

EDITORA DAMÁSIO DE JESUS

**Um novo conceito de
editora jurídica**

As obras da Editora Damásio de Jesus (EDJ) figuram no meio editorial como referência aos futuros operadores do Direito, aos aspirantes às carreiras jurídicas de todo o País e aos profissionais que buscam atualização.

A Editora Damásio de Jesus originou-se da Edições Paloma, cujas publicações obtiveram, desde o início, grande aceitação no meio jurídico, o que ocasionou o aumento expressivo da demanda por suas obras. Essa nova realidade gerou a necessidade de aprofundamento dos temas abordados, de atualizações constantes, além da criação de um novo projeto gráfico, a fim de propiciar ao público uma leitura agradável.

Assim nasceu a Editora Damásio de Jesus, um novo conceito de editora jurídica, atenta a todas as nuances do ordenamento jurídico. Os livros englobam diversas áreas do Direito e exercem papel fundamental tanto no processo de aprendizagem quanto na ampliação dos conhecimentos adquiridos, pois são didaticamente elaborados para facilitar a compreensão das informações e ajudar na fixação dos conteúdos.

O público leitor é o grande contemplado, já que tem à sua disposição obras de qualidade comprovada. Para conhecer os títulos disponíveis, consulte as páginas finais deste exemplar ou visite nosso *site* (www.editoradamasio.com.br). Se preferir, entre em contato com a Editora Damásio de Jesus pelo telefone (11) 3346-4610.

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO

TÓPICOS AVANÇADOS DE DIREITO MATERIAL DO TRABALHO

VOL. 1

ATUALIDADES FORENSES

- Contratos de trabalho com a Administração – nulidades – efeitos positivos do contrato nulo
- Reflexos do Código Civil de 2002 no Direito do Trabalho
- Meio ambiente do trabalho
- Cooperativas de trabalho – tipos fraudulentos e tipos legítimos

2006



© 2006 by Guilherme Guimarães Feliciano

Direitos de edição da obra em Língua Portuguesa em todo o mundo adquiridos pela Editora Damásio de Jesus Ltda. Todos os direitos reservados. É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

Editora Damásio de Jesus Ltda., uma empresa
do Complexo Jurídico Damásio de Jesus.
Praça Almeida Júnior, 72 – Liberdade – CEP 01510-010
São Paulo – SP – Tel.: (11) 3346-4610 – Fax: (11) 3277-5979
E-mail: editoradamasio@damasio.com.br
www.editoradamasio.com.br

Conselho Editorial

Damásio de Jesus (Presidente)
Vitor Frederico Kämpel
Luiz Antônio de Souza
Hugo Nigro Mazzilli
Joaquim de Castro
Pedro Vidal Neto
Wander Garcia

Editor

Damásio de Jesus
Projeto Gráfico de Capa
H2 Comunicação
Imagem de Capa
Adam Brokes
Impresso no Brasil
Printed in Brazil

349.2 Feliciano, Guilherme Guimarães.
F314t Tópicos avançados de direito material do trabalho:
atualidades forenses / Guilherme Guimarães Feliciano. São
Paulo : Ed. Damásio de Jesus, 2006.
1 v.

ISBN 85-7693-025-0

I. Título. II. Título: Atualidades forenses.

Bibliotecária responsável: Cinara Oliveira Nunes – CRB 6/2207

DEDICATÓRIA

Ao Creador Todo-Poderoso, que do nada *creou* e animou o Universo, emprestando aos seus rebentos a inteligência para, à sua imagem e semelhança, *criarem* a Arte, a Ciência e a Filosofia.

A Sebastião, Regina e Gabriel.

A Maria Claudia Teixeira de Angelis, fada-feiticeira que tomou de assalto o meu coração.

I. CONTRATOS NULOS E EMPREGADOR PÚBLICO

Novas reflexões sobre a contratação do servidor público sem prévia aprovação em concurso – por uma abordagem à luz da teoria das nulidades

1. INTRODUÇÃO

Retoma-se, com a presente obra, um tema recorrente em Direito do Trabalho: a *teoria das nulidades* no Direito Material do Trabalho e os efeitos das nulidades nos contratos *individuais* do trabalho – particularmente nos *contratos de servidores públicos admitidos sem prévia aprovação em concurso público*. Quanto aos efeitos das nulidades dos contratos *coletivos* de trabalho (compreendendo-se aí os acordos coletivos de trabalho, as convenções coletivas de trabalho e os contratos coletivos de trabalho *stricto sensu*), reservamo-nos a oportunidade de desenvolver o tema em outro livro, que ulteriormente virá a lume.

Desde logo, diga-se que esta análise está adstrita às contratações de servidores celetistas consumadas *após* 5 de outubro de 1988, sem a formalidade do concurso público de provas ou de provas e títulos. Isso porque, em relação aos celetistas contratados para o serviço público *antes* da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (1988), a jurisprudência iterativa dos Regionais e do TST (veja, por todos, 4.^a T., RR n. 162.496/95.4, Ac. n. 3.089/97, Ministra Cnéa Moreira) tem declarado a *legalidade* dos respectivos vínculos, a despeito do teor do art. 19, § 1.^o, do ADCT. A *ratio juris* desses julgados é que a Constituição anterior (67/69)

somente exigia a aprovação em concurso público para os ocupantes de *cargos públicos* (estatutários), não para os ocupantes de *empregos públicos* (celetistas). Embora tenhamos ligeira discordância quanto a esse diagnóstico, ater-nos-emos, doravante, ao problema mais significativo, que diz com os empregados públicos admitidos sem concurso sob a égide da Constituição de 1988.

A matéria em testilha foi pacificada, em larga medida, pela Seção de Dissídios Individuais do col. TST e depois pelo próprio Tribunal Pleno. Originalmente, por meio da OJ n. 85, firmou-se a seguinte inteligência:

Contrato nulo. Efeitos. Devido apenas o equivalente aos salários dos dias trabalhados. A contratação do servidor público, após a CF/88, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no art. 37, II, da CF/88, sendo nula de pleno direito, não gerando nenhum efeito trabalhista, salvo quanto ao pagamento do equivalente aos salários dos dias efetivamente trabalhados.

Essa inteligência consolidou-se na Súmula n. 363 do col. TST, sem qualquer acréscimo, nos termos da redação dada pela Resolução n. 97/2000 (DJU de 18.9.2000, republicada no DJU de 13.10.2000 e depois no DJU de 10.11.2000). Eis a sua redação original:

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 § 2.º, somente conferindo-lhe direito ao pagamento dos dias efetivamente trabalhados segundo a contraprestação pactuada.

Ulteriormente, em face de grossa casuística de ensejos em que o empregador público, aliando a improbidade administrativa à precarização do trabalho, contratava servidores sem concurso público e não lhes garantia sequer o salário mínimo legal (fato recorrente em algumas redes municipais de ensino público de Estados mais pobres da Federação), o TST modificou a redação original da Súmula n. 363, garantindo ao empregado público irregularmente contratado uma *contraprestação mínima*, consoante redação dada pela Resolução n. 111/2002 (DJU de 11.4.2002). *In verbis*:

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 § 2.º, somente conferindo-lhe direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o salário-mínimo/hora.

Mais recentemente, por ocasião da revisão geral da então chamada Súmula de Enunciados (Resolução Administrativa n. 121, de 28 de outubro de 2003, publicada no DJU de 19.11.2003 e republicada no DJU de 21.11.2003), o Pleno do TST deu nova redação à Súmula n. 363 (a *quarta*, desde a edição da OJ n. 85), dessa feita para abranger, no texto sumular, o que estava consagrado pelo Direito Positivo – mais especificamente pelo art. 19-A, *caput*, da Lei n. 8.036/90, na redação da Med. Prov. n. 2.164-43, de 24 de agosto de 2001. *In verbis*:

É devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, § 2.º, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário.

A citada Resolução n. 121/2003 não apenas revisou, mas também restaurou, ratificou ou cancelou diversos enunciados, além de especificar os que permaneceram na situação de cancelados (caso, e.g., da Súmula n. 88). Com a sua publicação, a Súmula n. 363 passou a ter a seguinte redação:

Contrato nulo. Efeitos. A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2.º, 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.

Isso vale, inclusive, para os casos em que o concurso público seja posteriormente anulado, seja por ato da própria Administração, seja por decisão judicial que o declarar ofensivo à lei ou à Constituição (assim, por exemplo, nos “certames simplificados” que se limitam ao julgamento de

títulos – não raro previstos em leis orgânicas municipais, contrariando a norma do art. 37, II, da CF, e, no Estado de São Paulo, a norma do art. 115, II, da CE). O TST não distingue, portanto, os casos nos quais o empregado público ingressa de boa-fé (o que se dá, amiúde, nos supostos de concursos públicos anulados) dos casos em que há favorecimento doloso ou má-fé. Confira-se, a propósito, o teor da recente OJ n. 128 da SDI-II do col. TST, de 9 de dezembro de 2003. *In verbis*:

Ação rescisória. Concurso público anulado posteriormente. Aplicação do Enunciado n. 363 do TST (DJ 9.12.2003 – parágrafo único do art. 168 do Regimento Interno do TST). O certame público posteriormente anulado equivale à contratação realizada sem a observância da exigência contida no art. 37, II, da Constituição Federal de 1988. Assim sendo, aplicam-se à hipótese os efeitos previstos no Enunciado n. 363 do TST.

Nota-se, pois, a constante evolução da matéria em sede pretoriana, ainda timidamente refletida na evolução dos próprios textos sumulares. Com efeito, malgrado o entendimento predominante em doutrina e jurisprudência, e com a devida vênia aos luminares do e. TST, entendemos que a *vexata quaestio* está a merecer novas dimensões, seja em face da Teoria Geral do Direito do Trabalho, seja à mercê da realidade amiúde inferida dos feitos forenses.

Nesses termos, ousando divergir da douta orientação do TST, reputamo-la desacertada, se não por outras, pelas razões que se seguem.

1.^o) É impróprio afirmar que a contratação de servidor público sem prévia aprovação em concurso público “não gera nenhum efeito trabalhista”, como fazia a OJ n. 85, quando se reconhece, no mesmo preceito, que o servidor faz jus ao *equivalente salarial* dos dias trabalhados. Ora, *salário* é, por definição,

a totalidade das percepções econômicas dos trabalhadores, qualquer que seja a forma ou meio de pagamento, quer retribuam o trabalho efetivo, os períodos de interrupção do contrato e os descansos computáveis na jornada de trabalho (NASCIMENTO, 2002, p. 451);

ou, à luz da teoria da contraprestatividade, “é a contraprestação do trabalho na troca que o *empregado* faz com o empregador, fornecendo a sua atividade e dele recebendo a remuneração correspondente” (NASCIMENTO, 2002,

p. 449, grifo nosso), logo, somente há *salário proprio sensu*, que é típico efeito trabalhista, se houver *contrato de emprego* apto a repercutir na esfera dos direitos subjetivos do empregado¹.

Com isso atinou o TST na edição da Súmula n. 363, uma vez que *eliminou* a expressão original (“não gera nenhum efeito trabalhista”) e a substituiu por outra tecnicamente mais adequada (“encontra óbice no seu art. 37, II, e § 2.^o” da CF). De todo modo, o texto sumular revela, com clareza meridiana, que os contratos de trabalho nulos por inobservância das formalidades do art. 37, II, da CF *geram efeitos trabalhistas* – dentre os quais *três* são reconhecidos pelo col. TST: o *direito aos salários*, proporcional ao número de horas trabalhadas (preservando o caráter sinalagmático do contrato); a *garantia do salário mínimo legal*, como proteção ao núcleo indisponível de dignidade da pessoa trabalhadora (*ut* art. 7.^o, IV, da CF); e o próprio *FGTS* incidente sobre aqueles salários (a reboque do art. 19-A da Lei n. 8.036/90).

2.^o) Se assim nos parece, não é coerente ou razoável reconhecer a ocorrência de *alguns efeitos trabalhistas* e repudiar outros, sem uma criteriolgia definida. Uma vez que o contrato de trabalho, embora eivado de nulidade, *conformou-se e desenvolveu-se* sem objeções administrativas, deve o empregador público disponibilizar todos os consectários pecuniários desse contrato. Suprimindo qualquer deles – e não apenas os salários – haveria, *in tesse*, enriquecimento sem causa (que é, afinal, a *ratio juris* da OJ n. 85 e da Súmula n. 363).

3.^o) Nessa trilha, alvitramos que, na hipótese em comento, caberá em regra à Administração Pública, como a qualquer outro empregador, arcar

¹ Nesse sentido, *a contrario sensu*: “Ente público. Contratação declarada nula. Efeito *Ex Tunc*. Indevido salário. O salário é a paga devida ao empregado pelo empregador como contraprestação do seu trabalho. Sendo absolutamente nula a contratação, em face da vulneração ao art. 37, II e § 2.^o da Constituição Federal, inexistente empregado, empregador e, muito menos, trabalho em sentido estrito e legal. Por isso, a decretação da nulidade da contratação feita por ente público tem efeito *ex tunc*, não sendo devidas quaisquer verbas de *cunho trabalhista*, inclusive os salários. Recurso de Revista conhecido e provido. Determinada a remessa de cópias ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas Estaduais” (TST, 5.^o T., RR n. 201338/95.4, Ac. n. 2272/97, rel. Min. Armando de Brito, grifo nosso). Com efeito, a lógica impõe, *in casu*, que se reconheçam ao contrato de trabalho nulo *todos os seus efeitos peculiares* ou que não se reconheça *nenhum*.

com todos os títulos pecuniários decorrentes do pacto laboral, sem exceções, reservando-se-lhe o direito de *se ressarcir* perante o administrador que violou os ditames constitucionais e legais e ensejou, com isso, a sangria indevida dos cofres públicos (*ut art. 12, III, da Lei n. 8.429/92*).

Para tanto concluir, porém, há um exercício analítico a ser desenvolvido. *Voilà*.

2. TEORIA DAS NULIDADES – NULIDADES NO DIREITO CIVIL – PRIMEIRAS CONSIDERAÇÕES SOBRE AS NULIDADES NO DIREITO DO TRABALHO

O tema das nulidades, repleto de celeumas desde seus primórdios, originou um cabedal tão específico de teses e postulados que hodiernamente os doutrinadores se referem a uma *teoria das nulidades*. O CC/16 desenvolvia o assunto em seus arts. 145 a 158, estabelecendo a *summa divisio* entre atos *nulos* e *anuláveis*. Atualmente, esse regramento consta dos arts. 166 a 184 do CC/2002. *Nulos* são, nos termos do art. 166 do CC/2002, os atos jurídicos praticados por pessoas absolutamente incapazes (art. 3.º, I a III, do CC/2002); aqueles cujo objeto é ilícito, impossível ou indeterminável; aqueles cujos motivos determinantes, comuns a ambas as partes, forem ilícitos (sem correspondência no CC/16); aqueles que não revestem a forma prescrita em lei, conforme art. 130 do CC/16 (sem correspondência no CC/2002); quando for preterida solenidade que a lei – ou, diga-se, a Constituição – considere essencial para a sua validade; aqueles que tiverem por objetivo fraudar lei imperativa; aqueles, enfim, que a lei – ou a Constituição – taxativamente declarar nulos ou cuja prática estiver proibida, sem cominação de sanção. *Anuláveis*, de outra parte, são os atos jurídicos emanados por agente relativamente incapaz e os eivados por vícios de consentimento (erro, dolo, coação, lesão e estado de perigo) ou por vícios sociais (simulação e fraude), *ut art. 171 do CC/2002*.

De acordo com esse panorama, exsurtem de imediato as primeiras considerações no campo juslaboral (abstraidas as adaptações que serão feitas adiante). O *concurso público de títulos* ou de *provas e títulos* é solenidade que a CF (art. 37, II) considera essencial para a validade do

ato administrativo de *admissão* do servidor público (ou *investidura*, compreendendo as fases de nomeação, posse e exercício do cargo ou emprego público); assim, a contratação de empregado público² sem aprovação prévia em concurso torna *nulo* o ato de admissão e, por consequência, o próprio contrato de trabalho (tendo em vista que o defeito é *essencial*), por força do art. 166, V, do CC/2002 (interpretado extensivamente, uma vez que se reporta apenas à lei).

Não bastasse isso, o § 2.º do art. 37 da CF estatui:

A não observância do disposto nos incs. II e III implicará a *nulidade* do ato e a punição da autoridade responsável, *nos termos da lei* (grifo nosso).

Por conseguinte, o ato de admissão e o respectivo contrato são também *nulos* por expressa previsão constitucional, na esteira do precitado art. 166, VII, do CC/2002. Não há, portanto, como se questionar a *circunstância* em si mesma: a investidura, viciada pela nulidade, contamina o contrato de trabalho de que foi nascedouro, tornando-o *nulo ab ovo*.

O que se discute, porém, são os *efeitos* da circunstância: a nulidade poderá engendrar consequências diversas, condicionadas à modalidade do vício identificado (e aqui se fala em nulidades *absolutas* e *relativas*) e/ou à natureza do ato jurídico por ela fulminado. Assim é que a *teoria das nulidades* comporta adequações nos lindes do Direito do Trabalho, pelo que os efeitos de uma nulidade, em seara juslaboral, nem sempre

² A questão da nulidade da contratação de *servidores estatutários*, embora possa seguir o mesmo padrão teórico esboçado nestas linhas, deve ser deslindada no âmbito da Justiça Federal comum, diante da declaração de inconstitucionalidade da alínea “e” do art. 240 da Lei n. 8.112/90 (STF, ADIn n. 492-1, LTr 56-11/1287), depois revogada pela Lei n. 9.527/97. Assim, ora nos atemos aos servidores *regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho*, que podem ajuizar suas reclamações na Justiça do Trabalho, e que são ditos *empregados públicos*. Cf., por todos, Celso Antônio Bandeira de Mello (1995, p. 139-140), *in verbis*: “Empregos públicos são núcleos de encargos de trabalho a serem preenchidos por agentes contratados para desempenhá-los, sob relação trabalhista. [...] Sujeitam-se a uma disciplina jurídica que, embora sofra *algumas inevitáveis influências advindas da natureza governamental da contratante*, basicamente, é a que se aplica aos *contratos* trabalhistas em geral: portanto, *a prevista na Consolidação das Leis do Trabalho*”.

correspondem aos mesmos efeitos que se verificariam no âmbito juscivilista em situação análoga. Essas “adequações” – que, a propósito, são apontadas por toda a doutrina – têm ecos no Direito Positivo, mas deitam raízes na *principiologia* do Direito do Trabalho, regido que é pelo princípio da proteção³ e pelo princípio da primazia da realidade⁴.

Ademais disso, tanto a lei quanto a Constituição abrigam, pela via exegética, a tese de *diversidade relativa dos efeitos das nulidades*. É que a CF dispõe sobre a nulidade do ato, mas “nos termos da lei” (art. 37, § 2.º, *in fine*). Ora, se o ato é nulo *a priori* – e já o declara o constituinte –, o que haveria para ser regulado nos termos da lei? A resposta é inarredável: os *efeitos* da nulidade, que poderão variar em face do contexto jurídico-

factual e a critério do legislador. Os efeitos das nulidades no Direito Civil estão regulados pelo Código Civil, ante os preceitos legais acima mencionados. No Direito do Trabalho, porém, não há regras próprias para as nulidades materiais⁵: cala-se a Consolidação das Leis do Trabalho, cala-se a legislação extravagante. E, não obstante se recorra ao Direito Privado em caso de omissão da Lei Tuitiva, antes desse recurso – e com foros de prioridade, a teor do art. 8.º da CLT⁶ –, deve o intérprete buscar parâmetros no *direito pressuposto*⁷, é dizer, nos *princípios gerais de Direito do Trabalho*.

Nem se diga que, reconhecida a nulidade, o ato seria necessariamente de nenhum efeito; a premissa é falsa, mesmo no Direito Civil. Veja-se, e.g., o art. 1.561 do CC/2002 (art. 221 do CC/16):

Embora anulável *ou mesmo nulo*, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos,

³ “O princípio da proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador. [...] Entendemos que este princípio se expressa sob três formas distintas: a) a regra *in dubio, pro operario*. Critério que deve utilizar o juiz ou o intérprete para escolher entre vários sentidos possíveis de uma norma, aquele que seja mais favorável ao trabalhador; b) a regra da norma mais favorável determina que, no caso de haver mais de uma norma aplicável, deve-se optar por aquela que seja mais favorável, ainda que não seja a que corresponda aos critérios de hierarquia das normas; e c) a regra da condição mais benéfica. Critério pelo qual a aplicação de uma nova norma trabalhista nunca deve servir para diminuir as condições mais favoráveis em que se encontrava um trabalhador” (RODRIGUEZ, 1996, p. 28 e 42-43).

⁴ “O princípio da primazia de realidade significa que, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos. [...] Com efeito, ao estudar a natureza jurídica do contrato de trabalho, [De la Cueva] dedica uma boa parte de sua exposição à teoria da relação de trabalho, que extrai de *Molitor*, e que resume, no essencial, nestes parágrafos: ‘Existe, por conseguinte, uma diferença essencial entre o contrato de trabalho e os contratos de direito civil. Nestes, a produção dos efeitos jurídicos e a aplicação do direito somente dependem do acordo de vontades, enquanto no de trabalho é necessário o cumprimento mesmo da obrigação contraída; donde se deduz que no direito civil o contrato não está ligado a seu cumprimento, enquanto no do trabalho não fica completo senão através de sua execução’. [...] Numa leitura atenta desses parágrafos [...] demonstra que neles se encerram várias idéias afins [...] A primeira é que para pretender a proteção do Direito do Trabalho não basta o contrato, mas *requer-se a prestação efetiva da tarefa, a qual determina aquela proteção, ainda que o contrato seja nulo ou inexistente*. Esta é a idéia básica encerrada na noção de relação de trabalho” (RODRIGUEZ, 1996, p. 217-219, grifo nosso).

⁵ Para as nulidades *processuais*, há o regramento do art. 794 *usque* art. 798 da CLT.

⁶ “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, *principalmente de direito do trabalho*, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público” (grifo nosso). Parece-nos que, no caso sob exame, é de *interesse público* que a Administração Pública, a qual se arvora na condição de empregador, respeite todos os direitos trabalhistas daqueles inadvertidamente contratados sem prévia aprovação em concurso público, como faria qualquer outro empregador, mesmo em sendo nulo o contrato de trabalho; outra solução, por encerrar enriquecimento ilícito, vulneraria o princípio da *moralidade administrativa* (art. 37, *caput*, da CF) que, a rigor, deve ser mais acurada que a moralidade do cidadão comum. Impende ainda que, com esteio no mesmo princípio, tanto quanto no princípio da *impessoalidade*, o administrador ímprobo ou negligente responda pelo numerário desembolsado pelo Erário em prol daquele que – diga-se, *de boa-fé* – integrou as fileiras da Administração sem as solenidades para tanto exigidas.

⁷ Sobre o direito pressuposto como substrato principiológico do direito posto, cf. Eros Roberto Grau (2002, p. 110). *In verbis*: “À desestruturação do *direito formal/moderno* sucederá – isso já ocorre, em verdade – a estruturação de um novo direito. Dessa nova estruturação – conformada pela consideração dos *princípios jurídicos* resgatados do *direito pressuposto* – poderão inclusive resultar formas [de direito] inteiramente inusitadas, sobretudo para quantos, hoje, se limitam a exercer o ofício de expositores do *direito formal/moderno*”.

produz *todos os efeitos* [civis] até o dia da sentença anulatória (grifo nosso).

Com efeito, o inc. V do art. 145 do CC/16 identificava a nulidade quando a lei taxativamente declarasse o ato nulo ou *lhe negasse efeito* (expressão que o CC/2002 não reproduziu em seu art. 166, VII). Dessumese disso que o Código Beviláqua já reconhecia a possibilidade de o legislador tanto declarar nulo o ato, sem maiores minudências, quanto de *lhe negar*, total ou parcialmente, os efeitos jurídicos. Nesse último caso, entende-se que o ato jurídico é *nulo* porque o legislador está disciplinando, sem prolegômenos, os próprios *efeitos* da nulidade. No primeiro caso, porém, o intérprete deve buscar, tanto no próprio texto legal quanto em outros que tenham aplicação ou nos princípios jurídicos e hermenêuticos subjacentes, a *extensão* da nulidade quanto aos seus efeitos.

No caso do § 2.º do art. 37, o constituinte originário pontificou simplesmente que a investidura de servidor sem concurso público é *nula* (quando poderia ter dito que é “de nenhum efeito”, como fez, e.g., no art. 231, § 6.º, da CF, acerca dos atos jurídicos de ocupação, domínio e posse de terras indígenas), atribuindo ao legislador infraconstitucional a incumbência de *circumscrever* as projeções da nulidade pré-declarada. Omissa o legislador infraconstitucional em sua atividade legiferante – como é o caso –, cabe ao Poder Judiciário decidir a matéria e distinguir, caso a caso, quais os efeitos dessa malsinada nulidade.

Para que as adaptações ao Direito do Trabalho possam ser empreendidas com sucesso, porém, urge compreender, por primeiro, os efeitos das nulidades no seu berço teórico – o Direito Civil.

Na dicção de Silvio Rodrigues (1989, v. 1, p. 305-322), a nulidade consiste no “reconhecimento da existência de um vício que impede um ato de ter existência legal, ou de produzir efeito”. O autor distingue o gênero entre nulidades *relativas* e *absolutas* (ou, na linguagem de Clóvis Beviláqua, *nulidades* e *anulabilidades*), estabelecendo diferenças quanto aos efeitos, quanto à pessoa que as pode alegar, quanto à ratificação e quanto à prescritibilidade. Quando certo ato jurídico vulnera a ordem pública, ou “machuca a idéia de moral social ou de bons costumes”, então estamos diante de uma *nulidade* (absoluta). Se o legislador tenciona, porém, apenas proteger determinadas pessoas (como o menor púbere ou o que consentiu

inspirado em erro, induzido por dolo, forçado por coação ou ludibriado por simulação ou fraude), e se então não ocorre ofensa direta a um interesse social, é certo que a finalidade da lei é tão-só a de tutelar a pessoa especialmente protegida que, afinal, pode ter sido prejudicada. Ao interessado, nesse caso, dá-se *ensancha* a que promova a *anulação* do ato o qual o prejudica, mas a reação é do prejudicado, não da sociedade. Essas considerações de ordem ontológica justificam as diferenças que se seguem.

a) Distinção quanto aos efeitos: o ato nulo (*absolutamente* nulo) não produz qualquer efeito – *quod nullum est, nullum producit effectum* –, enquanto o ato jurídico anulável (inquinado de *nulidade relativa*) opera efeitos normalmente até a data da sentença que assim o reconhecer e continuará surtindo efeitos indefinidamente se o interessado não provocar a declaração de sua ineficácia (pode, portanto, *convalescer*, se as partes o desejarem). É o que decorre, atualmente, do teor do art. 177 do CC/2002.

b) Distinção quanto à pessoa: no que toca à pessoa idônea alegar a nulidade, observa-se que o ato anulável somente pode ser atacado por iniciativa dos interessados, enquanto a nulidade absoluta pode ser argüida não apenas pelos interessados mas também pelo Ministério Público (na qualidade de *custos legis* e guardião dos interesses difusos e coletivos): mais que isso, pode o Juiz pronunciar a nulidade *ex officio*, quando a encontrar provada (arts. 146, par. ún., do CC/16 e 168, par. ún., do CC/2002), restando excetuado o princípio processual da inércia.

c) Distinção quanto à ratificação: o ato anulável é suscetível de ser ratificado pelos interessados, explícita ou tacitamente, enquanto o ato nulo não a admite sob hipótese alguma (*ius publicum privatorum pactis derogare non potest*), não sendo dado ao Juiz suprir a nulidade absoluta, ainda que a requerimento das partes. Nesse sentido, confira-se o art. 172 do CC/2002, que ressalva o direito de terceiros.

d) Distinção quanto à prescritibilidade: o ato nulo é imprescritível (embora haja entendimento minoritário de que há prescrição, nos prazos dos arts. 177 do CC/16⁸ ou 205 do CC/2002, pelo critério *tempus regit actum*), enquanto a ação anulatória (para atos anuláveis) está sujeita à prescrição. Na verdade, à mercê do CC/2002 impõe referir, mais

⁸ Com esse entendimento, cf. Caio Mário da Silva Pereira (1966, v. 1, p. 376).

adequadamente, a *decadência* do direito de anular o ato jurídico anulável, *ut* art. 178 do CC/2002 (4 anos) – valendo o mesmo para os atos nulos, pelo prazo do art. 205.

Ao ensejo, Silvio Rodrigues (1989, v. I, p. 313) expende considerações sobre a figura da *inexistência*, identificando-a no negócio “que não reúne elementos de fato que sua natureza ou seu objeto supõem, e sem os quais é impossível conceber sua própria existência”. Localiza na doutrina francesa a origem da idéia, lembrando casos em que o casamento é inconcebível, embora o texto legal não o diga expressamente; assim, por exemplo, quando pretendem contrair matrimônio pessoas do mesmo sexo. Esse casamento não pode gerar qualquer efeito, no entanto não há na lei referência à *nulidade* desse conúbio (*pas de nullité sans texte*). Como o próprio *conceito* pressupõe a diversidade de sexos, porém, esse casamento, como ato jurídico, sequer existiria. O mesmo raciocínio aplica-se ao casamento celebrado por pessoa absolutamente incompetente (como, na tradição popular, o casamento perante o Delegado de Polícia), ou àquele que não foi celebrado, ou ainda quando as partes não manifestam, sob forma alguma, sua concordância. Aliás, a figura do ato inexistente acabou alçando vãos maiores, ultrapassando a esfera do Direito de Família e tendo acolhida na teoria das nulidades; são seus corolários: a) a desnecessidade de declaração judicial da sua ineficácia, visto que, se o ato sequer existe, não é mister seja destruído; b) a impossibilidade de convalescença, mesmo para aqueles que sustentam a prescritibilidade das ações de nulidade absoluta. Em matéria de casamento, esse derradeiro corolário traz importante consequência: se o casamento *nulo* pode gerar efeitos, desde que putativo (art. 1.561, *caput*, do CC/2002), o casamento inexistente não admitiria o mesmo tratamento, por jamais ter vindo ao mundo jurídico.

Em seguida, Silvio Rodrigues acaba por ressaltar os inconvenientes do conceito de *inexistência*, uma vez que, não raro, a *aparência* gerada pelo ato inexistente demandará, para a normalização do estado de fato, a declaração judicial de ineficácia, conquanto essa seja conceitualmente inexigível. De outra parte, no caso de casamento inexistente em face da sua celebração por pessoa incompetente, a impossibilidade de se o considerar *putativo* na forma do art. 221 do CC/16 (art. 1.561 do CC/2002) traria prejuízo imerecido tanto para o cônjuge de boa-fé quanto para os

filhos do casal. Na verdade, essas objeções vinculam-se menos ao conceito de inexistência em si mesmo do que à chamada *teoria da aparência*, que abordaremos adiante, com importantes consequências para o Direito do Trabalho.

Caio Mário da Silva Pereira (1966, v. I, p. 372-383), de sua parte, reúne as três figuras (nulidade, anulabilidade e inexistência) no capítulo da *ineficácia do negócio jurídico* – o que não se nos assemelha adequado, haja vista as hipóteses, hauridas do próprio Direito Civil, em que o ato anulável, nulo ou mesmo inexistente *surte* alguns dos seus efeitos característicos, quando não todos eles (e, nesses casos, conquanto se reconheça o vício, não haverá propriamente *ineficácia*). De nossa parte, admitindo a sobreposição clássica entre os três planos analíticos do ato jurídico – o da *existência*, o da *validade* e o da *eficácia* –, preferimos situar as figuras da *nulidade* e da *anulabilidade* no plano da validade, enquanto a *inexistência* radica-se no plano da existência. A *ineficácia*, por fim, diz respeito ao terceiro plano lógico-jurídico – o da eficácia. Assim, se o ato é inexistente, sua análise exaure-se no primeiro plano, visto que o ato jurídico não se projeta para os demais planos, que pressupõem um juízo positivo de existência (ressalva feita à *teoria da aparência*, que pode autorizar efeitos – *eficácia* – a um ato jurídico inexistente, mas não por força do ato jurídico em si, e sim como tributo à boa-fé e ao convencimento juridicamente relevante das partes envolvidas). Se, porém, o ato jurídico é *existente*, o intérprete avança para os planos logicamente subsequentes, a saber, o da *validade* (e aí se reconhecerão, se o caso, as hipóteses de nulidade e/ou de anulabilidade) e o da *eficácia* (que, por princípio, subordina-se também ao êxito do ato jurídico na fase cognitiva anterior; mas, ainda aqui, ressalvam-se as exceções da lei, como a do art. 1.561 do CC/2002, igualmente fulcradas no princípio da boa-fé).

Caio Mário da Silva Pereira (1966, v. I, p. 381-382) critica a nomenclatura dicotômica adotada por Silvio Rodrigues, obtemperando que “no sistema do Código Civil, o vocábulo *nulidade* já por si tem o sentido de *absoluta*, e é de *pleno direito*; a expressão *nulidade relativa* deve dar lugar à *anulabilidade*”. Pouco antes, ponderava que o Código Beviláqua

abandonou, portanto, aquela divisão de nulidade em absoluta e relativa, que vinha do regulamento n. 737, de 1850, e que ainda hoje

é admitida pelo Prof. Gondim Filho, mas contra a qual formou-se uma quase *communis opinio*, desde a crítica que lhe opôs Lacerda de Almeida⁹.

Observa, ainda, que o legislador pátrio abandonou, na construção da teoria das nulidades, o célebre critério do *prejuízo*, inerente ao vetusto direito francês (*pas de nullité sans grief*); inspirou-se, pelo contrário, no *princípio do respeito à ordem pública*.

Quanto aos efeitos, Caio Mário registra que a declaração judicial de nulidade produz efeitos *ex tunc* (alcançando a declaração de vontade no momento da emissão), enquanto a sentença que pronuncia a anulabilidade (é dizer, a sentença que *anula* o ato jurídico, de natureza *constitutiva negativa*) produz efeitos *ex nunc*, respeitando as conseqüências geradas anteriormente. Acata, ainda, a teoria dos atos inexistentes, definindo negócio jurídico inexistente como aquele a que falta um pressuposto material de constituição; na nulidade, diversamente, estão presentes os pressupostos materiais de constituição, e o ato chega a se formar, mas é frustrado nos seus resultados. Divisa interesse prático na figura da inexistência, porque se o ato anulável requer pronunciamento judicial a pedido do interessado e o ato nulo exige declaração judicial, ainda que *ex officio*, o ato inexistente é vazio de conteúdo, independentemente de qualquer provimento. Assim, faltando a própria realização do contrato de compra e venda de imóvel, o Juiz poderá simplesmente isentar o pseudo-comprador de uma prestação; feito um falso conúbio celebrado por pessoa incompetente *ex ratione materiae*, não há casamento que possa produzir efeitos nem o decurso de prazo pode convalidá-lo, pois – na expressão de Caio Mário – transformaria uma pantomina em um ato gerador de conseqüências jurídicas. É a opinião que perfilhamos, uma vez que – repise-se – eventuais conseqüências jurídicas derivadas da *aparência* terão fulcro e gênese no princípio da boa-fé, não no ato jurídico inexistente.

⁹ Gondim Filho (apud PEREIRA, C., 1966, v. I, p. 380) conceitua diversamente *anulabilidade* e *nulidade relativa*: nessa última, reconhece aquelas nulidades que não podem ser alegadas por qualquer terceiro (enquanto as absolutas poderiam ser argüidas por qualquer um, sem exceção, admitindo mesmo o reconhecimento *ex officio*). No mesmo passo, discrepando os conceitos de *anulabilidade* e de *nulidade relativa* no âmbito processual, cf. Vicente Greco Filho (1991, passim).

3. DAS NULIDADES NO CONTRATO DE TRABALHO – REFLEXÕES CLÁSSICAS

No âmbito do Direito do Trabalho, a reflexão tradicional em tema de contratação pública é aquela contida na OJ n. 85 e na Súmula n. 363, transcritas. Para além disso, entende-se que, normalmente, o contrato de trabalho – *negócio jurídico* por excelência – é nulo nos mesmos casos de nulidade dos atos jurídicos em geral (art. 166 do CC/2002), ou, ainda, quando concluído com o desiderato de desvirtuar, impedir ou fraudar as normas de proteção ao trabalho (art. 9.º da CLT).

Orlando Gomes (1954), dissertando a respeito, analisa existirem normas de proteção ao trabalho relativas a *interesses individuais* e, nesse caso, a violação traz como conseqüência a mera *anulabilidade* do ato (nulidade relativa), dependente do exercício de ação judicial pelo empregado para que possa ser declarada. Nessa condição estariam as violações ao art. 468 da CLT, é dizer, as alterações contratuais operadas pelo empregador sem o consentimento do empregado ou em seu prejuízo direto ou indireto, desde que não violem preceitos consolidados de ordem pública nem estejam compreendidas no âmbito do *ius variandi*¹⁰. Compete ao empregado, nessa situação, ajuizar reclamação trabalhista para ver restabelecidos os antigos termos do contrato de trabalho (art. 177 do CC/2002). No mesmo diapasão, se o Juiz do Trabalho encontrar *provadas* as alterações ilegais do contrato individual (por unilaterais e/ou prejudiciais) no curso de ação reclusória com diverso objeto, ainda assim não as poderá declarar ou corrigir, *ut arts.* 177 e 168, par. ún. (*a contrario sensu*), c. c. o art. 8.º, par. ún., da CLT. Se, porém, a norma malferida tutelar interesse predominantemente *público*, deflagra-se hipótese de *nulidade absoluta*, que não convalésce no curso do contrato, não admite ratificação (assim como o respectivo direito não comporta *renúncia*) e pode ser reconhecida pela autoridade judiciária *ex officio*.

¹⁰ Dentro dos lindes do *ius variandi* está, v.g., a alteração da jornada contratual do obreiro, transferindo-o de um horário noturno para uma escala diurna e, por conseguinte, suprimindo-lhe o adicional noturno (o que representa prejuízo pecuniário). É que, nesse caso, o interesse econômico (individual) do obreiro é suplantado pelo interesse social (coletivo) de que sua higidez psicossomática seja preservada. É o que reconhece, por via transversa, a Súmula n. 265 do col. TST: “A transferência para o período diurno de trabalho implica na perda do direito ao adicional noturno”.

Nada obstante, a doutrina reconhece que mesmo as ações fundadas em nulidades absolutas prescrevem no biênio subsequente à extinção do contrato de trabalho (SÜSSEKIND et al., v. 1, 1997, p. 249), o que vem ao encontro, *mutatis mutandi*, da compreensão de Caio Mário e de tantos outros no que atine à prescribibilidade – melhor seria dizer *caducidade* – das nulidades absolutas no Direito Civil, dentro do prazo máximo do art. 205 do CC/2002. A idéia reforça a percepção de que o biênio do art. 7.º, XXIX, da CF tem natureza jurídica de *decadência*, que fulmina o próprio Direito Material, à diferença do quinquênio, que importa em prescrição *stricto sensu*, apenas tornando aquele direito inexigível pela via judicial, por fulminar a pretensão (art. 189 do CC/2002).

A Constituição adotou dois prazos, sendo um de decadência, de dois anos, contados da extinção do contrato para o exercício do direito de ação, e um de prescrição, de cinco anos, contado do ajuizamento da ação, para haver o ressarcimento dos direitos lesados (TRT, 12.ª Reg., 1.ª T., RO n. 0539/94-V, Ac. n. 2.420/95, rel. Juiz J. F. Câmara Rufino, v. u., j. em 3.4.1995, LTr 59/1240).

É que, em se tratando de prescrição no sentido próprio, o transcurso do quinquênio no contrato de trabalho não poderia inviabilizar a declaração da nulidade absoluta, que – insista-se – admite em tese reconhecimento judicial *ex officio*, independentemente da propositura de ação a respeito. Ora, se o reconhecimento da nulidade absoluta independe do exercício do direito de ação (a cuja *exercitabilidade* denomina-se *pretensão*), então pouco importa se, com o transcurso do quinquênio, o empregado hipoteticamente perdeu o direito de exercitá-la.

Essa percepção ainda encontra eco na Súmula n. 294 do TST:

Tratando-se de ação que envolve pedido de prestações sucessivas decorrente da alteração do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei.

À luz do texto aí vazado, para aquelas obrigações decorrentes de lei (normalmente vinculadas ao interesse público ou à ordem econômica, como

os reajustes salariais outrora fundados em legislação), a prescrição quinquenal atinge tão-só as parcelas (prescrição dita *parciária*, que solapa apenas o direito de reclamar em juízo as prestações), enquanto o Direito Material em si mesmo, obstado que foi por um ato *nulo* do empregador, somente estará fulminado após o biênio constitucional (*decadência*). Para as obrigações decorrentes do *contrato* (amiúde circunscritas ao interesse individual do empregado), ao revés, dá-se uma diversa solução pretoriana: o decurso de cinco anos após o ato de supressão do direito – ato esse meramente *anulável* – atinge não apenas as prestações mas também o direito em si, ainda que pendente o contrato de trabalho. Nesse último caso, opera-se a chamada *prescrição total* (ainda que pelo quinquênio), não sendo dado ao Juiz deferir qualquer parcela dimanada do ato ilícito [à diferença do que ocorreria se se tratasse de ato propriamente *nulo*, desde que não decorrido o biênio (NASCIMENTO, 1993, p. 452)¹¹].

Em suma, os atos de alteração do pactuado podem ser *nulos*, se malferirem o interesse público (inclusos os direitos individuais indisponíveis) ou a ordem econômica; nesse caso, não se convalidam e não se sujeitam à prescrição (quinquenal), mas à *decadência* (bienal). Esses atos de alteração contratual, porém, também podem ser meramente *anuláveis*, se malferirem tão-só o direito individual disponível – e, nesse caso, podem ser convalidados e se sujeitam à *prescrição* (quinquenal), *parciária* ou total. O *direito à parcela*, por sua vez, está continuamente sujeito à *prescrição parciária* (quinquenal), por ser sempre disponível: uma vez incorporada ao patrimônio jurídico do trabalhador, a parcela pode ser destinada a qualquer fim, inclusive renunciada (assim, e.g., nada obsta a que o trabalhador pague uma dívida com o empregador utilizando o numerário pago no mês anterior a título de adicional de insalubridade ou de indenização de horas-intervalo, conquanto o direito ao ambiente saudável e ao intervalo intrajornada seja indisponível).

Délio Maranhão (SÜSSEKIND et al., 1997, v. 1, p. 249-252) distingue, no Direito do Trabalho, as eivas que malferem a própria relação jurídica daquelas que atingem apenas algumas cláusulas do contrato de trabalho. Nesse último caso, entende aplicar-se a máxima *utile per inutile non vitiatur* (art. 184 do CC/2002), desde que a parte nula não seja da essência

¹¹ Sem as conclusões extraídas no campo da teoria das nulidades, que são nossas.

do contrato (é dizer, desde que a nulidade acometa elemento *acidental* e não substancial). Quando, porém, a cláusula nula desrespeita o *conteúdo mínimo* do contrato de trabalho, como derivado da lei e da ordem pública, dá-se sua automática substituição pelo conteúdo da regulamentação vigente, de modo que a nulidade (*absoluta, acrescente-se*) é sanada em benefício do empregado.

Na mesma ordem de idéias, se o vício fulmina o próprio contrato, haveria a dissolução *ex tunc* da relação, com as partes retrocedendo ao *status quo ante*, como se nunca houvessem contratado. Essa regra, porém, não admite aplicação ao Direito do Trabalho sem as devidas acomodações. Cabem, aí, as ilações de Maranhão (SÜSSEKIND et al., 1997, v. 1, p. 250):

Acontece, porém, que o contrato de trabalho é um contrato sucessivo, cujos efeitos, uma vez produzidos, não podem desaparecer retroativamente. Evidentemente, não pode o empregador “devolver” ao empregado a prestação de trabalho que este executou em virtude de um contrato nulo. Assim, não é possível aplicar-se, no caso, o princípio do efeito retroativo da nulidade. Daí porque os salários, que já foram pagos, não devem ser restituídos, correspondendo, como correspondem, à contraprestação de uma prestação definitivamente realizada. E se o empregador ainda não os pagou? O direito não admite que alguém possa se enriquecer sem causa, em detrimento de outrem. Se o trabalho foi prestado, ainda que com base em um contrato nulo, o salário há de ser devido: o empregador obteve o proveito da prestação do empregado que, sendo, por natureza, infungível, não pode ser “restituída”. *Impõe-se, por conseguinte, o pagamento da contraprestação equivalente, isto é, do salário para que não haja enriquecimento ilícito* (grifo nosso).

Adiante, esclarece:

Se a nulidade, entretanto, decorre da ilicitude do objeto do contrato, a menos que o empregado tenha agido de boa-fé, ignorando o fim a que se destinava a prestação de trabalho, já não poderá reclamar o pagamento do serviço prestado: *nemo de improbitate sua consequitur actionem*. Como adverte, porém, Cabanellas, *necessário se torna distinguir entre trabalho ilícito e trabalho proibido*. Este último é o que, por motivos vários, a lei impede seja

exercido por determinadas pessoas ou em determinadas circunstâncias, sem que essa proibição decorra da moral ou dos bons costumes. *Se se trata de trabalho simplesmente proibido, o trabalhador pode reclamar o que lhe caiba pelos serviços prestados, ainda que o contrato seja nulo* (MARANHÃO et al., 1997, v. 1, p. 251, grifo nosso).

A esse derradeiro aspecto, justamente, dedicaremos alhures o labor intelectual. Na contratação de empregado público sem a prévia aprovação em concurso público, o que se tem em essência é, as mais das vezes, *trabalho proibido*. Por essa razão, ao trabalhador são devidos, por força da mesma lógica, todos os títulos pecuniários que normalmente decorreriam daqueles serviços prestados, *a despeito da nulidade contratual*. Doutrina e jurisprudência, todavia, desafinam ao abordar essa espécie (trabalho proibido do servidor não concursado), conquanto sejam rigorosamente científicas ao discorrer sobre o gênero (trabalho proibido). Colige-se, *ad exemplum*, o seguinte aresto, que tem o mérito de condensar o pensamento hoje predominante nas cortes trabalhistas:

Servidor público admitido sem concurso. A admissão de servidor público sem observação de concurso público fere frontalmente o disposto no art. 37, inc. II, da Constituição, quando não se tratar de nomeação para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. Em se tratando de nulidade absoluta, opera retroativamente, por expressa disposição da lei, atuando como se o ato malsinado jamais houvesse existido. Todavia, a contratação irregular de servidor público torna impossível a recondução das partes ao estado anterior e, neste caso, o trabalhador tem direito aos salários do período trabalhado e mais a nenhuma outra parcela de natureza trabalhista. Interpretação do art. 158, do Código Civil Brasileiro (TST, 1.ª T., RR n. 165.897/95.3, Ac. n. 4.608/96, Min. Ursulino Santos).

Não é, porém, o entendimento mais abalizado, mormente em face do próprio rumo que a teoria das nulidades seguiu em seara trabalhista. Aliás, o próprio art. 158 sobredito (atual art. 182 do CC/2002) evidencia o equívoco:

[...] não sendo possível restituí-las [as partes, ao *status quo ante*], serão indenizadas com o *equivalente* (grifo nosso).

Ora, o *equivalente* ao trabalho prestado, em sede trabalhista, não são apenas os salários mas também *todos os títulos decorrentes do vínculo empregatício*; caso contrário, o trabalho pessoal prestado sob subordinação, mediante remuneração e não-eventual, na forma do art. 3.º da CLT, não diferiria da mera locação de serviços (*locatio conductio operarum*), disciplinada pelos arts. 594 e ss. do CC/2002, em que da prestação de serviços decorre tão-somente a contraprestação pecuniária (*retribuição*), sem quaisquer outros acessórios, *ex vi* dos arts. 594, *in fine*, 596 e 603 do CC/16.

É ainda Délio Maranhão (SÜSSEKIND et al., 1997, v. 1, p. 251-252) quem assevera constituir a nulidade do contrato pela incapacidade do agente medida de proteção ao incapaz; no Direito do Trabalho, todavia, tem-se uma *incapacidade de proteção* e não uma *incapacidade natural*, visto que o menor de 16 anos (já conforme a EC n. 20/98) efetivamente trabalhou. Se a proibição de trabalhar – cuida-se, pois, de *trabalho proibido* – é proclamada em benefício do menor, “não há como justificar que, a pretexto de uma nulidade ‘teórica’, seja beneficiado precisamente aquele que *se* utilizou do trabalho do menor...”. Ou seja: malgrado *nulo* pela incapacidade do agente (e também pela natureza do objeto – trabalho proibido), esse contrato de trabalho produz *todos os seus efeitos* (i.e., não apenas o direito à contraprestação salarial mas também aos títulos rescisórios, aos adicionais, ao FGTS etc.). Se assim é para o contrato de trabalho do menor de 16 anos, *nulo* de pleno direito (art. 166, I e/ou II, do CC/2002), então também deve ser para o contrato de trabalho do servidor não concursado, igualmente *nulo* (arts. 37, § 2.º, da CF e 166, V e VII, do CC/2002), ambos viciados em seu *objeto*, embora nesse último a proibição venha a lume em benefício da sociedade e na esteira dos princípios regentes da Administração Pública (notadamente os princípios da *moralidade* e da *impessoalidade* administrativas). É o que demonstraremos a seguir.

4. DA CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO SEM PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO – EMENDA CONSTITUCIONAL N. 19/98 – NOVAS REFLEXÕES

Como acima se houera dito, diante da violação do inc. II do art. 37 da Carta, é *incontestes* a ocorrência da nulidade (absoluta), à mercê do que dispõe o § 2.º do mesmo dispositivo.

O art. 37 da CF, após a redação da EC n. 19/98 (que consumou a chamada Reforma Administrativa), estabelece:

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e *eficiência* e, também, ao seguinte:

[...]

II – a investidura em cargo ou emprego público depende da aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, *de acordo com 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 [as partes grifadas correspondem às inovações trazidas pela EC n. 19].

No inc. IX do mesmo art. 37, ainda com redação original, encerra-se outra exceção à obrigatoriedade dos concursos públicos, além daquela referente aos cargos em comissão. Lê-se, ali, que

a lei estabelecerá os casos de contratação por prazo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

O § 2.º do art. 37, por sua vez, que tampouco sofreu alteração, declara *nulos* todos os atos havidos em contrariedade ao disposto nos incs. II (obrigatoriedade dos concursos públicos) e III (prazo de validade dos concursos públicos, a saber, dois anos prorrogáveis por mais dois), e ao final prevê a punição da autoridade responsável. Por essa razão, o ato de investidura do servidor público que não se submeteu previamente a concurso de provas ou de provas e títulos (ressalvadas as nomeações para cargos em comissão ou funções de confiança e as contratações por prazo determinado, na forma dos incs. II, V e IX do art. 37) é *nulo de pleno direito*.

Sobre as inovações da EC n. 19, cabem algumas observações.

Causa espécie que a *eficiência* seja alçada à condição de princípio regente da Administração Pública, quando na realidade deveria ser

*finalidade*¹². A menção à “eficiência” provavelmente tinha um desiderato eminentemente político: buscava justificar, do ponto de vista jurídico-institucional, as *demissões* que se fariam ao ensejo do inc. III então introduzido no § 4.º do art. 41 da CF¹³. *In verbis*:

São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1.º O servidor público estável só perderá o cargo:

I – em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II – mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III – mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa (grifo nosso).

Por isso, equivocam-se os que entendem se tratar, aqui, de uma vã tentativa de “modificar o mundo social”.

O destaque conferido ao princípio da eficiência no art. 37, *caput*, nada mais representa do que o mau hábito dos corpos legislativos brasileiros no sentido de, mediante a exaustiva e tediosa repetição de um comando normativo, tentar a modificação do mundo social. A administração pública não será mais ou menos eficiente em face da previsão constitucional. A maior ou menor eficiência está na razão direta do maior ou menor estímulo conferido aos agentes

¹² Nesse sentido, Maurício Antônio Ribeiro Lopes (1998, p. 108), *in verbis*: “nada é eficiente por princípio, mas por consequência, e não será razoável imaginar que a Administração, simplesmente para atender a lei, será doravante eficiente”.

¹³ A Reforma Administrativa trouxe, ainda, outra hipótese de exoneração do servidor público estável, na esteira das preocupações orçamentárias da célebre *Lei Camata*: “Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar. [...] § 4.º Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal” (grifo nosso).

públicos, cujo efeito mediato é a alta ou baixa qualidade do serviço público prestado. A tendência de tudo disciplinar no texto formal da lei, de sorte a solucionar as *injustiças* da realidade física, é o que Miguel Reale denomina de *totalitarismo normativo* (SILVA NETO, 1999, p. 624).

O legislador pátrio não é tão ingênuo nem tão romântico; ao introduzir o *princípio da eficiência*, visava antes à legitimação de ações institucionais impopulares do que à panacéia para a ineficiência dos projetos políticos do Governo Federal; no entanto, *legem habemus* – e o texto normativo (inclusive o constitucional) deve ser interpretado em consonância com os fins sociais a que se destina e conforme as exigências do bem comum, *ut* art. 5.º da LICC (Dec.-lei n. 4.657/42). Somente sob esse prisma, pode-se emprestar ao *princípio da eficiência* alguma utilidade. Há que se fazê-lo, outrossim, a despeito das inspirações históricas do titular do Poder Constituinte Derivado, até porque, nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Junior (1991, p. 246), “não se vai primeiro à *mens legislatoris* para depois atingir o sentido da norma, posto que, na verdade, primeiro se alcança o sentido da norma (se interpreta) e só depois é que se descobre a intenção do legislador”. Assim, cabe ao hermenêuta aferir o *alcance* e o *sentido* do novel princípio, para que dele se possam extrair consequências práticas e injunções à própria Administração Pública. Nesse encaixo, impende recorrer à *Ciência da Administração*, da qual o princípio foi haurido.

Em obras que se celebrizaram, Peter F. Drucker (1964; 1967) discrepou os conceitos de *eficácia* e *eficiência*. *Eficácia* significa *fazer as coisas certas*, correspondendo à capacidade de determinar objetivos apropriados (o que amiúde é questionável, quando se trata da Administração Pública Federal mais recente). A *eficiência* – à qual a Administração Pública está constitucionalmente obrigada desde junho de 1998 –, por sua vez, tem conotação ligeiramente diversa; significa *fazer as coisas certo*, i.e., corresponde à *capacidade de minimizar o uso de recursos para alcançar os objetivos da organização (in casu, do Estado)* (STONER; FREEMAN, 1995, p. 136). Deve a Administração Pública Federal, por conseguinte, *desenvolver e exercitar* essa capacidade (o que, a olhos vistos, hoje não ocorre), minimizando o dispêndio de recursos financeiros e humanos à sua disposição para *alcançar os objetivos do Estado* – por excelência, o *bem comum*, nos termos do próprio art. 3.º, IV, da CF.

Procedendo-se a uma síntese de todas essas idéias, verifica-se que o Estado, como sociedade política, tem um fim geral, constituindo-se em meio para que os indivíduos e as demais sociedades possam atingir seus respectivos fins particulares. Assim, pois, pode-se concluir que *o fim do Estado é o bem comum*, entendido este como o conceituou o Papa João XXIII, ou seja, o conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana. Mas se essa mesma finalidade foi atribuída à sociedade humana no seu todo, não há diferença ente ela e o Estado? Na verdade, existe uma diferença fundamental do Estado: *este busca o bem comum de um certo povo, situado em determinado território*. Assim, pois, o desenvolvimento integral da personalidade dos integrantes desse povo é que deve ser o seu objetivo, o que determina a concepção particular de bem comum para cada Estado, em função das peculiaridades de cada povo (DALLARI, 1991, p. 91-92).

O mesmo se aplica à Administração Pública dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, por paralelismo federativo – e, inclusive, à Administração Pública indireta.

Essa conclusão traz consigo relevantes conseqüências para o exame judicial dos atos da Administração.

Assim é que, *ad exemplum*, se eventual exoneração maciça de servidores públicos, na forma dos arts. 41, § 1.º, III, e 169, § 3.º, II, e § 4.º, da CF, compromettesse o bom funcionamento dos serviços públicos ou o próprio equilíbrio social (que se abalaria se, hipoteticamente, multidões de ex-servidores fossem engrossar fileiras de desempregados em contextos regionais de economia recessiva), não estaria a Administração primando pela satisfação do *bem comum*. Conseqüentemente, o administrador estaria violando o princípio da eficiência, que certamente supõe a diminuição do dispêndio de recursos, mas *com o alcance concomitante dos objetivos da organização*. De nada vale reduzir custos e não atingir os objetivos constitucionalmente selecionados, como são a solidariedade social, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem comum (art. 3.º, I a IV, da CF). Ora, as normas constitucionais não podem ser interpretadas de maneira contraditória, por força da *coerência* que deve informar o sistema jurídico; por essa razão, toda regra constitucional – como as dos arts. 41 e 169 da CF – deve ser interpretada

conforme os princípios subjacentes (art. 37, *caput*, da CF). Pode, pois, o *princípio da eficiência* ser evocado *em favor do cidadão*, e não apenas em prol do interesse público secundário¹⁴.

Sobre a referência constitucional à *complexidade do cargo ou emprego* (art. 37, II), também são úteis algumas ponderações. Como visto, as exceções à obrigatoriedade do concurso público prosseguem sendo as mesmas, inclusive após a EC n. 19: são os *cargos em comissão*, declarados em lei de livre nomeação, e os *contratos por prazo determinado*, vocacionados ao atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público. Entender que “de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego” a respectiva investidura dependeria *ou não* de aprovação prévia em concurso público, “na forma prevista em lei”, seria o mesmo que delegar ao legislador ordinário (federal, estadual, distrital, municipal) a tarefa de estabelecer, *in concreto*, quais cargos, empregos e/ou funções públicas poderiam ser ocupados por servidores não concursados. Semelhante interpretação avilta o princípio da moralidade pública e põe em risco o princípio da impessoalidade, ambos consagrados pelo *caput* do art. 37. E, ainda aqui, não se pode interpretar a regra em dissonância com os princípios que a informam.

A exigência generalizada de concurso público para as investiduras nos quadros da Administração representa uma das mais contundentes medidas de moralização administrativa engendradas pelo constituinte de 1988. Se o Poder Constituinte Derivado manteve, em 1998, os mesmos princípios que desde 5 de outubro de 1988 – ou antes disso – regiam a atividade pública (acrescendo-lhes, ao reverso, o da *eficiência*), não é razoável vislumbrar na Reforma Administrativa esse retrocesso, consistente na possibilidade de que a *lei ordinária* (federal, estadual, distrital ou municipal, já que não houve distinção) viesse a estabelecer exceções as mais diversas à obrigatoriedade do concurso, “de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego”.

De se compreender, por isso, que a natureza e a complexidade do cargo ou do emprego determinam unicamente o *conteúdo* das provas e, bem assim, a natureza do concurso (*se de provas ou de provas e títulos*). Para que esses aspectos não flutuem ao talante do administrador, porém,

¹⁴ Modo pelo qual os órgãos da Administração vêem o interesse público *primário* (o interesse do bem geral *de per se*). Cf. Renato Alessi (1960, p. 197-198).

a lei deverá pontificar os critérios cabíveis. Enfim, até que venha a lei, o administrador prosseguirá realizando os certames públicos para a investidura em cargos e funções conforme seus próprios critérios discricionários – e o inc. II do art. 37 torna-se, assim, *norma constitucional de eficácia contida ou restringível*.

Normas constitucionais de eficácia contida: são aquelas que têm aplicabilidade imediata, integral, plena, mas que podem ter reduzido seu alcance pela atividade do legislador infraconstitucional. Por isso mesmo, aliás, preferimos denominá-las de *normas constitucionais de eficácia redutível ou restringível*. Desse teor é o preceito do art. 5.º, XIII; é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (TEMER, 1991, p. 27).

Eis o que importava discorrer a propósito da EC n. 19/98. Assim, passa-se à abordagem da questão principal.

Ao que dispõe o art. 37 da CF, há pelo menos *três hipóteses de nulidade* nos contratos de emprego público.

Em primeiro lugar, exsurge a violação pura e simples à norma do *art. 37, II, 1.ª parte, da CF*. É nula a investidura daqueles que venham a ocupar cargos, empregos ou funções públicas, por tempo indeterminado, sem aprovação prévia em concurso público (à exceção dos cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração).

Em segundo lugar, há a violação oblíqua à norma permissiva do *art. 37, II, in fine, c. c. o inc. V, in fine, da CF*. É nula a contratação de servidores sem concurso público, a pretexto de ocuparem cargos declarados em lei de livre nomeação e exoneração, quando as funções assim declaradas não tenham características técnicas ou estratégicas que justifiquem a confiança administrativa para fins de livre nomeação e exoneração (que, na expressão constitucional, destina-se “apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”). É o caso, e.g., de funções públicas de *portaria* ou de *limpeza* de prédios públicos, declaradas em lei de livre nomeação e exoneração: evidencia-se, pela quebra ostensiva do princípio da razoabilidade, o logro dissimulado aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, não raro com vistas ao favorecimento de apaniguados ou ao empreguismo público. A rigor, nenhum emprego público

poderia ser declarado de livre nomeação e exoneração, uma vez que a CF, nos incs. II e V de seu art. 37, refere-se apenas a *cargos em comissão* – entendendo-se por *cargo* o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional *estatutária* e cometidas ao funcionário público *stricto sensu* (art. 3.º, *caput*, da Lei n. 8.112/90) – e a *funções de confiança* – que, pela norma constitucional (art. 37, V), devem ser exercidas *exclusivamente* por servidores ocupantes de cargo efetivo (portanto *estatutários*). Assim, a contratação de servidores públicos sob a égide da Consolidação das Leis do Trabalho reclama *necessariamente* a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, pois as exceções constitucionais não os alcançam (exceção feita à hipótese do art. 37, IX, da CF).

Em terceiro lugar, há a violação à norma permissiva do *art. 37, IX, da CF*. É nula a contratação por prazo determinado de servidor público, sem concurso público, sob o pretexto de atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, à míngua de lei específica regulando a matéria (federal, estadual, distrital ou municipal), ou ainda em desacordo com seus preceitos. Em relação a essa derradeira hipótese, houve inúmeros casos de Municípios que contrataram por prazo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, amparando-se em leis municipais que estabeleciam os prazos máximos para as contratações temporárias; nada obstante, os contratos de trabalho prolongavam-se por interregnos bem superiores aos legalmente previstos, incorrendo assim em nulidades¹⁵.

A esse propósito, cabem algumas digressões.

Qualquer contratação de empregados públicos a qual dispense a devida forma do art. 37, II, da CF está eivada de nulidade *ex radice*, que não pode ser convalidada pela vontade das partes contratantes (exceto, é claro, nas hipóteses de cargos em comissão de livre nomeação e exoneração – que, porém, devem ser *cargos* e não empregos). Da mesma forma, desde o momento em que estiveram ao desamparo da lei própria (por exemplo, após o esgotamento dos prazos de vigência legal das contratações temporárias), os contratos de trabalho originalmente celebrados sob a égide

¹⁵ Exercendo a jurisdição no Estado de São Paulo, na jurisdição do TRT da 15.ª Região, pudemos detectar distorções como essas em diversos Municípios, merecendo destaque os casos de Paulínia e de Potim.

do art. 37, IX, da CF viciaram-se irremediavelmente. Nessas circunstâncias, como naquelas em que o servidor é contratado para cargo ou função permanente sem a prévia aprovação em concurso público, o pacto laboral está viciado por *nulidade absoluta*.

No caso das contratações temporárias, porém, a nulidade não fulmina os direitos adquiridos no lapso contratual anterior ao esgotamento do interstício legal de vigência dos contratos, seja porque prevalece a garantia constitucional do direito adquirido (art. 5.º, XXXVI, da CF), seja ainda porque *utile per inutile non vitiatur* (art. 184, 1.ª parte, do CC/2002 c. c. o art. 8.º, par. ún., da CLT). É indiscutível que o administrador público não poderia ter mantido os empregados em seus postos após o prazo estatuído pela lei para a contratação temporária (art. 7.º, IX, da CF); assim, se administrador e funcionário *assentiram* na continuidade da prestação de serviços, esse novo consenso esteve irremediavelmente viciado, mesmo porque as nulidades absolutas são insanáveis pela vontade das partes (art. 169 do CC/2002 c. c. o art. 8.º, par. ún., da CLT). Isso, porém, somente poderia interferir nos efeitos contratuais *posteriores* ao decurso de prazo. Os direitos decorrentes do trabalho público prestado nos lindes do ditame constitucional, dentro dos prazos legais, por sua vez, não poderiam ser sonegados, por já integrarem o patrimônio jurídico dos trabalhadores (art. 6.º, § 2.º, da LICC).

Há, porém, mais que isso.

Há a *realidade* da prestação laboral, que tem *prevalência* na órbita trabalhista¹⁶. Os obreiros, em todos os casos, continuaram a se ativar,

¹⁶ Trata-se do *princípio da primazia da realidade*, que tem muitas enunciações na doutrina. Por um lado, significa que, “em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos” (RODRIGUEZ, 1996, p. 217). Por outro, contudo, significa que “para pretender a proteção do Direito do Trabalho, não basta o contrato, mas requer-se a *prestação efetiva da tarefa*, a qual *determina aquela proteção, ainda que o contrato seja nulo ou inexistente*” (RODRIGUEZ, 1996, p. 219, grifo nosso), definição que serve como luva à tese aqui sustentada. Adiante, enfrentando problema similar ao que se põe no exame das contratações públicas sem concurso, Plá Rodriguez (1996, p. 242) faz menção à sentença do Juiz uruguaio Guido Berro Oribe. “na qual se afirma que para a existência do contrato de trabalho *interessa a prestação de serviço, ainda que não se tenham preenchido as formalidades da designação*” (j. em 27.6.1959, grifo nosso).

como se não houvesse termo certo para a extinção natural do contrato de trabalho. Prosseguiram no desempenho de suas atividades laborais, como se a contratação fosse por prazo *indeterminado*. Conquanto a *intenção* de prosseguir no contrato não pudesse, em tese e princípio, produzir qualquer efeito jurídico em face da vedação legal, o *fato* do trabalho prestado sem determinação de prazo há de produzir efeitos, sob pena de enriquecimento sem causa do empregador.

Assim, como em regra há de ser, se houve trabalho subordinado, oneroso, pessoal e não-eventual, houve relação de emprego (art. 3.º, *caput*, da CLT), *a despeito do elemento subjetivo* que informou o comportamento das partes. Veja, quanto a esse posicionamento, Amauri Mascaro Nascimento (1992, p. 290):

A teoria da relação de trabalho ou da relação de emprego reúne os pensadores que, em maior ou menor escala, negam a importância da vontade na constituição e no desenvolvimento do contrato de trabalho [...] Preferem entender que a prática de atos de emprego verificada no mundo física e natural é a fonte da qual resultam todos os efeitos previstos na ordem jurídica e que recairão imperativamente sobre os sujeitos empregados. Daí substituírem a idéia de *convenção* ou *acordo* pela de *inserção, engajamento* ou *ocupação de trabalhador pela empresa*, querendo com isso expressar que não existe ato volitivo criador de direitos e obrigações, mas sim um fato objetivo e independente de qualquer manifestação subjetiva, na constituição da relação jurídica trabalhista.

Por conseguinte, todos os consectários da relação de emprego são devidos (inclusive verbas rescisórias e FGTS, apesar da nulidade do contrato de trabalho).

Com efeito, ato jurídico *nulo* é algo diverso de ato jurídico *inexistente*, como alhures apontado (tópico 2). O ato jurídico inexistente em regra não gera quaisquer efeitos, porque falta algum pressuposto material de constituição da relação jurídica (assim é que, por exemplo, inexistente o contrato de trabalho firmado entre duas pessoas jurídicas, ou aquele firmado com pessoa morta, ainda quando estejam lavrados em instrumento); diversamente, o ato jurídico nulo pode surtir efeitos *ad eventum*. Exatamente por isso, se as provas e circunstâncias demonstram que *houve relação*

de emprego sem predeterminação temporal (art. 3.º, *caput*, c. c. o art. 442, *caput*, da CLT), todos os seus consectários legais são devidos, como imperativo da primazia da realidade e a despeito da nulidade genética ou superveniente (respectivamente, por não editada ou por não respeitada a lei local de contratação pública excepcional). Da mesma forma, se as provas e circunstâncias demonstram que *houve relação de emprego stricto sensu* – conquanto o empregado, contratado por prazo indeterminado, não tenha se sujeitado a concurso público de provas ou de provas e títulos –, também nesse caso todos os consectários legais devem ser quitados.

Nem se diga, a esse propósito, que as verbas rescisórias, assim como o FGTS e os adicionais legais, decorrem de lei ordinária, inoponível a dispositivo constitucional. Na realidade, as chamadas verbas rescisórias, assim como o FGTS e adicionais legais, como o noturno, o de horas extras e o de insalubridade ou de periculosidade, têm todos eles *status* constitucional, já que previstos no art. 7.º da CF (“Dos Direitos Sociais”). O mesmo se diga dos direitos de Seguridade Social, previstos no próprio art. 7.º (e.g., incs. XII, XXIV, XXVIII etc.) e também nos arts. 194 e ss. (“Da Seguridade Social”). E, até por força de interpretação sistemática, não seria razoável imaginar que a regra do art. 37, § 2.º, da CF pudesse, em alguma situação concreta, elidir as garantias sociais do precitado art. 7.º. Aquela primeira norma pretende garantir a proibidade dos atos administrativos; essa última visa a preservar a dignidade do trabalhador brasileiro. São objetivos que, à evidência, não colidem entre si; conseqüentemente, não há fundamento – sequer teleológico – para a tese de que, eivado o ato de contratação pela nulidade do art. 37, § 2.º, da CF, restariam necessariamente fulminados quaisquer dos direitos consagrados pelo art. 7.º, como o décimo terceiro salário (inc. VIII), férias anuais (inc. XVII), aviso prévio (inc. XXI), FGTS (inc. III), seguro-desemprego (inc. II) etc.

Por tudo isso, melhor é partir-se da conhecida dicotomia entre *trabalho ilícito* (como, e.g., o realizado por um mercenário que ceifa vidas mediante paga) e *trabalho proibido* (por exemplo, o do menor de 16 anos), com vistas à análise dos efeitos das nulidades no âmbito da relação de emprego.

Em ambos os casos, o vício do contrato está em seu *objeto*. No primeiro caso, porém, esse objeto é *ilícito*, enquanto no segundo caso é *juridicamente impossível*. Na órbita do Direito Civil, conquanto a doutrina estabeleça a diferenciação entre *objeto ilícito* e *objeto juridicamente*

impossível (veja art. 166, II, do CC/2002), como a estabelece também para os elementos *acidentais* do negócio jurídico (veja-se, por todos, o escólio de Caio Mário da Silva Pereira (1966, v. 1, p. 336-337), distinguindo entre a *condição impossível* – física e juridicamente – e a *condição proibida*), ao fim e ao cabo, o efeito final é pragmaticamente o mesmo: *nulidade do contrato* (ou da *condição*). O *ilícito* e o *impossível*, porém, conquanto *in casu* ensejem o reconhecimento da nulidade *ex vi legis*, não surtem necessariamente os mesmos efeitos. Veja-se, a propósito, o que ocorre com as *condições*: enquanto as condições *fisicamente impossíveis* (“dar-te-ei 100 se tocares o céu com o dedo”¹⁷) tomam-se por não escritas (*conditio impossibilis pro non scripta habetur*), as condições *ilícitas* (ou *proibidas*) tornam inválido o próprio ato ao qual acede, ou, no dizer de Caio Mário (1966, v. 1, p. 337):

Dependente de um ilícito a eficácia do negócio, macula-se da ilicitude da condição, e por isso a lei considera inválido o próprio ato. Tanto a positiva quanto a negativa têm o mesmo efeito, pois, frente à lei de 1916, é tão condenável o ato negocial quando o agente o subordina a um ilícito (*si homicidium feceris*), quanto o é quando está sujeito à abstenção de um ilícito (*si homicidium non feceris*). É tão repugnante ao direito dizer “dar-te-ei 100 se matares” como falar “dar-te-ei 100 se não matares”. O ilícito do fato acarreta a invalidade do ato, quer se trate de uma ilicitude definida como afronta à norma jurídica ou ofensiva à moral, ou chocante aos bons costumes.

Ora, se a condição ilícita merece tratamento diverso daquele reservado à condição impossível, não se compreende porque a nulidade contratual decorrente de objeto ilícito devesse ter precisamente os mesmos efeitos da nulidade decorrente de objeto impossível. E vai daí o equívoco pretoriano consubstanciado na Súmula n. 363.

Sobre a *liceidade* e a *possibilidade dos objetos* na Teoria do Negócio Jurídico urge evocar, por todos, o magistério de Vicente Ráo (1997, p. 132-150). Para o insigne jurista, a *prestação* em que consiste o *objeto* do ato jurídico, que é um seu elemento essencial, deve ser possível, lícita, determinada ou determinável. Em termos genéricos, diz-se *possível* tudo quanto as forças humanas permitem realizar ou tudo quanto se pode realizar

¹⁷ O exemplo é de Caio Mário (1966, v. 1).

segundo as leis da natureza; *impossível*, por outro lado, é tudo aquilo que excede os limites dessas forças ou leis. A *impossibilidade* pode ser *absoluta*, quando a todos e a qualquer um atinge, ou *relativa*, quando equivale à impotência de certa ou certas pessoas. A *impossibilidade absoluta* pode ser, ainda, *perpétua* ou *temporária*: a perpétua impede a constituição do ato, mas a temporária não se erige em impedimento se a prestação deve ser cumprida como e quando se tornar possível. E a impossibilidade pode ser, enfim, *física* ou *jurídica* – sendo essa a distinção que nos interessa.

A *impossibilidade física*, também chamada de *natural*, corresponde a *id quod natura fieri non potest* e abrange as coisas ou fatos que, segundo a lei da natureza, não se verificam jamais ou não se podem verificar a partir do instante em que deve haver a prestação (nos atos de execução sucessiva). Abrange, ainda, as prestações excluídas dos limites das forças humanas (observando-se que os limites naturais das forças humanas devem ser apreciados *cum grano salis*, pois aquilo que as ciências e a técnica hoje não conseguem realizar poderão talvez realizar amanhã). Assim seria, e.g., o contrato de empreitada cujo objeto fosse a construção de uma metrópole em Marte até 2008.

A *impossibilidade jurídica*, por sua vez, na dicção do autor, “diz respeito a todo objeto consistente em um *quid* incompatível com o ordenamento jurídico, a ponto de não se poder conceber sua existência dentre deste ordenamento” (RÁO, 1997, p. 133). Exemplifica o autor: os objetos dos atos jurídicos (= prestações) não podem recair sobre bens *extra commercium*, como as massas inapropriáveis (embora possam recair sobre parcelas destacadas dessas massas – e.g., as porções de água do mar transformadas em água potável ou as porções de ar comprimido). Exemplificamos nós: o objeto do contrato de trabalho não pode recair sobre o trabalho do menor de 16 anos (a partir da EC n. 20/98), a não ser na condição de aprendiz, e ainda assim a partir dos 14 anos.

Adiante, Vicente Ráo (1997, p. 136-137) cuidou da *licitude* dos atos jurídicos, asseverando que

para valer como elemento essencial ou constitutivo do ato jurídico, seu objeto há de ser lícito; se lícito não for, não haverá ato jurídico propriamente dito, senão um fato voluntário que somente produz as sanções ou cominações impostas por lei.

Coteje-se essa passagem com o que alhures se disse sobre o *princípio da primazia da realidade* (nota 16) e sobre a causa eficiente dos direitos trabalhistas se o *consenso* ou o *fato do trabalho*. Veja Octavio Bueno Magano (1993, p. 23-24), *in verbis*:

Idéias semelhantes eram expostas, na Alemanha, por Molitor e nas quais se sublinhava a irrelevância de qualquer ato anterior à relação de trabalho, para a configuração desta, afirmando-se, ao contrário, que *a relação de trabalho, como conjunto de direitos e obrigações, se origina do próprio fato do trabalho* (grifo nosso).

Na mesma ordem de ideais, Ráo distinguiu entre os atos ilícitos de *objeto contrário à ordem pública, às disposições imperativas de lei e/ou aos bons costumes*, e os atos que ilícitos se consideram por serem *viciados de dolo civil ou de culpa*. Os primeiros são nulos, enquanto os segundos são anuláveis. Interessa-nos, aqui, o primeiro tipo, porque dos atos jurídicos anuláveis falou-se *supra* (tópico 2). O catedrático do Largo São Francisco definia *bons costumes* como “o modo constante e comum de se proceder de acordo com os ditames da moral social, segundo cada povo a concebe” (RÁO, 1997, p. 138). Os atos atentatórios aos bons costumes, assim como os que violam a ordem pública e as disposições legais imperativas, são absolutamente nulos, aplicando-se à espécie o regramento do art. 168 do CC/2002.

Na seqüência, Ráo (1997, p. 133) arrolava exemplos clássicos de atos nulos por atentatórios dos bons costumes (nulidades baseadas na *ilicitude* do objeto e não em sua impossibilidade jurídica, que é algo diverso: por exemplo, a alienação de bens postos fora do comércio é juridicamente impossível, mas não compromete a ordem pública ou os bons costumes):

- a) atos praticados pelos pais, tutores ou curadores, em prejuízo da situação moral dos filhos, tutelados ou curatelados;
- b) atos que têm por objeto prestação própria, ou de terceiro, atentatória dos sentimentos morais individuais ou públicos;
- c) atos que visem a contratar o concubinato¹⁸ ou convencionar qualquer modo de comércio sexual fora do casamento;

¹⁸ Essa consideração perde relevância no Direito Civil hodierno, em face do art. 226, § 3.º, da CF e das Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96, que disciplinam o direito dos companheiros a alimentos e sucessão.

d) atos que, seja qual for sua modalidade, forem contrários à *moral sexual* (envolvendo, e.g., a exploração de prostituição, o seu favorecimento ou agenciamento, a locação ou alienação de casa de tolerância, a remuneração das relações sexuais etc.);

e) atos que têm por objeto a exploração de jogos proibidos, ou o tráfico de influências, ou o suborno de autoridade, ou a corrupção eleitoral, ou ainda atentados à honra e à dignidade das pessoas, ao recato da vida doméstica, à inviolabilidade moral do lar etc., e até mesmo os atos que, sob promessa de compensação ou vantagem, *contenham compromisso de se praticar ou não praticar algum crime*¹⁹.

Para a identificação dos contratos de trabalho nulos por ilicitude de seu objeto – i.e., por envolverem prestação de trabalho *ilícito* – guardam relevância as duas últimas ordens casuísticas (“d” e “e”). Os contratos de trabalho que visam à prestação de favores sexuais ou à realização de condutas penalmente típicas (crimes ou contravenções penais *in tese*) são *nulos de pleno direito*, pela iliceidade substancial do “trabalho” contratado²⁰. Observe-se, aliás, que quase todos os atos contrários à moral sexual elencados por Ráo encerram ilícitos penais típicos – nomeadamente, os *crimes contra os costumes* do art. 227 do CP (mediação para servir a lascívia de outrem), do art. 228 do CP (favorecimento de prostituição), do

¹⁹ Ráo noticia que, na França, certa pessoa obrigou-se a fornecer a outrem armas e munições para a realização de um golpe de Estado na Venezuela; o fornecedor, em garantia de pagamento, recebeu a hipoteca de bens situados em território francês. Os Tribunais franceses consideraram ilícito o objeto, portanto nulo o contrato (*Révue Trimestrielle de Droit Civil* 31/1100).

²⁰ De se consignar, a propósito, que alguns julgados vêm consagrando direitos trabalhistas mesmo para casos de trabalho propriamente *ilícito*, como seria a atividade do apontador de jogo do bicho (contravenção penal em nosso ordenamento, *ex vi* do art. 58 do Dec-lei n. 6.259/44): cf., *ad exemplum*, TRT, 3.ª Reg., 3.ª T., RO n. 10.759/93, rel. Juiz Antonio Álvares da Silva. *DJMG* de 31.5.1994, p. 76. Em sentido contrário, cf. TST, 6.ª Reg., 4.ª T., RR n. 219027/95.3, Ac. 3123/97, rel. Min. Milton de Moura França, *DJU* de 6.6.1997, p. 25335. Mais recentemente, o TST pacificou a matéria em sua Seção de Dissídios Individuais, entendendo pela *nulidade* do contrato de trabalho, sem efeitos quaisquer (OJ n. 199 da SDI-1/TST, inserida em 8 de novembro de 2000: “Jogo do bicho. Contrato de trabalho. Nulidade. Objeto ilícito. Arts. 82 e 145 do Código Civil”). Atendeu, com isso, à melhor hermenêutica, como vazada no texto.

art. 229 do CP (casa de prostituição), do art. 230 do CP (rufianismo) e do art. 231 do CP (tráfico de mulheres), entre outros.

Em sede trabalhista, porém, os efeitos das nulidades diferem, conforme emanem da *impossibilidade jurídica* ou da *ilicitude* do objeto (= prestação de trabalho). Nesse passo, distancia-se o Direito do Trabalho do Direito Civil, em que as conseqüências são basicamente as mesmas (feita a exceção às *condições* ilícitas e impossíveis que têm, como visto, efeitos diversos mesmo em seara civilista). Em sendo o objeto do contrato – i.e., a *prestação de trabalho – ilícito* por si mesmo, não há de fato qualquer direito em favor do obreiro.

Entenda-se por *trabalho ilícito* todo aquele que *configurar*, em tese, *um crime ou uma contravenção penal* (i.e., todo “trabalho” que possa ser subsumido a um tipo penal, abstraídas as questões relativas à antijuridicidade da conduta e à culpabilidade do agente). De fato, o Direito não poderia coibir essas atividades com as mais graves sanções do seu ordenamento – as sanções *penais* – e, em seara trabalhista, contemplá-las com direitos os mais variados.

Por trabalho *juridicamente impossível* (ou *proibido*), por sua vez, compreende-se aquele trabalho que não contém, em si mesmo, qualquer eiva ou mácula, por se tratar de atividade laboral *intrinsecamente* incensurável. No entanto, circunstâncias *extrínsecas* ao próprio trabalho (e.g., a idade do trabalhador e o não-cumprimento de formalidades exigidas pela legislação) vão torná-lo *proibido*. Nesse caso, *até que a nulidade seja declarada, o pacto laboral surte todos os efeitos legais*, porque é impossível restituir-se ao trabalhador o *status quo ante*. Esse é o abalizado entendimento de Octávio Bueno Magano (1993, p. 202):

As diferenças entre as nulidades absolutas e as relativas são as seguintes: [...] Ambas, quando declaradas, exigem a reposição das partes ao *status quo ante*.

Contudo, esse último efeito só se aplica ao contrato de trabalho *cum grano salis*: se a nulidade é derivada de defeito dos atos jurídicos ou de ato proibido, o empregado deve receber normalmente os seus direitos até a data em que venha a ser reconhecida; se a nulidade provém de ato ilícito, nenhuma das partes tem direito a fazer qualquer reclamação (grifo nosso).

Na seqüência, Magano colaciona lição de Jorge M. Angulo (1979, p. 384). Sendo de grande interesse para a discussão em foco, transcrevemo-la:

Si la nulidad es por el objeto ilícito o inmoral, ninguna de las partes tiene derecho a reclamo alguno. Hay una nulidad absoluta, como si no hubiera ningún pacto o acuerdo. Esto es enteramente lógico. De un hecho o acto inmoral, nadie puede sacar ningún provecho. Pero si la nulidad proviene porqué el objeto es ilegal; es decir, se trata de trabajo prohibido por la ley, o sea, de lo que se llama “trabajo ilegal”, la nulidad sólo surte sus consecuencias a partir de la fecha en que se deja sin efecto el acuerdo para prestar un trabajo ilegal, y existe derecho por parte del trabajador para exigir sus salarios y demás beneficios (grifo nosso).

Diga-se ainda que, em relação à Administração Pública como empregadora, aplica-se também a inteligência das Súmulas n. 346 e n. 473 do Excelso Pretório. A segunda, que reformula a primeira, pontifica que

a Administração pode *anular* seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou *revogá-los*, por motivos de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial (grifo nosso).

Note-se que o texto sumular não distingue entre nulidades relativas e absolutas: em ambos os casos, à Administração cabe *anular* o ato viciado, desde que ilegal (*rectius: declarar a nulidade*, já que, *in casu*, as nulidades serão, via de regra, absolutas). Assim, conclui-se que toda *nulidade* – como a do art. 37, § 2.º, da CF – enseja, na esteira das lições de Délio Maranhão (SÜSSEKIND et al., 1997, v. 1, p. 550-619), a *rescisão* do contrato de trabalho; mas, deflagrada nos quadros da Administração Pública, deve ser *formalmente declarada* pelo administrador, nos termos da Súmula n. 473 do STF, para que então se opere a rescisão contratual. Somente com o ato administrativo declaratório, o contrato de trabalho deixa de surtir efeitos; do contrário, surtirá efeitos até que a nulidade seja declarada *judicialmente, ex officio* (art. 168, par. ún., do CC/2002) ou por iniciativa do Ministério Público (art. 168, *caput, in fine*, do CC/2002).

De outra parte, a objeção da Súmula n. 473 (1.ª parte) à *aquisição de direitos* em face do ato administrativo nulo não subsiste na esfera do Direito do Trabalho, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da dignidade humana (art. 1.º, III, da CF). Com efeito, em todos os casos da contratação irregular de servidores não concursados, cuida-se – a despeito da nulidade – de *trabalho proibido* (e não ilícito), o que significa que o respectivo contrato de trabalho *deve produzir efeitos regulares até a decretação da nulidade (ex nunc)*²¹, ou se estaria sufragando enriquecimento sem causa do empregador – inclusive porque eventuais efeitos *ex tunc* da declaração da nulidade não aproveitariam ao empregado, que não pode ter de volta a força de trabalho despendida (força de trabalho a qual, a rigor, é verdadeira *emanação* de sua personalidade).

Ocorre, porém, que, ao dispensar os servidores admitidos sem prévio concurso público, os órgãos públicos amiúde se limitam a *romper o contrato, sem justa causa* (dispensa imotivada), operando mera *resilição unilateral* do contrato de trabalho, por iniciativa do empregador. A Administração não *rescinde* o contrato, como deveria fazer. Cabia-lhe, a teor da Súmula n. 473 do STF, declarar a nulidade do ato admissional por meio da mesma modalidade de ato administrativo pela qual admitiu o servidor (*unumquodque dissolvitur eo modo quod fuerit colligatum: “cada coisa dissolve-se do mesmo modo pelo qual tenha sido concertada”*) ou ainda “tudo se dissolve do mesmo modo pelo qual se constituíra”) ou, na hipótese de extrapolação de prazos legais (art. 37, IX, da CF), declarar a nulidade do próprio contrato de trabalho a partir do vencimento daqueles prazos. Se, porém, o órgão público não declara a nulidade, não pode *rescindir* o contrato, mas tão-só *resili-lo*. E, se simplesmente o resiliu, sem declarar a nulidade, é porque o contrato de trabalho prossegue surtindo seus integrais efeitos – inclusive os decorrentes da própria resilição unilateral por iniciativa do empregador (títulos resilitórios: aviso prévio indenizado, verbas proporcionais, indenização rescisória de 40% sobre o FGTS depositado etc.).

²¹ Em sentido semelhante, recusando a nulidade de efeitos *ex tunc* que a doutrina normalmente aponta para todo e qualquer ato administrativo ilegal (apto a ser *invalidado*): “Irregularidades formais, sanadas por outro meio, ou irrelevantes por sua natureza não anulam o ato que já criou direito subjetivo para terceiro” (STF. RDP 10/159).

Inegável, pois, que o servidor não concursado, que labora ao arrepio do art. 37, II, IV e/ou V, da CF, desempenha trabalho *proibido* e não trabalho ilícito. Os préstimos desses obreiros (ajudantes gerais, serventes, vigilantes, supervisores etc.), em si mesmos, são perfeitamente conformes ao Direito, à moral e aos bons costumes; não violam, *de per se*, a ordem pública. A ilegalidade decorre de uma *circunstância* atrelada ao contrato de trabalho, dada em desacordo com a regra constitucional de ordem pública. O trabalho, na sua essência, porém, é lícito, e a Administração Pública não raro beneficia-se com os préstimos envidados até quando lhe é conveniente. Noutras palavras, a nulidade não está na ilicitude do objeto, mas em sua *impossibilidade jurídica*: o trabalho não poderia ser prestado sem que o servidor fosse previamente aprovado em concurso de provas ou de provas e título, como tampouco poderia ser prestado após o interregno máximo estabelecido pela lei de contratação por tempo determinado, nos moldes do art. 37, IX, da CF. E, por se tratar de trabalho *proibido* mas não ilícito, o contrato de trabalho correspondente *produz efeitos regulares até que sua nulidade seja decretada (ex nunc)*, preservando-se, até então, *os direitos subjetivos* adquiridos²².

Constata-se, em diversos Municípios sob a jurisdição do TRT da 15.ª Região, que servidores são contratados sem maiores critérios, amiúde ao arrepio da lei e da Constituição e em descompasso com qualquer lógica propriamente jurídica. Essa subversão da ordem jurídica não pode, evidentemente, ter guarida no Poder Judiciário. Ao Juiz do Trabalho, porém, dotado que é de sensibilidade social mais aguçada que noutros ramos do Judiciário, incumbe promover a justiça social e imputar as irregularidades à própria *Administração*, e tão-somente a ela. Fere o justo e o razoável, nesses contextos, prejudicar o hipossuficiente econômico ou elidir os direitos sociais com que a Lei Magna o aquinhoou, desde que se divisem, em sua conduta pessoal, *indícios de boa-fé*. Aliás, tenha-se em mente que, num Estado Democrático de Direito, *a boa-fé sempre se presume*, enquanto a má-fé se prova. Não se espera que um servente com reduzida escolaridade, preocupado em garantir a subsistência própria e da sua família, venha a

²² Nesse sentido tem-se encaminhado a 5.ª T. do e. TRT da 3.ª Reg.: “Admitindo a ilicitude e nulidade do contrato celebrado sem concurso, entende esta Quinta Turma que, *até o momento, em que sobrevém o reconhecimento de sua nulidade ou anulabilidade, o mesmo produz todos os efeitos* cessando-os, contudo, a partir daquele momento” (TRT, 3.ª Reg., 5.ª T., RO n. 12546/96, rel. Juiz Paulo Roberto Sifuentes Costa, grifo nosso).

questionar seriamente a legalidade de sua contratação perante a Administração Pública, por não ter se submetido a um certame de provas. Tampouco se espera, para além disso, que aquele servidor venha a *recusar* uma oportunidade de emprego, firmando-se em abstrações íntimas de ordem jurídica – tanto mais quando os índices de desemprego alcançam, no País como nos Estados, patamares preocupantes. Seria raciocinar *por exceção*, menoscabando a boa hermenêutica.

Nada obstante, *nemo creditur turpitudinem suam allegans* (ninguém alcança acolhida alegando a própria torpeza); ou, ainda, *nemo de improbitate sua consequitur actionem* (ninguém consegue ação vitoriosa graças à própria improbidade). A boa-fé do reclamante será sempre presumida, como um consectário do Estado Democrático de Direito (art. 1.º, III, da CF). Nada obstante, à Administração Pública abre-se a possibilidade de *comprovar*, na esteira dos arts. 818 da CLT e 333, II, do CPC, que na contratação irregular houve *conluio* entre o servidor contratado e o administrador ímprobo. Nesse caso, uma vez elidida a presunção de boa-fé, as condutas do servidor e do administrador que o apaniguou passam a admitir subsunção aos moldes do Direito Penal – corrupção passiva e ativa (arts. 317 e 333 do CP), tráfico de influência (art. 332 do CP), advocacia administrativa (art. 321 do CP), prevaricação (art. 319 do CP), usurpação de função pública (art. 328 do CP) etc. O objeto do contrato de trabalho, conquanto objetivamente lícito, toma feições *subjetivamente ilícitas*, possibilitando o reconhecimento de *trabalho ilícito proprio sensu*, pelo dolo do servidor e/ou pela fraude perpetrada em conluio. E sob essa conjuntura, que deve ser cabalmente demonstrada pela Administração em juízo, cumpre *negar os efeitos típicos* do pacto laboral, aplicando *in totum* o preceito da OJ n. 85 da SDI/TST e da Súmula n. 363 do col. TST (texto original) – ou, episodicamente, *recusando inclusive o pagamento de “salários” (rectius: retribuição pecuniária dos serviços prestados)*, como nas hipóteses de “funcionários fantasmas”, em que nem ao menos se verifica efetiva prestação de serviços ao cidadão.

As conclusões aqui exaradas são também recomendáveis sob a ótica da *equidade* (que tem vocação expressa e positiva para a hermenêutica trabalhista, *ex vi* do art. 8.º da CLT). Se não, vejamos.

Viceja no âmbito administrativo o *princípio da continuidade dos serviços públicos* – a despeito da constatação empírica de que novos

administradores sempre trazem consigo novas diretrizes, novas prioridades e novas pessoas de confiança. No curso de uma gestão político-administrativa, pode ocorrer que empregados de boa-fé sejam admitidos e/ou mantidos ao arrepio do ordenamento jurídico (e.g., sem prévia aprovação em concurso público ou após o prazo estipulado pela lei de contratação excepcional). Isso é especialmente verdadeiro nos supostos de anulação ulterior de concurso público (caso da OJ n. 128 da SDI-II/TST). Sobrevinda, no entanto, nova gestão (notadamente quando o sucessor tem vínculos político-partidários com as oposições), dá-se a dispensa sem pagamentos, maciça ou paulatina, dos obreiros irregularmente contratados – ainda que de boa-fé –, ao argumento de que as contratações do administrador de antanho padeciam de ilegalidade. Esse argumento é tecnicamente incensurável; mas, não raro, as conseqüências são socialmente nefastas. Aqueles trabalhadores, freqüentemente de pouca instrução e baixa renda, vêem todas as suas expectativas – dir-se-ia mais, seus *direitos* – fulminados por simples ato administrativo.

Nada obstante, a Administração Pública é *una*, apesar das sucessões que se verificam no desenlace do processo eleitoral democrático – donde a menção, *supra*, ao princípio da continuidade dos serviços públicos. Não por outra razão, os serviços públicos são por natureza *contínuos* e os servidores são *estáveis* após certo interregno (*três anos*, após a EC n. 19/18). Veja Hely Lopes Meirelles (1991, p. 381), recriminando prática que vulnera a *finalidade maior* da estabilidade conferida a um funcionário:

Vem-se generalizando nas Administrações o afastamento de funcionários estáveis para dar lugar a apadrinhados do novo Chefe do Executivo, que os coloca provisoriamente nos altos cargos, mantendo o titular em disfarçada disponibilidade remunerada, sob o eufemismo de “comissionamento”. Essa prática, conquanto formalmente legal, se nos afigura substancialmente ilegítima, por encobrir um *abuso de poder*, lesivo aos cofres públicos pela dupla retribuição a dois ocupantes de um mesmo cargo: o titular e o substituto. Além disso, o afastamento do funcionário estável, sem finalidade administrativa, é um desvio de poder tão ilegal quanto os demais atos administrativos praticados arbitrariamente, por favoritismo ou perseguição, sem qualquer interesse público.

Nessa medida, o *empregador* dos servidores irregularmente contratados sempre foi, a despeito da gestão política, a mesma pessoa

jurídica de Direito Público ou de Direito Privado (União, Estados, Municípios, autarquias e fundações públicas, de um lado; sociedades de economia mista e empresas públicas, de outro). Sob essa ótica, tem-se então um mesmo *empregador* que, num dado momento, admite ou mantém seus empregados em desacordo com as regras que o ordenamento impõe e, no momento político subsequente, delibera *dispensar* os empregados que contratou, sem qualquer direito rescisório, sob o fundamento de que aquelas regras não foram respeitadas – ilegalidade a que *ele*, empregador, rendeu ensanchas. Dessarte, a Administração Pública transfere aos *empregados* a responsabilidade pelo vício oriundo de sua própria conduta (uma vez que não cabe ao cidadão *exigir* o concurso público, mas à Administração providenciá-lo) – e é da melhor hermenêutica ser proibitivo, em Direito, *venire contra factum proprium*. A medida de dispensar sem ônus rescisório é, portanto, iníqua e injusta, e não se nos assemelha sensato que o Judiciário venha a ampará-la, ainda que parcialmente. Nesse sentido:

A ausência de concurso público na contratação de pessoal para a administração indireta fundacional é ato irregular do representante legal da entidade contratante, que deve ser responsabilizado por tal. Contudo, *essa irregularidade não atinge o trabalhador que não concorreu para sua ocorrência, já que não tinha competência para promover o concurso público*. É ilegal, imoral, contratar sem obediência aos princípios legais e depois invocar este fato para excluir qualquer direito trabalhista ou de outra natureza, sob alegação de que se trata de ato nulo. A Carta Constitucional vigente não consagra o princípio da irresponsabilidade da administração, tanto que, no § 6.º do seu art. 37, estabelece a responsabilidade dos servidores que agirem fora dos limites da lei. *O princípio da legalidade deve ser respeitado pela administração e não servir de fundamento para atuação ilegal* (TRT, 2.ª Reg., 3.ª T., RO n. 02950435437, Ac. n. 02970123368, relatora Juíza Maria de Fátima Ferreira dos Santos, grifo nosso).

Nessa ordem de idéias, alvitramos que, na hipótese sob comento, deve o julgador, não demonstrada a má-fé do obreiro e presentes os requisitos do art. 3.º da CLT, *dilatar* a compreensão da Súmula n. 363 do col. TST para deferir ao reclamante *todos os direitos salariais, rescisórios e acessórios* típicos do contrato de emprego (desde que

presentes as hipóteses legais de deferimento), a saber: saldo salarial, salário-família, aviso prévio indenizado, férias proporcionais mais o terço constitucional, décimo terceiro proporcional, FGTS relativo a todo o período em que foram prestados serviços e incidente sobre a rescisão (art. 18, *caput*, da Lei n. 8.036/90), indenização de 40% sobre a totalidade das parcelas de FGTS devidas, pagas ou depositadas etc.

Dir-se-ia, porém, que o Judiciário Trabalhista acabaria por legitimar, pela via transversa, a sangria dos cofres públicos. Um ato constitucionalmente nulo viria a gerar dispêndios financeiros para a Fazenda Pública, com a chancela judiciária, em detrimento do interesse público; e essa interpretação, sobre ser economicamente perniciosa, subverteria a própria principiologia do Direito do Trabalho.

As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho [...] decidirão [...] sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público [art. 8.º da CLT].

O argumento poderia vingar, não fosse por duas razões. A uma, não haverá sangria nas hipóteses da *má-fé* do empregado, desde que robustamente demonstrada nos autos, como alhures sustentado: nesse caso, o ressarcimento atém-se aos lindes da Súmula n. 363 em sua primeira versão, i.e., apenas aos “salários” (*rectius*: contraprestação pecuniária do trabalho prestado), ou sequer a isso. A duas, tampouco haverá sangria – ou poderá revertida – nas hipóteses em que o empregado público age de *boa-fé* (o que de regra se presume), em face do *dever judicial* de comunicar o fato *sub judice* às autoridades competentes, para as providências cabíveis, ao esteio dos arts. 35, I, da LC n. 35, de 14 de março de 1970 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional), e 40 do CPP, por aplicação analógica.

Explicamo-nos.

A admissão de funcionários sem a realização de prévio concurso público, a teor do § 2.º do art. 37 da CF, *implicará*, além da nulidade do ato, *a punição da autoridade responsável*, nos termos da lei (e os órgãos da Justiça do Trabalho, ciosos em fazer valer a primeira parte do dispositivo – quanto à nulidade –, por vezes descuram dessa última providência). Adiante, no § 4.º, lê-se:

Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Essa última lei veio a lume em 2 de julho de 1992 (publicação no *DOU* em 3.7.1992). Trata-se da Lei n. 8.429/92 ou, como se consagrou, a *Lei de Improbidade Administrativa*:

Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função administrativa pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

Malgrado o conteúdo da ementa legislativa, não são ímprobos *apenas* os agentes públicos que enriqueceram ilícitamente no exercício do mandato, cargo, emprego ou função; ao revés, o diploma legal discrimina três hipóteses diversas de *improbidade administrativa*, como segue.

a) A improbidade referida *supra*, que importa *enriquecimento ilícito* mediante a percepção de qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício do cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1.º da lei (Administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual). Essa é a improbidade do art. 9.º, cujas condutas materiais são descritas exaustivamente nos incs. I a XII. Veja, em sentido contrário, Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior (1997, p. 57). *In verbis*:

O art. 9.º envolve 12 diferentes hipóteses de atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito. Não é rol taxativo ou exaustivo, o que fica claro pela utilização, no *caput*, do advérbio notadamente para enunciar a dúzia de incisos exemplificativos do enunciado.

b) A improbidade do art. 10, importando *lesão ao erário* mediante qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial,

desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1.º da lei (seguem-se 13 incisos enunciativos de condutas ou *tipos administrativos*).

c) A improbidade do art. 11, consubstanciada no *atentado a qualquer dos princípios da Administração Pública*, mediante ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições (seguem-se sete incisos enunciativos de condutas ou tipos administrativos).

Nesse diapasão, o administrador que, por dolo ou culpa (*negligência*), contrata servidores sem submetê-los previamente a concurso público de provas ou de provas e títulos, fazendo tábula rasa da regra constitucional do art. 37, II, *incorre necessariamente em ato de improbidade administrativa*. Pazzaglini Filho, Elias Rosa e Fazzio Jr. (1997, p. 120), *in verbis*:

Neste passo, é bom frisar que uma das formas usuais de se lesionar o patrimônio público é a contratação de agentes públicos para atender a finalidades menores, sem a realização de concurso público, pagando-os para que nada mais façam senão “política”, isto quando não se caracterizam como autênticos “fantasmas” só materializados nos holerites mensais. Quase sempre são realizadas através de entes da administração indireta (empresas públicas e sociedades de economia mista) ou fundacional, geralmente sob o pretexto de que evitam o superdimensionamento da máquina administrativa. [...] Ainda que contratações sem concurso nem sempre acarretam dano ao patrimônio público, a moralidade administrativa, a legalidade e a impessoalidade são irremediavelmente maculadas por elas, donde a aptidão do Ministério Público para se insurgir contra elas.

Há improbidade por violação aos deveres de honestidade e imparcialidade, que correspondem, respectivamente, aos consectários deontológicos dos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade (*normas-princípios*). Assim, se o administrador contratou uma leva de servidores sem ao menos realizar o certame, *deixou de praticar, indevidamente, ato de ofício* (art. 11, II, da Lei n. 8.429/92). Se, por outro lado, realizou o certame, mas admitiu pessoas que dele não participaram ou nele não foram aprovadas (fora das hipóteses do art. 37, II,

in fine, e V, da CF), *frustrou a licitude de concurso público* (art. 11, V) da Lei n. 8.429/92. Nas hipóteses da OJ n. 128 da SDI-II, caberá perquirir cuidadosamente o elemento subjetivo da conduta (dolo ou culpa), uma vez que, não raro, a anulação ulterior do concurso público realizado se deve a fatores outros que não a intenção, a negligência, a imprudência ou a imperícia (e.g., incompetência burocrática inocente, desconhecimento escusável do alcance da norma, discrepância de entendimentos doutrinários e/ou jurisprudenciais etc.).

Além disso, as hipóteses em comento poderão configurar improbidade administrativa por lesão ao erário (art. 10), se a conduta omissiva do administrador ensejar perda patrimonial à entidade elencada no art. 1.º, mormente em face de possível condenação perante a Justiça do Trabalho (norteadas que é pelos princípios peculiares do Direito do Trabalho, que afastam a tese da nulidade de nenhum efeito²³). A conduta poderá ser subsumida, e.g., ao tipo administrativo do inc. IX, ou ainda aos tipos dos incs. XI ou XII.

Enfim, se houver conluio entre o obreiro e o agente público, com o conseqüente enriquecimento desse último, a improbidade será a do art. 9.º, em uma das hipóteses típicas ali relacionadas. Nesse último caso, porém, a *má-fé* do reclamante redundará em sua sucumbência na Justiça Obreira, além de sujeitá-lo, juntamente ao administrador ímprobo, aos rigores da Lei de Improbidade pelos prejuízos causados ao erário (art. 3.º da Lei n. 8.429/92).

Em todas essas situações, há *improbidade administrativa*, sob uma ou outra roupagem. Caberá ao Magistrado, em atenção ao preceito constitucional de *punição* das autoridades administrativas responsáveis pela inobservância das formalidades do inc. II do art. 37, *oficiar ao Ministério Público Estadual* (ou *Federal*, se envolver interesse da União na forma do art. 109, I, da CF), com cópia da sentença condenatória e dos demais documentos que encerrem elementos de convicção relacionados à improbidade, para que o *Parquet* ajuíze a competente *ação civil pública*

²³ Mesmo à luz da OJ n. 85 da SDI-I e da Súmula n. 363, que prescrevem o pagamento singular de *salários*: a rigor, dá-se perda patrimonial indevida, causada pela conduta negligente do administrador público, já que os vencimentos suportados pelo erário deveriam reverter em favor de servidores concursados.

*de improbidade*²⁴, visando ao ressarcimento integral do dano, à perda dos valores ou dos bens acrescidos ilicitamente ao patrimônio, à suspensão de direitos políticos dos ímprobos (de 5 a 8 anos), à imposição de multas civis e à proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios pelo prazo de 5 anos (art. 12 da Lei n. 8.429/92).

Nesses casos, se o Ministério Público agir eficazmente, a “sangria do erário” decorrente de condenações em processos do trabalho restará afinal *revertida* pela reposição do numerário a expensas do agente público (que, afinal, é sempre o maior responsável pela ilegalidade nas contratações). Ademais, se o órgão do Ministério Público deliberar *não agir* (no exercício de seu livre convencimento institucional), o Juiz poderá remeter cópia da sentença e/ou das peças de informação ao Procurador-Geral, por analogia ao art. 28 do CPP, para que designe quem o faça ou submeta a questão ao órgão ministerial revisor (Conselho Superior do Ministério Público)²⁵.

O ajuizamento (ou não) da ação civil pública não impede, obviamente, que a própria Administração busque, nas barras dos Tribunais, ressarcimento em face do agente público ímprobo (ação civil regressiva de indenização por perdas materiais). Nesse sentido:

Órgão público. Empregado admitido sem concurso. Contrato nulo. Proibição do inc. II do art. 37 da Constituição Federal. Créditos trabalhistas devidos a título de indenização. § 6.º do art. 37 da Constituição Federal e art. 159 do Código Civil. Competência da Justiça do Trabalho. Extensão prevista na última parte do art. 114 da Constituição Federal. *Ação de regresso contra o agente do órgão público* – segunda parte do § 6.º do art. 37 da Constituição

Federal (TRT, 2.ª Reg., 1.ª T., RO n. 02950408685, Ac. n. 02970235174, rel. Juiz Antonio da Graça Caseiro, grifo nosso).

Avultam, dessarte, as razões para que *se reconheça em Juízo a integralidade dos direitos trabalhistas dos servidores admitidos, de boa-fé, sem concurso público*.

Na jurisprudência, há pioneiro julgado do TRT da 15.ª Região (Campinas) que decidiu desse modo. Confira-se:

Servidor público. Efeitos da contratação sem observância da norma contida no art. 37, inc. II, da CF. Ainda que se decrete a nulidade da contratação, pela inobservância da norma contida no inc. II, do art. 37, da CF, os efeitos decorrentes desse ato são *ex tunc*, já que não se poderá devolver às partes o *status quo ante*, considerando-se que o trabalhador já cumpriu com sua parte, dando a força de seu trabalho, que é impossível de ser restituída. Portanto, *mesmo que nulo o ato não impedirá os efeitos peculiares* (TRT/SP, 15.ª Reg., SE, REO n. 12.797/96, Ac. n. 19.686/97, rel. Edison Laércio de Oliveira, *DOE* de 4.8.1997, p. 128, grifo nosso).

O mesmo se verifica noutros Regionais da Federação, com decisões que – conquanto ainda minoritárias – garantem os demais direitos trabalhistas dos empregados públicos contratados sem concurso (alicerçados ou não na mesma *ratio decidendi* desta obra). Por todos eles, confira-se a paradigmática ementa de julgado do e. TRT da 3.ª Região, da lavra do eminente Juiz Antonio Álvares da Silva (transcrição parcial):

Não pode quem emprega alegar irregularidade praticada por sua própria iniciativa, já que a *valorização do trabalho humano, constitucionalmente garantida (arts. 1.º, 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 (3.ª T., RO n. 9.095/93, rel. Antonio Álvares da Silva, *DJMG* de 31.5.1994, grifo nosso).

²⁴ “Ação civil pública, no caso da improbidade administrativa, é ação civil de interesse público imediato, ou seja, é a utilização do processo civil como um instrumento para a proteção de um bem, cuja preservação interessa à toda a coletividade” (PAZZAGLINI FILHO; ROSA; FAZZIO JÚNIOR, p. 187).

²⁵ Em outras matérias, o próprio legislador já tem equiparado, para fins procedimentais e processuais, os atos de improbidade administrativa às infrações penais *stricto sensu* (cf., e.g., o art. 84, § 2.º, do CPP, na redação da Lei n. 10.628/2002). De todo modo, se o *custos legis* não atuar, a opinião pública provavelmente não debitará essa conta social no passivo acumulado do Judiciário Trabalhista – e, ainda que o faça, o Juiz do Trabalho terá cumprido seu dever de ofício (que é, afinal, aquilo que importa).

No e. TRT da 7.^a Região, confira-se:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de REO, referentes ao Proc. n. 0025/00 da Única Vara do Trabalho de Crateús, em que são partes Ana Araújo Gomes e Município de Tauá. [...] A PRT manifesta-se no sentido de que face à nulidade do pacto laboral, deve a reclamatória ser julgada improcedente. [...] Inobstante, porém, o vício de contratação da autora, a nulidade, no entanto, tem efeitos *ex nunc*, face à teoria do contrato realidade, garantindo-se à obreira não somente os salários, mas os demais direitos trabalhistas (TRT/CE, 7.^a Reg., REO n. 2.359/01, Ac. n. 3.259/01, relatora Laís Mira Rossas Freira, *DOJT* de 27.9.2001, grifo nosso).

Na Justiça comum, decisões de mesma expressão são conhecidas. Confira-se, por todos, o seguinte aresto do TJMG (referente à hipótese de contratação pública nos termos do art. 37, IX, da CF, que ali se entendeu ser de competência da Justiça comum, por envolver regime administrativo especial – do que, *venia concessa*, discordamos), que inclusive tece considerações sobre a juridicidade e a conveniência sociopolítica da Súmula n. 363:

Servidor contratado por prazo determinado. Prorrogações sucessivas da contratação. Efeitos não retroativos da decretação de nulidade. Inconsistência do enunciado n. 363 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho. Se a necessidade de contratar da Administração não é temporária, nem resulta de circunstâncias especiais, mas é permanente e resulta da necessidade rotineira do serviço, o que é evidenciado pelas sucessivas prorrogações de contratações que deveriam ser temporárias, é inafastável a exigência constitucional de concurso público. Desrespeitada a exigência, deve ser cominada a nulidade prevista no art. 37, § 2.^o, da Constituição. *O enunciado n. 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. 1.^o, IV, 170, *caput*, e 193, da Constituição). *A nulidade estabelecida no art. 37, § 2.^o, da Constituição para a desobediência da exigência de concurso tem por objetivo inibir tal prática ilícita. No entanto, o enunciado n. 363 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho acaba por incentivá-la, revelando-se como verdadeiro “tiro que saiu pela culatra”* (TJMG, Apel. Cível n. 000.261.310-7/00, Ac. n. 16.5.2002, relatora Desembargadora Maria Elza, Proc. n. 261310-7/00 (1), Comarca de Mesquita, Juízo de Direito da Comarca de Mesquita, Altamira Lopes Silva e outros x Município de Santana do Paraíso, *DJMG* de 2.8.2002, grifo nosso).

Enfim, mesmo encaminhamento já se deu à questão, por duas vezes, no e. STJ – o que atesta, com a autoridade do Tribunal ao qual compete uniformizar a interpretação da lei federal (*ut* art. 105, III, “a” a “c”, da CF), o acerto das considerações aqui vazadas. Confirmam-se as ementas:

1. *A declaração de nulidade de contrato de trabalho, por inobservância do art. 37, II, da CF/88 (ausência de concurso público), gera efeitos ex nunc*, resultando para o empregado o direito ao recebimento dos salários e dos valores existentes nas contas vinculadas ao FGTS em seu nome.
2. O empregado não concorre diretamente para a prática de ato ilícito cometido pelo empregador, quando o contrata sem concurso público, afrontando o art. 37, II, da CF.
3. Aplicação do princípio da boa-fé e da primazia da realidade (1.^a T., REsp n. 326.676/GO, rel. Min. José Delgado, *DJU* de 4.3.2002, p. 196, grifo nosso).

No mesmo sentido, confira-se o acórdão prolatado pela 1.^a T. no REsp n. 284.250/GO, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJU* de 12.11.2001, p. 128. E diga-se, por oportuno, que, se a declaração da nulidade gera efeitos *ex nunc*, é certo que *todos os demais direitos adquiridos* até a data do ato administrativo declaratório são devidos (como, e.g., adicionais de periculosidade e de insalubridade, adicionais de horas extras, férias e gratificações natalinas etc.), não se limitando aos salários e ao FGTS.

Ademais, manifestações doutrinárias recentes têm perfilhado teses similares (conquanto às vezes respaldadas em diversa *ratio juris*). Transcrevem-

se, a propósito. excertos de recente artigo de Ernandes de Andrade Santos (1999, p. 495-499)²⁶:

A Emenda Constitucional n. 19/98, no campo das relações de trabalho, acolheu expressamente a admissão de servidores na administração pública após 5.10.83, sem efetivação de concurso público, na medida em que conceitua-os, disciplina a forma de terminação dos respectivos contratos – descumprimento de metas orçamentárias – atribuindo dignidade ao trabalhador no serviço público.

Riscado do mundo jurídico constitucional-administrativo, a exigência do Regime Jurídico Único, os servidores públicos – *rectius* – trabalhadores públicos, admitidos aos serviços sem concurso, não são estatutários, atraindo a incidência do art. 7.º, da Constituição Federal, e dos direitos trabalhistas mínimos previstos na CLT.

As normas examinadas são auto-aplicáveis, ou de eficiência imediata, alcançando tanto os contratos em curso quanto as situações ainda discutidas em processo de conhecimento, sem incidência, portanto, da prescrição ou da coisa julgada.

Os contratos dos trabalhadores públicos admitidos sem concurso não importam mais em nulidade, embora permaneça insita, porque do sistema constitucional e administrativo, a responsabilidade civil e criminal da autoridade responsável por contratações irregulares, desatenciosas ao interesse público (grifo nosso).

Ocasionalmente, a própria Administração Pública reconhece efeitos à contratação ou à promoção nula (o que, a nosso ver, é medida tendente à realização da *moralidade administrativa* e da *valorização do trabalho humano* – desde que, evidentemente, não decorra de conluíus, nepotismo ou apadrinhamento). E disso importa referir um exemplo contundente.

No Estado de São Paulo, não poucas vezes, a Secretaria Estadual da Educação teve ocasião de conceder administrativamente o padrão salarial do cargo ou da função efetivamente exercido a servidores que, embora não habilitados formalmente para o exercício daquele determinado cargo

²⁶ Quanto ao primeiro parágrafo transcrito, temos alguma objeção, como se faz constar *infra*, no n. 5 das Conclusões (tópico 6).

ou função, desempenharam-no com boa-fé e de maneira não-eventual. O fenômeno foi denominado de “exercício de fato” e mereceu atenção da respectiva Divisão de Recursos Humanos (Ofício DRHU n. 233-82, de 21 de junho de 1982), nos seguintes termos:

Logo, para que se caracterize a ocorrência do exercício de fato, exige-se: a) Requisitos Formais: existência legal do cargo ou da função – exercício efetivo das funções; boa-fé do servidor; ato formal de designação; b) Requisito intrínseco: habilitação específica.

Evidentemente, a regra aproveitava sobretudo a servidores estatutários. A despeito de sua vigência ou aplicabilidade atual, porém, essa curiosa norma administrativa é inspiradora e mereceria ser universalizada – e, na verdade, não é outra a proposta que apresentamos neste livro. Se a premissa de Justiça é válida para o “exercício de fato” de um servidor da Secretaria da Educação do Estado de São Paulo que não atendesse aos pressupostos formais do cargo ou função (deferindo-se-lhe todos os consectários pecuniários do posto aspirado – e não apenas salários), há de ser válida, também, para o “exercício de fato” de qualquer servidor não concursado, desde que presentes os mesmos requisitos, a saber: a) *exercício efetivo das funções*; b) *boa-fé do servidor*; c) *ato formal de designação* (que pode ser portaria de nomeação ou designação, o instrumento escrito do contrato de trabalho ou a própria anotação em CTPS); d) *habilitação específica* (quando exigível). E dir-se-ia, mais, que no Estado de São Paulo a referida norma desafia, nos quadros das Administrações estadual e municipais, *aplicação analógica* em favor de empregados públicos sob semelhantes condições, *ut art. 8.º, caput*, da CLT. Afinal, *ubi eadem ratio, ibi eadem ius*.

5. TEORIA DA APARÊNCIA

Não bastassem todos os argumentos alinhavados no tópico anterior, exsurge ainda uma vertente não destrinchada por nenhum dos autores que se debruçaram sobre o tema: a aplicação da *teoria da aparência*, tão cara ao Direito Civil, para o equacionamento das questões em comento.

A teoria da aparência tem sido utilizada para justificar a *eficácia* de atos jurídicos realizados por quem não era titular do direito transferido, modificado ou extinto. Noutras palavras, beneficia fundamentalmente o *terceiro de boa-fé* que participou do negócio jurídico viciado por erro essencial. Esquiva-se, por esse expediente, das limitações naturais impostas pela máxima jurídica segundo a qual ninguém pode transferir direito que não seja seu, ou mais direito do que tenha (*nemo dat quod non habet; nemo ad alium transferre potest quam ipse habet*). Interessa, particularmente, ao Direito dos Contratos – legitimando, e.g., a aquisição do bem móvel por quem somente realizou a paga após ver o título de domínio, ou ainda o pagamento feito de boa-fé ao credor aparente (arts. 935 do CC/16 e 309 do CC/2002).

A par do Direito dos Contratos, os seus desdobramentos espraiam-se pelos diversos setores do Direito Civil. Assim, a *aparência* sobreleva na figura do domicílio aparente (arts. 33 do CC/16 e 73 do CC/2002), na separação de fato dos cônjuges (induzindo à crença da inexistência ou cessação da sociedade conjugal), na ostentação da vida *more uxorio* pelos companheiros (induzindo à crença de existência de matrimônio), na posse de estado de casado (arts. 203 e 206 do CC/16 e 1.545 e 1.547 do CC/2002), na posse de estado de filiação (arts. 348 do CC/16 e 1.604 do CC/2002), nos efeitos *erga omnes* dos registros civis de pessoas físicas e jurídicas, nos efeitos do mandato aparente ou extinto (arts. 1.308 e 1.321 do CC/16 e 674 e 689 do CC/2002), nos atos praticados por herdeiro aparente ou excluído (arts. 1.600 do CC/16 e 1.817 do CC/2002) etc.²⁷

Assim como se aplica aos negócios jurídicos em geral, a teoria pode ser aplicada com sucesso a *atos administrativos negociais*, como é o *ato de investidura*²⁸, e bem assim a qualquer *fato jurídico* em

²⁷ Todos os exemplos são de Vicente Ráo (1997, p. 211).

²⁸ Cf. Hely Lopes Meirelles (1991, p. 162-166): “Além dos atos administrativos *normativos* (a) e *ordinatórios* (b), isto é, daqueles que encerram um mandamento geral ou um provimento especial da Administração, outros são praticados contendo *uma declaração de vontade do Poder Público coincidente com a pretensão do particular*, visando à concretização de negócios jurídicos públicos, ou à atribuição de certos direitos ou vantagens ao interessado. [...] Nesse conceito enquadram-se, dentre outros, os atos administrativos de *licença, autorização, permissão, admissão, visto, aprovação, homologação, dispensa, renúncia*, e até mesmo o protocolo administrativo” (negrito nosso).

desenvolvimento (como é o fato da *execução de serviços* pelo agente público). Di-lo, com outras palavras, Vicente Ráo (1997, p. 209), *in verbis*:

Uma observação final: das justificações doutrinárias expostas, muitas não abrangem a totalidade das espécies de aparência de direito, visto como aludem, apenas, à titularidade aparente, pressupondo, pois, a presença de um titular verdadeiro e a de um titular aparente relativamente a um direito que na realidade existe, ao passo que *a aparência também pode configurar-se*, por exemplo, *no momento constitutivo dos direitos, através de atos praticados por autoridades, funcionários ou oficiais públicos investidos ilegalmente em seus cargos, ou que seus cargos ocupam apenas de fato*, bem como através de *atos públicos formais inexatos* (como registros constitutivos, etc.) e, mesmo através de atos que recaem sobre “direitos imaginários” que, enquanto circulam, produzem, em seus giros sucessivos, obrigações e direitos (grifo nosso).

Ao ensejo dessa citação, cumpre esclarecer quais as justificações doutrinárias mais aceitas para a teoria da aparência.

Uma das teses supõe que o titular aparente represente o titular verdadeiro ou, quando menos, exerça a gestão de seus negócios. Outra tese sustenta que a aparência se justifica pelo mesmo fundamento que autoriza a *eficácia* do ato ostensivo nas simulações, desconsiderando-se as ressalvas trocadas entre as partes do ato simulado: *o que no comércio revela-se como verdadeiro, deve valer como se verdadeiro fosse*²⁹. Uma terceira tese evoca o *princípio da responsabilidade* para justificar o dever de o verdadeiro titular respeitar o ato praticado por outrem com o titular aparente; essa responsabilidade decorreria ora da *culpa*, ora do *risco*, ora ainda do *não-exercício do direito* (por parte do verdadeiro titular). Há uma quarta tese cujo fundamento é de caráter psicossocial, pelo qual *os direitos repousam sobre as crenças*: as relações sociais baseiam-se na *confiança legítima* de cada qual na regularidade de seu direito e do direito de outrem (leia-se *boa-fé*, ao ensejo do art. 422, *in fine*, do CC/2002); essa *confiança legítima* deve ser respeitada, mesmo

²⁹ Máxima de Ferrara, transcrita por Ráo (1997, p. 205): “ciò che nel commercio appare come vero, deve valere come vero”.

pelo verdadeiro titular do direito. Apresenta-se, enfim, uma quinta tese desenvolvida com base na máxima *error communis facit jus*, que decorre do interesse social na *segurança jurídica*; essa tese liga-se, mais que à boa-fé das pessoas individualmente consideradas, à noção de *boa-fé coletiva*.

Dentre todas, afigura-se-nos mais acertada essa última tese, até porque prescinde da noção de “titularidade” real ou aparente (que, a propósito, não serviria à hipótese do servidor contratado sem concurso prévio: salvo raríssimas exceções, não há como se identificar quem seria o verdadeiro “titular” do emprego público exercido por trabalhador não concursado ou dos salários a ele pagos). Nesse passo, é correto dizer que os efeitos jurídicos da aparência devem-se à figura do *erro comum*, que é

a opinião errônea que tem a coletividade, é a convicção generalizada por força da qual todos reputam que certa situação de fato corresponde a uma situação de direito; ora, [...] enquanto a opinião pública cria o direito (ou, como seria melhor dizer-se, enquanto cria o que supõe ser o direito), e contra ela a opinião individual não pode reagir, na aparência do direito é a situação de cada um (e não a opinião geral) o elemento que assume a maior importância e deve, conseqüentemente, ser examinada atendendo-se às peculiaridades de cada caso (RÁO, 1997, p. 209)³⁰.

Assim fundamentado, o conceito de *aparência*, que decorre de diversos preceitos legais em vigor e hoje se desdobra em *teoria*, logrou alcançar no ordenamento jurídico brasileiro o *status* de *princípio jurídico* (RÁO, 1997, p. 211-213), sendo por isso aplicável ao Direito do Trabalho por força do art. 8.º da CLT (“outros princípios e normas gerais de direito”), na medida em que se projeta como *regra de conduta* com um *plus* conceitual em relação à mera *boa-fé*. Se a pessoa não tem aparência de titular do direito, mas a contraparte reputa-a titular, há *boa-fé* pura e simples, sem maiores conseqüências (a não ser a revalidação parcial do ato jurídico de que se trata); se, porém, a pessoa aparenta ser o verdadeiro titular do direito, deflagra-se o mecanismo da *aparência*: “a boa-fé não existe, apenas, em relação a um indivíduo isoladamente considerado, mas em

³⁰ Dessa feita, citando Mariano d’Amelio.

relação a todos os indivíduos, transformando-se em erro invencível” (RÁO, 1997, p. 211, nota 11)³¹. E, deflagrado aquele mecanismo,

a aparência do direito [...] enquadra-se no problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração, restaurando a eficácia da vontade daqueles que atos jurídicos praticaram na crença da realidade ou da titularidade dos direitos (RÁO, 1997, p. 213).

O mesmo vale, *in casu*, para a *circunstância* da pessoa *in concreto*: se à circunstância falta a aparência de *liceidade*, a boa-fé de quem a ela se subordina tem efeitos restritos; se, porém, a circunstância é *aparentemente lícita*, até porque chancelada por um órgão da Administração direta ou indireta, dá-se a *eficácia* dos fatos jurídicos praticados na crença da realidade (i.e., a prestação de serviços do servidor não concursado que trabalha de boa-fé), em face da crença comum na *licitude* do fato jurídico, logo a prestação de serviços sob essas condições há de surtir todos os efeitos próprios da comutatividade contratual – o que inclui pagamento de remunerações, indenizações e FGTS.

Como, porém, identificar concretamente a *aparência*, para que os efeitos do ato jurídico dimanem *in totum*?

Vem à baila, com esse questionamento, o elenco dos *requisitos essenciais* (*objetivos* e *subjetivos*) da aparência juridicamente relevante (RÁO, 1997, p. 210). Conforme os apresentemos, faremos o cotejo com o que se passa em relação ao servidor admitido sem concurso.

São *requisitos essenciais objetivos* da aparência juridicamente relevante os seguintes: a) situação de fato cercada de circunstâncias que manifestamente denotem uma segura situação de direito; b) situação de fato que assim possa ser considerada segundo a ordem geral e normal das coisas; c) apresentação do titular aparente como se legítimo fosse, ou do direito como se realmente existisse.

É patente a subsunção da hipótese da Súmula n. 363 do col. TST – nos casos de boa-fé do servidor – ao elenco *supra*. O servidor irregularmente admitido acerca-se de circunstâncias que insinuam, indubitavelmente, situação segura de direito (nomeação por portaria ou por outro ato administrativo; registro em CTPS; instrumento escrito de

³¹ Citando Gérard Lyon Caen, no estudo *De l’Evolution de la Notion de Bonne Foi*.

contrato de trabalho, em que é contraparte a Administração, cujos atos são dotados de *presunção de legitimidade*). Veja Hely Lopes Meirelles (1991, p. 135):

Os atos administrativos, qualquer que seja a sua categoria ou espécie, nascem com a *presunção de legitimidade*, independentemente de norma legal que a estabeleça. Essa presunção decorre do princípio da legalidade da Administração, que, nos Estados de Direito, informa toda a atuação governamental. Além disso, a presunção de legitimidade dos atos administrativos responde a exigências de celeridade e segurança das atividades do Poder Público, que não poderiam ficar na dependência da solução de impugnação dos administrados, quanto à legitimidade de seus atos, para, só após, dar-lhes execução. [...] A presunção de legitimidade autoriza a imediata execução ou operatividade dos atos administrativos, mesmo que argüídos de vícios ou defeitos que os levem à invalidade.

Forçoso reconhecer, outrossim, que essa seria a ordem geral e normal das coisas: houvesse sido a pessoa aprovada em concurso público, outro não seria o encaminhamento convencional, como decorrência de seu direito à investidura: nomeação, posse e exercício, registro em carteira etc. Diante desse panorama, aquele direito à investidura, com todos os seus consectários (incluindo a percepção de todas as vantagens pecuniárias do emprego ou função), apresenta-se à comunidade como se realmente existisse.

De outra feita, são *requisitos essenciais subjetivos* da aparência juridicamente relevante: a) incidência em erro de quem, de boa-fé, considera como situação de direito uma dada situação de fato; b) escusabilidade daquele erro, apreciada segundo a condição pessoal de quem nele incorreu.

Quanto a isso, já referimos a necessidade de que uma predisposição subjetiva honesta e proba – agora *requisito essencial* da aparência juridicamente relevante – esteja presente, ou seja, ao menos, presumível (veja tópico 4, *supra*). O obreiro contratado sem concurso público ou mantido no serviço público após o exaurimento do prazo estatuído pela lei local (art. 37, IX, da CF), deve agir de *boa-fé*. Se o trabalhador tem plena consciência do vício subjacente e atua em conluio com o agente público

(seja ele explícito ou tácito), não pode ser vitorioso em sua reclamatória (aplicando-se, também aqui, a parêmia *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*). O erro deve ser, ainda, *escusável*. Por isso, não se o admite em relação ao agente público que *obrigatoriamente* haveria de conhecer os princípios norteadores da atividade governamental: negligenciando a norma do art. 37, II, terá necessariamente agido com *culpa* (cuja prova, ademais, torna-se dispensável na ação movida pelo trabalhador em face da Administração, *ex vi* da responsabilidade objetiva insculpida no art. 37, § 6.º, da CF). Assim, em geral não há erro escusável quando o servidor é um técnico jurídico, conhecedor dos meandros legais, ou quanto se trata de um alto funcionário administrativo (e.g., o Procurador do Município ou o diretor de arrecadação fiscal, ressalvados os casos de cargos em comissão e as funções de confiança); daí porque, nesses casos, a boa-fé do servidor deve ser *provada* por ele, invertendo-se o *onus probandi* (ut art. 335 do CPC c. c. o art. 769 da CLT).

Retomando uma afirmação anterior, todavia, o que se observa, as mais das vezes, é a contratação de obreiros pouco escolarizados, rasos em cultura e simples em espírito, para tarefas que não demandam qualquer qualificação e que se estendem por curto interregno. Esses agem de boa-fé, escorados em erro invencível – afinal, a própria *autoridade pública* o está empregando; que vício poderia haver?

Nesses casos, insinuam-se presentes todos os requisitos essenciais da teoria da aparência, objetivos e subjetivos. Não se trata de mera boa-fé; há, antes, a *aparência* da regularidade – na dicção de Ráo (1997, p. 210), “o direito como se realmente existisse” –, inspirando *confiança legítima* na generalidade das pessoas (inclusive nos cidadãos que interagem com o servidor e aos quais aproveitam os seus serviços). De rigor que, a bem da segurança jurídica, o Judiciário *proteja* a situação de fato, como se fora situação jurídica. E, nos termos expostos, “a aparência de direito produz os mesmos efeitos da realidade de direito, salvo particulares restrições legais” (RÁO, 1997, p. 210) (assim é que, uma vez detectada a nulidade, a prestação de serviços não pode, obviamente, perdurar).

Nada obstante, esses efeitos não prejudicam o direito regressivo da Administração (veja tópico 4, *supra*), pelo que o seu “prejuízo” é, em tese, temporário. Aliás, a esse propósito cabe evocar, *mutatis mutandi*, as ilações de Ráo (1997, p. 210) sobre as garantias do “titular verdadeiro” do

direito em questão (titular que, *in casu*, acaba sendo a própria Administração, diante da impossibilidade de se identificar a pessoa física que poderia ter ocupado a vaga e recebido os salários). Transcrevemo-las, como último tributo ao mestre:

E quando se afirma que tais efeitos são produzidos em prejuízo do titular verdadeiro, a afirmação deve ser entendida em termos: o titular verdadeiro possui, normalmente, meios legais para obstar que outrem disponha de seu direito sem estar, para tanto, legitimado; mas, se por qualquer circunstância não usou ou não pôde usar desses meios, cumpre-lhe, é certo, respeitar a situação de quem corretamente negociou à vista e consideração da aparência do direito, mas sempre lhe resta a faculdade de reclamar do titular aparente e não legitimado, que semelhante situação causou, a reparação das perdas e danos.

Nessa ensanча, entenda-se por “titular aparente e não legitimado” o administrador público que apresentava a Administração e que aparentemente agiu nos limites da lei ao distribuir os empregados públicos, mas que na verdade os distribuiu com violação ao princípio da acessibilidade por concurso aos cargos, empregos e funções públicas. O “titular aparente”, a rigor, é o servidor não concursado – mas esse, se agiu de boa-fé, está *legitimado* para os efeitos jurídicos do contrato de trabalho.

É o que tínhamos a dizer.

6. CONCLUSÕES

À guisa de conclusão, destacam-se as seguintes proposições.

1.^a) Em sede jurisprudencial, a celeuma em torno da contratação irregular de empregados públicos, ao arrepio das regras constitucionais e legais de investidura, foi resolvida pela Seção de Dissídios Individuais do col. TST no final da década de 1990. Para tanto, editou-se a OJ n. 85 (SDI-I), depois transformada, por ato do Pleno, na Súmula n. 363. Nada obstante, a *vexata quaestio* desafia novo dimensionamento, pelas próprias contradições ínsitas àquele entendimento.

2.^a) No Direito Civil, põe-se a *summa divisio* entre atos *nulos* e *anuláveis*, sendo *nulos* os atos jurídicos praticados por pessoas absolutamente incapazes ou aqueles cujo objeto é ilícito, indeterminado ou impossível, ou ainda aqueles que não revestem a forma prescrita em lei (incluídas as solenidades *ad substantiam tantum*), ou aqueles cujo motivo determinante for ilícito e aqueles que objetivarem fraudar lei imperativa ou os que a lei e/ou a Constituição declararem nulos e/ou aos quais negarem efeitos. *Anuláveis*, de sua parte, são os atos jurídicos emanados por agente relativamente incapaz e os evadidos por vícios de consentimento (erro, dolo, coação, lesão e estado de perigo) ou por vícios sociais (simulação e fraude). À luz dessas considerações, e por força do art. 37, II, da CF, combinado com seu § 2.º, o contrato de trabalho do servidor não concursado, abstraídas as exceções constitucionais (art. 37, II, *in fine*, V e IX), é *nulo ab ovo*. Os *efeitos* dessa nulidade, contudo, não podem ser os mesmos divisados pelo civilista, porque a teoria das nulidades comporta adequações nos lindes do Direito do Trabalho (*diversidade relativa dos efeitos das nulidades*). No plano constitucional, chega-se à mesma ordem de conclusões pela interpretação sistemática das normas constitucionais de nulidade: quando o constituinte originário pretendeu obstar qualquer efeito jurídico ao ato nulo, declarou-o expressamente, como se lê no art. 231, § 6.º, da CF (acerca das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios):

São *nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos*, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nela existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, *não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou ações contra a União*, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (grifo nosso).

Não o declarou, porém, no § 2.º do art. 37, conquanto pudesse fazê-lo – donde se entende que a regulação dos efeitos da nulidade ali predisposta foi reservada para o legislador infraconstitucional (cabendo ao Poder Judiciário, à míngua de lei ordinária, colmatar a lacuna correspondente).

3.^a) Tradicionalmente, os que se guiam pela OJ n. 85 e pela Súmula n. 363 do col. TST evocavam o art. 158 do CC/16 (atual art. 182 do CC/2002)

para amparar seu entendimento. O referido preceito estabelece que, não sendo possível restituir as partes ao *status quo ante*, deve-se indenizá-las com o equivalente. Ocorre que o *equivalente* ao trabalho prestado, em sede trabalhista, não são apenas os salários, mas *todos os títulos decorrentes do vínculo empregatício*; caso contrário, o trabalho pessoal e não-eventual prestado sob subordinação e mediante salários, na forma do art. 3.º da CLT, não diferiria da mera locação de serviços (*locatio conductio operarum*), disciplinada pelos arts. 1.216 e ss. do CC/16 e pelos arts. 594 e ss. do CC/2002. Com efeito, é na *locatio conductio operarum* que da prestação de serviços decorre tão-só a contraprestação pecuniária (“retribuição”), sem quaisquer outros acessórios, *ex vi* dos arts. 1.216, *in fine*, 1.219 e 1.228 do CC/16 e dos arts. 594, *in fine*, 597 e 603 do CC/2002. Daí porque as reflexões clássicas sobre a nulidade do contrato de trabalho nos casos de servidores não concursados desafiam reparos.

4.ª) A EC n. 19/98 (Reforma Administrativa) trouxe consigo modificações relevantes para o tema em comento. Ao introduzir o princípio da eficiência, o legislador visou, entre outros objetivos, à legitimação de ações institucionais impopulares fulcradas no art. 41, § 1.º, III, e no art. 169, § 4.º, da CF. Nada obstante, cabe ao exegeta conferir sentido socialmente útil ao novel princípio, para que dele se possam extrair conseqüências práticas e injunções à própria Administração Pública. Ganham relevo, por isso, os conceitos de *eficácia* e de *eficiência*, como postos na obra de Peter F. Drucker. *Eficiência* significa “fazer as coisas certo”, i.e., corresponde à *capacidade de minimizar o uso de recursos para alcançar os objetivos da organização* (que, no caso do Estado e de suas administrações, é o *bem comum*). Nessa medida, se a exoneração de servidores públicos (por questões orçamentárias ou por “baixo desempenho”) comprometer o bom funcionamento dos serviços públicos ou o próprio equilíbrio social (que se ressentem de demissões quando grassam a recessão e o franco desemprego), não estará a Administração primando pela satisfação do *bem comum* e, por isso, desatenderá ao princípio da eficiência. Noutras palavras, de nada vale reduzir custos e não atingir os objetivos selecionados pelo constituinte originário – entre os quais a solidariedade social, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais e a promoção do bem comum (art. 3.º, I, II, III e IV, da CF). Nesse rol, não está o atingimento de superávits primários,

tampouco a contenção do déficit público (esse último é um objetivo valioso, inclusive de traço legal-constitucional – *ut* LC n. 101/2000 e arts. 163 a 169 da CF –, mas não é *fundamental* na ordem constitucional vigente). O princípio da eficiência pode, portanto, ser evocado em favor do cidadão.

5.ª) Sobre a referência à *complexidade do cargo ou emprego* (art. 37, II), é cediço que as exceções à obrigatoriedade do concurso público prosseguem sendo as mesmas: *cargos em comissão*, declarados em lei de livre nomeação, e *contratos por prazo determinado* para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público. Outro entendimento significaria delegar ao legislador ordinário (federal, estadual, distrital, municipal) a tarefa de estabelecer concretamente quais cargos, empregos e/ou funções públicas poderiam ser ocupados por servidores não concursados, aviltando os princípios da moralidade pública e da impessoalidade. De se compreender, por isso, que a natureza e a complexidade do cargo ou do emprego determinam apenas o *conteúdo* das provas e, bem assim, a natureza do concurso (se apenas de *provas* ou de *provas e títulos*); para que esses aspectos não remanesçam ao talante do administrador, a *lei* deverá pontificar os critérios cabíveis. Rechaça-se, nessa perspectiva, o entendimento de que “a Emenda Constitucional n. 19/98, no campo das relações de trabalho, acolheu expressamente a admissão de servidores na administração pública após 5.10.83, sem efetivação de concurso público” (SANTOS, E., 1999, p. 499).

6.ª) Em face do art. 37 da CF, há pelo menos três hipóteses de contratação *nula* de servidores públicos: a) nulidade por violação pura e simples à norma do art. 37, II, 1.ª parte, da CF (investidura para cargos, empregos ou funções públicas, por tempo indeterminado, sem aprovação prévia em concurso público, ressalvados os cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração); b) nulidade por violação oblíqua à norma permissiva do art. 37, II, *in fine*, c. c. o inc. V, *in fine*, da CF (contratação sem concurso público a pretexto de ocupação de cargos declarados em lei de livre nomeação e exoneração, em funções cujas características técnicas ou estratégicas não envolvem direção, chefia ou assessoramento); c) nulidade por violação à norma permissiva do art. 37, IX, da CF (contratação por prazo determinado de servidor público, sem concurso público, a pretexto de atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, à míngua de lei específica regulando a matéria ou em desacordo com seus

preceitos). Nesse último caso, desde o momento em que se protraem ao desamparo da lei municipal, os contratos de trabalho viciam-se irremediavelmente por nulidade absoluta – o que, todavia, não fulmina direitos adquiridos no lapso contratual anterior ao exaurimento do interstício legal ou à nota de irregularidade (*utile per inutile non vitiatur*).

7.º) De regra, se houve trabalho subordinado, oneroso, pessoal e não-eventual, houve relação de emprego (art. 3.º, *caput*, da CLT), a despeito do elemento subjetivo que informou o comportamento das partes. Por essa razão, nesses casos, todos os consectários da relação de emprego são devidos (inclusive anotação em CTPS, contagem do tempo de serviço para fins previdenciários, horas extraordinárias, verbas rescisórias e FGTS), apesar da nulidade do contrato de trabalho. Isso se explica, a uma, pela incidência, na espécie, do *princípio da primazia da realidade*. A duas, porque ato jurídico *nulo* é algo diverso de ato jurídico *inexistente*, assim como *nulidade* e *ineficácia* são conceitos ontologicamente distintos. A Constituição Federal impinge a nulidade à contratação de servidor sem concurso público, mas não a declara de nenhum efeito. Ademais, as chamadas verbas rescisórias, assim como o FGTS e o direito à Seguridade Social, têm *status* constitucional, uma vez que previstos nos arts. 7.º e 194 da CF (respectivamente, “Dos Direitos Sociais” e “Da Seguridade Social”); por força de uma interpretação sistemática, não seria razoável imaginar que a regra do art. 37, § 2.º, da CF pudesse, em alguma situação concreta, elidir as garantias sociais constitucionais.

8.ª) Por tudo isso, melhor partir-se da conhecida dicotomia entre *trabalho ilícito* e *trabalho proibido* para proceder à análise dos efeitos das nulidades no âmbito da relação de emprego. Em ambos os casos, o vício do contrato está em seu *objeto*. No primeiro caso, porém, esse objeto é ilícito, enquanto, no segundo caso, é impossível juridicamente. Conquanto na órbita do Direito Civil o efeito final de uma e outra nulidade seja idêntico, no Direito do Trabalho identificam-se conseqüências diversas. Têm objeto ilícito os contratos de trabalho que visem à prestação de favores sexuais ou à realização de condutas penalmente típicas (crimes ou contravenções penais *in tese*); nessa hipótese, não há qualquer direito em favor do “obreiro”, como já reconhece o col. TST:

Jogo do bicho. Contrato de trabalho. Nulidade. Objeto ilícito. Arts. 82 e 145 do Código Civil (SDI-1/TST, OJ n. 199, j. em 8.11.2000).

Por trabalho juridicamente impossível (*proibido*), por sua vez, compreende-se aquele em que o objeto do contrato, em si mesmo, não contém qualquer mácula; a atividade empreendida pelo laborista é intrinsecamente incensurável, embora circunstâncias extrínsecas ao próprio trabalho façam-no *proibido* (v.g., a idade do trabalhador e o não-cumprimento de formalidades exigidas pela legislação). Nesse caso, *até que a nulidade seja declarada, o pacto laboral surte todos os efeitos legais*, exatamente porque é impossível restituir-se ao trabalhador o *status quo ante*:

Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente [art. 182 do CC/2002].

9.ª) A Administração, na forma da Súmula n. 346 do STF, pode declarar a nulidade de seus próprios atos. No caso da contratação pública sem concurso, malgrado haver nulidade (e por se tratar de trabalho proibido, não de trabalho ilícito), o contrato de trabalho produz efeitos regulares até que sua nulidade seja decretada (*ex nunc*), ou se estaria sufragando enriquecimento sem causa do empregador, uma vez que os efeitos *extunc* da nulidade não aproveitariam ao empregado, que não pode ter de volta a força de trabalho despendida. Outrossim, ao dispensar servidores admitidos sem prévio concurso público, as Prefeituras Municipais têm se limitado a desfazer o ajuste, sem justa causa do empregado, operando mera *resilição unilateral* do contrato de trabalho. Se a Administração não declarou a nulidade da contratação, mediante ato administrativo de igual hierarquia à daquele pelo qual investiu o servidor (*unumquodque dissolvitur eo modo quod fuerit colligatum*), tecnicamente não *rescindiu* o contrato, mas o *resiliu*; se simplesmente o *resiliu*, é porque o contrato de trabalho prosseguiu surtindo seus integrais efeitos – inclusive os decorrentes da *resilição unilateral* por iniciativa do empregador (títulos resilitórios: aviso prévio indenizado, verbas proporcionais, indenização rescisória de 40% sobre o FGTS depositado etc.).

10.ª) A boa-fé do reclamante deve ser sempre presumida (art. 113 do CC/2002), mas à Administração Pública abre-se a possibilidade de comprovar que houve, na contratação irregular, *conluio* entre o servidor

contratado e o administrador ímprobo. Se lograr prová-lo, elidindo a presunção de boa-fé, eximir-se-á da obrigação de quitar os direitos trabalhistas, ensejando amiúde a subsunção da conduta do servidor e a do administrador à tipologia do Direito Penal (notadamente arts. 317, 319, 321, 328 e 333 do CP). Nessas circunstâncias, impõe-se negar qualquer efeito trabalhista típico ao pacto laboral, aplicando *in totum* o preceito da OJ n. 85 da SDI/TST e da Súmula n. 363 do col. TST (texto original), ou mesmo – a depender da hipótese – recusando a própria retribuição pecuniária dos supostos serviços (como, e.g., no caso dos “funcionários fantasmas”).

11.^a) O administrador que, por dolo ou culpa (negligência), contrata servidores sem lhes exigir a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, fazendo tábula rasa da norma constitucional do art. 37, II, incorre em ato de improbidade administrativa (Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992), cabendo ao Magistrado trabalhista, em atenção ao preceito constitucional que determina a *punição* das autoridades administrativas responsáveis pela inobservância das formalidades dos incs. II e III do art. 37, oficiar aos órgãos do Ministério Público Estadual (se se tratar de autoridade administrativa municipal ou estadual) ou Federal (se se tratar de autoridade federal), com cópia da sentença condenatória e dos demais elementos de convicção que apontem para a improbidade, para que o *Parquet* ajuíze a competente ação civil pública de improbidade.

12.^a) A *questio juris* também admite equacionamento à luz da *teoria da aparência*, por estarem presentes, na maior parte dos casos, todos os requisitos essenciais daquela teoria, a saber, requisitos *objetivos* (situação de fato cercada de circunstâncias manifestamente denotadoras de segura situação de direito, passível de ser assim considerada segundo a ordem geral e normal das coisas; apresentação do direito como se realmente existisse) e requisitos *subjetivos* (incidência em erro de quem de boa-fé considera como de direito uma dada situação de fato; escusabilidade do segundo a condição pessoal de quem nele incorreu).

II. CÓDIGO CIVIL DE 2002 E CONTRATO DE TRABALHO

*Direito do Trabalho e Direito dos Contratos
– apontamentos relevantes sobre a Parte
Especial do Código Civil de 2002 (Lei
n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002)*

1. INTRODUÇÃO

O presente tópico propõe examinar, sem maiores digressões, o ensejo e a forma de aplicação das normas dispostas pela Lei n. 10.406/2002 (“Institui o Código Civil”) ao Direito do Trabalho e, no geral, às relações sociais de trabalho – como também, indiretamente, ao próprio Direito Processual do Trabalho, por via reflexa. Como, todavia, não se pretende exaustivo, atém-se aos dispositivos da Parte Especial do CC/2002, mais exatamente àqueles que, desde o art. 421, tratam “Dos Contratos em Geral”, no que convier e couber dizer.

Com esse propósito, parte-se da teoria geral dos contratos, como posta pela Lei n. 10.406/2002, para ali identificar princípios e institutos úteis aos operadores do Direito do Trabalho, com especial atenção para as novidades introduzidas pelo novo Código.

Futuramente, deveremos pinçar, entre os vários contratos típicos do Código Civil de 2002, aqueles mais encontrados no âmbito do processo do trabalho (nomeadamente, a doação, a prestação de serviços, a empreitada, o mandato, a transação e o compromisso), comentando-os brevemente e analisando-os à luz do novo regramento legal.