

## A CONTRATAÇÃO DE EMPREGADO PÚBLICO SEM PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO

RADSON RANGEL F. DUARTE (\*)

“Desconfiai sempre, nobre Lord..., não vá o interesse do Estado aparecer aos vossos olhos como se fosse a própria justiça” (Schiller, *apud* RADBRUCH, in *Filosofia do Direito*, 6ª. Ed., tradução portuguesa por Cabral de Moncada)

“No campo do direito obreiro, em função das características ímpares do contrato de emprego, mesmo quando decretada a nulidade do vínculo, os efeitos hão de ser sempre *ex nunc*, uma vez que a energia despendida pelo obreiro jamais lhe poderá ser devolvida e não é lícito nem jurídico permitir-se o enriquecimento sem causa daquele que usufruiu o trabalho desenvolvido. Afinal, o trabalho humano não pode ser transformado em uma ficção, num conto de fadas do tipo faz-de-conta, era uma vez... onde se diz que o obreiro fingiu trabalhar, o Município fingiu pagar os seus salários, depois fingiu dispensá-lo e ele, também, fingiu reclamar e a MM. Junta completou o fingimento julgando o processo que agora, por fim, veio ao Tribunal num fingido recurso ordinário que a Corte, igualmente, finge apreciar. Ao contrário, o trabalho humano é uma dramática realidade, cada dia mais difícil e complicado, porque, diferentemente do tempo da escravatura e da nobreza que aviltava, hoje projeta o homem-cidadão-operário na sua mais ampla dimensão, protegido, inclusive, pela Constituição. A Constituição, aliás, não pode ser interpretada à luz de um dispositivo isolado nem deve servir de instrumento para esmagar o cidadão, funcionando exatamente pelo avesso do fim a que se propõe” (TRT 7ª. Reg., RO 02.458/97, Rel. Juiz Francisco Tarcísio G. Lima Verde, j. 27.8.97, in Rev. LTr, 61-11/1535).

### I. INTRODUÇÃO

Discussão reinante no direito material do trabalho é aquela relativa aos efeitos que são gerados pelos contratos de emprego firmados com entes da administração pública sem a prévia aprovação em concurso público de provas. De um lado, situam-se aqueles que negam quaisquer efeitos, exceto o pagamento dos salários em si; de outro lado, aqueles que sustentam que tais contratos ge-

ram todos os efeitos normais, corrente na qual nos situamos; há ainda uma terceira corrente, intermediária, que se posiciona no sentido de que são gerados todos os efeitos do trabalho, de forma que não haveria aviso prévio ou indenização por acidente de trabalho, v.g., mas as férias, 13º do período em que houve prestação de serviços.

Quando éramos estagiários na Procuradoria Regional do Trabalho, - assessorando inicialmente a Luiz Eduardo G. Borzart e posteriormente a José Marcos C. Abreu, dois insígnis operadores do direito e reponsáveis-mor pelo brilho que refulge daquela instituição -, tínhamos acesso a inúmeros processos nos quais se discutia a questão posta acima, sendo que na maioria das vezes o posicionamento do *Parquet* se orientava em aplicar a teoria que ora combatemos, e que via de regra, os procuradores do trabalho opinavam pela manutenção do conteúdo da sentença de 1º grau, exceto quanto à sentença prolatada pelo Juiz Luiz Antônio da Costa, em relação às quais a intervenção era pela reforma. Assim, a este membro da magistratura é que dedico estas linhas, vez que uma das poucas vezes que se levantaram contra o pensamento dominante; ainda, aos procuradores do trabalho citados dedicamos este escrito, haja vista que indiretamente auxiliaram na elaboração.

Na defesa de nosso pensamento, recorreremos à interpretação sistemática e teleológica da Constituição Federal, realçando os valores que nesta foram realçados.

## II - AXIOLOGIA CONSTITUCIONAL RELATIVA AO TRABALHO

### II. 1. ASPECTO AXIOLÓGICO

#### II. 1.1. A escolha do valor

A função do juiz é eminentemente axiológica, isto é, descobrir os valores que imperam na sociedade e que se encontram refletidos no direito, não olvidando a intensidade inerente a cada valor; a aplicação da norma jurídica nunca poderá desviar de um fim: a observância de uma escala coerente com os princípios fundamentais do pensamento humano a cada época. Deveras, **“o direito é obra dos homens e ... só pode ser compreendido dentro da atitude que refere as realidades aos valores (Wertbeziehend)... O direito é um facto ou fenómeno cultural, isto é, um facto referido a valores”**, conforme lição de GUSTAV RADBRUCH, (*in ob. cit.*, pág. 44). Realmente **“O ponto diretivo da investigação do intérprete deve ser o de buscar não aquilo que o legislador quis, mas aquilo que na lei aparece objetivamente querido: a mens legis e não a mens legislatoris”**, na lição de LUIZ ANTUNES NUNES (*in* A lei, o poder e os regimes democráticos, pág. 20, 1ª ed).

#### II. 1. 2. O realce do valor “trabalho”.

Atento ao mencionado no item anterior, contemporaneamente se percebe que o *otium* corresponde a uma subordinação ao trabalho, de forma que possui sua razão de ser apenas quando existente o trabalho (tais como as férias ou os descansos remunerados). Com efeito, a atividade humana (trabalho) é conce-

bida como processo total de racionalização, como uma contínua superação de todo limite que transcenda as possibilidades humanas, de tal forma que a exaltação do trabalho, e por assim dizer, a sua absolutização em prejuízo do ócio, encontra a mais coerente expressão de vida antropocêntrica, seja idealista, seja materialista. De fato, o valor "trabalho" é exaltado em quase todos os povos na atualidade, não obstante tenha sido motivo de desprezo e vergonha na antigüidade (Grécia), ou símbolo do castigo à desobediência da promessa Divina (os hebreus - Bíblia Sagrada, Gênesis 3.18 -, muito embora posteriormente tenha alcançado nível de elemento de produção e, inclusive, chegou a ser praticado e defendido por Deus e Cristo). Neste sentido, a manifestação de cunho filosófico de Luigi Bagolini (de quem tomamos emprestadas ainda as primeiras palavras deste item): **"Todo trabalho é atividade que, se bem que implique uma pena, a implica para superá-la mediante o senso de conquista. No trabalho está a liberdade. Merece a liberdade e a via quem todo o dia consegue conquistá-los."** (in Filosofia do Trabalho, 2ª Ed., pág. 35).

Ademais, cediço é que o trabalho possui uma íntima ligação com a vida. **"Há, portanto, uma preocupação com o direito ao trabalho, cujo fundamento maior é o próprio direito à vida. O ser humano, para viver, precisa prover a sua subsistência. Para fazê-lo, depende do trabalho. Logo, o trabalho é um direito. O direito que todo ser humano tem de converter a própria atividade em ganho de subsistência pessoal e familiar. O direito ao trabalho está relacionado com o direito à vida e à subsistência"** é a lição do ilustre AMAURI MASCARO NASCIMENTO, (in Direito do Trabalho na Constituição de 1988, 2ª ed., pág. 25), o qual assim conclui: nos tempos atuais, o trabalho é um direito: o direito ao trabalho (*ibidem*).

Outro fator que dá azo a tal conclusão, também tomado do professor paulista, é que o trabalho permite constatar que o homem, sozinho, não conseguiria produzir tudo o que necessita para viver, sendo que a produção suficiente só é alcançada mediante os esforços de toda a sociedade. Como cada pessoa se beneficia de um esforço conjunto da sociedade, o trabalho é um direito, mas é também o modo através do qual cada membro desta sociedade entrega a sua contribuição para o todo, que se soma ao restante, de forma que o trabalho, além de direito, é um dever: todos devem trabalhar para viver do seu trabalho, e todos têm o dever de trabalhar para justificar a retribuição que recebem da sociedade na satisfação das necessidades comuns, pertencentes, portanto, a todos e a cada membro da sociedade.

Tendo constatado tal realidade, a Constituição Federal se apresenta, às vezes, redundantemente pleonástica (*sic, sic*) em relação ao bem jurídico "trabalho". Com efeito, obriga-se que a mesma afirmou que a República Federativa do Brasil tem como fundamento o valor social do trabalho (art. 1º, IV), sendo livre o exercício de qualquer trabalho, ofício e profissão (art. 5º, XIII), além do fato de que a ordem econômica, fun-

dada na valorização do trabalho humano (art. 170, caput) tem como princípio a busca do pleno emprego (art. 170, VIII), corroborado ainda pela afirmação de que a ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais, e confirmado ainda pelo exaustivo rol do artigo 7º, além de que se constitui no principal fator de captação de recursos para a seguridade social (art. 195, I e II).

Assim, não se pode fechar os olhos a tal realidade, sob pena de a realidade se vingar, ignorando o direito, conforme há muito salientado.

## **II.2. OS PRINCÍPIOS**

Os princípios são os postulados básicos nos quais se assenta um determinado sistema do conhecimento. Correspondem ao arcabouço, alicerce que toda a construção do conhecimento deverá ter. A sistematização racional dos princípios põe-se como preliminar necessária para a estruturação científica, quando a disciplina, superando a casuística e o conhecimento empírico, atinge um estágio maduro de equilíbrio, movimentando-se em um plano elevado de apurado rigor.

Da apresentação que foi feita do direito positivo pátrio, nota-se que o valor do trabalho está assentado sempre em princípios. Tal forma de disciplinamento não se dá ao acaso, antes ao contrário vem apenas demonstrar a categoria na qual se inscreveu o valor "trabalho".

## **II.3. A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO**

Sabe-se que interpretar significa alcançar o sentido de algo. Neste diapasão, várias são as formas de se interpretar as leis, evoluindo desde o método gramatical para o lógico e o sistemático, às vezes utilizando, outras vezes não, os elementos histórico e também o teleológico (a Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 5º, decreta sentencialmente que se deve buscar os fins sociais da lei, ao interpretá-la).

A Constituição Federal não foge destas regras, apenas com peculiaridade de ser a norma básica do ordenamento jurídico e que irá influenciá-lo sempre (ver UADI LÂMEGO BULOS in Revista do IGT, 03/59). E, neste sentido, bastante pertinente a lição de KONRAD HESSE de que **"a Constituição está condicionada pela realidade histórica. Não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade... Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação"** (*apud* MÁRCIO TÚLIO VIANA, in LTr 57-07/840).

Estas pois, as luzes às quais socorremos para enfrentar a questão.

### III. A EXIGÊNCIA DE CONCURSO E O DIREITO DO TRABALHO

#### III.1. A SUPREMACIA DO "TRABALHO" SOBRE A EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO

Na Carta Magna atual, em seu artigo 37, inciso II, está claramente expresso que:

**"a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos..."**

Vislumbra-se em tal dispositivo que o mesmo apresenta norma cogente, auto-aplicável, atingindo tanto as pessoas de direito público quanto aquelas em que o Estado possui participação, única ou majoritária (disto não resta dúvida alguma). Este é o único dispositivo que trata de tal matéria, sendo que o parágrafo 2º é mera complementação.

No entanto, o "trabalho" se apresenta exaustivamente regulado na Lei Maior, como já mencionamos, vendo-se uma prevalência quantitativa deste sobre a necessidade de concurso.

Outrossim, verifica-se que a exigência de seleção está insculpida em inciso, ao passo que o "trabalho" se encontra regulado também em forma de princípios, devendo, portanto, ser lembrado que, na hierarquia das normas constitucionais, as que enunciam princípios devem prevalecer sobre as regras comuns, posto serem elas que dão coerência ao sistema constitucional e, como corolário, ao ordenamento jurídico (MÁRCIO TÚLIO VIANA, *in ibidem*); neste sentido, o lusitano JORGE MIRANDA ressalta **"a função ordenadora dos princípios fundamentais, bem como sua ação imediata, enquanto diretamente aplicáveis ou diretamente capazes de conformarem as relações político-constitucionais, aditando, ainda, que a ação imediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critério de interpretação e de integração, pois são eles que dão coerência geral ao sistema"** (*apud* JOSÉ AFONSO DA SILVA, *in* Curso de Direito Constitucional Positivo, 11ª. ed., 1996, pág. 97). Há, assim, também uma prevalência qualitativa do trabalho.

Porém, não apenas tais argumentos que nos levam a reconhecer o valor do "trabalho".

Ocorre que a exigência constitucional de concurso se direciona ao administrador público, pois é ele quem possui o comando da máquina estatal, embora subserviente às leis. As leis apresentam a conduta do administrador, traçando para o mesmo o caminho a ser seguido. Deste modo, não poderia produzir efeitos sobre o trabalhador. Tal conclusão é obtida quando se observa que a expressão "administração pública" na Carta Magna vem em letras minúsculas e, segundo consenso dos administrativistas, tal situação menciona apenas o ato de gerir a coisa pública. Deve ser lembrado ainda, com o colega Juiz Eugênio Cesário e que abrilhanta a nossa 18ª Região, que o ato de contratação de empregado é manifestação do poder diretivo inerente ao empregador (*in* Revista Consulex, ago/98), e que, por isso não há que se

punir o obreiro, que meramente sirva a tal comando.

Outrossim, a análise das relações de trabalho entre o empregado público e o poder público não pode ser feita exclusivamente à luz das normas de direito administrativo, sob pena de sangrar irreversivelmente a harmonia dos princípios adotados na Constituição, sendo oportuna a lição do insigne RIBEIRO VILHENA, *verbis*: **"Ao mesmo tempo em que se verificou o desdobramento das atividades estatais, erigiram-se certas garantias individuais fundadas no trabalho e na economia em garantias sociais fundamentais, tendo por alicerce um princípio de liberdade dentro da igualdade"** (*apud* ANTÔNIO GOMES DE VASCONCELOS *et alli*, *in* Temas de Direito e Processo do Trabalho, Coordenação da AMATRA III, pág. 51). Os mesmos articulistas complementam: **"com o mais reverente respeito, consideramos que o exame da matéria, sob foco exclusivo das normas de direito administrativo, está eivado de pecado original. Relembrando ainda o citado mestre, o Estado, neste caso, é sujeito de direito e não só ordem jurídica e, como tal, repete-se, o Estado como sujeito de direito acha-se subordinado ao Estado como ordem jurídica, ou seja, há prevalência de estrutura conceptual do Estado-ordem-jurídica sobre o Estado-sujeito-de-direito"** (*ibidem*).

Ademais, o direito do trabalho só alcançou o nível atual, com sua autonomia característica, a partir do momento que passou a ter princípios próprios. De contemporânea presença no ordenamento pátrio, vige o princípio da primazia da realidade, desenvolvido por PLA RODRIGUEZ, a partir das lições de DEVEALI e LA CUEVA, pelo qual, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que surge dos documentos e acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, ante o estado de sujeição do empregador, a interpretação racional da vontade das partes, a dignidade da atividade humana e a boa-fé a nortear a conduta humana. Isto porque, em razão da natureza cogente das normas trabalhistas, a tentativa de simulação é constante, sempre em prejuízo da parte hipossuficiente. No presente caso, observa-se que o trabalhador prestou serviços de natureza contínua e subordinada subjetivamente, mediante ordens e contraprestação salarial, estando presentes os requisitos constituidores de um contrato de emprego, razão pela qual não se pode, a não ser que se pratique séria infração ao direito do trabalho, deixar de dar validade ao vínculo, o qual pode ser formado tacitamente. Ora, se o direito do trabalho estabelece tal princípio quando num dos pólos da relação jurídica se encontra uma pessoa particular, não veria razão para que o mesmo não possa ser aplicado quando no mesmo pólo se encontra o Estado. Não se objete que o interesse público prevaleça sobre o privado: tal objeção não apresenta nenhum laivo de razão, uma vez que tudo o que é público possui efeito sobre as particularidades de cada um e, como via dupla, aquilo que é privado também possui incidência sobre o público; também, não se conseguiu definir o que seria público e o que seria privado; ainda, não é conhecido se o público é uma soma ou uma síntese

se, nem o meio para se alcançar, de forma que tal objeção, se fosse colocada, pecaria pela superficialidade, *concessa venia*.

A Constituição Federal não pode ser utilizada como um pernicioso instrumento de tortura e sofisma à inteira disposição do Estado Leviatã, muito bem retratado por HOBBS, destinado a massacrar, inutilizar e esmagar o ser humano. Tal visão, na realidade, é o avesso do fim ao qual se destina, que é o de promover o bem-estar dos indivíduos. Sem o homem, mormente sem o homem trabalhador, o Estado nada é, eis que foi concebido, exatamente, para ser responsável pelo crescimento do homem.

A ficção mencionada pelo relator da ementa acima transcrita não comungamos, mormente por reconhecer que o trabalho humano é o bem mais precioso (ao lado da vida, saúde e liberdade) que alguém possui, sendo projeção do ser humano à mais alta dimensão social, dignificando e proporcionando *status*. Ora, discordamos que o trabalhador, o qual durante certo tempo deu o seu labor em favor de alguém, com todas as características de uma relação de emprego, ao final se veja dispensado do trabalho sem nada perceber, deixando na agrura os filhos, a família, todos os seus dependentes. É muito fácil, com uma assinatura em nossos gabinetes, afirmar que tal trabalhador não tem razão porque "não fez concurso", mas, constatar a realidade das pessoas que dependem do Judiciário para que a Justiça seja feita, isto vai longe. E, o que é justiça? Justiça, segundo ARISTÓTELES, é dar a cada um o que é seu - talvez, no presente caso, deveria atribuir ao pobre mais pobreza, e, ao Estado, mais benefícios para continuar arrogante como tal; isto porém não satisfaz. O Judiciário trabalhista não pode ser um instrumento de distribuição de riquezas, com caráter altruísta, de assistente social; não, ele deve ser o instrumento utilizado para reconhecer o real valor de algo, e aplicar ao mesmo o merecido, tão-somente isto. Por isto é que repetimos: a Constituição Federal não pode ser interpretada à luz de apenas um artigo; ela é uma estrutura jurídica e nela estão inseridas a proteção do trabalho e o respeito ao cidadão, sendo que quem atropela um princípio constitucional, de grau hierárquico superior, atenta contra o fundamento de toda a ordem jurídica. Realmente, da simples literalidade de um dispositivo não há de se encerrar a interpretação da Lei Maior. Deve, pois, todo o texto constitucional se manter hígido e harmônico, pois se é certo que a idéia de unidade da ordem jurídica se irradia a partir da Constituição, também sobre esta se projeta, em razão de sua supremacia sobre todo o ordenamento jurídico. Neste sentido, o Tribunal Constitucional Alemão já decidiu: **uma disposição constitucional não pode ser considerada de forma isolada nem pode ser interpretada exclusivamente a partir de si mesma. Ela está em conexão de sentido com os demais preceitos da Constituição, a qual representa uma unidade interna e, ainda: o princípio mais importante de interpretação é o da unidade da Constituição enquanto unidade de um conjunto com sentido teleológico, já que a essência da Constituição**

**consiste em ser uma ordem unitária da vida política e social da comunidade estatal.** No mesmo sentido, KONRAD HESSE: **Todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal maneira que se evitem contradições com outras normas constitucionais. A única solução do problema coerente com este princípio é a que se encontre em consonância com as decisões básicas da Constituição e evite sua limitação unilateral a aspectos parciais** (*apud* TRT 7ª Reg., REXOFRV 02174/97, Rel. Juiz José Ronald Cavalcante Soares, *in* Rev. LTr 62-02/232).

É bom ficar assente, que não comungamos com o pensamento de olvidar a aplicação das conseqüências do ato lesivo. O que ocorre, porém, é que discordamos diametralmente do posicionamento atual, de punição do obreiro, negando-lhe os direitos concedidos pela lei. Não, a punição deve recair sobre os administradores que, por variados motivos, não admitiram trabalhadores mediante prévia seleção. Com efeito, seria muito efetivo não pagar aos obreiros os seus respectivos créditos, pois o Estado nada desembolsaria; além disto, seria cômodo deixar os administradores inescrupulosos à boa sombra, longe do alcance da Justiça e com seus patrimônios intocáveis e impenetráveis; seria fácil deixar de conferir ao obreiro o que lhe pertence, sob o pretexto de falta de pressuposto inafastável para a configuração do contrato de emprego. Ora, repise-se, o contrato de emprego existiu, na esteira daquilo que consta na legislação trabalhista! Neste momento, fazemos a seguinte pergunta (bastante trivial e óbvia, mas que até hoje pouquíssimos deram uma resposta no sentido positivo): alguém porventura tem conhecimento de que algum dos administradores já foi punido? Ignoramos esta situação, pois sempre as conseqüências prejudiciais incidem apenas, e tão-somente, sobre o trabalhador. O sábio conhecimento popular já há tempos afirma que "a corda sempre arrebenta do lado de quem é mais frágil" e isto não comungamos.

A necessidade da punição ao administrador, se não se apresenta como uma solução efetiva a curto prazo - só sendo recomposto o patrimônio da entidade pública após um longo período da provável discussão judicial na ação regressiva (art. 37, par. 6º, CF) - demonstra um caráter educacional, criando no administrador, se não o medo, pelo menos o receio de vir a sofrer punição, sendo fenomenal a lição do ilustre CESARE DE BECCARIA, fornecida para a seara do direito penal mas que, pela sapiência, pode ser perfeitamente aplicada à presente situação, *in verbis*: **"o rigor do suplício não é que previne os delitos com maior segurança, porém, a certeza da punição"** (*in* Dos Delitos e das Penas, pág. 56, s/d). Porém, não apenas o apelo doutrinário, mas o legal, permitem concluir que a punição deve ser direcionada ao administrador, conforme o artigo 37, par. 2º, CF:

**"A inobservância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei."**

A Constituição, parece-nos, é clara...

E, a moderna teoria constitucional, elaborada principalmente pelos germânicos, também corrobora o entendimento manifestado por nós. De fato, há cerca de 50 anos, quando fez a afirmação de que **"já não são os direitos fundamentais que valem unicamente na moldura das leis, mas as leis nas molduras dos direitos fundamentais"**, (apud PAULO BONAVIDES in Curso de Direito Constitucional, Malheiros, 4ª ed.) KRUEGER constatou o núcleo das transformações constitucionais em proveito da formação e consolidação de um universo axiológico, resguardado por mecanismos de proteção eficaz, dentre os quais o princípio da proporcionalidade, que tem como elementos a "pertinência" ou "aptidão" (Geeignetheit), que, segundo Ziimmerli, nos deve dizer se determinada medida representa o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público conforme a linguagem constitucional dos tribunais. Examina-se aí a adequação, a conformidade ou a validade do fim e a necessidade, pela qual **"a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja"**, conforme o mesmo constitucionalista pátrio já citado (Bonavides, págs. 318 e 319), sendo conclusiva a lição de XAVIER PHILIPPE de que **"de dois males, faz-se mister escolher o menor"** (Bonavides, *ibidem*). Destarte, seja porque deva ser o único alvo ante à sua conduta ilícita, seja porque o mais capaz de repor a situação ao *status quo ante*, entendemos como suficiente e capaz de proporcionar o mal menor que a punição não deve ser direcionada ao trabalhador.

Também, e pela razão exposta da íntima ligação do trabalho com a vida, é que seria insensato exigir do obreiro que condicionasse ao administrador a sua admissão somente através de concurso público. Ora, isto seria perder a oportunidade de trabalhar e, pois, deixar de auferir meios para que pudesse subsistir, sendo que outras pessoas ingressariam no posto de trabalho.

### III. 2. ANÁLISE PROLÉPTICA DOS ARGUMENTOS EM CONTRÁRIO

Apresentamos até o momento, elementos que nos levam a concluir pela supremacia dos direitos do trabalhador, em sua totalidade. Agora, em tom proléptico, analisar-se-á os principais argumentos dos defensores da tese de que o contrato nulo não gera efeito, senão salarial, a título indenizatório.

A maioria dos pensadores (sejam doutrinadores, sejam julgadores) afirma: o contrato foi nulo e *quod nullum est nullum producit effectus*. Porém, cabe indagar até que ponto tal aforismo latim é realmente verdadeiro, e aqui invoco a lição do germânico IHERING: **"A conclusão de um contrato não produz apenas somente uma obrigação de execução, senão ainda, conforme as circunstâncias, uma obrigação de reparar prejuízos, quando a execução se tornou impossível em virtude de um impedimento legal. A expressão nulidade do contrato, de acordo com a linguagem romana e a linguagem atual, designa somente a ausência desse efeito, e não a de to-**

**dos os efeitos."** (apud JOSÉ AUGUSTO RODRIGUES PINTO, in LTr 59-05/602). Peca, pois, tal sustentação, pela falsa premissa, *permissa venia*.

Segundo alguns, a lei comina nulidade para o caso de descumprimento da contratação sem concurso. Realmente, e isto não negamos, conforme transcrição feita do dispositivo que prevê a nulidade. Porém, cediço é, e isto ninguém pode olvidar que na seara trabalhista as nulidades possuem características totalmente distintas do disciplinamento feito pelo restante do direito, ante as peculiaridades inerentes a tal área do saber jurídico. Neste sentido, a lição de doutrinadores de escol: **"a questão da ineficácia do contrato de trabalho seria resolvida em termos tão simples se fora possível aplicar ao mesmo, com todo rigor, a teoria civilista das nulidades. Mas a natureza especial da relação de emprego não se compadece com a retroatividade dos efeitos da decretação da nulidade. O princípio, segundo o qual o que é nulo nenhum efeito produz, não pode ser aplicado ao contrato de trabalho. É impossível aceitá-lo em face da natureza da prestação devida pelo empregado. Consistindo em força-trabalho, que implica em dispêndio de energia física e intelectual, é, por isso mesmo, insuscetível de restituição. Se a nulidade absoluta tem efeito retroativo, se repõe os contratantes no estado em que se encontravam ao estipular o contrato nulo, como se não fora celebrado, nenhuma parte tem o direito de exigir da outra o cumprimento da obrigação. Donde se segue que o empregado não tem o direito de cobrar o salário ajustado. Esta seria a consequência inelutável do princípio da retroatividade da nulidade de pleno direito... Mas, é consequência evidentemente absurda, ainda mesmo se admitindo que o trabalhador possa exigir a remuneração com o fundamento na regra que proíbe o enriquecimento ilícito. Porque a verdade é que a retroatividade só teria cabimento se o empregador pudesse devolver ao empregado a energia que este gastou no trabalho. Mas, como isso não é possível, os efeitos da retroatividade seriam unilaterais, isto é, beneficiariam exclusivamente ao empregador... Deve-se admitir em toda extensão o princípio segundo o qual trabalho feito é salário ganho. Pouco importa que a prestação de serviço tenha por fundamento uma convenção nula"** (ORLANDO GOMES e ELSON GOTTSCHALK, in Curso de Direito do Trabalho, 14ª. Ed., pág. 124), os quais assim concluem: **"em Direito do Trabalho, a regra geral há de ser a irretroatividade das nulidades. O contrato nulo produz efeitos até a data em que for decretada a nulidade. Subverte-se, desse modo, um dos princípios cardeais da teoria civilista das nulidades"** (*ibidem*). Deste modo, a nulidade do contrato, só produz efeitos a partir da decretação, sendo impotente para atingir todo o desenvolvimento anterior da relação jurídica, não se falando em nulidade *ab ovo* (a única exceção ocorre no caso de conduta anti-social, qual seja, meretrizes, trabalhadores de tráfico de entorpecente, jogo do bicho etc.).

Ainda, outro argumento utilizado é que a contratação sem concurso beneficia apenas os apaniguados políticos e cabos eleitorais. No entanto, nem sempre isto acontece. Mas, mesmo se o fosse, vislumbra-se que os políticos, que utilizaram da máquina administrativa, prometendo empregos aos seus cabos e/ou eleitores, provavelmente continuam, perigosamente, no comando da máquina administrativa, gozando as benesses que o poder público concede. Deste modo, punir o prestador de serviços, e deixar tal administrador incólume, peca pela falta de solidez e efetividade, além de ser um incentivo a tal prática.

Também, como elemento de convencimento, é o de que a ninguém é lícito desconhecer o direito, mormente em se tratando da Constituição Federal, sendo que alguns afirmam tratar-se de uma ficção, outros, de uma presunção. Ora, se este princípio é uma ficção, não alcança grande sucesso, pois tenta transformar em verdadeiro aquilo que não o é, já que a simples publicação da lei não tem o condão de transformá-la em cognoscida; se é uma presunção, tal *praesumptio* choca-se então na barreira da impossibilidade material da ciência completa do direito, pois se nem os "experts" defêem o conhecimento integral do direito, o que dizer então da enorme massa de leigos. A afirmação de que o direito deve ser conhecido de todos trata-se de uma regra de convivência social; porém, o artigo 5º, do Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas, elaborado pelo ilustre HAROLDO VALADÃO que, se não chegou a ser transformado em direito positivo, na esteira da moderna corrente de pensamento jurídico admitiu a escusativa de ignorância da lei (CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, Instituições de Direito Civil, vol. I, pág. 78, 18ª ed.).

Outrossim, poder-se-ia falar que garantir ao obreiro seus créditos afrontaria a ética. Não se nega que a ética e a moral são valores que devem ser buscados incessantemente, principalmente pelo Judiciário, contemplando o direito positivo (art. 37, *caput*, CF). Porém, estes valores não são tão absolutos - ao contrário do "trabalho" - uma vez que o próprio constituinte permitiu a admissão sem concurso dos ocupantes de cargos em comissão, situação essa que tem possibilitado os inúmeros casos de nepotismo que desatam nos noticiários, nada sendo feito pela classe dominante para obviar tal realidade. A sabedoria popular - e como é sábio o homem comum, simples, livre de preconceitos! - afirma que não se deve ser mais realista que o rei...

Alguns afirmam que deve ser aplicada a teoria do não-enriquecimento ilícito. Porém, além da precursora lição dos professores baianos já apresentada, acrescenta-se o fato de que o pagamento pelos serviços prestados é salário (e isto ninguém nega). Indenização não é, pois não há dano algum, pelo contrário, apenas havendo benefício ao tomador dos serviços. Mesmo que se queira dar outra roupagem, ou utilizar outro vocábulo, o que há é retribuição pelo serviço prestado mediante subordinação. E se se trata de salário, por que excluir os demais direitos trabalhistas, como o adicional das horas extras,

periculosidade, insalubridade, noturno etc? Qual o critério técnico-científico para se distinguir entre o que é verba salarial e o que não é?

Outros afirmam que se deve respeito ao princípio da igualdade. Realmente, mas este postulado já fora afrontado inicialmente, desejando-se apenas a retribuição ao trabalho honesto.

Outrossim, não se poderia argumentar com o artigo 82 do Código Civil, o qual estabelece como elemento de validade do ato jurídico a submissão à forma. Ora, deste condicionamento privatístico e individualista o direito do trabalho se libertou há muito tempo, como já foi assentado durante o transcorrer desta. Deve ser sempre lembrado, aliás, que no caso de desrespeito à forma, resolve-se em favor do empregado, como o são os contratos a termo, contrato de experiência, de aprendizagem e de estágio.

Não vinga, também, a argumentação de que o Judiciário não pode substituir o concurso. Com efeito, o que se deve haver é o reconhecimento do valor "trabalho", sendo que o valor concurso deve ser analisado pelo aspecto da responsabilização.

Assim, os argumentos utilizados pelos defensores do não-pagamento ao trabalhador de seus créditos, *data venia*, não satisfazem.

#### IV. EPÍLOGO

Porém, não é de se estranhar que a maioria ainda se posicione contrária ao reconhecimento dos direitos do trabalhador. Com efeito, no desenvolvimento da ciência jurídica (isto é um fato normal), tendo como exemplo a própria história do direito do trabalho e, mais especificamente, com o disciplinamento dos sindicatos, uma vez que chegou a ser considerado crime a associação sindical (Código Penal Francês, 1819). No entanto, confortadora é observar a lição do insigne PEDRO VIDAL NETO de que **"o progresso do direito consiste no aperfeiçoamento de suas construções teóricas, no aprimoramento da interpretação e na elaboração de novas técnicas ou métodos de aplicação para afeiçoá-lo às necessidades e às mudanças da realidade social"** ao prefaciar o livro *As Ações Coletivas e o Direito do Trabalho*, de Marcus Orione Gonçalves Correia (1ª. Ed., 1994). Respeitamos as decisões e posicionamentos contrários, os quais são em número bastante superior ao defendido por nós, sendo inclusive sumulado no Precedente Jurisprudencial n.º 85, da Seção de Dissídios Individuais do Colendo TST, composta por pessoas do mais alto saber jurídico e que se distancia de nós em anos-luz; tampouco, significa uma insurgência estéril. Busca apenas oferecer luzes e manifestar o nosso pensamento. E, observando tal progresso, o Egrégio TRT/18ª Região prolatou a seguinte decisão, a qual, embora singular, já demonstra um renovar de pensamento:

**"ADMISSÃO DE EMPREGADO PÚBLICO NÃO PRECEDIDA DE CONCURSO. NULIDADE EX TUNC. SALÁRIOS DEVIDOS E REGISTRO DO TEMPO DE SERVIÇO. DESCABIMENTO DE EXEGESE RESTRITIVA. CONFRONTO**

**DAS TESES ATUALMENTE DOMINANTES NOS TRIBUNAIS TRABALHISTAS.** Ante a nulidade de retroação impossível, o art. 158, do Código Civil, prescreve a obrigação de indenizar com o equivalente, o que, no caso dos contratos de emprego, corresponde ao pagamento de todas as parcelas salariais legalmente devidas, até então. Não há incompatibilidade entre a diretriz fixada no art. 158, retro-transcrito, e a aplicabilidade da CLT, no que pertine à contrapartida remuneratória do contrato de emprego. Na verdade, há o dever de serem respeitadas as normas que regulamentam a remuneração no contrato de trabalho. Não há baliza legal para a ficção que parte da jurisprudência e da doutrina estabelecem, ao considerar inexistente o trabalho subordinado, que efetivamente existiu; ou, em considerando-o nulo, remunerá-lo apenas com parte dos créditos salariais, ao arrepio da Lei. Por outro lado, a inadmissibilidade jurídica do enriquecimento sem causa constitui-se em princípio basilar do Direito, portanto, encontrável e aplicável em todos os seus ramos. A admissão ao emprego, assim como a dispensa, é ato potestativo patronal, portanto de sua inteira responsabilidade. De fato repugnante que justo o Estado empregador locuplete-se, enriquecendo-se com o trabalho alheio, sem ao menos entregar a contraprestação por força de lei equivalente ao trabalho prestado em regime de emprego do qual se aproveitou. Não há ordem jurídica que isto autorize." (TRT-18ª - RO-0187/98 - ACORDÃO Nº 2.237/98 - Juiz Rel. Eugênio José Cesário Rosa).

\* Juiz do Trabalho Substituto da 18ª Região