

**O ENUNCIADO Nº 363 DO TST E A NECESSIDADE URGENTE
DO SEU CANCELAMENTO: UMA ABORDAGEM CRÍTICA DAS
DEMANDAS TRABALHISTAS ENVOLVENDO A CONTRATAÇÃO
DE PESSOAL, SEM CONCURSO, NO ÂMBITO
DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Sérgio Cabral dos Reis*

RESUMO: O presente artigo pretende demonstrar e rebater os argumentos normalmente trazidos aos processos judiciais trabalhistas pela Administração Pública, quando se trata de um caso de contratação de pessoal sem o cumprimento da constitucionalmente exigível prestação prévia de concurso público. Na verdade, o artigo é uma crítica ferrenha à jurisprudência majoritária do C. TST acerca da temática, manifestada através do malsinado Enunciado 363. Pretende-se demonstrar que o contrato de emprego, na sua visão estrutural, possui três planos distintos: o da existência, o da validade e o da eficácia. Nesse contexto, afirma-se que tais planos podem conviver harmonicamente no ordenamento jurídico. Dessa conclusão, outra se impõe no sentido de que, através de uma interpretação crítica e sistemática das normas constitucionais aplicáveis, o caso em epígrafe enseja uma situação de contrato existente e inválido, mas eficaz, justamente para a preservação dos princípios da promoção da dignidade da pessoa humana do trabalhador e da valorização social do trabalho, relegando-se, deste modo, a formalidade a um plano secundário.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública; contratação de pessoal; Enunciado nº 363 do C. TST; princípios da dignidade da pessoa humana; valorização social do trabalho

1. Introdução

Um tema que vem sempre à baila é o da contratação de pessoal no âmbito da Administração Pública sem o cumprimento da prévia e constitucional exigência de realização do competente concurso público de provas ou de provas e títulos, conforme o caso. Infelizmente, esse tipo de expediente ainda se constitui em fato comum no Brasil, onde uma parte da classe política, no intuito de realizar seus interesses particulares (eleitorais), tenta se furtrar da investigação da matéria pela Justiça do Trabalho, empregando teses praticamente uníssonas, seja em matéria

* Juiz do Trabalho Substituto no Paraná (9ª Região). Pós-graduado em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário da João Pessoa – UNIPÊ. Pós-graduado em Direito do Trabalho pela Universidade Potiguar – UNP. Mestrando em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense – UNIPAR; Email: sergiocabraldosreis@hotmail.com.

processual, seja em matéria de fundo, que, com o devido respeito, não resistem a uma análise mais minuciosa por parte da doutrina.

É bem verdade que essas teses encontram amparo, via de regra, na jurisprudência majoritária do C. TST, esposada através do Enunciado n° 363, que, contudo, independentemente do maior respeito merecido e dispensado aos eminentes Ministros daquela Corte, não é, como se verá ao longo deste modesto artigo, a melhor solução para a temática.

Assim, no intuito de demonstrar a inconstitucionalidade do posicionamento vencedor, pretendemos abordar, ainda que em vôo de pássaro, vários temas surgidos nos tribunais trabalhistas com relação à questão, de forma que, em um primeiro momento, serão analisadas as matérias processuais geralmente invocadas pelos ilustres procuradores das entidades componentes da Administração Pública no debate travado em juízo acerca do tema. Assim, serão objetos de investigação os pressupostos processuais e as condições da demanda invocadas corriqueiramente e, com efeito, a validade dos seus argumentos, notadamente em face da melhor doutrina e jurisprudência.

Em seguida, serão abordadas as questões de fundo ou de mérito, iniciando-se pelo estudo da alegação, rotineira por sinal, de ocupação de cargo em comissão pelo trabalhador, bem como, desta feita em hipótese menos comum, de contratação temporária por excepcional interesse público. Logo após, será analisada a relação de emprego em sua visão estrutural, nos seus três planos, quais sejam, o da existência, o da validade e o da eficácia, dando-se uma ênfase maior a estes dois últimos em razão da significativa importância para a solução da temática em epígrafe. A forma de terminação contratual, sob ponto de vista técnico, as verbas trabalhistas devidas e a hipótese de responsabilização civil da autoridade administrativa responsável pela contratação constitucionalmente viciada são temas que, igualmente, serão mencionados neste artigo.

Nesse contexto, esclarecemos que toda a abordagem será feita em uma perspectiva crítica à dogmática vigente e aplicável à espécie, bem como à luz das normas e valores constitucionais que dão o norte a ser seguido pelo operador jurídico na solução dos problemas que lhe são submetidos. Enfim, trata-se de tema que toca diretamente a Teoria Geral do Direito, o Direito Constitucional, o Direito Administrativo, o Direito Civil, o Direito Processual e o Direito do Trabalho, portanto, pela sua extensão e complexidade, interessa a toda sociedade como também a toda comunidade jurídica. Mãos à obra!

2. As defesas processuais

2.1 Da preliminar de incompetência material da Justiça Federal do Trabalho

Os entes da Administração Pública, via de regra, alegam, em sede de preliminar, que falece competência material à Justiça do Trabalho para apreciar e julgar a demanda envolvendo contratação sem concurso público, sob o argumento de que o obreiro jamais foi seu empregado, na acepção técnica da palavra, e sim servidor público estatutário.

Essa tese, na maciça maioria dos casos, não convence pelas razões a seguir aduzidas.

De logo, deve-se observar que a competência material da Justiça do Trabalho, segundo já consagrado em doutrina e jurisprudência, é determinada pela natureza da pretensão deduzida em juízo, ou seja, tendo a relação de emprego como fonte de direitos e obrigações, bem como pelas qualidades ostentadas pelas partes no conflito intersubjetivo de interesses, quais sejam, as de empregado e empregador, e não simples cidadão comum.

Por outro lado, urge perceber que a aferição dessa competência material trabalhista deve ser feita à luz da reelaborada teoria abstrata do direito de agir, *prima facie* e *in statu assertionis*, ou seja, de acordo com as meras alegações deduzidas pelo autor na petição inicial. Destarte, sendo alegada a existência de um contrato de emprego entre as partes da demanda, satisfeita está a competência da Justiça do Trabalho para apreciar tal feito, devendo a abordagem ocorrer em outro momento mais adiante que é o exame efetivo do mérito.

Portanto, fácil é perceber que a temática relacionada à competência material não passa de uma questão processual, que, no processo trabalhista, não é o objeto principal da atividade cognitiva do Juiz, mas, questão preliminar e necessária para que se chegue no exame da questão principal, que é da efetiva existência (ou não) de relação de emprego no caso concreto. Entender-se o contrário, como geralmente querem os entes públicos que vêm a juízo, é tornar a questão da competência como sendo matéria de mérito e não como pressuposto processual, como lhe é inerente¹.

Assim, consoante preleciona Isis de Almeida (2002, p. 226):

não importa que o tomador de serviços de um trabalhador considere-o autônomo ou avulso, alegando, inclusive, essa condição, na defesa. Do momento em que são reclamados direitos trabalhistas, oriundos de uma relação empregatícia, é indiscutível a competência da Justiça do Trabalho para a questão.

Nesse contexto, quando o trabalhador reclamante afirma na petição inicial que, a despeito de ter sido contratado sem prévia realização do concurso público, era empregado do ente da Administração Pública reclamado, é inegável que a Justiça Federal Especializada em relações trabalhistas tem competência material para apreciar o feito. Em outras palavras, nesses casos, somente este órgão do Poder Judiciário pátrio tem a competência constitucional (artigo 114) para dizer se em um dado caso concreto há relação de emprego ou não.

É imperioso observar, nesta oportunidade, que, no nosso entendimento, respeitando toda posição contrária, a Justiça Comum Estadual ou Federal, conforme o caso, somente detêm a competência para apreciar os casos de servidores estatutários com a implantação do regime jurídico respectivo, bem como quando há a perfeita observância da contratação via concurso público. Não havendo esta, aliás, desviando-se o ato administrativo da legalidade, trata-se de relação de trabalho *latu sensu*, que atrai, assim, a competência material da Justiça Federal do Trabalho.

Deste modo, com tais fundamentos, normalmente a preliminar de incompetência material levantada pelos entes públicos é rejeitada pela Justiça do Trabalho.

2.2 Das preliminares de carência de ação por ilegitimidade passiva ad causam ou por impossibilidade jurídica do pedido

Outrossim, os entes da Administração, no intuito de desviar o foco maior da questão, que é a contratação de pessoal irregular, a responsabilidade da autoridade responsável por ela, bem como os direitos trabalhistas e o respeito à dignidade da pessoa humana do trabalhador, no geral, suscitam preliminares de carência de ação por ilegitimidade passiva *ad causam* ou por impossibilidade jurídica da demanda, sob o fundamento de que o obreiro nunca foi seu empregado na acepção técnica da palavra, e sim trabalhador ocupante de cargo em comissão, ou que, como o mesmo não se submeteu à exigência constitucional de prestação de concurso público, de forma que o contrato questionado é nulo e, portanto, não gerou nenhum efeito jurídico.

Tais teses, em princípio, são muito simpáticas, mas, após uma abordagem mais aprofundada, percebe-se que a rejeição das mesmas é, de fato, a melhor solução. Observe os fundamentos.

A impossibilidade jurídica do pedido e a legitimidade para causa, como é sabido, constituem condições da demanda, ou seja, o conjunto de requisitos básicos que devem ser preenchidos para que o juízo aprecie o mérito da causa.

São legitimados para a causa, sob o prisma estritamente individual, o titular da pretensão (exigência de subordinação do interesse alheio ao próprio) deduzida

em juízo e o titular, segundo dispõe as regras jurídicas de direito material, da resistência a essa mesma pretensão². Segundo Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2003, p. 68):

isso quer dizer, em princípio, que somente tem legitimidade para a causa, na qualidade de autor, aquele que se diz titular do direito material, podendo ser réu apenas aquele que, no plano do direito material, tem a obrigação correspondente ao direito material afirmado na petição inicial.

O problema da legitimação para agir, mesmo para o Processo Trabalhista, consiste em individualizar a pessoa a quem pertence o direito de ação e a pessoa com referência a qual ele existe. Em outros termos, o problema da legitimação para agir consiste em estabelecer qual situação ou posição jurídica torna um sujeito legitimado para exercer e outro para estar sujeito ao direito de ação, ou em que se concretiza a particular posição dos legitimados para agir. Desse modo, a pertinência subjetiva da ação, normalmente, se dá nas pessoas que afirmam ser as titulares dos interesses em conflito deduzidos em juízo, ou seja, sobre as pessoas que a demanda evidencia que participaram da relação jurídica de direito material objeto do processo, segundo a seguinte perspectiva: a) a que afirma ter uma pretensão resistida ou insatisfeita; b) a que resiste à pretensão que se afirma devida (CASTELO, 1996).

A impossibilidade jurídica do pedido, por sua vez, pode ser conceituada como fez Ada Pellegrini Grinover (1977) como:

a inexistência de óbice à admissibilidade, em abstrato, do provimento desejado, ou a existência deste dentro do ordenamento jurídico, ou que só há possibilidade jurídica se o direito objetivo substancial admite, em tese, o pedido.

A aferição das condições da demanda, assim como analisado acima, na questão da competência material trabalhista, por uma decorrência lógica e, com efeito, por uma postura coerente do operador do Direito, deve ser feita à luz da reelaborada teoria abstrata do direito de agir, no plano lógico e abstrato, *prima facie* e *in statu assertionis*, ou seja, de acordo com as meras alegações deduzidas pelo autor na petição inicial.

Segundo Jorge Pinheiro Castelo (1996, p. 470-471):

a legitimação para agir, inclusive para o processo trabalhista, deve ser aferida no plano lógico e abstrato, conforme esclarece a reelaborada teoria abstrata do direito de agir. Significa isso que órgão judicial,

ao apreciar a legitimidade para agir das partes, deve considerar a pertinência do direito de ação à vista do que se afirmou na petição inicial, ou seja, independentemente da efetiva titularidade da relação jurídica de direito material objeto do processo e, até mesmo, da própria existência, ou inexistência, da relação jurídica de direito material afirmada em juízo (sem grifos no original).

Na mesma esteira caminha Kazuo Watanabe (2000, p. 94) quando afirma, em sua tese de doutorado na USP, que:

as 'condições da ação' são aferidas no plano lógico e da mera asserção do direito, e a cognição a que o juiz procede consiste em simplesmente confrontar a afirmativa do autor com o esquema abstrato da lei. Não se procede, ainda, ao acertamento do direito afirmado.

Ora, ultrapassada esta análise processual, mediante procedimento de cognição sumária, superficial e perfunctória, pelo simples confronto entre o conceito de cada uma das condições da demanda e o que foi alegado pela parte reclamante na peça vestibular, a temática passa a ser referente ao mérito do feito.

Observe, na doutrina, que José Roberto dos Santos Bedaque (2001, p. 80-81), eminente Desembargador do TJSP e Professor da USP, também em sua tese de doutorado nesta instituição, preleciona no sentido de que:

também por isso, se o autor alega ser titular de uma relação jurídica, indicando como sujeito passivo o réu, a sentença que, após cognição adequada, negue tal situação, afirmando ser outro devedor; estará julgando o mérito, ou seja, decidindo a lide trazida pelo autor. Ainda que, equivocadamente, conclua-se pela carência da ação, tal sentença é passível de rescisória (Sem grifos no original).

Assim, como já relatado nos casos de invocação de incompetência material, os reclamantes alegam, em regra, que as suas contratações foram fraudulentas aos seus direitos trabalhistas, bem como sempre foram empregados e jamais ocupantes de cargo em comissão nos entes da Administração Pública, que, na oportunidade, estão em juízo na condição de reclamados. Com tais afirmações, segundo a reelaborada teoria abstrata do direito de agir, restam preenchidas as condições da demanda em apreço. No mais, trata-se de matéria pertinente ao mérito da presente demanda, que deve ser analisado pelo Juiz do Trabalho no momento oportuno.

Veja que o artigo 37, inciso II, da Carta Magna de 1998, para efeitos da aferição da pretensa impossibilidade jurídica do pedido, por si só, é insuficiente para o acolhimento da preliminar sob análise, ainda mais quando o trabalhador pleiteia, com fundamento em diversos outros artigos constitucionais, o reconhecimento de vínculo empregatício. A interpretação, no caso, deve ser sistemática e não meramente topológica. Os reclamantes, segundo geralmente se evidencia na análise meramente perfunctória de suas petições iniciais, entendem que, na verdade, a despeito de não terem prestado concurso público, mantiveram, de fato, uma relação de emprego com o ente público, mormente se considerarem os princípios da dignidade da pessoa humana do trabalhador, da valorização do trabalho e da primazia da realidade sobre a forma. Assim, na normalidade dos casos que são submetidos ao crivo da Justiça Trabalhista, as pretensões dos reclamantes, que foram contratados sem a prévia submissão ao competente concurso público, encontram eco na interpretação sistemática de diversos artigos constitucionais.

Note-se, ainda, que, segundo a citada teoria reelaborada abstrata, a extinção liminar do processo, sem julgamento do mérito, como geralmente requerem os entes públicos em sede de preliminar de defesa, só seria concretizada, se a ausência da competência material trabalhista ou das condições da demanda restasse demonstrada de forma evidente, escancarada³, no bojo da própria petição inicial, como, por exemplo, na hipótese de um determinado reclamante afirmar nesta que foi contratado, mediante a aprovação prévia em certame, para o regime estatutário e que está entrando em juízo somente para questionar violações, por parte da Administração Pública pertinente, de normas do próprio regime jurídico do servidor público. Mas é importante frisar que estes casos são raros nos pretórios trabalhistas.

Por isso a teoria é denominada de abstrata, pois a análise efetiva e de acordo com as circunstâncias do caso concreto ocorrerá apenas no mérito. Abstrata, porque a aferição da competência material trabalhista e das condições da ação é realizada apenas considerando as alegações ou afirmações contidas na peça de ingresso, sem verificação efetiva, como já ressaltado, das peculiaridades do caso concreto.

Assim, pelos fundamentos acima, dificilmente tais preliminares argüidas pela Administração Pública logram êxito na Justiça do Trabalho.

3. As defesas de mérito

3.1 A inconstitucionalidade na tentativa de enquadrar o trabalhador que exerce funções de baixa hierarquia como ocupante de cargo em comissão

Um argumento de defesa muito comum, notadamente quando se trata de Município como reclamado trabalhista, é a afirmação de que o trabalhador, que não prestou o devido concurso público para o seu ingresso nos quadros da Administração, era ocupante de cargo em comissão.

Com o devido respeito à opinião em sentido contrário, entendemos que a magistratura do trabalho deve estar atenta a esse tipo de fundamentação, mormente quando se tratar de cargos de hierarquia inferior no escalão administrativo do ente público.

Inicialmente, deve-se observar que o cargo de provimento comissionado tem como característica o fato de que o seu titular exerce as suas funções em caráter instável e tendente a ser provido segundo uma condição interinamente cumprível. Nesse caso, o cargo pode ser da estrutura permanente da entidade pública, mas o exercício de suas funções dá-se mediante comissionamento, que tem como elemento determinante uma vinculação especial e precária entre o agente público competente à escolha e o servidor designado para o desempenho.

O regime jurídico do servidor provido em cargo comissionado obedece a princípios e regras, inclusive constitucionais, que o afastam daquele que prevalece para o que se investe em cargo cujo provimento seja efetivo. Não apenas relativamente ao direito de estabilizar-se, mas até mesmo alguns direitos sociais referidos constitucionalmente como aplicáveis ao trabalhador e ao servidor público (§ 3º do artigo 39), que obedecem a regramentos diversos quando se cuida de servidor investido em cargo de provimento comissionado.

Observe-se, entretanto, que não é qualquer cargo que pode ser legalmente como sendo de provimento comissionado, excluindo-se, por força dessa característica, das exigências de concurso público para nomeação do seu titular. Realmente, consoante a melhor doutrina, nomeações para cargos em comissão são aquelas ao dispor da autoridade para prover cargos descritos na lei como de confiança, tendo como principal característica a forte representatividade dessa mesma autoridade, pois a representação, em seu âmbito, decidindo por ela, monitorando, orientando, organizando e assessorando. O detentor de cargo de confiança, na verdade, é a *longa manus* do respectivo nomeante. Por essas razões percebe-se quão necessária é essa fragilidade do liame. A autoridade nomeante não pode desfazer-se dessa competência para exonerar os titulares de tais cargos, sob pena de não poder contornar dificuldades que surgem quando o nomeado deixa de gozar de sua confiança. A exoneração, nessas hipóteses, é

imprescindível, pois com ela se aplaca a ira de todos os envolvidos.

Nesse diapasão, os cargos de provimento em comissão são próprios para a direção, comando ou chefia de certos órgãos, para os quais se necessita de um agente que sobre ser de confiança da autoridade nomeante se disponha a seguir sua orientação, ajudando-a a promover a direção superior da Administração Pública. Também se destinam ao assessoramento (artigo 37, inciso V, da Constituição Federal de 1988). Porém, como acentua Diógenes Gasparini (2000, p. 231):

não se pode criar somente cargos em comissão, pois outras razões existem contra essa possibilidade. Tal criação, desmedida e descabida, deve ser obstada, a todo custo, quando a intenção é evidente é burlar a obrigatoriedade do concurso público para o provimento de cargos efetivos. De sorte que os cargos que não apresentam aquelas características ou algumas particularidades entre seu rol de atribuições, como seu titular privar da intimidade administrativa da autoridade nomeante (motorista, copeiro), devem ser de provimento efetivo, pois de outro modo cremos que haverá desvio de finalidade na sua criação e, portanto, possibilidade de sua anulação.

Não é por outra razão que preleciona Cármen Lúcia Antunes Rocha no sentido de que (1999, p. 177):

a função de confiança é aquela que se caracteriza por ser destinada ao provimento de agentes que atendem a uma qualidade pessoal que o vincula, direta e precariamente, a determinadas diretrizes políticas e administrativas dos governantes em determinado momento. Assim, o elo de vinculação pessoal identifica o agente que é indicado para o exercício da função e denota a sua ligação com a política ou com as diretrizes administrativas estabelecidas. Cuida-se de situação excepcional, que precisa ser considerada e compatibilizada com a impessoalidade, posta como princípio constitucional intransponível e incontornável". Continua a eminente Professora de Minas Gerais afirmando que "a confiança haverá de ser considerada em relação às condições de qualificação pessoal e à vinculação do agente escolhido com a função a ser desempenhada. Não é possível, juridicamente, tomar como mera função, sem o correspondente no quadro administrativo, um conjunto de atribuições que deve ser instituído como inerente a um cargo público. Nem se há de considerar de confiança o que precisa ser tratado e provido segundo exigências e critérios profissionais insuperáveis. Nem se há de considerar de confiança pessoal condições personalíssimas do agente eleito, como parentesco etc., pois tanto caracterizaria mero nepotismo, proibido constitucional

e infraconstitucionalmente, o que vem sendo cumprido, aliás, com rigor pelo Poder Judiciário.

Referindo-se ao artigo 37, inciso V, da Constituição de República, leciona, ainda, Cármen Lúcia Antunes Rocha (1999, p. 179) afirmando que:

pelos termos claros e taxativos da norma, vê-se, pois, que inexistem possibilidades de ter o legislador infraconstitucional discricionariedade para dispor sobre a natureza do provimento de cargo público que não seja de direção, chefia e assessoramento, pois não tendo tais atribuições há vinculação legislativa, e o provimento de tal cargo é, necessariamente e pelo fundamento constitucional, efetivo.

Pois bem. O que se tem constatado cotidianamente na Justiça Federal do Trabalho é aquilo que se observa com freqüência na organização do pessoal do serviço público, ou seja, classificação como “em confiança” de inúmeros cargos, que melhor seriam categorizados como efetivos e, mais corretamente ainda, dispostos em carreira. Esses expedientes configuram autênticos desvios de finalidade (ou de poder) pelo uso indiscriminado e abusivo, por meio de edições de leis, cargos em comissão, para funções de baixa hierarquia e de nenhuma representatividade da autoridade, sem qualquer função de direção e assessoramento, mas apenas para que a autoridade possa nomear os cidadãos que deseje, sem o incômodo e inconveniente concurso público, tão sabiamente exigido pelo legislador constituinte.

Os Juízes Federais do Trabalho normalmente se deparam com um típico desvio de finalidade, mediante ato cuja forma respeita um modelo legal, mas o seu conteúdo é destinado a fraudar a legislação trabalhista e a Constituição Federal, especificamente no que tange ao seu artigo 37, inciso II. O expediente supra transcrito é absolutamente inadmissível diante dos preceitos do Direito do Trabalho e, principalmente, diante das normas consagradas no plano constitucional, contrariando, neste caso, o princípio expresso no artigo 37, inciso II, segundo o qual a regra é a investidura em cargo ou emprego público mediante prévia aprovação em concurso e a exceção são as nomeações para cargo em comissão.

De fato, não se pode afirmar, por exemplo, que um dado reclamante, nas honradas, porém humildes (na escala hierárquica da Administração Pública), funções de “enfermeiro padrão”, “lixeiro”, “motorista de ônibus escolar municipal”, “copeira”, “vigilante”, “enfermeiro do posto de saúde”, “zelador”, dentre tantas outras, represente um Município nos moldes constitucionalmente exigidos para o real provimento de cargo em comissão. Indiscutivelmente, diante de uma situação dessa, entendemos que o Magistrado Trabalhista deve declarar,

incidentalmente, que o formal provimento para os pretensos cargos em comissão foi inconstitucional e, com efeito, não lhe atribuir eficácia jurídica.

Tais funções, ilustrativamente mencionadas no parágrafo acima, inegavelmente, não correspondem à ocupação de um cargo de chefia na escala administrativa municipal (regra geral), estadual ou federal. Além do mais, tratam-se de cargos típicos de carreira pública, relacionados a prestação de serviços de utilidade pública imediata, que necessitam, certamente, para os seus provimentos, de prévia realização de concurso público.

Entender-se o contrário, com o devido respeito, é coroar o malsinado desvio de finalidade nos atos da Administração Pública, bem como, com todo merecido respeito, desconhecer por completo a verdadeira interpretação das normas constitucionais que casos, como estes, exigem.

Sendo assim, este argumento de mérito (ocupação de cargo em comissão de livre nomeação e exoneração), quando se tratar das situações mencionadas acima, deve ser rechaçado pelos Juízes do Trabalho.

3.2 A inconstitucionalidade do contrato formalmente celebrado como temporário, por excepcional interesse público, quando inexistir uma situação fático-jurídica que o autorizasse

Igualmente ao item anterior, embora com menos freqüência, tem-se constatado, sobretudo nas Administrações Públicas municipais, a tentativa de enquadramento desse pessoal contratado sem a prévia submissão ao certame público na hipótese tipificada no artigo 37, inciso IX, da Constituição da República, ou seja, em casos de contratação temporária por excepcional interesse público. Contudo, a magistratura trabalhista deve estar atenta a esse tipo de argumento, notadamente porque, via de regra, o que se tem verificado é que na maioria deles não existe o enquadramento naquelas situações aventadas pela lei nº 8.745/93, que regulamentou o citado dispositivo constitucional.

Ora, não havendo a comprovação de uma situação de urgência para contratação sem concurso público (minoração de casos de calamidade pública ou combate a surtos endêmicos, por exemplo), outra alternativa não resta ao Juiz do Trabalho senão a declaração de nulidade de tais contratos formais, reconhecendo, para fins de expedição de ofícios aos órgãos competentes (Ministério Público, Tribunal de Contas, Parlamento, etc.), que a conduta administrativa é passível de apuração no sentido de se verificar se foi um caso ou não de ato de improbidade.

É importante verificar que, neste tipo de defesa, o que interessa é verificar se houve ou não ato de improbidade administrativa, dever funcional de todo agente estatal, inclusive dos magistrados federais do trabalho, intimamente relacionado à preservação da intangibilidade do interesse público. A questão trabalhista,

no caso, resta praticamente sem controvérsias, uma vez que, regular ou não, o contrato será regido pela CLT e, como tal, o trabalhador terá assegurado todos os direitos trabalhistas compatíveis com o modo de terminação contratual.

3.3 A flagrante inconstitucionalidade do Enunciado nº 363 do C. TST

Nesta oportunidade, passa-se a enfrentar a questão principal deste singelo artigo, relacionada à alegação deduzida pelos entes públicos no sentido de que a contratação sem concurso público é nula de pleno direito e, portanto, não gera nenhum efeito jurídico. O Colendo Tribunal Superior do Trabalho firmou posicionamento, nesses casos, através do malsinado Enunciado nº 363 da seguinte redação:

A contratação de servidor público, após a Constituição de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no seu art. 37, II, e § 2º, somente conferindo-lhe direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o salário-mínimo/hora.

Neste particular, de logo, esclarecemos que não acompanhamos essa jurisprudência majoritária do TST, esposada através do citado Enunciado nº 363. A razão é simples: não se deve interpretar isoladamente nenhum dispositivo constitucional!!!

Deveras, o Tribunal Superior do Trabalho, na confecção do referido Enunciado, teve em mira apenas o artigo 37, inciso II, da Carta Magna, e, aparentemente, desprezou outros dispositivos de não menos importância. A análise dessa matéria, como é do conhecimento da grande maioria dos operadores do Direito do Trabalho, é por demais polêmica. Assim, para uma melhor compreensão da nossa posição, fazem-se necessárias algumas notas de conotação doutrinárias.

Segundo preleciona Luís Roberto Barroso (1998, p. 141):

o ponto de partida do intérprete há de ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra correta que vai reger a espécie.

É importante assinalar, neste momento, que já se encontra superada, na

melhor doutrina constitucional, a distinção que outrora se fazia entre normas e princípios. Hodiernamente, a expressão norma jurídica é o gênero do qual são espécies as regras e os princípios. Estes, aliás, sobretudo os que estão inseridos no bojo da Constituição, pelo maior grau de generalidade, gozam de maior prestígio, ou seja, devem ser o ponto de partida do intérprete. Daí falar-se em hegemonia normativa dos princípios jurídicos.

Tal concepção, entretanto, é fruto de uma evolução histórica reflexiva e amadurecida por parte da doutrina com relação à temática. Nesse contexto, o caráter normativo ou a juridicidade dos princípios passou por três fases distintas. Em um primeiro momento, na fase jusnaturalista, havia um posicionamento dos mesmos na esfera meramente abstrata e metafísica, onde eram reconhecidos como inspiradores de um ideal maior de justiça na confecção do Direito. Em outras palavras, nesta fase inicial, a eficácia dos princípios jurídicos cingia-se a uma dimensão ético-valorativa do sistema, de forma que o caráter normativo dos mesmos era praticamente nulo. Em uma segunda fase, a juspositivista, a função dos princípios era somente a de servir de fonte de integração do Direito, na eventualidade de lacuna legislativa. Neste caso, o valor deles era o fato de derivarem das leis, e não por ser um ideal de justiça, como acontecia na fase precedente. É evidente que, nesse contexto, o caráter normativo dos mesmos era muito precário e, portanto, careciam de uma importância maior para operacionalização do sistema, posto que somente eram invocados na ausência de disposição expressa por parte deste. Finalmente, a fase atual, denominada pela doutrina de pós-positivista, onde prepondera a hegemonia axiológica e normativa dos princípios. Nesta fase, estes conquistaram a verdadeira dignidade de normas jurídicas vinculantes, vigentes e eficazes para muito além da atividade de integração do Direito (ESPÍNDOLA, 1999, p. 58-59).

Segundo Paulo Bonavides (2000, p. 260), indiscutivelmente um dos maiores constitucionalistas pátrios:

a importância vital que os princípios assumem para os ordenamentos jurídicos se torna cada vez mais evidente, sobretudo se lhes examinarmos a função e presença nos corpos das Constituições contemporâneas, onde aparecem como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio com que fundamentar na Hermenêutica dos tribunais a legitimidade dos preceitos da ordem constitucional.

Portanto, é esse o pensamento e a premissa que deve partir o intérprete do caso que estamos apreciando, ou seja, da realização dos valores, mormente os constitucionais, que estão implantados nos princípios.

Ainda como preleciona o notável Professor radicado no Ceará:

em resumo, a teoria dos princípios chega à presente fase pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssima teor densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento; os princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, com espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios (BONAVIDES, 2000, p. 265).

Segundo as lições de José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p. 1145), a Constituição é um sistema normativo aberto de regras e princípios. Nesse contexto, como se trata do tema central deste trabalho, é importante verificar, resumidamente, a própria decomposição do conceito acima em suas palavras. Assim, a Constituição é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas; é um sistema aberto porque tem uma *estrutura dialógica*, ou seja, traduz-se na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da “verdade” e da “Justiça”; é um *sistema normativo*, porque as expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, são estruturadas através de normas; por fim, é um *sistema de regras e de princípios*, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de *princípios* como sob a sua forma de *regras*.

Muito bem, superada a questão acima, faz-se oportuno dizer que não há, é certo, entre umas e outras normas jurídicas constitucionais, hierarquia em sentido normativo, por isso que, pelo princípio da unidade da Constituição, todas as normas constitucionais encontram-se no mesmo plano. Realmente, segundo o já citado José Joaquim Gomes Canotilho, eminente Professor da Faculdade de Direito de Coimbra e da Universidade Autónoma de Lisboa, “o princípio da unidade hierárquico-normativa significa que todas as normas contidas numa constituição formal têm igual dignidade (não há normas só formais, nem hierarquia de supra-infra ordenação dentro da lei constitucional). Como se irá ver em sede de interpretação, o princípio da unidade normativa conduz à rejeição de duas teses, ainda hoje muito correntes na doutrina do direito constitucional:

(1) a tese das *antinomias normativas*; (2) a tese das *normas constitucionais inconstitucionais*. O princípio da unidade da constituição é, assim, expressão da própria *positividade normativo-constitucional* e um importante elemento de interpretação (cfr., infra). Compreendido dessa forma, o princípio da unidade da constituição *é uma exigência da 'coerência normativa' do sistema jurídico*. O princípio da unidade, como princípio de decisão, dirige-se aos juízes e a todas as autoridades encarregadas de aplicar as regras e princípios jurídicos, *no sentido de as 'lerem' e 'compreenderem', na medida do possível, como se fossem obras de um só autor*, exprimindo uma concepção correta do direito e da justiça (Dworkin). Neste sentido, embora a Constituição possa ser uma 'unidade dividida' (P. Badura) dada a diferente configuração e significado material das suas normas, isso em nada altera a *igualdade hierárquica* de todas as suas regras e princípios quanto à sua validade, prevalência normativa e rigidez". E arremata o culto Professor português, com o brilho que lhe é peculiar, dizendo que o intérprete deve "considerar a constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar (...) Daí que o intérprete deve sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios" (CANOTILHO, 2002).

Não é outra a lição de Inocêncio Mártires Coelho (2003, p. 40-41) quando afirma que:

segundo essa regra de interpretação, as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados no sistema num sistema unitário de regras e princípios, que é instituído na e pela Constituição. Em consequência, a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade, do que resulta, por outro lado, que em nenhuma hipótese devemos separar uma norma do conjunto em que ela se integra, até porque o sentido da parte e o sentido do todo são interdependentes.

Sem embargo, é possível, entretanto, admitir a existência de uma hierarquia *axiológica* entre as normas constitucionais. Tal informação, aliás, é extremamente importante, pois, muitas vezes, será o norte do intérprete na busca da melhor solução de um dado caso concreto. Em verdade, como já dito, entre os princípios constitucionais não existe uma antinomia direta, mas, na eventualidade de não se poder aplicar concomitantemente dois deles, deve-se resolver a aparente contradição pelo critério da preponderância axiológica de um sobre o outro, atendendo, assim, a solução que mais interessa à sociedade. É imperioso observar que tudo o que foi dito não implica, necessariamente, em

supremacia constante de um princípio sobre o outro. Nada disso. É a riqueza do caso concreto que dirá qual é a norma principiológica que deve ser devidamente aplicada para resolver o litígio sujeito à apreciação no momento, ou seja, a partir dessa situação fática alegada, o intérprete deve verificar qual o valor previsto na Constituição Federal que interessa mais a coletividade e, depois disso, encontrar a solução para o caso.

Assim, deve-se notar que nada impede que as normas de mesma hierarquia tenham funções distintas dentro do ordenamento jurídico. Consoante preleciona Jorge Miranda (1983, p. 199), outro emérito constitucionalista português:

aos princípios cabe, além de uma ação imediata, quando diretamente aplicáveis a determinada relação jurídica, uma outra, de natureza mediata, que é a de funcionar como critério de interpretação e integração do Texto constitucional.

Na mesma linha doutrinária, ao prefaciар seu admirável Tratado de Direito Privado, averbou Pontes de Miranda (1954, p. IX) que “os sistemas jurídicos são sistemas lógicos, compostos de proposições que se referem a situações da vida, criadas pelos interesses mais diversos”.

Nesse contexto, a função social do Direito é dar valores a essas situações, interesses e bens, e regular-lhes a distribuição entre os homens.

Na fecunda formulação de sua teoria tridimensional do direito, demonstrou Miguel Reale que a norma jurídica é a síntese resultante de fatos ordenados segundo distintos valores. Com efeito, leciona ele, onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica, etc.); um valor, que confere determinada significação a esse fato; e, finalmente, uma norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor (REALE, 1995).

Os princípios constitucionais, nesse diapasão, são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica. A Constituição, com se sabe, é um sistema de normas. Ela não é um simples agrupamento de regras que se justapõem ou que se superpõem. A idéia de sistema funda-se na harmonia, de partes que convivem sem atritos. Não se pode esquecer que em toda ordem jurídica existem valores superiores, bem como diretrizes fundamentais, que “costuram” suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, que, pela sua hegemonia, irradiam-se por todo o sistema, indicando o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos (BARROSO, 1998, p. 142-143).

Em passagem que já se tornou clássica na doutrina, escreveu Celso Antonio Bandeira de Mello (2001, p. 771-772) que:

princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico...”. E continua, com o brilhantismo de sempre, dizendo que “violiar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais.

Os grandes princípios de um sistema jurídico são normalmente enunciados em algum texto de direito positivo. Não obstante, e sem pretender enveredar por discussão filosófica acerca do positivismo e jusnaturalismo, tem-se, aqui, como fora de dúvida que esses bens sociais supremos existem fora e acima das letras expressas das normas legais, e nelas não se esgotam, até porque não têm caráter absoluto e se encontram em permanente mutação. No comentário de Jorge Miranda (1983, p. 197), “o Direito nunca poderia esgotar-se nos diplomas e preceitos constantemente publicados e revogados pelos órgãos do poder”. Deixando-se de lado os chamados princípios gerais do direito, que constituem uma discussão à parte, é bem de ver que os próprios princípios de interpretação constitucional (princípio da supremacia da Constitucional, da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público, da interpretação conforme a Constituição, da unidade da constituição, da razoabilidade e da proporcionalidade e, por fim, da efetividade), que integram, sem sombra de dúvida, o sistema constitucional positivo, não são, na sua generalidade, objetos de disposição expressa.

É possível enquadrar os princípios constitucionais, quanto ao seu conteúdo, em uma tipologia. Com efeito, segundo as lições de Luiz Roberto Barroso, existem princípios constitucionais de organização, como os que definem a forma de Estado, a forma, o regime e o sistema de governo. Existem, também, princípios constitucionais cuja finalidade precípua é estabelecer direitos, isto é, resguardar situações jurídicas individuais, como os que asseguram o acesso à Justiça, o devido processo legal, a irretroatividade das leis, etc. Por igual, existem princípios de caráter programático, que estabelecem certos valores a serem observados (livre iniciativa, função social da propriedade) ou fins a serem perseguidos, como a justiça social. É de maior proveito, contudo, para a compreensão do tema ora enfrentado, sistematizar os princípios constitucionais

de acordo com o seu grau de destaque no âmbito do sistema e sua conseqüente abrangência. Aos princípios calha à peculiaridade de se irradiarem pelo sistema normativo, repercutindo sobre outras normas constitucionais e daí se difundindo para os escalões normativos infraconstitucionais. Pelo critério da preponderância axiológica, pode-se afirmar que nem todos os princípios, no entanto, possuem o mesmo raio de atuação, posto que variam de amplitude de sua aplicação e mesmo na sua influência. Deste modo, dividem-se em princípios fundamentais, princípios gerais e princípios setoriais ou especiais (BARROSO, 1993).

Os princípios fundamentais são aqueles que contêm as decisões políticas estruturais do Estado. Constituem, como afirmam Canotilho e Vital Moreira (1991, p. 66), a “síntese ou matriz de todas as normas constitucionais, que àquelas podem ser direta ou indiretamente reconduzidas”. São tipicamente os fundamentos da organização política do Estado, correspondendo aos princípios constitucionais de organização, ou seja, substanciam a opção política entre Estado unitário e federação, república ou monarquia, presidencialismo ou parlamentarismo, regime democrático, etc. Segundo Luís Roberto Barroso (1998, p. 145):

esses princípios constitucionais fundamentais, exprimindo, como já se disse, a ideologia política que permeia o ordenamento jurídico, constituem, também, o núcleo imodificável do sistema, servindo como limite às mudanças constitucionais. Sua superação exige um novo momento constituinte originário. Nada obstante, esses princípios são dotados de natural força de expansão, comportando desdobramentos em outros princípios e em ampla integração infraconstitucional.

Segundo esse autor, à vista do direito posto, são princípios constitucionais do Estado brasileiro, dentre outros, os seguintes princípios: o republicano, o federativo, o do estado democrático de direito, o da separação dos poderes, o presidencialista e o da livre iniciativa. Segundo esse constitucionalista:

se o constituinte de 1988 não tivesse dito mais nada; se a Carta cifrasse um único artigo que abrigasse os princípios acima, ainda assim ter-se-iam os contornos essenciais do Estado que se pretendeu criar. Se se deixasse tudo o mais para o legislador ordinário, não poderia ele desfigurar o modelo básico que a ele se impôs (BARROSO, 1998, p. 147).

Nós entendemos, respeitando todo entendimento em sentido contrário, que os princípios da dignidade da pessoa humana⁴ e dos valores sociais do trabalho⁵, inequivocamente implantados no texto constitucional, também estão inseridos no conceito princípios fundamentais da ordem jurídica, notadamente por serem corolários lógicos dos que foram citados acima. Na verdade, já é

bom que se diga que o tratamento da dignidade da pessoa humana, bem como a dimensão social do trabalho, como valor ou princípio jurídico e, com efeito, o seu caráter preferencialmente deontológico ou axiológico-teleológico, revela-se decisivo para se definir o papel dos intérpretes e aplicadores da Constituição nas sociedades democráticas e contemporâneas.

Os princípios constitucionais gerais, por sua vez, embora não integrem o núcleo da decisão política formadora do Estado, são, normalmente, importantes especificações dos princípios fundamentais. Têm eles menor grau de abstração e ensejam, em muitos casos, a tutela imediata das situações jurídicas que contemplam. São princípios que se irradiam por toda a ordem jurídica, como desdobramento dos princípios fundamentais. São exemplos: o princípio da legalidade, da isonomia, do juiz natural, da segurança jurídica, da liberdade, do acesso ao judiciário, etc.

Por fim, os princípios setoriais ou especiais, que são aqueles que presidem um específico conjunto de normas vinculadas a determinado tema, capítulo ou título da Constituição. Eles se irradiam limitadamente, mas no seu âmbito de atuação são supremos. Por vezes são meros detalhamentos dos princípios gerais, como os princípios da legalidade tributária ou da legalidade penal. Outras vezes são autônomos, como o princípio da anterioridade em matéria tributária ou o do concurso público em matéria administrativa.

Por ora, pode-se concluir o seguinte: os princípios da valorização social do trabalho e do respeito à dignidade da pessoa humana possuem o *status* de princípios constitucionais fundamentais do nosso ordenamento jurídico, o que, pelo mesmo plano axiológico, já denotam uma posição de destaque no bojo da própria Carta Magna; Por outro lado, o princípio constitucional da exigência de prestação de concurso público, para aqueles que se destinam a ingressarem nos quadros da Administração Pública, possui a natureza de princípio constitucional setorial.

Portanto, os princípios citados, embora com preponderância axiológica dos dois primeiros, constituem normas jurídicas constitucionais e, pelo princípio hermenêutico da unidade da Constituição, possuem o mesmo grau de hierarquia, pelo aspecto meramente normativo, dentro do nosso ordenamento jurídico. Assim, fica óbvio concluir que, diante de uma situação concreta que os envolva, faz-se necessário, no ato de aplicação do Direito, estabelecer uma interpretação sistemática, sob pena de se quebrar a unidade de todo ordenamento jurídico.

Norberto Bobbio (1997, p. 71), acerca dos princípios da unidade e coerência do ordenamento jurídico, preleciona o seguinte:

no capítulo anterior falamos da unidade do ordenamento jurídico, e mostramos que se pode falar de unidade somente se se pressupõe como

base do ordenamento uma norma fundamental com a qual se possam, direta ou indiretamente, relacionar todas as normas do ordenamento. O próximo problema que se nos apresenta é se um ordenamento jurídico, além de sua unidade, constitui também um sistema. Em poucas palavras, se é uma unidade sistemática. Entendemos por 'sistema' uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si. Quando nos perguntamos se um ordenamento constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõem estão num relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível essa condição.

Assim, percebe-se claramente a necessidade de se interpretar sistematicamente toda ordem jurídica, o que inclui, obviamente, os casos de contratação sem concurso público por parte da Administração Pública e o princípio constitucional da preservação do valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana do trabalhador. A interpretação literal e isolada de um dispositivo (como é, aparentemente, o caso da jurisprudência majoritária do TST na elaboração do Enunciado n° 363) é o meio mais pobre de todos os métodos de interpretação. Os métodos mais completos e eficazes de interpretação são, indubitavelmente, o sistemático e o teleológico, tudo isso sem sequer falarmos em interpretação crítica do Direito. Veja, aliás, a posição da melhor doutrina acerca desses métodos de interpretação.

Luís Roberto Barroso, voz corrente neste artigo e cujas lições mais uma vez são oportunas, afirma que “uma norma constitucional, vista isoladamente, pode fazer pouco sentido ou mesmo estar em contradição com outra. Não é possível compreender integralmente alguma coisa – seja um texto legal, uma história ou uma composição – sem entender suas partes, assim, como não é possível entender as partes de alguma coisa sem a compreensão do todo. A visão estrutural, a perspectiva de todo o sistema, é vital”. Afirma, ainda, que “o método sistemático disputa com o teleológico a primazia do processo interpretativo. O direito objetivo não é um aglomerado aleatório de disposições legais, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmonicamente. A interpretação sistemática é fruto da idéia de unidade do ordenamento jurídico. Através dela, o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas”. E arremata dizendo que, “no centro do sistema, irradiando-se por todo o ordenamento, encontra-se a Constituição, principal elemento de sua unidade, porque a ela se

reconduzem todas as normas de âmbito do Estado. A Constituição, em si, em sua dimensão interna, constitui um sistema. Essa idéia de unidade interna da Lei fundamental cunha um princípio específico, derivado da interpretação sistemática, que é o princípio da unidade da Constituição, para o qual se abre um capítulo específico mais adiante. A constituição interpreta-se como um todo harmônico, onde nenhum dispositivo deve ser considerado isoladamente. Mesmo as regras que regem situações específicas, particulares, devem ser interpretadas de forma que não se choquem com o plano geral da Carta. Além dessa unidade interna, a Constituição é responsável pela unidade externa do sistema” (BARROSO, 1998, p. 127-128).

Veja, nesse sentido, a conclusão de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2001, p. 285) acerca do método sistemático de interpretação:

A primeira e mais importante recomendação, nesse caso, é de que, em tese, qualquer preceito isolado deve ser interpretado em harmonia com os princípios gerais do sistema, para que se reserve a coerência do todo. Portanto, nunca devemos isolar o preceito nem em seu contexto (a lei em tela, o código: penal, civil, etc.) e muito menos em sua concatenação imediata (nunca leia um só artigo, leia também os parágrafos e os demais artigos).

Pelo brilhantismo de sempre, simplesmente ficarão sem comentários as lições deste eminente Professor da USP.

Veja, a respeito da temática, o que preleciona Miguel Reale (1995, p. 286-287):

Nada mais errôneo do que, tão logo promulgada uma lei, pinçarmos um de seus artigos para aplicá-lo isoladamente, sem nos darmos conta de seu papel ou função no contexto do diploma legislativo. Seria tão precipitado e ingênuo como dissertarmos sobre uma lei, sem estudo de seus preceitos, baseando-nos apenas em sua ementa.... . Estas considerações iniciais visam pôr em realce os seguintes pontos essenciais da que denominamos hermenêutica estrutural: a) toda interpretação jurídica é de natureza teleológica (finalística) fundada na consistência axiológica (valorativa) do Direito; b) toda interpretação jurídica dá-se numa estrutura de significações, e não de forma isolada; c) cada preceito significa algo situado no todo do ordenamento jurídico.

Assim, à luz da fundamentação doutrinária supra, pode-se afirmar, inequivocamente e com todas as letras, que o artigo 37, inciso II, da Constituição da República, nunca poderia ter sido interpretado isoladamente pela jurisprudência

majoritária do TST, manifestada através do combatido Enunciado n° 363. Antes, pelo contrário, deveria ser interpretado, sistematicamente, à luz do princípio da proporcionalidade⁶, junto com os artigos 1°, incisos III e IV, 170 e 193, também da Carta Magna, que apresentam, escancaradamente, uma nítida postura ideológica do legislador constituinte, no sentido da valorização do trabalho humano e da preservação da dignidade do trabalho, que, nesse caso, gozam de uma preponderância axiológica em detrimento daquele.

Nesse sentido, são as lições do Professor José Affonso Dallegrave Neto (2002, p. 140), Doutor em Direito do Trabalho pela UFPR, quando afirma que:

o moderno Direito do Trabalho não se preocupa apenas em tutelar o empregado – parte hipossuficiente. Protege-se acima de tudo o valor trabalho e a dignidade da pessoa do trabalhador – e por corolário o seu contrato e o seu salário. Referidos valores posicionam-se em suprema hierarquia dentro da Constituição Federal”. E continua, brilhantemente, a sua explanação afirmando que “o art. 170 da CF/88 diz com todas as letras que a ordem econômica é ‘fundada na valorização do trabalho humano’. Da mesma forma, o art. 193 dispõe que ‘a ordem social tem com base o primado do trabalho’. E, ainda, o próprio preâmbulo, art. 1°, III e IV, declara que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos: ‘a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho’. Portanto, o trabalho é, dentro da classificação de Gomes Canotilho, um dos princípios jurídicos fundamentais”. Finaliza dizendo que, “se pelo não-cumprimento de algum requisito essencial, o contrato for nulo, ‘isso não pode redundar em prejuízo ao trabalhador’. O princípio da continuidade aponta para um máximo de aproveitamento dos efeitos dimanados da relação de emprego. Quanto ao salário, a proteção é tamanha que em face do seu caráter alimentício advém a premissa de que ‘trabalho feito é salário ganho.

Ainda acerca da interpretação sistemática, perceba-se que, majoritariamente, a jurisprudência tem exercido-a amplamente, no plano infraconstitucional, para fundamentar a aplicação de efeitos decorrentes de atos jurídicos ilícitos, mormente quando se trata de fraude à legislação trabalhista⁷. Contudo, o que vem ocorrendo acerca destes casos, envolvendo contratação irregular pela Administração Pública, na prática, é o seguinte: admitem-se, tranqüilamente, a interpretação sistemática no plano infraconstitucional, como se viu, e, no plano constitucional, como é a questão discutida no caso em apreço, simplesmente interpretam, isoladamente, o artigo 37, inciso II.

Um absurdo!

É imperioso notar que a Constituição, no plano jurídico-positivo, constitui o ápice da pirâmide normativa, ou seja, é o fundamento de validade de toda ordem jurídica. Assim, devido a sua importância vital para o ordenamento jurídico, a sua interpretação é de suma relevância para a melhor compreensão do sistema. Deve-se buscar, sempre, a função de suas normas dentro da sociedade, em outras palavras, deve-se perquirir a carga ideológica desse diploma legislativo. Cresce, assim, nesse contexto, a importância da interpretação teleológica do Direito. Chama-se teleológico o método interpretativo que procura revelar o fim da norma, o valor ou o bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição de um dado preceito⁸. Mozart Victor Russomano (2002, p. 48) observa que:

Na interpretação e na aplicação da lei trabalhista ninguém pode abdicar do método sociológico – avaliando a norma em função da realidade sociohistórica – e muito menos do método teleológico, que revela a finalidade humana e solidarista das leis reguladoras do trabalho e protetoras do trabalhador. Isso importa afirmar que o juiz não se pode ater ao que o legislador quis, ao elaborar a norma. Deve, ao mesmo tempo, procurar descobrir como ele queria que sua lei fosse interpretada no momento de sua aplicação.

Num caso concreto trabalhista, é indubitável o intuito do legislador constitucional em prestigiar os valores sociais do trabalho e a dignidade da pessoa humana do trabalhador. A Constituição e as leis, portanto, visam acudir certas necessidades e devem ser interpretadas no sentido que melhor atenda à finalidade para a qual foi criada. O legislador brasileiro em uma das raras exceções em que editou uma lei de cunho interpretativo, agiu, precisamente, para consagrar o método teleológico, ao dispor, no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil ainda em vigor, que na aplicação da lei o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Ora, na presente temática, se for efetivamente o caso, ou seja, mediante a tipificação dos pressupostos fático-jurídicos da relação empregatícia, com a devida *venia*, a aplicação dos fins sociais desejados pelo legislador constitucional, diante dos princípios constitucionais da valorização do trabalho e da dignidade do trabalhador (artigos 1º, III e IV, 170 e 193), inevitavelmente resultam no reconhecimento de vínculo com a Administração Pública até o último dia trabalhado pelo obreiro.

Prestigia-se, destarte, os referidos princípios constitucionais, bem como o princípio norteador do Direito do Trabalho, que é o da proteção. Entender o contrário, *data venia*, é correr em direção oposta às conquistas angariadas durante toda a história do trabalho humano e, por conseqüência, do Direito do Trabalho. Portanto, entendemos que, nos casos de contratação irregular da Administração

Pública, sem a devida prestação de concurso público, deve-se reconhecer a existência de relação de emprego, repita-se, até o último dia trabalhado.

Por outro lado, faz-se mister perceber que a exigência de concurso público, segundo a melhor doutrina, destina-se, em princípio, à própria Administração Pública. Ora, se a mesma descumpriu esse dever constitucional, contratando sem concurso, beneficiando-se de trabalho subordinado, não pode vir a juízo e se locupletar da sua própria torpeza. É um absurdo, segundo entendemos, beneficiar a Administração Pública, que, ao lado de sujeições, goza de um regime de prerrogativas, em detrimento da pessoa humana do trabalhador. Nada disso! O contrato de emprego, embora inválido por inobservância da forma prescrita no texto constitucional, existiu e é eficaz com a produção de efeitos jurídicos até, com já se disse, o último dia trabalhado pelo reclamante. Ato contínuo, depois de identificadas as autoridades responsáveis pela contratação irregular, através de procedimentos investigatórios dirigidos pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas, deverá se proceder às conseqüências cabíveis nas esferas administrativa, civil e criminal.

Nesse diapasão, só não se reconhece a eficácia total ao contrato de emprego, no nosso entendimento, se o empregado tiver atuado na contratação de má-fé^o, que, diga-se de passagem, seria ônus probatório da Administração Pública, por ser um fato impeditivo à aquisição de direitos trabalhistas por parte do obreiro. Tal fato, aliás, não é de difícil ocorrência prática, basta lembrar o caso de pessoas esclarecidas, inclusive bacharéis em Direito, que são parentes de chefes do Poder Executivo e, nessa condição “de vantagem”, ganham uma forcinha para o ingresso nos quadros públicos.

No entanto, o que ocorre, via de regra, é o oposto, ou seja, na grande maioria dos casos, quem vêm a juízo são as pessoas mais humildes da comunidade, notadamente no norte e nordeste brasileiros, que sequer sabem o que é um concurso público. Elas, no seu imaginário, vêem o Município (na verdade, na linguagem popular, a “prefeitura”) como se fosse uma “empresa”, na qual o Prefeito seria o grande empresário, que, à época da política, emprega todo mundo, trocando o “emprego” por eventuais votos. É isso que se tem visto nesse imenso Brasil, salvo raríssimas exceções. Há, também, a situação da contratação por motivos políticos (busca de votos, por exemplo), sob a capa simulada de cargo comissionado, conduta que deve ser veementemente combatida pela magistratura federal especializada e, na solução dos casos, atentando para a evolução histórica do Direito do Trabalho, deve-se dar a interpretação jurídica que seja mais favorável ao trabalhador.

Nesse contexto, uma pergunta revela-se inevitável: diante de tal situação, deve o humilde trabalhador ficar “a ver navios”??? Com o devido respeito, pelas razões até então expostas, a resposta deve ser negativa.

Em resumo, são duas coisas distintas: uma, é que a relação de emprego existiu no plano fático e é eficaz até o último dia de trabalho, surtindo, assim, todos os efeitos jurídicos compatíveis com a forma de terminação do respectivo contrato, a “rescisão” contratual, aqui entendida em seu sentido técnico, como lhe atribui a doutrina, como logo se verá. Só não gerará todos os efeitos jurídicos em casos de má-fé do obreiro, desde que, como já se disse, devidamente comprovada pela reclamada; outra coisa é a responsabilidade (administrativa, civil e criminal) das autoridades responsáveis pela contratação irregular (isto é, sem a observância do concurso ou através de terceirização fraudulenta). Nada impede, aliás é o que é juridicamente impositivo, que a Administração ajuíze uma demanda regressiva contra estas.

Uma outra questão ainda se impõe. Muito se fala por aí em supremacia do interesse público sobre o privado, isto é, do Estado (Administração Pública em sentido amplo) em detrimento do trabalhador isolado. Com o devido respeito, a tese não convence. Em muitos casos, o interesse da Administração Pública em nada se compatibiliza com o interesse da sociedade. Basta lembrar os casos em que ela, no intuito de não conferir direitos muitas vezes líquidos e certos dos cidadãos, utiliza-se de todas as instâncias recursais, contribuindo, assim, para a atual crise de morosidade do Poder Judiciário. Não é à toa que a doutrina mais abalizada defende com unhas e dentes que o Estado é o maior transgressor dos direitos e garantias individuais, bem como é o maior beneficiário do sistema jurídico vigente.

A finalidade do Estado, como se sabe, é a realização do bem comum em favor de todos os membros da coletividade. Ora, indiscutivelmente, no caso em consideração, o interesse da sociedade é a valorização do trabalho humano e, por conseqüência, da dignidade daquele que colocou suas forças à disposição de outrem. É a maneira mais justa de resolver o conflito entre o capital e o trabalho, um dos causadores das inúmeras mazelas sociais existentes. Destarte, por supremacia do interesse público no caso, deve-se entender acima de tudo a elevação do respeito à dignidade do ser humano trabalhador¹⁰, bem como a valorização social do trabalho, como condição fundamental para o sadio convívio em sociedade.

Muito bem.

Diante de tal quadro até então apresentado, contudo, uma coisa é certa: o fato jurídico trabalho, prestado por um empregado para a Administração Pública sem a devida observância da exigência constitucional do concurso público, não pode passar despercebido por este juízo na avaliação da temática. A matéria, agora, volta-se para o estudo dos elementos jurídico-formais da relação de emprego e da teoria das nulidades. Assim, breves palavras, de corte doutrinário, são necessárias.

3.4 A visão estrutural do contrato de emprego: planos da existência, da validade e da eficácia

O contrato de emprego, em sua visão estrutural, segundo preleciona José Affonso Dallegrave Neto, em sua obra “Contrato Individual de Trabalho – Uma Visão Estrutural”, resultado de sua dissertação de mestrado na UFPR, deve ser analisado em três planos distintos: existência, validade e eficácia.

No plano da existência, tudo se resume a investigar o suporte fático. Afirma o autor que, “com efeito, quando todos os elementos que formam o suporte fático estão materializados, diz-se haver suficiência do suporte fático e, por conseguinte, a norma jurídica está apta a incidir. Por outro lado, a sua insuficiência impede a incidência da norma, vez que o negócio jurídico ou o fato jurídico *stricto sensu* são inexistentes”. E continua a sua lição, dizendo que “a existência dos negócios jurídicos exige, neste diapasão, a presença de elementos mínimos, porém indispensáveis a sua total suficiência”. Arremata lecionando que, “em suma, são três os elementos intrínsecos ao plano da existência do Contrato de Trabalho ou, utilizando-se a doutrina de Pontes de Miranda, os elementos que levam à suficiência do suporte fático: a) consentimento negocial; b) objeto; c) forma” (DALLEGRAVE NETO, 1998, p. 153-154).

Alega, ainda, o mencionado autor que esses três elementos não existem de forma separada, ou seja, não se pode falar em consentimento negocial das partes sem um conteúdo (objeto) e uma maneira (forma) de expressão. Um é decorrente do outro e todos são indissolúveis. São, portanto, elementos mínimos de existência do negócio jurídico. Uma vez existente a relação jurídica, deve-se pesquisar se a mesma é válida ou não. Em outras palavras, agora, deve-se verificar se a relação jurídica foi constituída à luz do que prescrevem as regras de direito material pertinentes ao caso concreto. Trata-se, pois, do plano de validade do contrato de emprego, relacionado à teoria das nulidades. Realmente, “se o negócio for considerado nulo ou anulável, isto será problema do plano da validade e não mais da existência. Logo, está dentro do plano da validade toda discussão acerca dos chamados elementos essenciais do contrato – art. 104 do Novo CC: capacidade dos agentes, licitude do objeto e da forma além dos vícios de consentimentos previstos nos arts. 171 do Novo CCB” (DALLEGRAVE NETO, 2002, p. 135).

Por outro lado, jamais se deve confundir, tecnicamente, a invalidade com a ineficácia do negócio jurídico. Acerca do plano da eficácia, por ser importantíssimo para a conclusão deste artigo, faz-se necessário observar mais uma vez, integralmente, as lições de José Affonso Dallegrave Neto: “É errôneo definir nulidade com a falta de idoneidade para produzir efeitos jurídicos. Tanto é assim que existe o nulo eficaz e o nulo ineficaz. Em Direito civil, via de regra o contrato nulo importa ausência de efeitos jurídicos: o nulo é geralmente ineficaz.

Contudo na seara contratual trabalhista isto se inverte: o nulo em regra é eficaz. Exemplo disto é o caso do contrato de trabalho envolvendo agente absolutamente incapaz. Ainda que nulo, o contrato irá produzir os efeitos jurídicos pactuados pelas partes. Diz-se eficaz o negócio jurídico que produz os efeitos visados pelas partes e autorizados pela lei; é a aptidão do contrato, existente e válido, para que produza efeitos jurídicos. *Parcial* é a eficácia que alcança parte dos efeitos colimados pelas partes e *total* se atingidos todos os efeitos buscados. Finalmente, será *ineficaz* o contrato que não produziu qualquer dos efeitos anelados pelos contratantes. Outra distinção importante é a de que a ineficácia do negócio jurídico não se confunde com falta de conseqüências jurídicas. Para esclarecer o que se está a dizer traz-se a seguinte distinção: a) contrato nulo com eficácia; b) contrato nulo ineficaz, porém com conseqüências jurídicas. No primeiro caso, tem-se como exemplo o contrato de trabalho do servidor público celetista que ingressou sem prestar o necessário concurso público exigido pelo art. 37, II, da CF. A nulidade absoluta neste caso, art. 166, V, do Novo CC, ensejará a ineficácia do contrato, contudo, nem por isso ele deixará de ter conseqüências jurídicas: o obreiro terá direito à indenização por perdas e danos, nos termos dos arts. 182 e 927 do Novo CCB. Para a segunda situação, cite-se o exemplo do contrato celebrado por menor de dezesseis anos. A nulidade do contrato (art. 145, I, do CC), neste caso, não lhe retira a eficácia: mesmo nulo o contrato produzirá todos os efeitos jurídicos desejados pelas partes. Em suma, há diferença entre *eficácia* e *conseqüência jurídica*. Contrato eficaz é aquele que produz, de forma parcial ou integral, efeitos jurídicos próprios, desejados pelas partes. Contrato com conseqüências jurídicas é aquele que mesmo ineficaz produz determinados efeitos impróprios, diversos dos desejados pelas partes. O plano da eficácia dos contratos está geralmente relacionado com a presença de *condições* ou *termos* facultativamente avençados pelas partes. Urge frisar que as lições até aqui vistas traduzem a regra geral: negócio jurídico existente, válido e eficaz. Esta regra geral, contudo, comporta exceções. Há casos em que o contrato é: a) existente, válido e ineficaz – ex.: contrato de trabalho existente de forma válida, todavia, com cláusula suspensiva ou termo final; b) existente, inválido e eficaz – ex.: contrato de trabalho inquinado de vício de consentimento, porém sem iniciativa de anulação pela parte interessada; c) existente, inválido e ineficaz – ex.: contrato nulo em face da ilicitude penal de seu objeto e, conseqüentemente, ineficaz” (DALLEGRAVE NETO, 2002, p. 135-137).

3.5 A teoria das nulidades do contrato de emprego e a “rescisão” como modalidade de terminação do vínculo

Assim, analisada a plenitude estrutural do contrato de emprego, resta, agora, verificar os seus elementos jurídico-formais, bem como os respectivos

reflexos na teoria das nulidades.

Assim, como se sabe, à guisa de reprise, o fenômeno sócio-jurídico da relação de emprego emerge apenas se reunidos os seus cinco pressupostos fático-jurídicos constitutivos: prestação de trabalho por pessoa física a outrem, com pessoalidade, não-eventualidade, onerosidade e sob subordinação. Cabe ao operador jurídico, entretanto, examinar se o Direito do Trabalho confere efetiva validade a essa relação empregatícia surgida. Ingressa o operador, assim, na análise dos elementos jurídico-formais, essenciais, do contrato de emprego. Trata-se de elementos cuja higidez e regularidade jurídicas são essenciais para que o Direito autorize a produção de plenos efeitos à relação oriunda do mundo dos fatos sociais.

Do ponto de vista comparativo, pode-se afirmar que a pesquisa sobre os elementos fático-jurídicos do respectivo contrato empregatício permite responder a pergunta sobre a existência ou não de contrato de emprego no caso concreto, ao passo que a pesquisa sobre os elementos jurídico-formais do respectivo contrato de emprego permite responder a pergunta sobre a validade (ou não) e extensão de efeitos jurídicos daquela relação configurada entre as partes. Na mesma linha comparativa, pode-se ainda aduzir que, enquanto os elementos fático-jurídicos constituem dados do mundo fenomenológico (fático ou ideal), que existem independentemente do fenômeno que irão compor, enquanto que os elementos jurídico-formais constituem construções teóricas e normativas efetuadas pelo Direito, cuja presença passa a ser considerada relevante à validade jurídica do próprio fenômeno a que se integram. Registre-se, de logo, que as repercussões jurídicas da falta ou irregularidade concernente aos elementos essenciais do contrato pertencem ao estudo da teoria das nulidades (DELGADO, 2002).

Nesse contexto, são elementos jurídico-formais essenciais do contrato de emprego: 1) capacidade das partes contratantes; 2) licitude do objeto; 3) observância da forma prescrita em lei; 4) higidez na manifestação de vontade.

Como se percebe, a forma constitui elemento jurídico-formal da relação de emprego. A sua ausência acarreta, via de regra, a nulidade do respectivo contrato. Na temática em tela, se o trabalhador, na condição técnica-jurídica de empregado, prestou serviços à Administração Pública sem observar a forma especial exigida pela Constituição Federal, qual seja, a prestação de concurso público, o respectivo contrato deve ser declarado, pelo juízo competente, como nulo. Entretanto, como já se falou, o contrato será considerado nulo após o último dia trabalhado pelo obreiro, ou seja, com efeitos *ex nunc*. Trata-se de nulidade, mas com eficácia ou efeitos jurídicos, isto é, até o último dia de trabalho, são devidos, ao empregado, todos os direitos trabalhistas compatíveis com esta forma, nulidade, de dissolução da relação de emprego. Portanto, jamais se pode confundir a rescisão com a despedida sem justa causa com modalidades de

terminação do contrato de emprego.

De fato, tecnicamente, trata-se de dissolução do vínculo de emprego por rescisão, ou seja, por causa de uma nulidade imanente a essa relação jurídica. O respectivo contrato só não surtirá efeitos jurídicos após o último dia de trabalho, entretanto, antes deste, surtirá todos os efeitos compatíveis com a já falada modalidade rescisão de dissolução do vínculo. O divisor de águas com relação aos efeitos jurídicos do contrato é a sentença judicial que decreta a nulidade do mesmo.

Assim, segundo entendemos, é importante salientar o seguinte:

1) se for o caso de prestação de serviços, mediante a observância de todos os pressupostos fático-jurídicos da relação de emprego com a Administração Pública, existirá contrato de emprego até o último dia de trabalho;

2) até essa data, o contrato produziu todos os efeitos trabalhistas, ou seja, o empregado adquiriu todos os direitos decorrentes dessa relação de emprego, prestigiando-se, assim, o princípio constitucional da valorização do trabalho humano;

3) após o último dia de trabalho, o referido contrato, *ope judicis*, é considerado nulo, com efeitos *ex nunc*, por inobservância da exigência constitucional da realização de concurso público (artigo 37, inciso II);

4) ao empregado, portanto, obviamente se for o caso, serão devidos todos os direitos decorrentes dessa rescisão contratual (por motivo de nulidade) e, por isso, serão indevidas as verbas decorrentes de uma eventual despedida sem justa causa, por exemplo, por se tratar de modalidade diferente de dissolução do vínculo de emprego.

Veja, neste particular, a magistral lição do eminente Professor e Juiz do Trabalho em Minas Gerais, Mauricio Godinho Delgado (2002, 498):

Nesse quadro, a única leitura hábil a conferir eficácia e coerência ao conjunto dos textos constitucionais (tanto os que proíbem ao administrador e aos cidadãos o ingresso no aparelho de Estado sem concurso público, como os que insistentemente elegem o respeito ao trabalho como um dos valores essenciais da ordem econômica, social e jurídica brasileiras) é aplicar a teoria justralhista das nulidades quanto ao período de efetiva prestação de serviços, tendo-se, porém, como anulado o pacto em virtude da inobservância à formalidade essencial do concurso. Em conseqüência, manter-se-iam todas verbas contratuais trabalhistas ao longo da prestação laboral, negando-se, porém, o direito às verbas rescisórias próprias à dispensa injusta (aviso prévio, 40% sobre FGTS e seguro-desemprego), dado que o pacto terá (ou teria) sido anulado de ofício (extinção por nulidade e não por dispensa injusta).

Aí está, pois, a opinião de um dos maiores expoentes do Direito do Trabalho atual, exatamente no sentido aqui defendido.

Portanto, enfatizamos novamente que não se pode confundir a “rescisão”, como modalidade de terminação do contrato de emprego, com a “despedida, sem justa causa”. Os efeitos jurídicos, indiscutivelmente, são diversos. Repetindo: a “rescisão”, tecnicamente, é a modalidade de dissolução, isto é, forma de cessação anormal, do contrato de emprego, por motivo de nulidade, que, no caso em apreço, decorre da ausência de prestação de concurso público. Assim, faz-se mister, de logo, que o jurisdicionado perceba que rescisão é uma coisa e despedida sem justa causa é outra coisa diversa. São, pois, formas distintas de dissolução do contrato de emprego.

Para finalizar essa questão, e para arrematar a compreensão da matéria, algumas palavras acerca das peculiaridades da teoria das nulidades no direito do Trabalho: o ato nulo, no Direito Civil, via de regra, não produz efeitos jurídicos, ao passo que no Direito do Trabalho, como é sabido, o entendimento é totalmente diverso. Aqui vigora, em contrapartida, como regra geral, o critério da irretroatividade da nulidade decretada e a regra *ex nunc* da decretação judicial da nulidade percebida. Como afirma Mauricio Godinho Delgado (2002, p. 495-496):

verificada a nulidade comprometedora do conjunto do contrato, este, apenas a partir de então, é que deverá ser suprimido do mundo sócio-jurídico; respeita-se, portanto, a situação fático-jurídica já vivenciada. Segundo a diretriz trabalhista, o contrato tido como nulo ensejará todos os efeitos jurídicos até o instante de decretação de nulidade – que terá, desse modo, o condão apenas de inviabilizar a produção de novas repercussões jurídicas, em face da anulação do pacto viciado”. Afirma, ainda, o citado autor que “essa diferenciação da teoria justrabalhista de nulidade em contraponto à teoria civilista tradicional resulta da conjugação de alguns fatores que despontam com profunda relevância no cotidiano operacional do Direito do Trabalho. Em primeiro lugar, a circunstância de que se torna inviável, faticamente, após concretizada a prestação efetiva do trabalho, o reposicionamento pleno das partes à situação anterior ao contrato nulo: o trabalho já foi prestado, e seu valor transferido, com apropriação completa pelo tomador de serviços. Em segundo lugar, o fato de a transferência e apropriação do trabalho em benefício do tomador cria uma situação econômica consumada de franco desequilíbrio entre as partes, que apenas pode ser corrigida – mesmo que parcialmente – com reconhecimento dos direitos trabalhistas ao prestador. Ou seja, o reconhecimento de direitos trabalhistas ao obreiro prestador de serviços é a contrapartida inevitável da prestação laborativa já consumada. Em terceiro lugar, a convicção de existir a prevalência

incontestável conferida pela ordem jurídica em seu conjunto (inclusive a Constituição da República) ao valor-trabalho e aos direitos trabalhistas (Sem grifos no original).

No caso em tela, é imperioso notar que “a norma constitucional que nulifica a contratação de servidor e empregado sem concurso não estabelece as conseqüências desta nulidade, de modo que não pode ser aproveitada por quem lhe deu causa. Se o trabalho foi prestado e não há como ser restituído ao status quo ante, as verbas salariais devem ser pagas, evitando o enriquecimento ilícito do empregador” (Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. RO nº 13118/2001. Acórdão nº 03063/2003. 3ª Turma. Rel. Juiz Roberto Dala Barba. DJPr 07.02.03).

No nosso entendimento, é inadmissível a Administração Pública contratar pessoal sem a observância da exigência constitucional de prestação de concurso público e, posteriormente, de forma descarada, vir a juízo invocar, em seu exclusivo benefício, a própria torpeza, locupletando-se, ilícitamente, da força de trabalho daqueles que, humildemente, serviram-lhe. Trata-se de ato ilícito por parte da Administração Pública por violação ao princípio da boa-fé, fato que atrai a incidência do artigo 187 do Código Civil, subsidiariamente aplicado ao Direito do Trabalho (artigo 8º da CLT).

Segundo Eduardo Milléo Baracat (2003, p. 51) Juiz do Trabalho na 9ª Região (PR):

A boa-fé objetiva é um dever de conduta dos contratantes, fundados na confiança, colaboração, honestidade, lealdade, de acordo com determinados padrões – modelo de conduta social, arquetipo jurídico que deverá ser apreciado subjetivamente, conforme a realidade concreta, e ‘principalmente na consideração para com os interesses do ‘alter’, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado.

Realmente, observe que a Administração Pública admite a prestação dos serviços durante um prazo razoável de tempo, beneficiando-se, como toda certeza, da força de trabalho do obreiro enquanto lhe interessava, tudo isso sem questionar a ausência de submissão a prévio concurso público, e depois vem a juízo negar a prerrogativa jurídica deste a qualquer direito trabalhista alçado ao mínimo nível de dignidade humana. Trata-se, indiscutivelmente, de conduta atentatória ao princípio constitucional da boa-fé e, com efeito, por força do novel artigo 187 do Código Civil (artigo 8º da CLT), de ato ilícito. No caso, aplica-se a princípio da impessoalidade, aplicando-se as devidas penalidades às autoridades responsáveis por esses atos administrativos viciados (contratação irregular) e, portanto, ilegais, para não dizer inconstitucionais.

4. Conclusão

Portanto, após a abordagem acima, concluímos no sentido de que é juridicamente razoável afirmar que o Enunciado n° 363 do TST é inconstitucional¹¹ e, por conseqüência, a despeito de ter havido contratação sem concurso público, a relação de emprego com a Administração pública produz efeitos jurídicos inerentes à rescisão como modalidade de dissolução da mesma. Os direitos relacionados a uma eventual alegação de despedida sem justa causa, como, por exemplo, o aviso prévio indenizado, a multa de 40% do FGTS, a eventual estabilidade do agente público, bem como a indenização substitutiva do seguro desemprego, devem ser, de plano, indeferidos.

O pagamento dos valores relativos aos depósitos fundiários devidos durante todo o contrato, caso não tenham sido efetuados, por força do novel artigo 19-A da Lei n° 8.036/90, é devido ao trabalhador, na razão de 8% sobre a remuneração mensal. Entendemos, ainda, que os direitos relacionados às férias, aos 13° salários, ao regime de sobrejornada, bem como ao trabalho realizado em ambiente insalubre e perigoso, também são devidos ao trabalhador. Da mesma forma, entendemos que o registro em CTPS também é devido pela Administração Pública em relação ao trabalhador, notadamente para que este tenha aquela relação jurídica no seu histórico profissional e goze dos efeitos daí decorrentes.

É imperioso observar, ainda, que essa interpretação está em consonância com o princípio norteador do Direito do Trabalho, que é o princípio da proteção do trabalhador. Fernando Hoffman (2003, p. 62), eminente Juiz do Trabalho no Paraná, em sua dissertação de mestrado na UFPR, preleciona que:

o princípio protetor deve ser aplicado segundo a dignidade do trabalhador que, como ser humano e dependente unicamente de sua força de trabalho para sobreviver, deve ter assegurada condições justas de trabalho e ser visto como sujeito-fim e não o objeto-meio do desenvolvimento. Não basta assegurar as meras liberdade e autonomia contratuais, eis que a dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, exige condições mínimas de existência, 'uma existência digna conforme os ditames da justiça social como fim da ordem econômica'.

Por fim, antes mesmo do trânsito em julgado da decisão de primeiro grau, entendemos que o Juiz do Trabalho, diante dos fortes indícios de prática de atos que importem em improbidade administrativa (contratação de pessoal sem concurso público), ante a possibilidade de incidência do prazo prescricional, tal como previsto na lei n° 8.429/92, deve expedir, imediatamente, ofícios aos representantes do Ministério Público Estadual e Federal do Trabalho, bem como

do Tribunal de Contas do Estado respectivo, informando-os acerca dos termos desta sentença.

5. Referências

ALMEIDA, I. de. **Manual de direito processual do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2002.

ARAÚJO, E. M. C. de. **As relações de trabalho: uma perspectiva democrática**. São Paulo: LTr, 2003.

BARACAT, E. M. **A boa-fé no direito individual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BEDAQUE, J. R. dos S. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOBBIO, N. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 1991, v. 1.

CASTELO, J. P. **O direito processual do trabalho na moderna teoria geral do processo**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1996.

DALLEGRAVE NETO, J. A. **Inovações na legislação trabalhista**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002.

_____. **Contrato individual de trabalho: uma visão estrutural**. São Paulo: LTr, 1998.

DELGADO, M. G. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. **Introdução ao estudo do direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

- GASPARINI, D. **Direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- GRECO, L. **A teoria da ação no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2003.
- GRINOVER, A. P. **Condições da ação penal**. São Paulo: Bushatsky, 1977.
- GUERRA FILHO, W. S. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- HOFFMAN, F. **O princípio da proteção ao trabalhador e a atualidade brasileira**. São Paulo: LTr, 2003.
- MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Manual do processo do conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MÁRTIRES C. I. **O novo código civil e a interpretação conforme à constituição: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003.
- MELLO, C. A. B. de. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MIRANDA, F. C. P. de. **Tratado de direito privado**. 1954, t. 1, v. 9.
- MIRANDA, J. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1983. t. 2.
- NUNES, R. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- PERELMAN, C. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- REALE, M. **Lições preliminares de direito**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- ROCHA, C. L. A.. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- RUSSOMANO, M. V. **Direito do trabalho e direito processual do trabalho: novos rumos**. Curitiba: Juruá, 2002.
- ESPÍNDOLA, R. S. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- WATANABE, K. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000

NOTAS DE FIM

¹ Outra não é a lição de *Jorge Pinheiro Castelo*, em sua dissertação de mestrado na USP: “Obviamente, na ação trabalhista, a aferição da existência do vínculo empregatício, com a finalidade específica de se apurar a competência da Justiça do Trabalho, deve ser feita abstratamente, ou seja, à vista da afirmação (*in statu assertionis*) feita pela demanda da existência da relação de emprego, independentemente, pois, da sua efetiva existência.”

“O contrato de trabalho é, por conseguinte, o dado objetivo através do qual a lei estabelece a relação de adequação legítima entre o processo trabalhista e o órgão jurisdicional especializado. Em outras palavras, o contrato de trabalho é o dado objetivo através do qual a lei fixa a competência da Justiça do Trabalho.”

“E a análise do contrato de trabalho como dado objetivo que serve para estabelecer a competência da Justiça do Trabalho, deve ser feita no plano lógico, abstrato e externo, sob pena de não ser apreciado como pressuposto de desenvolvimento válido da relação processual, mas sim, como mérito da causa.”

“É forçoso que assim proceda, porquanto a resolução acerca da competência material (absoluta) deve ser a primeira da ordem de questões que o juiz enfrentará no processo.”

“Logo, o exame da matéria preliminar referente à competência material deve ser feito à vista do que se afirmou na exordial, já que sendo a primeira questão a ser solucionada, não poderá ficar subordinada à resolução de outra questão.”

“Não é lícito ao juiz, antes de decidir preliminarmente a competência material, aventurar-se no exame da questão relativa à veracidade dos termos em que se formulou o pedido.”

“Não pode o julgador solucionar o problema da competência material à luz da solução que lhe pareça correta para a questão de mérito, ou seja, não pode o juiz solucionar o problema da competência à luz da solução que lhe pareça correta para a questão da efetiva existência da relação de emprego só é examinável após ser ultrapassada a questão da competência” (CASTELO, 1996, p. 325-326).

² Segundo *Leonardo Greco*, “a ação somente pode ser proposta pelo sujeito que tenha o direito subjetivo de exigir do Estado a prestação jurisdicional sobre a demanda. A garantia constitucional do amplo acesso à tutela jurisdicional efetiva (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição) confere esse direito a todo aquele que alegue ser titular do direito material em que a demanda se fundamenta e apresente ao juiz o mínimo de provas necessárias para demonstrar a possibilidade de efetivamente deter essa titularidade. Esta é a legitimidade ou legitimação ativa chamada *ordinária*. Essa garantia impõe que o primeiro dirija a sua ação em face daquele outro sujeito que, figurando como parte na relação jurídica material, deverá sofrer eficácia do exercício da jurisdição na sua esfera de interesses. É a legitimidade ou legitimação passiva *ordinária*. Muitas vezes a lei reconhece que o próprio titular da relação jurídica de direito material pode não estar em condições de concretamente exercer a sua postulação ou defesa em juízo. Nesses casos, confere a algum outro sujeito a legitimação extraordinária para figurar como sujeito do processo em que a demanda vai ser objeto de exame. São os casos de substituição processual” (GRECO, 2003, p. 40-41).

³ *Leonardo Greco* preleciona que, “se as condições da ação decorrem de um juízo de admissibilidade hipotética, em face das afirmações do autor e dos elementos de convicção por ele inicialmente apresentados, a manifesta ilicitude da pretensão de direito material deve ser repudiada de plano pelo juiz não como questão de mérito, mas como questão preliminar” (GRECO, 2003, p. 30. sem grifos no original).

⁴ Preleciona *Rizzatto Nunes*: “Existem autores que entendem que é a isonomia a principal garantia constitucional, como, efetivamente, ela é importante. Contudo, no atual Diploma Constitucional, pensamos que o principal direito fundamental constitucionalmente garantido é o da dignidade da pessoa humana.”

“É ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais. A isonomia serve, é verdade, para gerar o equilíbrio real, porém, visando concretizar o direito à dignidade. É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete” (NUNES, 2002, p. 45).

⁵ Igualmente, como afirma *Eneida Melo Correia de Araújo*, eminente Desembargadora Federal do Trabalho na 6ª Região (PE), em sua tese de doutorado na UFPE, “quando o sistema jurídico positivo trata do trabalho como valor fundamental, a ser protegido e ampliado, deve não só realizar esses fins, mas também abster-se de permitir que quaisquer mecanismos possam atentar contra o mesmo” (ARAÚJO, 2003, p. 305).

⁶ Rizzatto Nunes afirma que princípio da proporcionalidade, novo na doutrina constitucionalista, tem servido, de fato, como vetor orientador do intérprete constitucional. Na verdade, foi da experiência concreta, tópica, dos casos interpretados, nos quais surgiram conflitos de princípios, que a doutrina pôde extrair-lhe a essência para declará-lo existente – e chegando, como visto, ao *status* de princípio constitucional expresse”.

“Isso se deu e se dá porque o princípio da proporcionalidade se impõe como instrumento de resolução do aparente conflito de princípios. Quando o intérprete se depara com uma circunstância na qual um princípio colide com outro, um dos principais meios de que ele pode se utilizar para solucionar o problema é, exatamente, o princípio da proporcionalidade – quer ele declare, quer não; quer tenha consciência disso ou não” (NUNES, 2002, p. 41).

Consoante preconiza Willis Santiago Guerra Filho, “Para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, representado pelo conflito de princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma posição que ocupam na hierarquia normativa, se preconiza a um recurso a um ‘princípio dos princípios’, o princípio da proporcionalidade, que determina a busca de uma ‘solução de compromisso’, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo aos(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu ‘núcleo essencial’” (GUERRA FILHO, 1999, p. 59-60).

⁷ Observe, ilustrativamente, uma ementa: “Vínculo de emprego - Cooperativa - O art. 442 da CLT há de ser interpretado sistematicamente com os artigos 3º e 9º da mesma Consolidação. Isto porque, face aos princípios norteadores do Direito do Trabalho, onde a característica do contrato laboral deve repousar na realidade dos fatos, caracterizada a fraude na tentativa de desvirtuar a relação empregatícia havida, é de se aplicar a regra de proteção contida no artigo 9º celetizado, surgindo daí o contrato de trabalho. (TRT - 2a. Reg. - RO-19990459935 - Ac. 20010118840 - 10a. T. - Rel: Juíza Vera Marta Públio Dias - Fonte: DOESP, 30.03.2001)”.

⁸ Acompanhe um exemplo jurisprudencial: “Lei. Fatos que determinam a interpretação teleológica e sistemática da norma. Observância do princípio da legalidade (art. 5º, II da CF e Art. 4º da LICC) conjugado com o da liberdade judicial (Art. 5º da LICC). Cabe ao Juiz, na interpretação e aplicação da lei, dentro dos limites legais traçados pela própria interpretação sistemática da normatividade em vigor, buscar a verdadeira razão de ser da norma, o fim social almejado, sob pena de mumificar as relações sociais. (TRT - 15a. Reg. - AP - 030707/98 - 2a. JCJ de Piracicaba - Ac. 5a. T- 1302/99 - unân. - Rel: Juiz Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva - DOESP I, Parte II, 23.02.99, pág. 112)”.

⁹ Preleciona *Eduardo Milléo Baracat*, em sua tese de doutorado na UFPR, que “A boa-fé subjetiva é um estado de ignorância, de crença errônea (ainda que escusável), de uma pessoa que se crê titular de um direito, mas que, em princípio, não o é, ou ainda que ignora estar lesando direito alheio. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem” (BARACAT, 2003, p. 51).

¹⁰ Perfeita a lição de *Chaim Perelman* a respeito: “Com efeito, se é o respeito pela dignidade humana a condição para uma concepção jurídica dos direitos humanos, se se trata de garantir esse respeito de modo que se ultrapasse o campo de que é efetivamente protegido, cumpre admitir, como corolário, a existência de um sistema de direito com um poder de coação. Nesse sistema, o respeito pelos direitos humanos importará, a um só tempo, a cada ser humano – tanto no que concerne a si próprio quanto no que concerne aos outros homens – e ao poder incumbido de proteger tais direitos a obrigação de respeitar a dignidade da pessoa. Com efeito, corre-se o risco, se não se impuser esse respeito ao próprio poder, de este, a pretexto, de proteger os direitos humanos, tornar-se tirânico e arbitrário. Para evitar esse arbítrio, é, portanto, indispensável limitar os poderes de toda autoridade incumbida de proteger o respeito pela dignidade das pessoas, o que supõe um Estado de direito e a independência do poder judiciário. (...) Assim também o Estado, incumbido de proteger esses direitos e fazer que se respeitem as ações correlativas, não só é por sua vez obrigado a abster-se de ofender esses direitos, mas tem também a obrigação positiva da manutenção da ordem. Ele tem também a obrigação de criar as condições favoráveis ao respeito à pessoa por parte de todos os que dependem de sua soberania” (PERELMAN, 1999, p. 400).

¹¹ Infelizmente, se aprovada na reforma constitucional do Poder Judiciário a implantação da súmula vinculante, por se tratar de questão envolvendo a Administração Pública, tal Enunciado terá força obrigatória no seu cumprimento pelos Juizes do trabalho de todo o país. O presente artigo, ainda que de forma modesta, pretende contribuir para que isso, de fato, não ocorra.

**THE STATEMENT Nº 363 OF THE TST AND THE URGENT
NECESSITY OF ITS CANCELLATION: A CRITICAL BOARDING
OF THE WORKING DEMANDS INVOLVING THE STAFF ACT OF
CONTRACT, WITHOUT COMPETITION, IN THE SCOPE OF THE
PUBLIC ADMINISTRATION**

ABSTRACT: The present article intends to demonstrate and to strike the arguments normally brought to the working actions at law for the Public Administration, when it is about a case of contract’s act of staff without the fulfilment of constitutionally the demandable previous installment of public competition. Actually, the article is a slaunch criticism to the majority jurisprudence of C. TST concerning the thematic, revealed through the denounced one Enunciated 363. It is intended to demonstrate that the job contract, in its structural vision, possesses three distinct plans: of the existence, of the validity and of the effectiveness. In this context, affirms that such plans can coexist harmonically in the legal system. Of this conclusion, another is imposed in the sense of that, through a critical and systematic interpretation of the applicable constitutional ruleses, the case in epigraph tries an existing and invalid contract situation, but efficient, exactly for the preservation of the principles of the promotion of the dignity of the human being as a worker and the social valuation of the work, being relegated, in this way, the formality to a secondary plan.

KEY WORDS: Public administration, staff act of contract, Statement n° 363 of C. TST, principles of the dignity of the harmonically human being the social valuation of the work.

Artigo recebido para publicação em: 24/11/2003

Received for publication on 24 November 2003

Artigo aceito para publicação em: 18/05/2004

Accepted for publication on 18 May 2004