

PERCALÇOS NA IMPLEMENTAÇÃO DO CONCURSO PÚBLICO¹

Evanna Soares²

RESUMO

Este artigo analisa os entraves colocados no caminho das providências voltadas para a efetivação da norma constitucional que exige a realização de concurso público para o ingresso nos cargos, funções e empregos públicos, focalizadas situações encontradas nos Estados do Ceará e Piauí, tomados como exemplo do empreguismo reinante na administração pública brasileira. Aponta os casos mais comuns de burla ao concurso público e aprecia as decisões judiciais, particularmente as proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que, não detectando a impossibilidade de pessoas não concursadas ingressarem no regime jurídico único, considerada a inconstitucionalidade da admissão, dão-lhes o “status” de servidores públicos e não reconhecem a competência da Justiça do Trabalho para julgar as questões do interesse das pessoas jurídicas de direito público e desses trabalhadores irregulares, quando o ente público houver editado estatuto próprio, de modo a esvaziar a competência jurisdicional dessa Justiça, em tal matéria, inviabilizando, também, a atuação do Ministério Público do Trabalho. Aponta, ainda, as dificuldades para responsabilização dos agentes públicos envolvidos nas contratações sem concurso.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 traz no art. 37 o mínimo entre os princípios da administração pública, ou seja, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

No item II desse artigo, “ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”, prevê-se a necessidade de concurso público para investidura nos cargos, empregos e funções públicas, de sorte que se detecta a presença dos referidos princípios na indispensabilidade desse certame, particularmente os da impessoalidade e da moralidade, inerentes à democracia e à república, além da concretização do princípio maior da isonomia. O parágrafo segundo do art. 37 em comentário arremata que a não observância do concurso público, bem assim do seu prazo de validade, “implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei”.

Assim, desde 5/10/1988 está a administração pública direta e indireta obrigada, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade da autoridade, à observância do concurso público, não apenas para a investidura nos cargos públicos (como se via no ordenamento constitucional anterior – art. 97 da Carta de 1967), mas, também, nos empregos e nas funções públicas de todos os entes federados, abrangendo a administração pública direta e indireta.

Começou, igualmente, na data da promulgação da referida Constituição, para os responsáveis pela defesa do interesse social, notadamente o Ministério Público, a batalha pela efetivação desse preceito constitucional.

O presente artigo não se preocupa em explicar os fundamentos da exigência ora focalizada, posto que já esclarecidos, fartamente, pela doutrina. Tem o objetivo geral, sim, de expor, a partir das constatações e observações feitas pela autora no dia a dia de seu ofício institucional no Ministério Público do Trabalho, particularmente em situações vivenciadas na 7ª e na 22ª Região da jurisdição da Justiça do Trabalho - que compreende os Estados do Ceará e Piauí, respectivamente - as dificuldades e os revezes sofridos na atuação com vistas à realização do art. 37, II e § 2º, da Carta de 1988. E, como objetivo específico, alertar para as costumeiras práticas públicas e privadas de burla ao concurso público.

O descumprimento da referida exigência vem sendo justificada pelos administradores sob o argumento da necessidade urgente do serviço, falta de “condições” para realização dos concursos com frequência, desnecessidade de concurso para funções de menor complexidade, entre tantas outras versões juridicamente inservíveis. Mas o que se vê na prática do empreguismo é a colocação de pessoas nos quadros da administração pública, sem concurso, muito mais para fins eleitorais e acomodação de correligionários, parentes e amigos das autoridades no poder, do que, propriamente, para trabalhar – embora existam situações em que essa mão de obra arregimentada com afronta à Constituição venha a ser colocada a serviço da população – o que, porém, não ameniza a agressão à Lei Maior.

Inicialmente, são apontados os modos mais frequentes de infração à regra do citado concurso, constatados na administração pública em geral e no que concerne aos serviços de advocacia pública; em seguida, evidencia-se a situação jurídica dos não concursados nos quadros da administração pública e os questionamentos em torno da anulação das admissões inconstitucionais, destacando-se as decisões judiciais, em particular do Supremo Tribunal Federal, sobre competência jurisdicional e regime jurídico dos servidores públicos, que afetam a participação da Justiça do Trabalho e

1 Artigo escrito com base na participação da autora como debatedora no 1º Congresso Sul-Americano de Direito do Estado, realizado de 10 a 12/8/2009, pelo IBAP, em São Paulo, relativamente à palestra proferida pela Drª Élica Séguin, sob o título “Acesso democrático aos cargos públicos e moralidade administrativa no âmbito da Advocacia Pública”.

2 Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais (UMSA, Buenos Aires). Pós-graduada (Especialização) em Direito Processual (UFPI, Teresina). Mestranda em Direito Constitucional (Unifor, Fortaleza). Procuradora Regional do Ministério Público do Trabalho na 7ª Região (CE). E-mail: evannasoares@hotmail.com.

do Ministério Público do Trabalho no combate aos atentados contra o concurso público, finalizando-se o texto com breve explanação das dificuldades para responsabilização das autoridades envolvidas nas contratações.

2 MODOS USUAIS DE DESRESPEITO À REGRA DO CONCURSO PÚBLICO

São incontáveis as formas encontradas no dia a dia para burlar-se a regra do concurso público, que vão desde a simples não realização do certame para o ingresso no serviço público, até a criminoso utilização de concursos fraudulentos para dar aparência de legalidade a situações irregulares.

2.1 Na administração pública em geral

A experiência tem demonstrado a grande fertilidade das práticas agressivas ao concurso público, tais:

- Inclusão direta na folha de pagamento, a título de “serviços prestados”

Essa prática corriqueira, principalmente nas administrações municipais, consiste da singela “implantação” do nome da pessoa agraciada na folha de pagamento, independente da celebração de algum contrato, anotação na carteira de trabalho ou edição do ato de nomeação. Verbalmente se manda incluir o “servidor” na folha de pagamento; verbalmente é encaminhado a determinado órgão, para trabalhar (quando trabalha!) e também verbalmente será demitido (se o for pela própria administração).

Ao trabalhador admitido sem o requisito do concurso público o Tribunal Superior do Trabalho reconhece, tão somente, a remuneração pactuada pelos serviços prestados e respectivos depósitos do FGTS, conforme Súmula 363:

“SÚMULA-363 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 § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS”³.

- Terceirização ilícita de mão de obra

Segundo o dicionário Houaiss, terceirização é a

“forma de organização estrutural que permite a uma empresa transferir a outra suas atividades meio, proporcionando maior disponibilidade de recursos para sua atividade fim, reduzindo a estrutura operacional, diminuindo os custos, economizando recursos e desburocratizando a administração”.

O Tribunal Superior do Trabalho, conforme Súmula 331, somente admite como lícita a terceirização quando se tratar de trabalho temporário regido pela Lei n. 6.019/1974, serviços de vigilância (Lei n. 7.102/1983), de conservação e limpeza, e serviços especializados relativos à atividade meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta:

“SÚMULA-331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE
I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

...

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, ... desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo...”⁴.

Sobre a terceirização na administração pública, o TST, na mesma Súmula, enfatiza que:

“SÚMULA-331

...

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

...

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993)”.

3 Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 17 Ago. 2009.

4 Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 17 Ago. 2009.

Apesar dos requisitos para a terceirização lícita e da rigorosa punição para a administração pública infratora, com a responsabilização subsidiária pelo pagamento das obrigações trabalhistas não adimplidas pela empresa interposta, essa modalidade de contratação grassa nos diversos órgãos da administração pública, inclusive federal⁵, independente da natureza do serviço.

Terceiriza-se a mão de obra (em vez de todo o serviço) para várias funções - o que não é legal - desde o pessoal da limpeza pública, a professores, burocratas e profissionais da saúde.

E, por empresa interposta – que atua como atravessadora de mão de obra – os trabalhadores apadrinhados ou não, parentes, amigos e aliados do administrador, são levados ao serviço público, independente de concurso, contando, ainda, com a segurança, nesse caso, quanto aos créditos trabalhistas não pagos pela “empregadora”, do instituto da responsabilidade subsidiária do Poder Público prevista no último item da Súmula/TST 331.

•Desvirtuamento dos contratos de estágio

O estágio de estudantes nos órgãos públicos é distorcido de dois modos: quando do ingresso, na medida em que não se faz (há exceções) um processo seletivo para admissão dos estagiários, e, ainda, quando o estagiário é utilizado para suprir deficiência de servidores do quadro (essa é a regra, com poucas exceções), e desviados para realização de tarefas próprias do serviço público, em vez daquelas relacionadas com a aprendizagem e a complementação do ensino (ver Lei n. 11.788/2008).

•Desvirtuamento do cooperativismo

Nesse caso, o instituto do cooperativismo – caracterizado pela liberdade de associação e pela repartição equânime dos lucros (Lei n. 5.764/1971) – é violado também. Trabalhadores são arregimentados e induzidos, ou, mesmo, forçados – uma vez que não conseguem trabalho de outra forma – a se filiarem a determinada “cooperativa” comandada pelo “dono” da entidade, a qual é contratada ou “conveniada” pelo órgão público para prestar-lhe serviços, ou melhor, mão de obra, sem os encargos trabalhistas usuais. No Estado do Ceará são comuns as “cooperativas” de trabalho atinentes a limpeza pública, serviços administrativos e serviços de enfermagem, por exemplo, combatidas pelo Ministério Público do Trabalho e, ora condenadas⁶, ora legitimadas⁷ pela Justiça do Trabalho local.

5 O desrespeito à regra do concurso público no âmbito da administração federal merece estudo à parte e se materializa, principalmente, através da terceirização ilegal, da deturpação dos contratos de estágio e do abuso de contratações temporárias e de nomeações para cargos em comissão.

6 “Ementa: ENTE PÚBLICO CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS A contratação de serviços terceirizados através de **cooperativa** de trabalho malfez a regra do certame público de que cuida o art. 37, II, da Constituição da República, constituindo-se em verdadeiro caminho oblíquo para a contratação de pessoal no âmbito da administração municipal ora recorrente”. Proc. TRT-RO- 01191/2002-028-07-00-4, TRT 7ª Região, Pleno, rel. Des. José Ronald Cavalcante Soares, publ. em 27-11-2008. Disponível em: <http://www.trt7.gov.br/consultajuris/documento.aspx?fv_jidx=219008>. No mesmo sentido: “Ementa: COOPERATIVAS INTERMEDIÇÃO NA CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES MUNICIPAIS. AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. OFENSA AO ARTIGO 37, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Merece ratificada a Sentença que, considerando fraudulentas as intermediações efetuadas por cooperativas na recrutação de trabalhadores municipais, condenou o Município de Camocim a providenciar o desligamento de todos o pessoal contratado através das mencionadas associações, inclusive determinando à edilidade a abstenção de admitir servidores nos moldes assinalados, porquanto patente o malferimento à regra emergente do Inciso II do Art. 37 da Lex Fundamental”. Proc. TRT-RO- 01396/2001-024-07-00-3, rel. Des. Antonio Marques Cavalcante Filho, 1ª Turma, publ. em 14-3-2008. Disponível em: <http://www.trt7.gov.br/consultajuris/documento.aspx?fv_jidx=212455>. Acesso em: 17 Ago. 2009.

7 Confira-se: “Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO DE GESTÃO CELEBRADO ENTRE AUTARQUIA MUNICIPAL E ORGANIZAÇÃO SOCIAL OBJETIVANDO O DESENVOLVIMENTO DE ATIVIDADE DE CUNHO CIENTÍFICO E TECNOLÓGICO. TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA. Não há como se considerar ilícita a terceirização de atividade-meio de autarquia municipal, quando o ajuste resulta da celebração de contrato de gestão, para a execução de atividades de cooperação técnica, administrativa e financeira, com o intuito de promover o desenvolvimento institucional, nas áreas de comunicação e informática, nos termos do art. 1º, da Lei nº 9.637/1998, por se tratar de evidente hipótese de atividade dirigida ao desenvolvimento científico e tecnológico, mormente quando destinada à implantação, no âmbito municipal, de sistema de emissão simultânea de faturas relativas ao consumo de água, com o respectivo suporte técnico em informática. Recurso ordinário conhecido e provido, a fim de julgar improcedente a ação civil pública manejada pelo Ministério Público do Trabalho”. Proc. TRT-RO- 00959/2008-024-07-00-2. TRT 7ª Região, 1ª Turma, rel. Des. Manoel Arízio Eduardo de Castro, publ. em 02-6-2009. Disponível em: <http://www.trt7.gov.br/consultajuris/documento.aspx?fv_jidx=223489>. Acesso em: 17 Ago. 2009.

Os “cooperados” prestam trabalho para a administração pública, que toma sua mão de obra sem concurso público, à moda da terceirização, e padecem de maiores prejuízos, nesse caso, porque o intermediador não reconhece os direitos trabalhistas básicos (salário mínimo, horas extras, depósitos para o FGTS, gratificação natalina, férias e aviso prévio, por exemplo).

•Contratação de mão de obra a título de “prestação de serviços” ou de “serviços técnicos”

Inspirada no contrato de locação de serviços do Código Civil de 1916 (art. 1.216), essa modalidade de contratação de pessoal ainda é muito apreciada para burlar o concurso público, sob a falsa idéia de que não precisa de concurso público⁸ (e esquecendo-se que, se verdadeira locação de serviços fosse, necessitaria de licitação, conforme Lei n. 8.666/1993). Propala-se, também, que há dispensa de encargos trabalhistas, em evidente violação não só da regra do concurso público, como, também, dos direitos trabalhistas – fazendo incidir a nulidade cominada no art. 9º da Consolidação das Leis do Trabalho – nesse caso, porém, sem poder favorecer o trabalhador em razão da nulidade da admissão (art. 37, II e §2º, da Constituição, e Súmula 363 do TST).

•Desvirtuamento dos cargos e funções de confiança ou comissionados

Aqui o trabalhador é inserido no serviço público, sem concurso público, mediante “nomeação” para cargo ou função demissível “ad nutum” – que, como se sabe, dispensa o certame referenciado. Ocorre que a atividade desenvolvida é incompatível com tais cargos ou funções (a exemplo de motorista da ambulância do hospital municipal, gari, professor, etc.), porque evidentemente ligada ao serviço público permanente e normal. Com outras palavras: as atribuições, inclusive de natureza técnica, do cargo dito de confiança, não se harmonizam com o princípio da livre nomeação e exoneração, como reconhecido pelo STF na ADI n. 3.233, rel. Min. Joaquim Barbosa, e na ADI n. 3.706, rel. Min. Gilmar Mendes⁹. Em outros casos, o “cargo” ou “função” nem sequer está previsto em lei como “de confiança”.

•“Bolsa trabalho”

Essa modalidade advém da deturpação de “projetos sociais”. A pretexto de profissionalizar o trabalhador, ele é inserido no serviço público, sem concurso, recebendo remuneração a título de “bolsa” para, na maioria das vezes, nada fazer, apenas receber o dinheiro e ser manipulado eleitoralmente, com a falsa expectativa de que, um dia, será “efetivado” no serviço público.

•Trabalho voluntário “remunerado”

Nessa hipótese há deturpação do instituto do serviço voluntário (Lei n. 9.608/1998).

Diante da necessidade do serviço, em vez de promover-se concurso público para contratação de pessoal, efetua-se a admissão a título de trabalho voluntário¹⁰, oferecendo-se a vantagem de uma remuneração em torno de um salário mínimo, sem outros encargos, nada obstante a gratuidade seja característica do serviço voluntário, prestado a entidades públicas, conforme art. 1º da referida lei.

•Convênios para uso da mão de obra através de associações comunitárias

8 A propósito decidiu o STF: Ementa - “Contratos de Trabalho. Locação de serviços regida pelo Código Civil. A contratação de pessoal por meio de ajuste civil de locação de serviços. Escapismo à exigência constitucional do concurso público. Afronta ao artigo 37, II, da Constituição Federal.” (ADI n. 890, rel. Min. Maurício Corrêa, julg. em 11-9-2003, publ. em 06-02-2004). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 Ago. 2009.

9 Disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 Ago. 2009.

10 No Estado do Ceará é exemplo disso a Lei estadual n. 13.326/2003, no qual realizou-se, inclusive, seleção pública de candidatos prestação voluntária de serviços administrativos na Polícia Militar e Corpo de Bombeiros do Estado, com conseqüente contratação. O princípio da primazia da realidade e a constatação de traços típicos de um vínculo normal, tais a subordinação jurídica e a jornada de trabalho, bem como a não temporariedade do trabalho, desnaturam a voluntariedade da prestação dos serviços, deturpando-se o instituto regido pela Lei n. 10.029/2000. O TRT da 7ª Região chegou a reconhecer a formação de vínculo de emprego em situações tais, afastando a alegação de trabalho voluntário, como feito no Proc. TRT n. /2007-012-07-00-3, 2ª turma, rel. Desª Dulcina de Holanda Palhano, publ. em 26-9-2008, disponível em: <http://www.trt7.gov.br/consultajuris/documento.aspx?fv_jidx=217652>. Acesso em 17 Ago. 2009. Mais recentemente, seguindo a jurisprudência do TST e STF, vem entendendo ser incompetente a Justiça do Trabalho para conhecer da matéria, uma vez que a Lei estadual estabelece regime de natureza administrativa para o mencionado serviço voluntário (confira-se no Proc. TRT-RO- 01967/2007-014-07-00-8, 2ª Turma, rel. Des. Manoel Arízio Eduardo de Castro).

Assemelha-se à terceirização ilícita, sendo que, no lugar de uma empresa, a admissão dos trabalhadores se opera com a intermediação de uma associação comunitária, via celebração de convênios, por exemplo, com uma associação de moradores de determinado bairro, para fornecer mão de obra de cuidadores de crianças e idosos em creches e asilos públicos, ou de carroceiros para coleta de lixo suburbano. Apesar dos relevantíssimos serviços desempenhados, esses trabalhadores não vem recebendo proteção trabalhista e previdenciária, uma vez que não se forma vínculo nem com a administração pública nem com a entidade intermediadora, detectando-se burla ao princípio do concurso público, de um lado, e aos direitos dos trabalhadores, de outro, os quais, na maioria das vezes, recebem remuneração inferior a um salário mínimo mensal.

•Contratação temporária abusiva

Essa modalidade de fraude é também muito praticada.

Reina entre os maus administradores a falsa idéia de que a contratação por tempo determinado prevista no art. 37, IX, da Constituição, pode ser efetuada diretamente, sem, pelo menos, um processo seletivo simplificado, e que pode se dar fora dos casos de verdadeiro atendimento “a necessidade temporária de excepcional interesse público”.

A partir disso, deturpa-se esse instituto com centenas de contratações temporárias envolvendo atividades de natureza permanente, como saúde e ensino públicos, agravando-se a situação com a ausência de concurso ou processo seletivo público, bem assim com incontáveis prorrogações dos contratos “temporários”.

•Perenização dos não concursados através de lei (“trem da alegria” e “usucapião do cargo público”)

Essa prática serve para tentar dar aspecto de legalidade ao ingresso e permanência dos não concursados e dos contratados sob o rótulo da temporariedade no serviço público.

Consiste da edição de lei estadual ou municipal “enquadrando” no serviço público esse pessoal em situação irregular, depois de passado determinado tempo instalado na administração pública.

A manobra é conhecida como “trem da alegria” e “usucapião do cargo público”¹¹ – expressões engraçadas mas que revelam, na verdade, o grande menosprezo pelo concurso público e demais princípios constantes do art. 37 da Carta Constitucional de 1988 pelos governantes envolvidos na edição dessas leis, movidos por interesses eleiçoeiros.

•Provimento derivado ou ascensão funcional vertical

A vigente Constituição, ao contrário do regime constitucional anterior, não admite a investidura nos cargos, empregos e funções públicas mediante provimento derivado¹². Mas, para os avessos ao princípio do concurso público,

11 Exemplo disso é a Lei Complementar do Estado do Piauí nº 38, de 24/3/2004, art. 48, “caput” e parágrafo único, alterada pela art. 3º da Lei Complementar Estadual nº 47, de 30/6/2005, publicada no DOE-PI na mesma data, que manda “enquadrar” os “prestadores de serviços” (isto é, servidores não concursados) que tenham dez ou mais anos de serviço ininterrupto ao Estado do Piauí. Na redação da primeira lei esse prazo era de mais de cinco anos. Os dispositivos são objeto, no STF, da ADI n. 3434-PI, rel. Min. Joaquim Barbosa, movida pelo Procurador-Geral da República, a pedido do Ministério Público do Trabalho no Piauí, na qual se concedeu Medida Cautelar em acórdão proferido dia 23/8/2006 e publ. no DJU de 28-9-2007, assim ementado: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR 38/2004, DO ESTADO DO PIAUÍ. ENQUADRAMENTO DE PRESTADORES DE SERVIÇO. ADITAMENTO DA INICIAL. POSSIBILIDADE. CONTRADITÓRIO. RITO. ARTIGO 12. INVIABILIDADE DO JULGAMENTO FINAL. APRECIACÃO DE CAUTELAR. OFENSA AO ART. 37, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. I - Pedido de aditamento da inicial após inclusão em pauta da ação para julgamento final pelo rito do artigo 12 da Lei 9.868/1999. Admissão do aditamento, tendo em vista a irrelevância das alterações promovidas no texto normativo impugnado. II - Admitido o aditamento, necessária é a abertura de prazo para a manifestação dos requeridos. III - ADI incluída em pauta para julgamento final pelo rito do artigo 12 da Lei 9.868/1999. Determinada a audiência das autoridades requeridas e inviabilizado o prosseguimento da deliberação sobre o mérito da ação, pode o plenário do STF, considerando as peculiaridades e a **gravidade do caso**, proceder à apreciação do pedido de cautelar. **Deferida a cautelar para suspender a eficácia do art. 48 da Lei complementar 38/2004 do Estado do Piauí, tanto em sua redação original quanto pela redação dada pelo art. 3º da Lei complementar 47/2005, do Estado do Piauí**”. Destaque acrescido. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(ADI\\$.SCLA.%20E%203434.NUME.\)%20OU%20\(ADI.ACMS.%20ADJ2%203434.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(ADI$.SCLA.%20E%203434.NUME.)%20OU%20(ADI.ACMS.%20ADJ2%203434.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 20 Ago. 2009.

12 Nesse sentido, o STF: “É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.” (Súmula 685). E, ainda: “Provimento derivado de cargos. Inconstitucionalidade. Ofensa ao disposto no art. 37, II, da CF (...). São inconstitucionais os artigos da Lei 13.778/2006, do Estado do Ceará que (...) ensejaram o provimento derivado de cargos. Dispositivos legais impugnados que afrontam o comando do art. 37, II, da Constituição Federal, o qual exige a realização de concurso público para provimento de cargos na Administração estatal. Embora sob o rótulo de reestruturação da carreira na Secretaria da Fazenda, procedeu-se, na realidade, à instituição de cargos públicos, cujo provimento deve obedecer

nada mudou, sendo fartos os exemplos de burla sob o rótulo de aproveitamento de requisitados, correção de desvio de função, concurso interno, “reclassificação”, “transposição” ou “reestruturação” de servidores e quadros funcionais, de modo que, por exemplo, uma pessoa que exercia a função de motorista (via de regra sem ter feito concurso público para ingresso) é “reenquadrada” como agente de polícia; um agente de portaria, como advogado ou engenheiro do órgão, o agente de arrecadação como auditor fiscal, e outras manobras da espécie.

•Concursos fraudados ou “de fachada”

Essa modalidade de agressão ao art. 37, II, da CF de 1988, procura utilizar o próprio concurso público para burlar a regra, ou seja, concursos (meramente aparentes) são realizados para “regularizar” os não concursados que já estavam no serviço público, ou para inserir os candidatos protegidos, fraudando-se os requisitos para inscrição (com cláusulas ilegais que beneficiam determinadas pessoas e excluem outras, ou exigências estranhas à função), quebrando-se o sigilo das provas, favorecendo-se os apaniguados quando da correção das provas, adulterando-se resultados, enfim, praticando-se uma série de atos ilegais e imorais que maculam o certame e, obviamente, desautorizam o reconhecimento de direitos aos envolvidos.

Aqui também podem ser mencionadas as nomeações sem observância da ordem de classificação, ou de quem foi classificado fora das vagas disponíveis.

•Não nomeação de aprovados nos concursos

De tão comum esse atentado ao princípio do concurso público na administração pública brasileira, sob pretextos vários (falta de recursos para nomeação de todos os concursados e desinteresse pelos nomes aprovados, por exemplo), a jurisprudência nacional, notadamente do Superior Tribunal de Justiça, passou a reconhecer o direito líquido e certo do candidato aprovado, à nomeação, havendo vagas, no prazo de validade do concurso¹³.

Não é raro, outrossim, serem contratadas pessoas sem concurso ou sob a desculpa de cumprir-se o art. 37, IX, da CF, havendo concursados para as mesmas funções, aguardando nomeação.

•Anulação dos concursos sob pretexto de ilegalidade

Tal situação é inusitada, mas é verídica. Prefeitos, ao assumirem novo mandato, desejando nomear seus protegidos, optaram por simplesmente “anular” os concursos feitos pelos antecessores, sob o argumento, nem sequer apurado e comprovado em processo administrativo, de que houve “ilegalidade” no certame. Para suprir as “vagas”, os concursados são preteridos e em seu lugar contratadas pessoas do agrado do administrador.

2.2 Na advocacia pública

•“Procurador do município”

O princípio do concurso público é fartamente agredido quando se cogita da prestação de serviços jurídicos à administração pública, em particular, a estadual e municipal, com práticas semelhantes às enumeradas acima, tais a distorção do instituto do estágio, a terceirização, contratação de “serviços prestados” e o abuso das nomeações para cargos de “confiança”.

Uma, porém, causa espécie.

Como é cediço, a Carta Constitucional de 1988 não prevê a instituição da advocacia pública de carreira para os municípios (arts. 131 e 132); deixou a critério de cada um. Os municípios de maior porte ou os mais organizados optam

aos ditames constitucionais”. (ADI n. 3.857, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julg. em 18-12-2008, DJE de 27-02-2009). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em: 20 Ago. 2009.

13 Confira-se, entre tantas decisões nesse sentido, a recentemente proferida nos autos do RMS 29227/RJ 2009/0059484-0, rel. Min. Félix Fischer, 5ª Turma, julg. em 16/6/2009, publ. em 03/8/2009. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=aprova%E7%E3o&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 20 Ago.2009. Mas o STF tem um precedente bem antigo e exemplar, reconhecendo o direito à nomeação a candidatos aprovados para o cargo de Juiz de Direito no Piauí: Ementa: “CONCURSO PÚBLICO - EDITAL - PARÂMETROS - OBSERVAÇÃO. As cláusulas constantes do edital de concurso obrigam candidatos e Administração Pública. Na feliz dicção de Hely Lopes Meirelles, o edital é lei interna da concorrência. CONCURSO PÚBLICO - VAGAS - NOMEAÇÃO. O princípio da razoabilidade é conducente a presumir-se, como objeto do concurso, o preenchimento das vagas existentes. Exsurge configurador de desvio de poder, ato da Administração Pública que implique nomeação parcial de candidatos, indeferimento da prorrogação do prazo do concurso sem justificativa socialmente aceitável e publicação de novo edital com idêntica finalidade. “Como o inciso IV (do artigo 37 da Constituição Federal) tem o objetivo manifesto de resguardar precedências na seqüência dos concursos, segue-se que a Administração não poderá, sem burlar o dispositivo e sem incorrer em desvio de poder, deixar escoar deliberadamente o período de validade de concurso anterior para nomear os aprovados em certames subseqüentes. Fora isto possível e o inciso IV tornar-se-ia letra morta, constituindo-se na mais rúptil das garantias (Celso Antonio Bandeira de Mello, Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta, página 56)”. (RE 192568/PI, 1ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio, jul. em 23-4-1996, publ. em 13-9-1996). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 20 Ago. 2009.

pela manutenção de uma advocacia geral, regular. É comum, no entanto, a constatação, nos rincões do Brasil, da entrega da defesa judicial, consultoria e assessoria jurídicas das municipalidades a um “procurador” ou “procurador-geral” nomeado, em confiança, pelo Chefe do Executivo - escolha feita com desprezo ao princípio da impessoalidade, quase sempre recaindo sobre o advogado que serviu ao gestor público em sua campanha eleitoral¹⁴.

•Contratação direta de advogado privado

Verifica-se a burla ora focalizada, também, alternativamente à nomeação de “procurador” demissível “ad nutum”, quando se contrata diretamente, sem concurso ou sem licitação pública, advogados ou escritórios de advocacia particulares, para prestação dos serviços jurídicos aos órgãos públicos.

•Assessores e consultores jurídicos demissíveis livremente

Prática semelhante à nomeação de “procurador” mencionada acima, neste caso os órgãos públicos, especialmente da administração direta, são “agraciados” com assessores nomeados para realização de serviços jurídicos que deveriam ser prestados pela advocacia pública de carreira. São nomeados por força do apadrinhamento, e, por isso mesmo, tais assessores não têm força, autoridade, nem qualidade para o correto desempenho das funções, salientando-se que são passíveis de manipulação (pois não tem a independência do assessor concursado) e, não raramente, demitidos quando do não atendimento da vontade do chefe.

Ressalte-se que esses não concursados, sejam terceirizados, sejam nomeados diretamente, não podem ser considerados membros da advocacia pública.

3 A QUE REGIME JURÍDICO PERTENCEM OS NÃO CONCURSADOS?

A inobservância da regra do concurso público, conforme as práticas e artifícios descritos anteriormente e por outras modalidades inimagináveis, traz a necessária indagação acerca da natureza do regime jurídico a que estão vinculados os trabalhadores envolvidos, à administração pública.

3.1 Relevância da definição do regime jurídico

Tal indagação, para os fins almejados por este artigo, tem relevância porque irá definir a competência do órgão jurisdicional para processar e julgar os litígios decorrentes dessa relação jurídica, se a Justiça comum (estadual ou federal), ou a Justiça do Trabalho, considerada sua competência especializada prevista no art. 114 da Constituição de 1988, com novo texto dado pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

A incorreta ou equivocada apreciação das regras de competência leva a absurdos, como o detectado no Estado do Piauí, tomado como exemplo, aliás, mau exemplo.

Veja-se a situação:

O Ministério Público do Trabalho da 22ª ajuizou, em 2002, ação civil pública para fazer cumprir o preceito do concurso público nos quadros da administração estadual, mormente nas áreas de saúde e educação, em que, no lugar de concursos públicos, os postos vinham sendo ocupados por não concursados (“prestadores de serviços”, terceirizados, “estagiários”, contratados por prazo determinado que se prorrogaram no tempo, e outras figuras esdrúxulas de admissão)¹⁵. Após incidentes, questionamentos e decisões sobre competência, foi proferida liminar determinando a realização de concursos públicos e dispensa dos não concursados, diante da nulidade preconizada no §2º do art. 37, da CF¹⁶. Seguiu-se a sentença, na mesma linha da liminar, confirmada, exceto quanto ao valor da multa por descumprimento da liminar, que foi reduzido em segunda instância, pelo TRT da 22ª Região¹⁷.

14

Não comporta relatar aqui o quanto esses serviços de defesa do ente público são mal prestados, notadamente porque sem compromisso com o interesse público e feitos transitoriamente.

15

Confira-se a ACP n. -2002-003-22-00-2, da 3ª Vara da Capital. Disponível em <<http://www.trt22.jus.br>>. Acesso em: 17 Ago. 2009.

16

Foi em reação a tal decisão, tentando contorná-la, que o Executivo e a Assembléia Legislativa locais deram ao mundo jurídico as Leis Complementares suspensas, por inconstitucionalidade, na ADI n. 3434/PI, referida em nota anterior.

17

Ementa: “RECURSO ORDINÁRIO - CONHECIMENTO PARCIAL - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO - MATÉRIA JÁ DECIDIDA POR ESTA CORTE - É vedada a esta Corte a análise da matéria referente à competência da JT, a teor do previsto no art. 836, caput, da CLT, vez que já decidida através do acórdão proferido por este Regional que repousa nos autos às fls. 512/519. CONTRATO DE TRABALHO TEMPORÁRIO - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS - RECONHECIMENTO SUBSIDIÁRIO DO REGIME DAS RELAÇÕES DE TRABALHO - Não tendo o recorrente se desincumbido a contento do ônus que lhe competia de comprovar a existência de vínculo administrativo regular, nula é a admissão irregular e, em conseqüência, reconhece-se a incidência subsidiária do regime das relações de trabalho. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO IMPOSTA

Diante da iminência do atendimento da decisão trabalhista pelo administrador estadual – cumprimento devido, aliás, desde a medida liminar concedida na ação civil pública pelo MM. Juiz da 3ª Vara do Trabalho - e para assegurar a permanência dos “sem concurso” nos quadros do Estado, o sindicato da “categoria profissional”¹⁸ impetrou um mandado de segurança coletivo no Tribunal de Justiça do Estado, o qual, desprezando as decisões da Justiça do Trabalho sobre o caso, e, especialmente, fazendo tabula rasa da liminar proferida na ADI n. 3.434/PI, pelo STF, além de distorcer fatos (pois não tratava mais o ato guerreado de exercício da autotutela administrativa, mas, sim, de ato decorrente de sentença judicial), disposições legais e princípios constitucionais incidentes na espécie, deu guarida à pretensão¹⁹.

Impasse criado - até que seja resolvido pelo órgão jurisdicional superior - obviamente, o administrador estadual vai preferir cumprir a decisão do Tribunal de Justiça²⁰, que lhe convém, uma vez que contratou sem concurso, conservou os

JUDICIALMENTE - REDUÇÃO - Considerando que a parte condenada ao pagamento de astreintes trata-se de um dos Estados mais pobres do país, com condições financeiras questionáveis, e que a cominação de multa em valor muito elevado (R\$ 100.000,00 diários) pode afetar, inclusive, o interesse público, deve-se reduzir o valor da multa por atraso no cumprimento da obrigação cominada judicialmente, para R\$ 100.000,00 (cem mil reais) mensais”. (Proc. TRT-00209-2002-003-22-00-2-Remessa ex-officio e Recurso Ordinário, relª Desª Liana Chaib, publ. no DJT-PI de 7-11-2007). Não há indicação de que já tenha passado em julgado esse acórdão. Disponível em: <<http://www.trt22.jus.br/jurisprudencia/preparaDoc.jsp?codacojur=19831>>. Acesso em: 17 Ago. 2009.

18

Esses não concursados tem até sindicato para sua defesa, o qual, no caso, contrariando a Súmula 677 do STF e o entendimento consagrado pela mesma Corte na ADI/MC n. 1.121, não está registrado no Ministério do Trabalho e Emprego.

19

Veja-se a ementa do respectivo acórdão: “MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. SERVIDOR. CONCURSO PÚBLICO. AUSÊNCIA. COMPETÊNCIA. LEGITIMIDADE. SINDICATO. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA SEGURANÇA JURÍDICA. WRIT. CONHECIMENTO E PARCIAL PROVIMENTO. 1. A Justiça Comum é a competente para julgar processo em que o objeto da causa envolve relação de caráter jurídico-administrativo entre servidor e o Poder Público. 2. O registro do sindicato perante o Ministério do Trabalho e Emprego tem finalidade exclusivamente cadastral e de verificação da unicidade sindical, conforme dispõe a Súmula nº 677, do STF, razão pela qual é dispensável o seu registro no Ministério do Trabalho e Emprego. 3. A defesa dos interesses dos associados por meio de mandado de segurança coletivo é garantia constitucional dos Sindicatos, não havendo qualquer exigência, para fins de legitimidade ativa, que o Impetrante tenha registro perante o Ministério do Trabalho para o ajuizamento desta ação constitucional. 4. É obrigatória a observância do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito, e a necessidade de se estabilizar as situações criadas administrativamente, inclusive nas relações jurídicas de direito público. Precedentes do STF e do STJ. 5. Não há prova de que os substituídos, na maioria pessoas de baixa instrução, tenham agido de má-fé no momento da admissão no serviço, o que ressalta o prazo decadencial previsto no art. 54, da Lei nº 9.784/99. Precedentes jurisprudenciais. 6. Ultrapassado o lapso temporal de 5 (cinco) anos, não há como a administração pública, simplesmente, desligar os substituídos, ainda que contratados sem concurso público, vez que já possuem uma situação fática consolidada no tempo. 7. O ato apontado como coator fere direito líquido e certo dos substituídos, na medida em que efetua processo de desligamento ao arrepio do princípio da segurança jurídica e do art. 53, da Lei nº 9.784/99. 8. Mandado de Segurança Coletivo conhecido e provido em parte”. (MS-Coletivo n. 2008.0001.002101-4, Pleno, red. designado Des. Francisco Landim, publ. no DJ-Pi n. 6.383, de 23-7-2009, p. 4). Disponível em: <<http://www.tjpi.jus.br/tjpi/uploads/diario/dj090723.pdf>>. Acesso em: 17 Ago. 2009.

20

ém lembrar que, também na sua função administrativa, o TJ-PI não tem um histórico de apreço pelos princípios contidos no art. 37 da CF, particularmente pela regra do concurso público. Disso são exemplos os atos que resultaram na decisão proferida pelo STF no **RE 192568/PI, referida em nota acima, e a decisão proferida pelo Conselho Nacional de Justiça, assim noticiada:** “Piauí tem prazo para regularizar contratações de

não concursados que encontrou ao iniciar sua gestão, tentou “efetivá-los” no serviço público mediante lei inconstitucional e tem interesse eleitoreiro na manutenção da situação. Recorde-se que, perante a opinião pública deturpada, a demissão de pessoal, ainda que para atender a comando superior da Constituição, em uma região na qual o governo é o maior “empregador”, é antipática e não rende votos.

3.2 Não concursado não ingressa no RJU

O concurso público é requisito para formação do vínculo administrativo ou estatutário. Isso está claro desde a Carta de 1967 no ordenamento constitucional brasileiro.

Foi o próprio STF quem assim afirmou, interpretando o art. 37, II, da Constituição vigente, ao declarar inconstitucionais dispositivos de outra lei piauiense que enquadrava, no Estatuto recém criado, trabalhadores não concursados:

“Estado do Piauí. Lei n. 4.546/92, art. 5º, inc. IV, que enquadra no regime único, de natureza estatutária, servidores admitidos sem concurso público após o advento da Constituição de 1988. Alegada incompatibilidade com as normas dos arts. 37, II, e 39 do texto permanente da referida carta e com o art. 19 do ADCT. Plausibilidade da tese. O provimento de cargos públicos tem sua disciplina traçada, com rigor vinculante, pelo constituinte originário, não havendo que se falar, nesse âmbito, em autonomia organizacional dos entes federados”. (MC-ADI n. 982-6-PI, rel. Min. Ilmar Galvão, julg. em 24-3-1994, publ. em 06-5-1994)²¹.

Ora, se, para o trabalhador ser alçado ao regime administrativo de cargos públicos é indispensável a aprovação em concurso público, ressalvadas as nomeações para os cargos em comissão previstos em lei, a conclusão inafastável é no sentido de que o não concursado não ostenta o “status” de servidor público, não se submete ao Estatuto, enfim, não ingressa no regime jurídico único – de natureza essencialmente formal²².

Logo, o simples fato de a entidade pública possuir Estatuto não atrai para esse regime o trabalhador admitido com desrespeito à regra do concurso público, porque, repita-se, sem concurso ele não ingressa nesse regime formal, e, consequentemente, não se pode falar de relação jurídica de natureza institucional ou administrativa.

3.2 Não concursado entra automaticamente no regime informal da CLT

Então, se aquele que estiver no serviço público, de alguma forma, sem observância dos preceitos alusivos ao concurso público, não fará parte do RJU, e como não pode existir um “limbo” jurídico, ou seja, essa relação jurídica anormal deve ter alguma natureza, há de se reconhecer que tal natureza, no caso, será contratual, regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, uma vez que, para sua formação, não se exige formalidade, nem contrato escrito,

servidores: Conselho Nacional de Justiça atendeu pedido do Ministério Público do Trabalho do Piauí para determinar ao Tribunal de Justiça do Estado que resolva em 30 dias irregularidades relacionadas à contratação de servidores. Segundo denúncia do MPT, o tribunal mantém servidores contratados sem concurso público, entre outras irregularidades. A decisão foi tomada pelo plenário do CNJ em sessão nesta terça-feira (08/05), em resposta ao procedimento de controle administrativo 268, relator o conselheiro Paulo Lôbo. Segundo o voto do relator, quatro pontos devem ser sanados. Primeiro, a existência de 55 servidores que entraram no Tribunal sem concurso público, e de 174 servidores que se tornaram efetivos através de manobras como transferência, aproveitamento e redistribuição. Nestes dois casos, o CNJ desconstituiu os atos de nomeação e determinou a demissão imediata dos servidores. O segundo ponto é a existência de 22 prestadores de serviço sem contrato. O terceiro ponto de irregularidade é a transferência de 63 servidores do tribunal para outros órgãos. O Conselho determinou que a situação tanto dos 22 prestadores de serviço quanto os 63 servidores seja regularizada no prazo de 30 dias. O CNJ encontrou, também, irregularidades em nomeações, para o cargo de oficial de justiça, de candidatos não aprovados e fora de prazo, entre outras. Por determinação do CNJ, todos os atos irregulares estão cancelados e os oficiais devem ser demitidos”. Notícia de 09-5-2007. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2956:tj-piauem-prazo-para-regularizar-contratas-de-servidores&catid=1:notas&Itemid=675>. Acesso em: 20 Ago. 2009.

21

Observa-se que é antiga a resistência do Estado do Piauí ao cumprimento da regra do concurso público, e são várias e reiteradas as tentativas dos diversos partidos políticos que estiveram e estão no poder, desde 1988, sejam de direita ou esquerda, de conservar nos quadros estaduais os não concursados. No mesmo sentido a decisão do STF na ADI n. 391-7-CE, rel. Min. Paulo Brossard. Disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 Ago. 2009.

22

Nesse sentido são os fundamentos adotados pelo TRT-22ª Região para reconhecer a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar a mencionada ACP n. 00209-2002-003-22-00-2, antes mencionada.

mas o mero consenso das partes e a presença dos requisitos caracterizadores do contrato de trabalho, isto é, pessoalidade na prestação dos serviços, habitualidade, onerosidade e subordinação jurídica (art. 3º da CLT). Tanto é assim que a Justiça do Trabalho é quem aprecia as ações dos não concursados cujas admissões foram anuladas por ofensa ao art. 37, II, da Constituição, a ponto de consolidar as consequências dessas relações jurídicas na Súmula 363, já transcrita.

Com base nessa linha de raciocínio é que, também o STJ, reconheceu a incidência do regime contratual trabalhista nas hipóteses de desvio das contratações temporárias:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. CONTRATO TEMPORÁRIO. CONTINUAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS SEM A PRÉVIA PRORROGAÇÃO. NATUREZA TEMPORÁRIA DO VÍNCULO AFASTADA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO.
1. O conflito entre a Justiça Comum e a Especializada deve ser dirimido pela natureza do pedido e da causa de pedir, estabelecendo-se, via de consequência, a competência em razão da matéria.
2. Nos casos em que, o contrato temporário para o atendimento de necessidade de excepcional interesse público tenha atingido o seu termo final mas, no entanto, a prestação de serviços continua por tempo indeterminado e de forma habitual, com a anuência do Estado, o vínculo entre as partes passa a ser regido pelas normas da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. (precedentes).
3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo da 1ª Vara do Trabalho de Nova Friburgo/RJ, ora suscitante". CC 78.695-RJ (2007/0001637-0), rel. Min. Carlos Fernando Mathias, publ. no DJU de 01/10/2007²³.

E o TST caminhava para sumular entendimento no mesmo sentido, através da Orientação Jurisprudencial/SBDI-1 n. 205, cancelada, porém, em abril de 2009, e que dispunha:

"COMPETÊNCIA MATERIAL. JUSTIÇA DO TRABALHO. ENTE PÚBLICO. CONTRATAÇÃO IRREGULAR. REGIME ESPECIAL. DESVIRTUAMENTO. (nova redação, DJ 20.04.2005)
I - Inscreve-se na competência material da Justiça do Trabalho dirimir dissídio individual entre trabalhador e ente público se há controvérsia acerca do vínculo empregatício.
II - A simples presença de lei que disciplina a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, inciso IX, da CF/1988) não é o bastante para deslocar a competência da Justiça do Trabalho se se alega desvirtuamento em tal contratação, mediante a prestação de serviços à Administração para atendimento de necessidade permanente e não para acudir a situação transitória e emergencial"²⁴.

3.3 O atual entendimento do STF e o esvaziamento da Justiça do Trabalho nas questões sobre concurso público

Ao apreciar a ADI/MC n. 3.395-6-DF, o STF, sobre o novo texto do art. 114 da Constituição, decorrente da EC n. 45/2004, reafirmou o entendimento de que os litígios travados entre o Poder Público e seus servidores, fundados em relação jurídica estatutária, são da competência da justiça comum, e, não, da Justiça do Trabalho:

"Competência. Justiça do Trabalho. Incompetência reconhecida. Causas entre o Poder Público e seus servidores estatutários. Ações que não se reputam oriundas de relação de trabalho. Conceito estrito desta relação. Feitos da competência da Justiça Comum. Interpretação do art. 114, inc. I, da CF, introduzido pela EC 45/2004. Precedentes. Liminar deferida para excluir outra interpretação. (...) O disposto no art. 114, I, da Constituição da República, não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária". (Rel. Min. Cezar Peluso, julg. em 05-4-2006, publ. em 10-11-2006)²⁵.

23

Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 Ago. 2009.

24

ível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 17 Ago. 2009.

25

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 Ago. 2009. Interessante, porém, ressaltar a particularidade reconhecida no seguinte aresto, pelo STF, quando se tratar de defesa da saúde e segurança dos trabalhadores em repartições públicas: "(...) Ação civil pública proposta na Justiça do Trabalho, para impor ao poder público piauiense a observância das normas de saúde, higiene e segurança do trabalho no âmbito do Instituto de Medicina Legal (...) Alegação de desrespeito ao decidido na ADI 3.395-MC não verificada, porquanto a ação civil pública em foco tem por objetivo exigir o cumprimento, pelo poder público piauiense, das normas trabalhistas relativas à higiene, segurança e

Mais recentemente, ao proclamar a inconstitucionalidade formal da EC n. 19/1998, o STF restaurou a vigência do “caput” original do art. 39 da Constituição, que prevê a adoção do regime jurídico único na administração pública direta, autárquica e fundacional:

“A matéria votada em destaque na Câmara dos Deputados no DVS n. 9 não foi aprovada em primeiro turno, pois obteve apenas 298 votos e não os 308 necessários. Manteve-se, assim, o então vigente *caput* do art. 39, que tratava do regime jurídico único, incompatível com a figura do emprego público. O deslocamento do texto do § 2º do art. 39, nos termos do substitutivo aprovado, para o *caput* desse mesmo dispositivo representou, assim, uma tentativa de superar a não aprovação do DVS n. 9 e evitar a permanência do regime jurídico único previsto na redação original suprimida, circunstância que permitiu a implementação do contrato de emprego público ainda que à revelia da regra constitucional que exige o quorum de três quintos para aprovação de qualquer mudança constitucional. Pedido de medida cautelar deferido, dessa forma, quanto ao *caput* do art. 39 da Constituição Federal, ressaltando-se, em decorrência dos efeitos *ex nunc* da decisão, a subsistência, até o julgamento definitivo da ação, da validade dos atos anteriormente praticados com base em legislações eventualmente editadas durante a vigência do dispositivo ora suspenso. (...) Vícios formais e materiais dos demais dispositivos constitucionais impugnados, todos oriundos da EC 19/98, aparentemente inexistentes ante a constatação de que as mudanças de redação promovidas no curso do processo legislativo não alteraram substancialmente o sentido das proposições ao final aprovadas e de que não há direito adquirido à manutenção de regime jurídico anterior”. (ADI/MC n. 2.135, rel. p/ o ac. Min. Ellen Gracie, julg. em 02-8-2007, publ. em 07-3-2008)²⁶.

Consequência disso é que o STF passou a entender impossível, no seio da administração pública, a coexistência dos regimes estatutário e contratual (da CLT), proclamando, apenas, o regime jurídico único, necessariamente de natureza administrativa²⁷. Ressalte-se que a Corte Suprema nega à administração a escolha do regime jurídico único, ao considerar como obrigatório o de natureza administrativa, *sempre*, à luz da redação original ou restaurada do art. 39, “caput”, da Constituição, e, em consequência disso, *sempre* incompetente a Justiça do Trabalho, quando presente interesse do ente público em confronto com seus servidores.

saúde dos trabalhadores (...).” (Rcl 3.303PI, rel. Min. Carlos Britto, julg. em 19-11-2007, publ. em 16-5-2008). Essa decisão é coerente com a Súmula/STF n. 736.

26

ível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 Ago. 2009.

27

Confira-se, a título de exemplo: “regimental. Contrato temporário. Regime jurídico administrativo. Ausência de argumentos capazes de modificar a decisão agravada. Agravo regimental não provido. 1. Competência da Justiça comum para processar e julgar as causas envolvendo o Poder Público e servidores que sejam vinculados a ele por relação jurídico-administrativa. 2. Prorrogação do prazo de vigência do contrato temporário não altera a natureza jurídica de cunho administrativo que se estabelece originalmente. 3. Agravo regimental desprovido”. (Rcl. 7.109-AgR/MG, rel. Min. Menezes Direito, julg. em 02-4-2009, publ. em 07-8-2009). **E muitas são as decisões nessa linha, proferidas monocraticamente no sentido da exclusão de qualquer competência à Justiça do Trabalho quando envolvida alguma pessoa jurídica de direito público interno, como ilustra o seguinte trecho de acolhida de Reclamação formulada à Corte Suprema: “...se ainda que, no julgamento do Recurso Extraordinário 573.202/AM, rel. Min. Ricardo Lewandowski, ocorrido em 21.8.2008, o Plenário desta Corte concluiu que a relação entre o servidor e o Estado é sempre uma relação de Direito Administrativo, razão pela qual se sujeita à çComum (DJe 05.12.2008). Assevere-se, ademais, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 02.4.2009, ao apreciar a Reclamação 7.109-AgR/MG, rel. Min. Menezes Direito, sedimentou esse entendimento (DJe 22.4.2009). 14. Ante o exposto, com fundamento no art. 161, parágrafo único, do RISTF, julgo procedente o pedido formulado na presente reclamação declaro a incompetência da çEspecializada do para processar e julgar a Ação Civil Pública 01385.2006.022.13.00-2 e a Ação Cautelar 00064.2007.000.13.00-4, determinando, assim, a imediata remessa dos referidos feitos à çComum Estadual...” (Rcl. 4990/PB, rel. Min. Ellen Gracie, publ. em 13-8-2009). Disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 Ago.2009.**

O entendimento preponderante atual da maioria dos membros do STF é de “que a relação entre o servidor e o Estado é sempre uma relação de Direito Administrativo, razão pela qual se sujeita à Justiça Comum” (Rcl. n. 4.990/PB)²⁸.

Tal pensamento (que não pode desconsiderar o efeito “ex nunc” dado expressamente à ADI/MC n. 2.135, não se aplicando, então, às relações instauradas quando a multiplicidade de regimes era permitida pela EC 19), altera todas as regras regeadoras da definição da competência da Justiça do Trabalho, ou seja, uma competência em razão da matéria (matéria trabalhista), demarcada pelo pedido e pela causa de pedir, passando-se a atribuir-lhe, sempre, uma “incompetência” em razão da pessoa, qual seja, da presença, na ação, de uma pessoa jurídica de direito público interno.

Esvaziada está, por tal motivo, a competência da Justiça do Trabalho – e, logicamente, a legitimidade do Ministério Público que nela atua, e vem atuando com prioridade nessa área – relativamente a questões de desrespeito ao concurso público, envolvendo ditas pessoas jurídicas de direito público, sobejando-lhe somente as causas do interesse dos entes da administração pública indireta dotados de personalidade jurídica de direito privado que seguem o regime da CLT, à luz do art. 173, §1º, II, da CF/1988.

3.4 A esperança em novas Emendas Constitucionais

E o “estrago” feito na competência trabalhista pelas citadas últimas decisões do STF só pode ser corrigido através de Emenda Constitucional, a não ser que o próprio Tribunal reflua no seu entendimento – o que parece improvável.

Entre as propostas nesse sentido, destacam-se as PECs n. 294/2008²⁹ e n. 306/2008, ambas de autoria do Dep. Eduardo Valverde.

A primeira altera o art. 114, I, da Constituição, dando à Justiça do Trabalho competência para processar e julgar “as ações oriundas das relações de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive aquelas decorrentes de contratações temporárias (art. 37, IX), de comissionados (art. 37, V), ou as irregularmente estabelecidas ante a ausência de prévio concurso público, em violação do disposto no art. 37, incisos II, V e IX (art. 37, §2º)”. Encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados, sob a relatoria do Dep. Flávio Dino, e apensada à PEC n. 328/2009.

Essa PEC n. 294/2008 é coerente com as disposições constitucionais acerca dos servidores públicos, na medida em que contratações temporárias e servidores comissionados são incompatíveis com a estabilidade inerente ao servidor público estatutário. E os contratados com desrespeito aos itens II, V e IX, do art. 37, da CF, isto é, ^{a)}em desatenção ao princípio do concurso público, ^{b)}deturpação do exercício das funções de confiança e cargos comissionados reservados aos servidores de carreira ou ^{c)}violação das regras de contratação por tempo determinado, não podem ser servidores públicos - “status” reservado aos concursados. Além de coerente, a nova e clara regra poria fim na discussão sobre competência, dividindo-a, quando houver interesse dos entes públicos na causa, entre Justiça comum (relações estatutárias legalmente formadas) e Justiça do Trabalho (relações jurídicas formadas com administração pública irregularmente, e relações temporárias, abrangidos os contratos a termo e os em comissão).

Resta aguardar seu desfecho no Congresso Nacional.

A PEC n. 306/2008³⁰, por sua vez, busca resgatar a redação do art. 39 da CF/1988, dada pela EC n. 19, declarada formalmente inconstitucional pelo STF através da ADI/MC n. 2.135. Propõe, assim, a seguinte redação:

“Artigo 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes. § 3º - Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público efetivo o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII, e XXX, e aos servidores ocupantes de cargo público em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de vaga temporária ou de emprego público, o também disposto nos demais incisos do art. 7º, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo exigir”.

28

ível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 Ago. 2009.

29

Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoes/loadFrame.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/sileg/prop_lista.asp?fMode=1&btnPesquisar=OK&Ano=2008&Numero=294&sigla=PEC>. Acesso em: 21 Ago. 2009.

30

Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoes/loadFrame.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/sileg/prop_lista.asp?fMode=1&btnPesquisar=OK&Ano=2008&Numero=306&sigla=PEC>. Acesso em: 21 Ago. 2009.

Porém, em 13-8-2009, o autor da proposição solicitou, através do REQ n. 5317, a retirada da PEC n. 306/2008.

4 ANULAÇÃO DAS ADMISSÕES SEM CONCURSO

O art. 37, §2º, da Constituição, comina nulidade para os atos agressivos aos itens II e III, desse artigo.

Convém tecer ligeiras considerações sobre os modos de proclamação dessa nulidade, em cotejo com questionamentos feitos pelos atingidos pela medida.

4.1 Pela própria administração pública (autotutela), no cumprimento de termo de ajuste de conduta e por decisão judicial

A administração pública pode e deve anular seus atos eivados de nulidade (princípio da autotutela), mediante provocação ou “ex-officio”. Esse princípio decorre do princípio da legalidade e representa o controle exercido pela administração sobre seus atos³¹.

Assim, ao constatar alguma ilegalidade relativamente ao descumprimento do princípio do concurso público, deve a administração pública providenciar a anulação.

Igual providência (anulação) tem cabimento quando decorrer do cumprimento de termo de ajuste de conduta (ver Lei n. 7.347/1985, art. 5º, §6º) firmado pela administração pública infratora da regra do concurso público, sob pena de sofrer execução desse título extrajudicial.

E, obviamente, também deve a administração pública – desta vez não mais com base na autotutela, mas, sim, por força do controle judicial – implementar a anulação quando decorrente de decisão do Poder Judiciário.

4.2 É imprescindível o processo administrativo para anulação das admissões sem concurso operada em consequência de decisão judicial?

Que a administração tem o dever zelar pela regra constitucional do concurso público, inclusive anulando os próprios atos a ela contrários, não há dúvida.

A pergunta que se faz, nesse contexto, é: há necessidade, para a anulação do ato, de processo administrativo, notadamente com respeito ao contraditório e ampla defesa, como previsto no art. 5º, LV, da Constituição?

E quando a anulação decorrer de decisão judicial?

A indagação, à luz das decisões do STF sobre o tema, comporta duas soluções, conforme a fonte da anulação:

Quando essa anulação decorrer da aplicação do princípio da autotutela, segundo o STF,

“O entendimento da Corte é no sentido de que, embora a Administração esteja autorizada a anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais (Súmula 473 do STF), não prescinde do processo administrativo, com obediência aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório”. (AI 710.085-AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julg. em 03-02-2009, 1ª Turma, publ. em 06-3-2009)³².

No entanto, em se cogitando de ato da administração no sentido de anular ato contrário à regra do concurso público, dando cumprimento a decisão judicial, particularmente a proferida em ADI, não há mais que se falar em instauração de processo administrativo, como se deduz do seguinte aresto:

“RECLAMAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 518/TO. CONCESSÃO DE PONTOS AOS DETENTORES DO TÍTULO DE "PIONEIROS DO TOCANTINS". ANULAÇÃO DO CONCURSO PÚBLICO POR DECISÃO JUDICIAL. DESNECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO PRÉVIO PARA EXONERAÇÃO DOS APROVADOS. 1. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 598/TO acarretou a nulidade de todo o certame e, conseqüentemente, dos atos administrativos que dele decorreram. 2. O estrito cumprimento da decisão proferida por este Supremo Tribunal Federal torna desnecessária a instauração de processo administrativo prévio à exoneração dos candidatos aprovados. 3. Reclamação julgada procedente”. (STF, Rcl. n. 5819/TO, Pleno, rel. Min. Cármen Lúcia, publ. em 19-6-2009)³³.

Pressupõe-se, aqui, que já houve a preservação dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa no processo judicial originário da medida anulatória. O processo judicial se sobrepõe ao processo administrativo. O ato administrativo é que se submete ao controle judicial, e não o contrário. Tratando-se de ações coletivas, a exemplo da

31

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 68.

32

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em: 20 Ago. 2009.

33

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 20 Ago. 2009.

ação civil pública, tais princípios se cumprem com a presença do instituto da *representação adequada*³⁴, em que os interesses diversos são *representados coletivamente*, nos autos. E quando se cogita de ADI ou outro processo de controle concentrado da constitucionalidade, tal se justifica pela própria natureza dessas ações.

4.3 As alegações de decadência, a teoria do fato consumado e da segurança jurídica versus princípio da supremacia constitucional

Desde a edição da Lei n. 9.784/1999, que dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, e que, no art. 54³⁵, contempla o prazo decadencial de cinco anos para que dita administração anule seu atos, não falta quem pretenda buscar justificativa em tal disposição para consolidar a agressão ao art. 37, II, da Constituição, e deixar no serviço público os não concursados. À decadência são somados a teoria do fato consumado e o princípio da segurança jurídica³⁶.

Esse entendimento, inspirado na decisão tomada pelo STF no MS n. 22.357³⁷, rel. Min. Gilmar Mendes, publ. em 05-11-2004, merece, no entanto, melhores reflexões, para que não se incorra em conclusões que prestigiem ardis e esvaziem os princípios enfeixados na exigência de concurso público.

Em primeiro lugar, é preciso verificar que tal precedente somente pode orientar as situações jurídicas que lhe forem semelhantes, diante de algumas particularidades do caso ali deslindado, isto é, constatação de um “processo seletivo rigoroso”, a existência, logo após a promulgação da Carta de 1988, de dúvida sobre a exigência de concurso público para ingresso nas sociedades de economia mista e empresas públicas, e a anulação operada por órgão da administração (e não do Judiciário).

Tomados esses cuidados, é irrecusável a conclusão de que, a) considerado o princípio federativo, a decadência prevista no art. 54 da Lei n. 9.784/1999 somente se aplica à administração pública federal: não às administrações de Estados e Municípios, que precisam editar as respectivas leis sobre o assunto; e, b) a previsão de decadência, no caso, dirige-se à administração e para a hipótese de autotutela exercida por seus órgãos, no plano administrativo, e não, ao Poder Judiciário, ao apreciar, por exemplo, ação popular ou ação civil pública que vise à anulação de atos da administração contrários ao princípio do concurso público.

É preciso considerar, outrossim, que a nulidade cominada no §2º do art. 37, da CF de 1988, não pode ser convalidada pelo simples decurso do tempo (isso é característica dos atos anuláveis, não dos atos nulos, muito menos

34

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 57-58.

35

Confira-se: “Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato”.

36

Nesse sentido, reveja-se a decisão do TJ-PI no mandado de segurança coletivo n. 2008.0001.002/01-4, acima transcrita.

37

Ementa: “de Segurança. 2. Acórdão do Tribunal de Contas da União. Prestação de Contas da Empresa Brasileira de Infra-estrutura Aeroportuária - INFRAERO. Emprego Público. Regularização de admissões. 3. Contratações realizadas em conformidade com a legislação vigente à época. Admissões realizadas por processo seletivo sem concurso público, validadas por decisão administrativa e acórdão anterior do TCU. 4. Transcurso de mais de dez anos desde a concessão da liminar no mandado de segurança. 5. Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 6. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica e sua aplicação nas relações jurídicas de direito público. 7. Concurso de circunstâncias específicas e excepcionais que revelam: a boa fé dos impetrantes; a realização de processo seletivo rigoroso; a observância do regulamento da Infraero, vigente à época da realização do processo seletivo; a existência de controvérsia, à época das contratações, quanto à exigência, nos termos do art. 37 da Constituição, de concurso público no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista. 8. Circunstâncias que, aliadas ao longo período de tempo transcorrido, afastam a alegada nulidade das contratações dos impetrantes. 9. Mandado de Segurança deferido”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 20 Ago. 2009.

inconstitucionais), e decorre da desatenção à regra do concurso público, a qual encarna princípios constitucionais inderrogáveis, tais o princípio democrático, o princípio da igualdade e os princípios alinhados no art. 37 da Constituição – todos expressos no texto constitucional e que não podem, por simples transcurso do tempo, curvar-se à teoria do fato consumado e ao princípio da segurança jurídica.

Aliás, sobre esse último, merece ser perquirido onde estaria a segurança jurídica, na verdade: na garantia de respeito ao concurso público - não apenas pela administração pública, mas, também, nas decisões judiciais - ou na convalidação temporal de agressão a tantos princípios agasalhados na Constituição e representados pelo concurso público?

Não se pode esquecer, de mais a mais, outro princípio muito em voga na atualidade, isto é, o *princípio da supremacia constitucional* consagrado no direito positivo brasileiro³⁸, e ao qual se curvou, até, o dogma da coisa julgada, quando contrária à Constituição.

Segundo o princípio da supremacia constitucional, o ordenamento jurídico e os atos do poder público devem estar em harmonia com o texto da Constituição, respeitando-lhe os valores superiores, para que possam ser legitimados. Assim, a segurança jurídica maior está no efetivo cumprimento da Constituição, e, não, na manutenção, por decurso de tempo, de situações jurídicas formadas contra essa Lei Maior.

É isso que se pode extrair, aliás, das palavras do Min. Joaquim Barbosa, no voto que levou ao deferimento da medida cautelar referente à ADI n. 3.434-PI, acima mencionada, rechaçando, inclusive, o argumento acerca da decadência aduzido pelas autoridades estaduais avessas à regra do concurso público:

“A inconstitucionalidade da norma ora atacada é flagrante. O Supremo Tribunal Federal firmou sólida jurisprudência no sentido de que o art. 37, II, da Constituição federal rejeita qualquer burla à exigência de concurso público. Há diversos precedentes em que a tônica é a absoluta impossibilidade de se afastar esse critério de seleção dos quadros do serviço público (cf. ADI 2.689, rel. min. Ellen Gracie, Pleno, j. 9-10-2003; ADI 1.350-MC, rel. min. Celso de Mello, Pleno, j. 27-9-1995; ADI 980-MC, rel. min. Celso de Mello, Pleno, j. 3-2-1994); ADI 951, rel. min. Joaquim Barbosa, Pleno, j. 18-11-2004), até mesmo restringindo possíveis ampliações indevidas de exceções contidas na própria Constituição, a exemplo do disposto no art. 19 do ADCT (cf. ADI 1.808-MC, rel. min. Sydney Sanches, Pleno, j. 1º-2-1999). O rigor na interpretação desse dispositivo constitucional impede inclusive formas de provimento derivado de cargo público, por ascensão interna. Ora, na espécie, trata-se de mero enquadramento de prestadores de serviço que tenham comprovado cinco anos de trabalho, dez anos na nova versão. Não há provas, apenas o reconhecimento de um pretense fato consumado. Dessa premissa parte a Assembléia Legislativa ao afirmar nas informações que a Administração não poderia dar outra solução ao problema, pois teria decaído para a Administração estadual o direito de rever os atos de contratação desses prestadores de serviço, nos termos do art. 54 da Lei 9.784/1999. **Obviamente não há que se falar em decadência para que a Administração reveja seus atos, pois o que está em causa não é a legalidade da contratação de prestadores de serviço, mas o enquadramento determinado nos termos da norma atacada. Impossível, em casos como o presente, falar em fato consumado inconstitucional.** Ante o exposto, sem maiores dificuldades, concedo a cautelar nesta ação direta em razão da inconstitucionalidade do art. 48, *caput* e parágrafo único, da Lei Complementar 38/2004 do estado do Piauí, tanto na versão original quanto na versão da nova lei”³⁹. (Destaque acrescido).

Não há, por tudo isso, como perdoar a agressão ao princípio do concurso público.

5 PUNIÇÃO DO ADMINISTRADOR RESPONSÁVEL PELA CONTRATAÇÃO SEM CONCURSO

O trabalhador envolvido no descumprimento dos preceitos acerca do concurso público é punido com a não aquisição de direitos decorrentes da relação jurídica formada, por força da nulidade do ato, quando retirado do cargo, emprego ou função ocupados ilegalmente, ressalvando-se apenas a contraprestação recebida por conta do trabalho desenvolvido - uma vez que a força física ou intelectual não poderá lhe ser restituída com o retorno da situação jurídica ao estado anterior, em consequência da nulidade - mais os depósitos do FGTS, quando reconhecido o direito a salários (Súmula TST 363).

Quanto à autoridade pública responsável pelo desrespeito às regras do concurso público previstas nos itens II e III, do art. 37, da Constituição, é o próprio §2º do desse art. 37 quem remete ao legislador ordinário a regulamentação da sua punição.

5.1 Crime de Responsabilidade dos Prefeitos

38

Confira-se no Código de Processo Civil o art. 741, II, parágrafo único, e o art. 475-L, II, §1º, e, na Consolidação das Leis do Trabalho, o art. 884, §5º, que tornam inexecutível o título executivo judicial contrário à Constituição.

39

ível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 Ago. 2009.

Prefeitos e Vereadores, quanto à responsabilidade, submetem-se ao Decreto-Lei n. 201/1967.
O Prefeito Municipal que contratar sem concurso público comete o crime tipificado no art. 1º desse Decreto-Lei:
“Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

...

XIII - Nomear, admitir ou designar servidor, contra expressa disposição de lei;

...

§ 1º Os crimes definidos neste artigo são de ação pública, punidos os dos itens I e II, com a pena de reclusão, de dois a doze anos, e os demais, com a pena de detenção, de três meses a três anos.

§ 2º A condenação definitiva em qualquer dos crimes definidos neste artigo, acarreta a perda de cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular”.

5.3 Crime de responsabilidade do Presidente da República, Governadores e Secretários de Estado

Rege-se pela Lei n. 1.079/1950, e, no que interessa ao concurso público, assim dispõe:

“Art. 9º São crimes de responsabilidade contra a probidade na administração:

...

5 - infringir no provimento dos cargos públicos, as normas legais;

...

Art. 33. No caso de condenação, o Senado por iniciativa do presidente fixará o prazo de inabilitação do condenado para o exercício de qualquer função pública; e no caso de haver crime comum deliberará ainda sobre se o Presidente o deverá submeter à justiça ordinária, independentemente da ação de qualquer interessado.

Art. 34. Proferida a sentença condenatória, o acusado estará, ipso facto destituído do cargo.

...

Art. 74. Constituem crimes de responsabilidade dos governadores dos Estados ou dos seus Secretários, quando por eles praticados, os atos definidos como crimes nesta lei”.

5.4 Improbidade administrativa

A Lei n. 8.429/1992, que trata dos atos de improbidade administrativa, também dispõe, expressamente, com relação ao concurso público:

“Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

...

V - frustrar a licitude de concurso público.

...

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

...

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos”.

5.5 Dificuldades para responsabilização: demora na constatação da ilicitude e rara identificação do agente

Apesar dessas disposições legais prevendo, inclusive como crime, punição para os administradores avessos à regra do concurso público, tal responsabilização não é fácil, na prática.

Importante ressaltar que a competência para essas ações é da Justiça comum, e, não, da Justiça do Trabalho, uma vez que não constante do elenco do art. 114 da Constituição⁴⁰.

40

O STF negou competência criminal à Justiça do Trabalho (ADI /MC n. 3.684).

Consequentemente, a legitimidade para promoção dessas ações é do Ministério Público (Federal ou Estadual) que officia na Justiça comum.

O papel da Justiça do Trabalho e do Ministério Público do Trabalho, quanto à responsabilização criminal e por improbidade administrativa, é levar ao conhecimento do Ministério Público Federal ou Estadual (conforme o vínculo da autoridade ou agente público infrator) os casos de que tiver ciência.

Um problema se constata quando se tem conhecimento desses ilícitos somente muito tempo depois de sua prática, através da intervenção nas reclamações trabalhistas, em fase recursal (art. 83, XIII, da Lei Complementar n. 75/1993), promovidas pelos trabalhadores demitidos por força de nulidade da contratação proclamada pela própria administração – entenda-se, pelo político vencedor nas eleições, de corrente contrária ao anterior que efetuou as contratações sem concurso, em atitude muito mais de vingança do que de moralização.

Outra dificuldade para encaminhamento dessa responsabilização é a identificação do autor do ato inconstitucional. Principalmente nas admissões sem concurso público, os infratores não costumam materializar a irregularidade. O trabalhador ingressa no serviço público mediante ordem verbal do Prefeito, Secretário municipal, Secretário de Estado, do próprio Governador ou outra autoridade com poderes para “empregar”. E dificilmente se encontra uma carteira de trabalho anotada ou um ato de nomeação que comprove isso. Apenas aparece o nome do favorecido na folha de pagamento do órgão.

Esses dois aspectos dificultam bastante a formulação da notícia crime contra as autoridades públicas infratoras, e, consequentemente, sua punição.

E muitos são os outros obstáculos encontrados pelo Ministério Público Federal e Estadual para responsabilizar tais infratores, na Justiça competente, mas que refogem ao objeto deste artigo.

Também por isso que, raramente, se vê uma autoridade pública punida por descumprir a regra do concurso público.

CONCLUSÃO

Expressão inequívoca dos princípios democrático, isonômico e daqueles relativos à administração pública, em particular a impessoalidade e a moralidade, o concurso público exigido pelo art. 37, II, da Constituição da República ainda é largamente vilipendiado no Brasil, de várias formas, frustrando o ideal de igualitário acesso a cargos, empregos e funções públicas.

A burla à regra do concurso está relacionada, principalmente, à não compreensão da relevância do procedimento para a administração pública, mesmo quando passados mais de vinte anos da Carta Constitucional de 1988, diante da cultura do empreguismo reinante em uma parcela da população e entre alguns políticos e administradores públicos brasileiros que se deixam motivar por interesses eleitorais.

Esse desrespeito traz prejuízos para o serviço público, uma vez que exclui a possibilidade de os mais aptos concorrerem aos postos no serviço público, cujas atividades são executadas (quando o não concursado, efetivamente, executa alguma tarefa) por pessoas despreparadas e instáveis funcionalmente e, por isso mesmo, não muito interessadas no trabalho. Traz danos, também, para os trabalhadores não concursados, eis que são usados para fins políticos, tornando-se devedores de favores, contratados pelo candidato vitorioso que “comprou” seu voto, e dispensados quando não mais interessam ao político ou quando da mudança dos administradores nas eleições seguintes. São explorados em sua mão de obra sem a contraprestação e demais vantagens usualmente reconhecidas aos servidores públicos regulares, não usufruindo das indenizações trabalhistas, quando dispensados, e dos benefícios previdenciários, com perda, inclusive, da computação do tempo de serviço para aposentadoria, tudo em consequência da nulidade da admissão no serviço público.

A desatenção ao concurso público é fator de atraso social, econômico, educacional e político, pois desestimula a competição saudável, o crescimento individual, a busca por melhor instrução e a conquista do emprego com esforço próprio, diante do favorecimento dos apaniguados, contribuindo para a perpetuação do ciclo de subdesenvolvimento, mantendo uma parte dos trabalhadores como massa de manobra política e sempre dependente de favores.

As medidas adotadas ao longo dos anos em prol da implementação do princípio do concurso público na esfera da Justiça do Trabalho, com expressivo destaque nas regiões mais distantes dos grandes centros do País, vem sofrendo contratempus que vão desde inescrutáveis artifícios utilizados pelos infratores para se esquivarem do seu cumprimento e perenizarem no serviço público os não concursados, até as interpretações jurisprudenciais do STF que ainda não atentaram para a verdadeira natureza da relação jurídica formada entre os servidores irregulares e a administração pública – que jamais poderá ser estatutária – com reflexos na competência dessa Justiça especializada, a ponto de esvaziá-la quando presente o litígio uma pessoa jurídica de direito público interno, reconhecendo-se uma competência em razão da pessoa, e, não, da matéria.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 21 Ago. 2009.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2956:tj-piauem-prazo-para-regularizar-contratas-de-servidores&catid=1:notas&Itemid=675>. Acesso em 20 Ago. 2009.

BRASIL. Presidência da República. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao>>. Acesso em 17 Ago. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 20 Ago. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 20 Ago. 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Diário da Justiça. Disponível em: <<http://www.tjpi.jus.br/tjpi/uploads/diario/dj090723.pdf>>. Acesso em: 17 Ago. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região. Disponível em: <<http://www.trt7.jus.br>>. Acesso em 17 Ago. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região. Disponível em: <<http://www.trt7.jus.br>>. Acesso em 17 Ago. 2009.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em 17 Ago. 2009.

Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br>>. Acesso em 17 Ago. 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.