico, por que a ele nunca pertenceu e, retroage-se imediatamente à situação anterior. Devolvendo o bem ao doador.

Porém, o Direito do Trabalho precisou adaptar este instituto às realidades das relações de trabalho. Uma vez que, não há possibilidade de simplesmente retornar às partes, empregado e empregador, ao estado anterior ao início do contrato de trabalho. Pela óbvia razão de que não tem como o empregador devolver as forças e energias despendidas pelo seu

trabalhador na realização diária das funções exercidas, nem tampouco, tem condições este trabalhador de devolver o salário que percebeu ao longo do contrato de trabalho.

Por isso, foi construída uma teoria específica das nulidades, que adota como pressuposto a regra da irretroatividade dos efeitos da nulidade determinada. Mas, haverá situações em que será aplicada totalmente a regra de nulidade civilista, como é o caso do trabalho ilícito, bem lembrado por Delgado.

Com essas explicações, fica impossível de entender como vem sendo punido o trabalhador em casos como este, visto que, não há como voltar às partes ao *status quo ante*, e a Constituição Federal foi explícita ao estabelecer que a sanção deva ser aplicada à autoridade responsável pela contratação irregular. Contudo, este não tem sido o entendimento de muito doutrinadores e, também da jurisprudência deste país, que fecha os olhos para a posição do trabalhador, e retira dele todos os direitos conquistados após tantas revoluções e reivindicações.

Não se quer com isso passar por cima da Carta Magna brasileira, olvidando-se de que é um documento inquestionavelmente democrático, também fruto de lutas sociais. Como acertadamente disse Delgado (2010, p. 431), “A resposta certamente não estaria em se negar eficácia ao democrático e ético preceito do art. 37, caput, II e §2º, CF/88[...]. A resposta está na garantia da observância da isonomia[...].” Ou seja, não podemos adotar posicionamentos extremamente prejudiciais a quem só quis ganhar o pão de cada dia, seu e o de sua família, laborando com dignidade, como contrariamente defende Martins (2011, p. 253):

Se não há vínculo de emprego, por falta de concurso público, não deveria ser paga qualquer verba ao trabalhador. A falta de concurso público tanto é ilegal para a Administração como para o trabalhador, que deveria saber da sua necessidade, pois não pode alegar a ignorância da lei (art. 3º da LIIC).

Ora, como já dito, em decisões de casos como esse, não pode o magistrado voltar ao tempo do positivismo, em que era considerado a “boca da lei” e ignorar os princípios protetores do trabalhador. No entanto, como já dito, não é essa a posição que os Tribunais Superiores têm adotado, utilizado-se da letra nua e crua da lei, fazendo fortalecer o ditado popular que afirma: “A corda arrebenta sempre pelo lado mais fraco”, isto é, do obreiro. Vejamos:

RECURSO DE REVISTA DO RECLAMADO. CONTRATO NULO. EFEITOS, SÚMULA 363 DO TST. A contratação de servidor público, após a Constituição Federal de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no art. 37, II e §2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitando o valor da hora salário-mínimo e dos valores referente aos depósitos do FGTS (Súmula 363 do TST). Na hipótese, devido apenas o FGTS, sem a multa. Recurso de Revista parcialmente

conhecido e provido. (TST, RR 947/2005-201-11-00, 4.^a Turma, DJ 07.03.2008) (SARAIVA, 2011, P. 424)

Mas, a par dessas posições, ainda dominantes, há quem defenda o oposto, ou melhor, há quem se lembra que no meio de toda essa discussões há vidas envolvidas, vidas essas que não podem ser menosprezadas como brilhantemente advoga Delgado (2010, p. 488):

Nesse quadro, a única leitura hábil a conferir eficácia e coerência ao conjunto dos textos constitucionais (tanto os que proíbem ao administrador e aos cidadãos o ingresso no aparelho de Estado sem concurso público, como os que insistentemente elegem o respeito ao trabalho como um dos valores essenciais da ordem econômica, social e jurídica brasileiras) é aplicar-se a teoria justralhista das nulidades quanto ao período de efetiva prestação de serviços, tendo-se porém, como anulado o pacto em virtude da inobservância à formalidade essencial do concurso. Em consequência, manter-se-iam como devidas todas verbas contratuais trabalhistas ao longo da prestação laboral, negando-se, porém, o direito a verbas rescisórias próprias à 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).

Sutilmente este pensamento tem sido inserido nas decisões deste ilustre Ministro como pode-se perceber acórdão prolatado no RR a seguir parcialmente transcrito:

[...] Este Relator, inclusive, realizaria em casos de nulidades, como o presente, aplicação mais ampla da **teoria especial trabalhista de nulidades**, deferindo ao trabalhador que prestou os serviços todos os efeitos empregatícios e previdenciários pertinentes, exceto verbas da dispensa injusta (já que, na hipótese, havendo nulidade, esta é que determinaria, imperativamente, a extinção do vínculo). Contudo, a Dt. 6^a Turma desta Corte Superior aplica os termos expressos e estritos da Súmula 363/TST, concedendo apenas as parcelas ali mencionadas, se for o caso. Ressalvado o entendimento exposto deste Relator, dá-se efetividade à jurisprudência sumulada dominante nos respectivos processos. [...] PROCESSO Nº TST-RR-61900-35.2007.5.11.0251, 6^a Turma do TST, Relator Ministro Maurício Goldinho Delgado, 28 de abril de 2010.

5. CONCLUSÃO

É demasiado importante a preservação e obediência das normas constitucionais, uma vez que são as normas de organização de um Estado.

Não podemos, portanto, ignorar a existência dessas normas que têm como uma de suas características, a supremacia, e rasgar um documento fruto de um movimento eminentemente democrático, para atender a interesses exclusivamente particulares, que, não se sobrepõem aos interesses públicos.

Foi demonstrada a importância do artigo 37, incisos I e II da CF/88 que trouxeram como *conditio sine qua non* para o ingresso de servidores em cargos públicos a realização prévia de certame público, sem o qual, o contrato de trabalho é declarado nulo, nos termos do parágrafo §2º deste mesmo artigo.

Entretanto, há de se fazer um estudo sobre como o instituto da nulidade se apresenta no Direito do Trabalho, adequando-se às suas realidades, e, por isso, não adotando a regra extunc do conceito civilista para as nulidades. E mais que isso, há que se levar em consideração e, portanto, fazer ponderações de princípios e regras para não penalizar o trabalhador que se encontrar na situação descrita no artigo 37, §2º da CF/88, aplicando cegamente a súmula 363 do TST, fechando os olhos para a condição de hipossuficiente deste trabalhador e, reduzi-lo à condição de indignidade, ao retirá-lo todos os direitos trabalhistas garantidos pela Carta Magna e pelas legislações infraconstitucionais.

Deve-se sim, punir a autoridade responsável pela contratação irregular, como determina o parágrafo §2º do artigo acima mencionado, excluir da condenação da Administração Pública o pagamento das verbas rescisórias, uma vez que é indiscutível que a demissão se deu por nulidade da contratação feita de modo irregular, e não por demissão sem justa causa, mas assegurar os demais direitos a que faz jus qualquer trabalhador (férias, décimo terceiro, adicionais, horas extras, dentre outros), não entendendo com isso que está concedendo benefícios ou privilégios a este obreiro, mas apenas o está conferindo direitos adquiridos quando da sua efetiva prestação laboral, dia após dia, mês após mês e, ano após ano, como forma de harmonizar a proibição da contratação pela Administração Pública sem a realização de concurso público, com os princípios da isonomia, da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho, da primazia da realidade e da indisponibilidade dos direitos trabalhistas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, André Luiz Paes de. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 10/06/2012.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452**, de 01 de maio de 1943. Consolidação das Leis Trabalhistas. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em 10/06/2012.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários às súmulas do TST**. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2008.

SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho: versão universitária**. São Paulo: Método, 2011.