



ANULAÇÃO DE CONTRATOS DE TRABALHO DE EMPREGADOS PÚBLICOS, POR FORÇA DA AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO, E A POSSIBILIDADE DE COMPUTO DE TEMPO TRABALHADO PARA EFEITO DE APOSENTADORIA.

Ana Carolina Miacci de Souza: Acadêmica de Direito na Universidade do Vale do Paraíba,

Orientador: Carlos Alberto Antônio Júnior: Especialista em Direito Processual Civil (2003) e Direito Privado (2008) pela Escola Paulista de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo,

Resumo - O presente artigo pretende demonstrar que a anulação do contrato de trabalho de empregado público que efetivamente prestou serviços a Administração Pública, sem que tenha realizado concurso público para a sua contratação, não pode ensejar na desconsideração do tempo de contribuição para efeitos previdenciários.

Palavras-chave: Empregado público, Ausência de concurso público, Anulação de contrato, Contribuição previdenciária, Aposentadoria.

Área do Direito: Direito Administrativo e Direito Previdenciário

Abstract - This paper intends to demonstrate that the annulment of the contract of employment of public employees that effectively provided services to public administration, without it having accomplished public tender for its hiring, can not give rise to disregard the contribution period for social security effects.

Keywords: Public employee, Absence of public tender, contract Annulment, Contribution social security, Retirement.

Sumário: Introdução. 1. Metodologia. 2. Resultados. 2.1. Empregado Público e Concurso Público. 2.2. A boa fé do trabalhador contratado sem concurso público. 2.3. Anulação do ato administrativo e do Contrato de trabalho. 2.4. Contribuição Previdenciária e Aposentadoria. Conclusão. Referências.

Introdução

A contratação de servidores públicos, tidos por empregados públicos, sem concurso público, tem sido comumente constatada em diversos municípios, principalmente em municípios carentes de assessoramento jurídico.

Por vezes, estes contratos acabam anulados em ação civil pública por improbidade administrativa, manejada pelo Ministério Público. Sendo proferida decisão que anula ou declara nulo o contrato de trabalho que foi firmado com a Administração Pública, este órgão fiscalizador da Administração requer em consequência a desconsideração do tempo de contribuição do trabalhador junto ao Instituto Previdenciário.

Tal pedido traz prejuízos para o empregado demitido no que cerne a contribuição previdenciária já efetivada e prolonga o tempo de espera da aposentadoria, mas como óbvio, não restitui ao sujeito trabalhador a mão-de-obra e esforço despendido na prestação dos serviços. Não há razoabilidade nesta consequência imposta pela anulação da contratação, pois se houve regular prestação de serviço público, ainda que se anule a contratação por vícios na sua origem, como a ausência de concurso público, o trabalhador de boa-fé não pode ser penalizado pelo erro que não concorreu, e a anulação dos atos administrativos de contratação, neste caso, não deve gerar efeitos 'ex tunc', mas sendo



cabível a declaração produção dos efeitos “*ex nunc*”.

Metodologia

O método a ser utilizado é o de análise de casos por meio de jurisprudência, bibliografia, pareceres e artigos.

Resultados

Empregado Público e Concurso Público

Servidor público em sentido amplo é aquele que mantém vínculo profissional com a Administração Pública. Sendo que nesta classificação encontramos elencadas as espécies de servidores: *agentes políticos, servidores públicos em sentido estrito ou estatutários, empregados públicos e os contratados por tempo determinado*.

Ante o tema proposto, cabe ater-se a espécie *empregado público* e delimitando-o de forma clara, segundo Hely Lopes Meirelles, temos que:

Os empregados públicos são todos os titulares de emprego público (não de cargo público) da Administração direta e indireta, sujeitos ao regime jurídico CLT; daí serem chamados também de “celetistas” [1]:

Portanto, dado o seu regime celetista, não estão sujeitos a estabilidade constitucional e o regime de previdência do qual participam é o geral, nos termos da Lei 8213/91.

A investidura em emprego público como vemos no Artigo 37, inciso II, que trata do ingresso de servidor público na Administração, por meio de aprovação em concurso público de provas ou provas e títulos, ou por meio de cargos em comissão de livre nomeação e exoneração, instituídos por lei, passou a vigorar a partir da mudança realizada no capítulo VII, seção VII, Dos Funcionários Públicos, da Constituição Federal de 1967.

O concurso público é o meio técnico pelo qual a Administração Pública se vale para atender a demanda de todos que almejam ingressar no âmbito profissional da carreira

pública, sem distinção, porém fazendo valer os princípios da moralidade e eficiência, e dando continuidade ao aperfeiçoamento da prestação do serviço público. Além disso, a aplicação do concurso público corrobora para que os ineptos (desqualificados para a natureza e complexidade do cargo em questão) e os que porventura sejam parte ou favorecidos de grupo de apaniguados de ingressarem na carreira pública, evitando, futuramente, a execução de um serviço moroso, marcado por procrastinação e pessoalidade.

A boa fé do trabalhador contratado sem concurso público

Após a aprovação em concurso público e realização dos procedimentos convocatórios, é realizada a posse do empregado público. Este por sua vez, formaliza sua relação laboral com a administração pública por meio de contrato de trabalho e sua carteira de trabalho recebe o registro.

Contudo, há casos excepcionais em que há a contratação de empregado público pela administração, sem que este tenha passado pelo procedimento do concurso público de provas, ou provas e títulos. Neste caso a teoria denomina o empregado como “*funcionário de fato*”. A aparência, perante todos aqueles que o cercam é de legalidade, ainda que sua investidura tenha sido irregular.

Havendo interesse público, que necessita ser suprido de imediato, sem que a administração possua meios de realizar um concurso público, devido à demora típica que este procedimento comporta, ante todos os prazos e condições necessárias para sua própria concretização, finalização e resultado, o “*empregado de fato*”, acaba por ter seus motivos de existência, ainda que ilegal.

Neste sentido, para o empregado contratado também se pressupõe a boa fé, pois de pronto ofereceu sua mão de obra a administração pública, laborando conforme as condições do contrato de trabalho, estabelecidas de acordo com os princípios administrativos, os quais trazem os limites necessários à esfera do serviço público.

[1] Hely Lopes Meirelles. Direito Administrativo Brasileiro, p. 440.



Anulação do ato administrativo e do Contrato trabalho

Ainda que a Administração Pública justifique a prática do ato da contratação do empregado público pautada nos princípios da boa-fé, da supremacia do interesse público, da eficiência e na presunção de legitimidade dos atos administrativos, não está imune da impugnação do ato pelo Ministério Público, como seu fiscalizador, por meio de ação civil pública.

Quando proposta esta ação pelo órgão fiscalizador, é questionada a validade do ato praticado e por vezes requerida sua anulação, bem como a desconsideração do tempo de contribuição previdenciária e devolução dos salários percebidos pelo servidor, sob o escopo de ter sido tal prática ato lesivo e danoso à moralidade administrativa; mas não se pode excluir o fato de que o ato praticado produziu efeitos. Efeitos que ante o trabalhador de boa-fé devem ser respeitados e considerados, se ao final da decisão judicial não seja possível a convalidação do ato tido por viciado.

Em que pese tais argumentos, contendo a sentença determinação de anulação do contrato de trabalho, tem-se que esta anulação deve operar com efeitos *ex nunc*. Além de já se aplicar a dispensa do serviço, ao empregado público demitido não deve ser imposta a devolução dos salários que percebeu aos cofres públicos, pois caracterizaria enriquecimento sem causa da administração pública, já que ela, em contrapartida, não conseguiria devolver ao servidor a mão de obra prestada de todo o tempo em que esteve contratado.

Contribuição Previdenciária e Aposentadoria

Aos empregados públicos aplica-se o regime geral da previdência social, como dispõe o artigo 40, § 13, da Constituição Federal.

Este regime geral é previsto na Lei 8213/91, em seu artigo 9º, e visa assegurar aos contribuintes segurados meios de manutenção, em decorrência de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos

familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente, com base no artigo 1º, da mesma lei.

Para fins de obtenção do benefício de aposentadoria, deve existir um período de contribuição previdenciária. Como denomina a doutrina, esta é contada data a data, ou seja, desde o início em que o empregado se tornou segurado, até a data em que efetuou o requerimento da concessão do benefício, ou até a data que se deu por encerrada a atividade laboral que exercia, sendo levados em conta para efeito de desconto de tempo da contagem, os períodos em porventura seu contrato tenha sido suspenso, ou tenha havido interrupção do exercício.

A incidência da contribuição dá-se sobre a remuneração do empregado a cada mês. O devido recolhimento é realizado pelo ente que efetivou a contratação do servidor. A título de conceituação o empregado público é considerado segurado obrigatório.

Somadas a estas informações, temos que o tempo de contribuição para que se alcance o benefício da aposentadoria é de 35 (trinta e cinco) anos para homem e 30 (trinta) anos para mulher.

Aposentadoria por tempo de contribuição exige o cumprimento de carência. Nas palavras de Fábio Zambitte Ibrahim, temos por conceito de carência o seguinte:

Período de carência é o número de contribuições mensais mínimas que o segurado deve efetivar para ter direito a benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências. [2]

O período de carência compreende 180 contribuições mensais. Suprida a carência, a regra é que o benefício se inicie a partir da data do requerimento.

Portanto, das regras previdenciárias, vemos que a existência de contribuições é imprescindível para que o segurado se aposente. Não poderia ser diferente, já que o regime previdenciário é contributivo.

[2] Fábio Zambitte Ibrahim. Curso de Direito Previdenciário, p. 552.



Neste panorama, o prejuízo em se desconsiderar as contribuições de empregado público demitido em razão de anulação de sua contratação por ilegalidade é evidente.

Não poderá ele aposentar-se, ou, no mínimo, terá dificuldade a tanto. A desconsideração de seu período contributivo não deve ser conseqüência direta da anulação da contratação por vício no concurso público, já que a própria incidência da contribuição previdenciária não leva em conta a legalidade da contratação.

Neste sentido decide a 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho em recurso de revista nº TST-RR-61.172/2002-900-20-00-4^[3]:

Processo: RR – 6117200-91.2002.5.20.0900 **Data de Julgamento:** 17/11/2004, **Relator Ministro:** Renato de Lacerda Paiva, 2ª **Turma, Data de publicação:** DJ 10/12/2004.

Ementa:

RECURSO DE REVISTA. PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE SUSCITADA PELA RECLAMANTE EM CONTRA-RAZÕES. Os embargos de declaração têm natureza jurídica recursal e por força da OJ nº 192 da SBDI-1, o prazo para sua oposição conta-se em dobro se apresentados por entidades de direito público e, por extensão, aos órgãos do Ministério Público. Inteligência do art. 188 do Código de Processo Civil. Prefacial que se rejeita.

RECURSO DE REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - SALÁRIO MÍNIMO - JORNADA REDUZIDA - PROPORCIONALIDADE. Não havendo prova de pactuação de pagamento proporcional ao número de horas em face do salário mínimo, é devido o salário em sua integralidade. Recurso de revista conhecido e improvido.

RECURSO DE REVISTA ADESIVO DA RECLAMANTE - 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." Arestos superados pelo Enunciado nº 363 do TST. Recurso de revista não conhecido.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - RECOLHIMENTO. Nos termos dos artigos 11, 12, 43 e 44 da Lei nº 8.212/91, são devidos os recolhimentos das contribuições previdenciárias em face de decisões judiciais, ainda que decorrentes de contrato nulo. Recurso de revista conhecido e provido.

Decisão: por unanimidade, rejeitar a preliminar de intempestividade suscitada pela reclamante em contra-razões. Por unanimidade, conhecer do recurso de revista do Ministério Público do Trabalho por contrariedade ao En. 363 do TST e, no mérito, negar-lhe provimento. Por unanimidade, não conhecer do tema contrato nulo - efeitos. Por unanimidade, conhecer do recurso de revista adesivo da reclamante, quanto ao tema contribuições previdenciárias - reflexos, por violação dos artigos 195 da CF/88 e 12 da Lei nº 8.212/91 e, no mérito, dar-lhe provimento para determinar a incidência das contribuições

[³] Tribunal Superior do Trabalho. Consulta Processual no TST. Consulta unificada. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/> Acesso em 16/10/2012; e <http://www.tst.gov.br/web/guest/processos-do-tst> Acesso em 16/10/2012



previdenciárias na forma da legislação em vigor.

Diante desta decisão resta aclarado o direito a que faz jus o empregado contratado de boa-fé. Ainda que o contrato de trabalho que o vinculou a administração pública seja anulado, o período da contribuição previdenciária em que concorreu deverá, sem prejuízos, ser computado para que o obreiro alcance o benefício da aposentadoria.

Conclusão

A imprescindibilidade de se realizar concurso público de provas ou provas e títulos para ingresso no serviço público decorre da alteração do dispositivo da Constituição Federal de 1967, no capítulo Dos Funcionários Públicos.

Contudo dadas as circunstâncias em que a administração pública se vê na iminência de cumprir com a primazia de atendimento ao interesse público de maneira célere, vislumbra-se que ela incorre na contratação de empregado público, mediante ausência de concurso público como instrumento de seleção. O descumprimento desta norma enseja questionamento do Ministério Público, como meio de fiscalizar a administração, através de ação civil pública por improbidade administrativa, requerendo-se a anulação do contrato de trabalho, com efeitos *ex tunc*, de maneira que tais efeitos afetem inclusive a consideração das contribuições previdenciárias recolhidas pelo ente público, à época da execução dos serviços. Acolhendo o órgão julgador o pedido e determinando o cumprimento dele em seu *decisum*, a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição se distancia do alcance do empregado.

É cediço que o empregado munido de boa-fé, frente ao ente público, na qualidade de hipossuficiente goza de amparo constitucional e previdenciário, que lhe garantem os frutos advindos de seu penoso trabalho. Sendo assim, preservado dos efeitos da anulação do contrato de trabalho, outrora firmado, por ato administrativo, com o ente público.

Referências

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL, Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991. Lei Orgânica da Seguridade Social. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, Institui Plano de Custeio e dá outras providências. Brasília, DF, publicada no Diário Oficial da União em 25/07/1991.
- BRASIL, Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF, publicada no Diário Oficial da União em 25/07/1991.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo – 27ª edição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro – 36ª edição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo – 20ª edição*. São Paulo: Editora Atlas, 2007.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno – 16ª edição*. São Paulo: Editora RT, 2012.
- IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário – 17ª edição*. Niterói: Editora Impetus, 2012.