

O PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO E A CONTRATAÇÃO POR PRAZO DETERMINADO

Vanessa Cerqueira Reis de Carvalho*

I – INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve como fonte inspiradora a minha vivência profissional na defesa de um Município, onde atuei como Procuradora.

Após observar que o grande número de demandas em face de uma fundação municipal envolvia a contratação de pessoal por prazo determinado, pelo regime celetista, sem concurso público, mesmo após a Carta Constitucional de 1988, interessei-me pelo tema.

Apesar do fato ter ocorrido antes da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, o tema me parece atual, tendo em vista que a pretendida flexibilização das regras para a contratação de pessoal, pretendida pela preconizada “Reforma Administrativa”, não afetou substancialmente o dispositivo inserido no inciso segundo do artigo 37 da Constituição da República de 1988.

Enfim, através de uma experiência pessoal, este pequeno ensaio procurará concatenar os principais aspectos que englobam o princípio do concurso público e a contratação por prazo determinado na Administração Pública, sob o enfoque da nulidade da contratação sem o respaldo constitucional, opinando, ao final, sobre a possível solução do problema, restando ao leitor a conclusão pessoal, diante da questão levantada.

II – O FATO

O fato a seguir exposto, força motriz do presente trabalho, ocorreu principalmente na Administração Indireta, em uma fundação instituída e mantida pela municipalidade, que tem como regime jurídico o celetista.

Cabe aqui uma explicação ao leitor. O município em tela possui servidores tanto regidos pelo Estatuto dos Funcionários Públicos local, servidores públicos no sentido estrito da palavra, ocupantes de cargo de provimento efetivo, como também empregados públicos, regidos pela Consolidação das Leis Trabalhistas.

* Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. Professora de Direito Administrativo da Universidade Gama Filho.

Após o término de vários contratos celebrados por prazo determinado, os ex-empregados ingressaram na Justiça do Trabalho, pleiteando verbas decorrentes do pacto laboral, como se indeterminado fosse, alegando por muitas vezes a dispensa sem justa causa.

As variantes eram as mais inusitadas possíveis, requeriam por vezes perdas e danos, outras a multa de 40% do FGTS e até mesmo a reintegração no serviço público.

O tema inspira certos cuidados, pois não cabe ao setor jurídico de qualquer órgão opinar acerca da oportunidade e conveniência da composição do quadro funcional pela Administração. Contudo, quando o tema foge do mérito administrativo e lança-se ao Poder Judiciário, com a ocorrência de inúmeras lides que pleiteiam até mesmo reintegração no emprego, tendo como esteio o vínculo através de contratos por prazo determinado, a questão é agora de ordem pública, é de legalidade e é, sem dúvida, de cunho jurídico.

III – O PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO

Expresso na ordem jurídica desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789,¹ o princípio do concurso público consagrou-se de maneira universal, na Declaração dos Direitos do Homem de 1948, proclamada pela ONU, cujo art. 21 estabelece:

“Art. 21 - 1º Toda pessoa tem o direito de tomar parte da direção dos negócios públicos de seu país, seja diretamente, seja por intermédio de representantes livremente escolhidos.

2º Toda pessoa tem o direito de aceder, nas condições de igualdade, às funções públicas de seu país.

3º A vontade do povo é o fundamento da autoridade dos poderes públicos; esta vontade deve ser expressa por eleições honestas que devem ter lugar, periodicamente, com sufrágio universal igual e voto secreto ou de acordo com um processo equivalente que assegure a liberdade do voto.”²

1 Art. VI - “La loi est l’expression de la volonté générale, tous les citoyens ont droit de concourir personnellement ou par leurs représentants, à sa formation; elle doit être la même pour tous, soit qu’elle protège, soit qu’elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autres distinctions que celles de leurs vertus et de leurs talents”.

2 Referências colhidas na excelente obra de Cármen Lúcia Antunes Rocha, *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999. pp.150/151.

Conforme nos relata CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA³, o princípio da acessibilidade no constitucionalismo brasileiro foi incluído nas duas primeiras Leis Fundamentais: A Monárquica, de 1824, e a primeira da República, de 1891.

A Carta de 1824 repetia, praticamente, o texto da Declaração francesa de 1789, dispondo em seu artigo 179 que *“Todo cidadão pode ser admitido aos cargos públicos, civis, políticos ou militares, sem outra diferença que não seja a de seus talentos e virtudes”*.

Na Constituição de 1934, o texto dispunha que *“os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, sem distinção de sexo ou estado civil, observadas as condições que a lei estatuir”*.

Na Carta de 1937 o seu artigo 122, parágrafo terceiro, rezava que *“os cargos públicos são igualmente acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade prescrita nas leis e regulamentos”*.

A Constituição de 1946, em seu artigo 181, declara que *“os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, observados os requisitos que a lei estabelecer.”*

A Constituição de 1967, com a emenda de 1969, tal como as demais, previa a necessidade de concurso apenas para cargos públicos, mas não para empregos. Seu texto era o seguinte:

“Art. 97 - Os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preenchem os requisitos estabelecidos em lei.

§ 1º - A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei.” (grifos não existentes no original)

Com o advento da Constituição da República de 1988, a instituição do concurso público passou a ser obrigatória para investidura⁴ tanto em cargo, como em emprego público.

3 A Autora trata o tema como princípio da acessibilidade, o que chamamos de princípio do concurso público. A questão é puramente terminológica.

4 Segundo o Professor Hely Lopes Meirelles in *Direito Administrativo Brasileiro* – 15ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 370, nota de rodapé nº 5: *“A defeituosa redação do art. 37, II, da Constituição de 1988, pode parecer que ela exige concurso público para todas as investiduras em cargo público. Mas não é assim. O que a Constituição impõe é o concurso público para a primeira investidura, pois que, havendo carreira, o acesso a seus vários degraus se faz por critérios internos de seleção, constantes do plano previsto no estatuto, podendo haver, até mesmo, promoção por antiguidade.”*

Desta forma, a democratização do ingresso no serviço público alcançou a legitimação popular, tornando-se um marco na busca da moralização da composição dos quadros funcionais da Administração Pública.

A concretização do princípio do concurso público⁵ no texto constitucional vem atender a “pureza” que se busca com o positivismo jurídico de Kelsen,⁶ sem abandonar a sua real importância axiológica, principalmente como meio para alcançar a realização de outros princípios, tais como o princípio da moralidade administrativa e da eficiência.

O sistema na ciência do Direito, atualmente, é normativo, aberto, e se assenta tanto sobre princípios quanto em regras (J. J. Gomes Canotilho).⁷ O positivismo dogmático, que encontrou na genialidade de Kelsen seu maior teórico (*Teoria Pura do Direito*), não admitia qualquer valoração teleológica no conteúdo das regras, sob as quais foi estruturado seu modelo de sistema, de forma piramidal, tendo como vértice a Lei Fundamental.

A partir das últimas décadas do século XX, sobretudo pelas investidas iniciadas pelo jurista americano RONALD DWORKIN, cresce a importância dos princípios para a estruturação e substanciação do sistema. Impregnados de conteúdo cultural, os princípios dão significado moral e ético às

5 O Professor Luís Roberto Barroso, em seu artigo “Princípios Constitucionais Brasileiros ou de como o papel aceita tudo”, publicado na *Revista de Direito da UERJ* nº 01, classifica o princípio do concurso público como um princípio setorial da Administração Pública.

6 Para Kelsen in *Teoria Pura do Direito*, traduzido por João Baptista Machado, 6ª ed., São Paulo, Editora Martins Fontes, 1998, a pura teoria do Direito significa *“que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo o quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.”*

7 *Direito Constitucional*, Livraria Almedina, Coimbra, 1993, p. 168: *“A existência de regras e princípios... permite a descodificação, em termos de um “constitucionalismo adequado” (Alexy: gemässigte Konstitutionalismus), da estrutura sistêmica, isto é, possibilita a compreensão da constituição como sistema aberto de regras e princípios. Um modelo ou sistema constituído, exclusivamente por regras, conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa – legalismo – do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um “sistema de segurança”, mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto. Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta... O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios (Alexy: Prinzipien-Modell des Rechtssystems) levar-nos-ia a conseqüências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do “possível” fático e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho em segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema.”*

condutas humanas por intermédio dos valores. Como os princípios sintetizam valores, são aptos a captar a mudança da realidade e estão abertos às concepções cambiantes da verdade e da justiça.

O Professor PAULO BONAVIDES, ilustre catedrático da UFCE, aplaude o que denomina de “ressurreição do jusnaturalismo”, pontificando que *as novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais*.⁸

A busca deve ser da adequação da ordem jurídica aos valores fundamentais mais profundos, com a aplicação dos princípios gerais na ordem jurídica, apurando a sua razão determinante.

Não se discutem no momento as diversas classificações existentes acerca dos princípios.⁹ Mas sim, busca-se ressaltar a importância do princípio do concurso público tanto na aplicação do direito, sob o prisma da segurança jurídica ditada pela norma, como dentro da visão de justiça do Direito Natural.

Os princípios, sem dúvida, não mais se restringem à função integrativa prevista no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e são uma importante forma de interpretação e integração de todo o sistema jurídico, possuindo múltiplas funções, dentre as quais destaco as seguintes:¹⁰

1 - Função axiológica – por ela, os princípios definem, na ordem jurídica, os valores que a informam;

2 - Função teleológica – orientam a ordem jurídica em direção de determinadas finalidades;

3 - Função integrativa – no preenchimento de lacunas;

8 *Curso de Direito Constitucional*, Malheiros, 2000, pp. 234 e 237.

9 O professor Eros Grau em seu livro *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, Malheiros Editores, 2000, pp. 78 e 79, distingue, adotando Antonie Jeammaud, os princípios gerais do direito daqueles que denomina princípios que constituem regras. Estes “constituem regras jurídicas e não podem ser valorados como verdadeiros ou falsos, mas tão-somente como vigentes e/ou não eficazes. Pertencem à linguagem do direito. Já os princípios gerais do direito pertencem à linguagem dos juristas. São proposições descritivas (e não normativas), através das quais os juristas referem, de maneira sintética, o conteúdo e grandes tendências do direito positivo”. Já o Professor Luís Roberto Barroso, em sua obra *Interpretação e Aplicação da Constituição*, Editora Saraiva, 1999, pp. 150 a 156, classifica os princípios em fundamentais que “são aqueles que contêm as decisões políticas estruturais do Estado...”, em princípios gerais, “que irradiam por toda a ordem jurídica, como desdobramentos dos princípios fundamentais, e se aproximam daqueles que identificamos como definidores de direitos...”, e, finalmente, elenca os princípios setoriais, “que são aqueles que presidem um específico conjunto de normas afetas a determinado tema, ou título da Constituição”.

10 A classificação foi colhida em artigo da lavra de Diogo de Figueiredo Moreira Neto in “Princípios da Licitação”, parecer publicado na *Revista da PGE* – RJ nº 48, 1995, pp. 39-59.

4 - Função normogenética – informam a produção de normas de maior densidade, ou reproduzem outros princípios derivados;

5 - Função inibidora – impedem a produção de normas e atos concretos que lhes violem o conteúdo.

É importante frisar que os princípios não têm pretensão de exclusividade, podendo ser aplicados dois ou mais princípios ao caso em concreto.

Na verdade, eles se complementam. Pode parecer simples, em uma primeira leitura, a aplicação dos princípios como forma de realização do direito, mas a doutrina moderna tem feito um grande esforço neste sentido, tentando aproximar ao máximo a coercibilidade dos princípios, tal como ocorre no já consagrado conceito de norma, dotada de preceito e sanção.

No nosso caso, como o princípio do concurso público já está positivado na ordem jurídica constitucional, sua aplicação é, de certa forma, de mais fácil realização, o que não impede suas constantes violações.

De qualquer sorte, é sempre prudente trazer à colação posicionamentos doutrinários acerca dos princípios.

DWORKIN, que se lançou, declaradamente, a fazer um ataque geral ao positivismo, distingue princípios e diretrizes. As diretrizes partem de pautas (*standards*) estabelecedoras de certas metas a serem alcançadas, geralmente referidas a algum tema econômico, político ou social.

Os princípios, por sua vez, são pautas que devem ser observadas, não porque possibilitem ou assegurem a busca de determinadas situações econômicas, políticas ou sociais tidas como desejáveis, mas porque substanciam-se num primado de justiça ou honestidade, ou alguma outra dimensão da moralidade.¹¹

As regras diferenciam-se dos princípios ante o mecanismo lógico de sua aplicação. Aquelas dão ensejo ao binômio “tudo ou nada” (*all or nothing*) quando são aplicadas, subsumindo-se ou não o fato à regra prevista.¹² Quanto aos princípios, estes “atuam de maneira diversa, pois, presentes as condições de fato enunciadas como necessárias à sua incidência, daí não

11 DWORKIN Ronald. *Taking Right Seriously*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977, p. 22: “I call a ‘policy’ that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally and improvement in some economic, political or social feature of the community”... “I call a ‘principle’ a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality”.

12 Dworkin, ob. cit., p. 24: “The difference between legal principles and rules is a logical distinction.... Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision”.

decorre necessariamente a sua aplicação ao caso concreto. Isto ocorre porque, ao contrário das regras, os princípios são dotados de uma dimensão de peso" (DANIEL SARMENTO)¹³.

ROBERT ALEXY, sem distanciar-se muito de DWORKIN, define os princípios como mandados de otimização, ou seja, buscam sempre um ponto ideal para sua efetivação, submetidos que estão às limitações impostas pelos fatos e regras opostas. São "normas que ordenam que (*sic*) algo seja realizado em uma medida tão ampla quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas. Princípios são, portanto, **mandados de otimização**. Como tais, eles podem ser preenchidos (*rectius*: cumpridos) em graus distintos"¹⁴. A medida da possibilidade jurídica reservada à aplicação dos princípios é ditada pelos princípios e regras diversas. O problema que daí advém é solucionado através de ponderação, e não através dos critérios convencionais (cronológico, hierarquia e especialização).

As regras, por sua vez, possuem uma dinâmica hermenêutica completamente diferente. Estas ou podem ser cumpridas ou não cumpridas. Desta forma, valendo o comando nela inserido, este deve ser cumprido, sem mais, nem menos.

J. J. GOMES CANOTILHO¹⁵, em perfeita síntese, alude que os princípios são normas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos, permitindo o balanceamento de valores e interesses, consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes. Contêm apenas exigências que, à primeira vista (*prima facie*), devem ser realizadas. Possuem duas dimensões distintas, validade e peso.

As regras prescrevem, imperativamente e definitivamente, uma exigência (impõem, permitem ou proíbem), que é ou não é cumprida, na exata medida de suas prescrições, nem mais nem menos. Conhecem apenas a dimensão da validade e, portanto, as regras antinômicas excluem-se.

O Professor Jorge Miranda, no 17^o Encontro Nacional dos Juízes Federais¹⁶, criou uma metáfora bastante interessante: O direito é como um prédio, com um conjunto de materiais que seriam as regras, mas conta com

13 "Teoria dos Direitos Fundamentais", Ricardo Lobo Torres (org.), Ed. Renovar, 1999, in *Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens*, p. 52.

14 "Colisão de Direitos Fundamentais e realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático", in *RDA* 217/67, p. 74, tradução de Luís Afonso Heck.

15 *Direito Constitucional*, ob. cit., pp. 167/168.

16 Tive a oportunidade de participar do encontro, que ocorreu em Brasília, de 18 a 21 de outubro de 2000, no auditório do Superior Tribunal de Justiça.

algo mais importante que os materiais, que é o projeto, este representado pelos princípios.

Feita a necessária digressão doutrinária acerca do concurso público como princípio, é bem de ver de que nada adiantará a consciência de sua importância, se nem mesmo a norma constitucional expressa no artigo 37, inciso II, é sempre observada pelo administrador da coisa pública.

Pontifca Pontes de Miranda:

"A Constituição, pelo fato de existir, é lei. Como lei, impõe-se. As leis ou são infringidas pelos indivíduos, ou pelos próprios órgãos do Estado. Defendê-la é um dos propósitos técnicos. A defesa da Constituição deve passar à frente de qualquer outra lei, por ser a lei que constitui o Estado, depois de construído.

*Mas, a Constituição pode ser defendida sem ser pela guarda e sem ser pela rigidez. Por exemplo: pelo ensino cívico, pela sua difusão, pela demonstração das suas vantagens."*¹⁷

Assim sendo, além das formas tradicionais de defesa da Constituição, a difusão pelo ensino cívico sobre a importância de cumprir a norma fundamental pode alcançar, de forma educativa, a consciência do administrador público frente à real necessidade de alcançar o interesse público desejado pelo povo.

Esta difusão cívica, apesar da forma singela, é o escopo do presente trabalho.

IV – DA INCONSTITUCIONALIDADE DA CONTRATAÇÃO POR PRAZO DETERMINADO, NOS CASOS NÃO ABRANGIDOS PELO INCISO IX DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

O princípio do concurso público, contido no inciso II do artigo 37 da Constituição da República de 1988, nasceu da necessidade de buscar a moralização do ingresso na Administração Pública, tanto é que previu como nulo o ato em hipótese de inobservância ao dispositivo constitucional, no parágrafo segundo do mesmo artigo.

17 In "Defesa, Guarda e Rigidez das Constituições", artigo publicado na *Seleção Histórica da Revista de Direito Administrativo*, 50 anos, Editora Renovar, 1995, p. 65.

Vejamos ainda a íntegra dos textos legais:

“Art. 37 -.....omissis.....

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado por lei de livre nomeação e exoneração;

.....(omissis).....

IX – a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

.....

§ 2º - A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.”

Sobre a contratação excepcional, no âmbito da União Federal, a Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, recepcionada pela Emenda nº 19/98, dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos seguintes termos:

“Art. 1º - Para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, os órgãos da Administração Federal direta, as autarquias e as fundações públicas poderão efetuar contratação de pessoal por tempo determinado, nas condições e prazos previstos nesta Lei.

Art. 2º - Considera-se necessidade temporária de excepcional interesse público:

I - assistência a situações de calamidade pública;

II - combate a surtos endêmicos;

III - realização de recenseamentos;

IV - admissão de professor substituto e professor visitante;

V - admissão de professor e pesquisador visitante estrangeiro;

VI - atividades especiais nas organizações das Forças Armadas para atender a área industrial ou a encargos temporários de obras e serviços de engenharia.”

Podemos concluir que, mesmo após a “Reforma Administrativa”, a contratação por prazo determinado na Administração Pública, fora da exceção¹⁸ prevista constitucionalmente no inciso IX do artigo em comento, fere ao princípio isonômico do concurso público, o que já deflagraria a nulidade do ato, produzindo efeitos *ex tunc* nas relações jurídicas por ele abarcadas.

HELLY LOPES MEIRELLES, com a objetividade e clareza que o fizeram célebre, leciona:

“O ato nulo vincula as partes, mas pode produzir efeitos em relação a terceiros de boa-fé. Somente os efeitos, que atingem terceiros, é que devem ser respeitados pela Administração; as relações entre as partes ficam desfeitas com a anulação, retroagindo esta à data da prática do ato ilegal e, conseqüentemente, invalidando os seus efeitos desde então (ex tunc)”¹⁹.

Em que pese a aparente simplicidade do tema, estamos lidando com pessoas, e, apesar dos contratados nestas condições não poderem alegar o desconhecimento do imperativo constitucional do concurso público, *ex vi* do artigo 3º da Lei de Introdução ao Código Civil, por outro lado deveriam ser beneficiados pela presunção de legalidade, legitimidade e veracidade dos atos administrativos.

Aqui, surgem as três principais correntes sobre o tema:

1ª Corrente

A primeira entende que a contratação à margem do dispositivo constitucional seria nula. Isto implicaria na aplicação imediata da regra prevista no parágrafo segundo do artigo 37 da Lei Fundamental. Ao então empregado público caberia a remuneração do puro e simples labor, sem os demais reflexos. Nestas circunstâncias, assegura-se a estabilidade das relações

¹⁸ Outras exceções podem ser encontradas no artigo 25 da Lei nº 8.666/93, que trata da inexigibilidade de licitação. Como por exemplo, na contratação de serviços com profissionais de notória especialização.

¹⁹ *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*, 15ª edição, Revista dos Tribunais, 1990, p. 185.

econômicas das partes, não sendo plausível deferir à administração o enriquecimento ilícito, à sombra do trabalho gratuito do trabalhador.

CELSONO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, ao examinar o princípio do enriquecimento sem causa em Direito Administrativo, observa que:

“Enriquecimento sem causa é o incremento do patrimônio de alguém em detrimento do patrimônio de outrem, sem que, para supeditar tal evento, exista uma causa juridicamente idônea. É perfeitamente assente que sua proscrição constitui-se em um princípio geral do direito.”²⁰

O reputado mestre cita a monografia de GABRIEL BAYLE, em estudo sobre o tema no qual examina com detalhe a jurisprudência do Conselho de Estado Francês:

“que o direito à indenização do quase-contratante da administração poderia fundar-se sobre o princípio geral de direito de que ‘ninguém pode enriquecer-se à custa de outrem’, uma vez preenchidas as condições particulares de sua operatividade. Estas condições são em número de três: é preciso que haja assentimento da coletividade pública enriquecida, utilidade geral da despesa feita pela pessoa empobrecida e proveito e extraído sem causa jurídica pela administração. Quando estas três condições estejam preenchidas, deve ser possível ligar a teoria administrativa ao princípio geral de que a administração não deve enriquecer sem fundamento jurídico à custa de particulares”²¹

As ementas abaixo transcritas do Colendo Tribunal Superior do Trabalho demonstram que os efeitos da declaração de nulidade não afetam a obrigatoriedade do pagamento referente ao labor despendido:

“EMENTA – Nulo o contrato de trabalho, é devido o pagamento somente do labor prestado, não havendo que se falar no pagamento de gratificação natalina, férias e FGTS, uma vez que tais vantagens decorrem da relação de emprego, à qual não restou configuração”. (TST. RR 181.082/97.7. Relatora Ministra Regina Rezende Ezequiel, AC 1ª Turma nº 1.739/96, in Nova Jurispru-

20 In “O Princípio do Enriquecimento Sem Causa em Direito Administrativo”, artigo publicado na Revista de Direito Administrativo nº 210, Editora Renovar, 1997, p. 28.

21 Ob. Cit., p. 31.

dência em Direito do Trabalho, Valentin Carrion, 1997, 1º semestre, p. 122).

“CONTRATO DE TRABALHO – NULIDADE – EFEITOS.

Se o trabalho foi realmente prestado, ainda que em decorrência de um contrato nulo, a contraprestação salarial é devida, haja vista a impossibilidade de se reconduzir as partes ao statu quo ante. Portanto, a condenação deve ser restringida apenas aos salários que porventura não tenham sido pagos, os quais remuneram o esforço físico e intelectual despendido, não havendo que se falar em demais verbas rescisórias”. (TST, 2ª Turma, AC. nº 4.630/96, ac. unân. DJU de 14.03.97, p. 7.254, RR 124.906/94.5-PI. Rel. Min. Moacyr Roberto Tesch Aursvald, in ADCOAS 8155238, Práticas Previdenciárias & Trabalhistas – Jurisprudência nº 25, semana de 11 a 15.08 – 1997, ano VII)

E quanto à tese da nulidade contratual, esta é assente nos Tribunais Regionais do Trabalho:

“EMENTA – A admissão de empregado pela Administração Pública, após o advento da Constituição Federal de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, implica na nulidade absoluta do contrato de trabalho, não gerando qualquer consequência jurídica de natureza trabalhista, ao teor do § 2º, do artigo 37, da Constituição Federal” (TRT) 3ª Reg. RO 10.791/91, Rel. Juiz Antônio Fernando Guimarães, DJMG de 10.09.92, p. 74, in Revista Ltr. 57-07/839).

“EMENTA – SERVIÇO PÚBLICO – RELAÇÃO DE EMPREGO.

Por imposição constitucional a única forma de ingresso no serviço público é através de concurso público de provas ou de prova e título, ressalvadas as hipóteses previstas no inciso II, do artigo 37, da Constituição Federal. A não observância de tais pressupostos poderá implicar na nulidade do ato, mas jamais no reconhecimento da relação de emprego” (TRT 10ª Região, 1ª Turma, RO 2.251/90, Rel. Juiz Leonidas José da Silva, DJU em 10.11.93, Seção II, p. 47931)

O Excelso Supremo Tribunal Federal, em julgamento histórico direcionado por voto da lavra do Ministro Paulo Brossard, pronunciou-se sobre o tema:

“Acessibilidade aos cargos públicos a todos os brasileiros nos termos da lei e mediante concurso público, é princípio constitucional explícito, desde 1934, art. 168.

Embora cronicamente sofismado, mercê de expedientes destinados a iludir a regra, não só foi reafirmado pela Constituição, como ampliado para alcançar os empregos públicos, art. 37, I e II.

Pela vigente ordem constitucional, em regra, o acesso aos empregos públicos opera-se mediante concurso público, mas há de ser público.

As autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista estão sujeitas à regra, que envolve a administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Sociedade de Economia Mista destinada a explorar atividade econômica está igualmente sujeita a esse princípio, que não colide com o expresso no artigo 173, § 1º. Exceções a esse princípio, se existem, estão na própria Constituição.” (STF, MS 21.322-1, DF, Ac. TP, DJU em 3.12.92, Rel. Min. Paulo Brossard, in *Revista Ltr*, nº 57, p. 1.092)

2ª Corrente

A presunção de legalidade dos atos da Administração Pública tem simpatia entre muitos julgadores ao considerarem a existência de um contrato realidade, mesmo não reconhecendo a indeterminação do contrato.

Neste caminho, seriam pagas as parcelas laborais vindicadas pelo trabalhador, a título de indenização, como corolário da aplicação do artigo 158 do Código Civil, que assim preceitua:

“Anulando o ato, restituir-se as partes ao estado, em que antes se achavam, e não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.”

De acordo com CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, se o ato vier a ser anulado, em razão da presunção de legalidade que possuem, é natural que o Poder Público responda pelos danos causados:

“Com efeito, para a prática de inúmeros atos jurídicos ou mesmo materiais, os administrados dependem da aquiescência do Poder Público, de manifestações deste, que constituem ou dão origem a relações jurídicas, ora provindas de atos unilaterais, ora de atos bilaterais, como sucede com os contratos administrativos. Por força disto, ficam inelutavelmente expostos aos danos que resultarão se, ulteriormente, o ato administrativo que lhes serviu de suporte – e no qual podiam estar tranqüilamente arrimados, ante a presunção de legitimidade dos atos administrativos – vier a ser anulado. É natural, então, que o Poder Público responda por tais danos.

5. Deveras, quando a Administração anula um ato unilateral ou bilateral que praticou, está precisamente a efetuar pronúncia auto-incriminadora. Ou seja: a confessar às expressas que afrontou a ordem jurídica, que a transgrediu; que violou o Direito e que quer disto se penitenciar mediante fulminação da ilegalidade em que incorreu.

.....
os atos nulos produzem ou podem produzir efeitos. Deveras, se não os produzissem ou não pudessem ‘de fato’, produzi-los, ninguém se ocuparia de anulá-los.”²²

A indenização, ao meu ver, também poderia ter como esteio o artigo 37, parágrafo sexto, da Constituição da República, em razão da responsabilização dos atos do Poder Público.

Devemos sempre analisar, entretanto, se o administrado agiu de boa-fé,²³ caso contrário a hipótese estaria subsumida à excludente da culpa exclusiva da vítima e a responsabilidade objetiva seria ilidida.

22 In “Anulação do ato administrativo e dever de invalidar”, parecer publicado na *Revista de Direito Administrativo* nº 202, Editora Renovar, 1995, p. 7.

23 Celso Antônio Bandeira de Mello discorre sobre o tema no artigo “O princípio do enriquecimento sem causa em Direito Administrativo” publicado na *Revista de Direito Administrativo* nº 210, Editora Renovar, 1997, nos seguintes termos: “O que é, pois, agir de boa-fé? É agir sem malícia, sem intenção de fraudar outrem. É atuar na suposição de que a conduta tomada é correta, é permitida ou devida nas circunstâncias em que ocorre. É, então, o oposto da atuação de má-fé, a qual se caracteriza como o comportamento consciente e deliberado produzido com o intento de captar uma vantagem indevida (que pode ou não ser ilícita) ou de causar a alguém um detrimento, um gravame, um prejuízo, injusto.”

3ª Corrente

Para esta terceira corrente, reconhecem-se ao trabalhador todas as fontes normativas protetoras da relação contratual.

Então, na esteira desse posicionamento, favorável ao trabalhador, conclui-se que a proclamação da relação de emprego traz como consequência necessária o reconhecimento de todos os direitos dela decorrentes, inclusive aos depósitos e acessórios fundiários, a inscrição no INSS, o cadastramento no PIS, e o recebimento da guia de seguro-desemprego, se dispensado.

Crítica

Até mesmo em razão da defesa do concurso público como um princípio que não deve ser violado, parece-me que, de maneira abstrata, o primeiro posicionamento vem a ser o mais consentâneo com a moralidade administrativa. Não acredito ser justo que a Administração Pública venha a arcar pecuniariamente, a título de indenização ou reconhecimento de vínculo, em decorrência de nulidade provocada por seus administradores. Indiretamente é a própria população que suporta o ônus do ato, perdendo em serviços o que é pago a título de indenização desta natureza.

O fato da administração contratar seus empregados sob o regime celitário em nada descaracteriza a sua condição de pública. Não prevalecendo o argumento segundo o qual, a Administração Pública, ao contratar desta forma, desce de seu pedestal estatutário e participa da relação jurídica em igualdade de condições com os demais empregadores do setor privado, negando as disposições constitucionais que afirmam a existência do emprego público.

Ora, na hipótese remota de aceitar o despojamento da potestade pública, não poderíamos ignorar os princípios constitucionais que se aplicam tanto à administração direta como à indireta, como dispõe claramente o *caput* do artigo 37 do Texto Básico.

Em atenção até mesmo ao princípio da segurança jurídica ou da certeza jurídica, que tem nascedouro na Carta Imperial de 25 de março de 1824, conforme nos lembra o mestre FRANCISCO MAURO DIAS.²⁴

24 Referência histórica colhida in "Estado de Direito – Direitos Humanos (Direitos Fundamentais) Segurança Jurídica e Reforma do Estado", parecer publicado na *Revista de Direito Administrativo* nº 211, Editora Renovar, 1998.

Para uma posição conclusiva, com certeza, o aplicador do direito não poderá se furtar da análise do caso em concreto, porém a natureza da relação regida pela Consolidação das Leis do Trabalho não é condição para o afastamento das regras constitucionais. Da mesma opinião comunga o mestre CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, *in verbis*:

“Sobre a natureza da relação entre Poder Público e seus empregados, já tendo sido esclarecido que é contratual e basicamente regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, nada é necessário dizer, bastando referir, como se fará mais além, as disposições constitucionais que, por dizerem respeito a quaisquer servidores públicos, introduzem particularidades no regime trabalhista aplicável aos empregados do Poder Público.”²⁵

Nesse aparente conflito entre o direito administrativo e o direito do trabalho, a própria CLT, em seu artigo 8º, aponta-nos o caminho, quando diz:

*“As autoridades administrativas e a justiça do trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, **mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça contra o interesse público.**” (negritei).*

O interesse público que deve prevalecer é o constante no dispositivo constitucional, uma vez que os preceitos constitucionais são considerados como sendo de ordem pública, de acordo com disposição expressa do artigo 4º do Código de Bustamante, resultante de convenção internacional ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929.²⁶

“Art. 4º – Os preceitos constitucionais são de ordem pública internacional.”

25 *In Curso de Direito Administrativo*, 8ª edição, 1996, Malheiros, p. 141.

26 Referência legal dada pelo Professor Luís Roberto Barroso in *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, Editora Saraiva, 1996, p. 47.

Não se defende a admoestação ao trabalhador. Na realidade, quem deve ser punido é o mau administrador, tal como já é previsto no Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967 (DOU 27.02.67), *in verbis*:

“Art. 1º – São crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

XIII – Nomear, admitir ou designar servidor, contra expressa disposição de lei.

§ 1º – Os crimes definidos neste artigo são de ordem pública, punidos os dos itens I e II, com a pena de reclusão, de 2 (dois) anos a 12 (doze) anos, e os demais, com a pena de detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

§ 2º – A condenação definitiva em qualquer dos crimes definidos neste artigo acarreta a perda do cargo e a inabilitação, pelo prazo de 5 (cinco) anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular.”

V – DO DESVIO DO PODER

Sem embargo da declaração de nulidade do ato de contratação sem concurso público, muitas vezes os empregados públicos contratados a prazo determinado correspondem a mão-de-obra constante e permanente, o que impulsiona a prorrogação dos contratos, caracterizando-se uma forma de abuso de poder, em uma de suas espécies: o desvio de poder.

Nem sempre, entretanto, é fácil caracterizar o desvio de poder ou de finalidade, como chamam alguns autores. O ato é consumado às escondidas, ou é encoberto por uma falsa vestimenta de legalidade, ou, ainda, justificado pela alegação de que foi praticado no interesse público, notoriamente estranho à intenção legal.

Interessante é a dissertação trazida pelo mestre J. CRETILLA JÚNIOR²⁷, com apoio na jurisprudência do Conselho de Estado Francês, sobre a possibilidade de apontar sintomas que permitam o reconhecimento do

²⁷ In “Sintomas Denunciadores do Desvio de Poder”, *Boletim de Direito Administrativo*, BDA, 1993.

“desvio” para a conseguinte anulação do vício, suscitando seu exame perante a própria Administração e perante o Judiciário.

O autor elenca os seguintes sintomas:

- 1 – contradição do ato ou atos posteriores;
- 2 – contradição do ato ou medidas anteriores;
- 3 – motivação excessiva, contraditória ou insuficiente;
- 4 – alteração dos fatos;
- 5 – ilogicidade ou injustiça manifesta;
- 6 – disparidade de tratamento;
- 7 – derrogação de norma interna;
- 8 – precipitação na edição do ato;
- 9 – caráter sistemático de certas proibições;
- 10 – circunstâncias locais anteriores à edição do ato;
- 11 – convergência de feixe de sintomas;
- 12 – caráter geral dado a medida que deveria ter permanecido particular.

Destarte, as descrições dos “sintomas” já traduzem suas definições. Assim sendo, caso não devidamente configurada, e verídica, a excepcionalidade e temporariedade na contratação por prazo determinado, o administrador público incorrerá em abuso de poder.

O administrador público, por vezes acobertado pelo manto da discricionariedade, comete abusos, aparentemente legais, ante a dificuldade de se apurar o vício que o macula.

Sobre o tema, elucidador é o entendimento esposado pelo Procurador de Justiça RONALDO POLETTI²⁸, ao definir que:

“nenhum ato da administração é discricionário, porque invariavelmente está sujeito a alguma norma.”

Acrescento: o ato da administração está sempre sujeito a uma norma, subordinada hierarquicamente a outra superior, que é a ordem constitucional vigente. A autoridade administrativa, portanto, deve observá-la no exercício do poder discricionário que lhe é conferido.

Daí a afirmativa de HELY LOPES MEIRELLES de que

²⁸ In “Espécies de Desvio de Poder”, *Revista de Informação Legislativa*, A-29, JAN/MARÇO, 1992.

“a atividade discricionária permanece sempre sujeita a um duplo condicionamento: externo e interno. Externamente, pelo ordenamento jurídico a que fica subordinada toda atividade administrativa. Internamente, pelas exigências do bem comum e da moralidade da instituição administrativa.

O bem comum, também chamado interesse social ou interesse coletivo, impõe que toda atividade administrativa lhe seja endereçada. Fixa assim, o rumo que o ato administrativo deve procurar. Se o administrador se desviar desse roteiro, praticando ato que, embora discricionário, busque outro objetivo, incidirá em ilegalidade, por desvio de poder.”²⁹

Já na época em que a Constituição da República caminhava em seus primeiros passos, o mestre NAGIB SLABI FILHO, parecendo “adivinhar” os possíveis desvios que poderiam acontecer na interpretação do inciso IX do artigo 37 da Constituição Federal, discorreu com maestria:

“No entanto, a Constituição, claramente visando a repressão ao nepotismo e clientelismo à custa do Erário, exige:

1 – previsão da legislação

2 – contratação pelo regime celetista ou pelo regime jurídico a ser criado, nos termos do art. 39, caput,

3 – tempo determinado, isto é, fixação de termo final ou de condição suspensiva, expresso no contrato;

4 – atendimento a necessidade temporária – isto é, atividade que por sua característica não possa ser permanente e habitual. Por exemplo, a existência de greve, ou calamidade pública ou até mesmo serviço específico que não possa ser realizado pelos meios normais da administração ou por contratação de obras e serviços;

5 – excepcional interesse público – não basta o interesse público comum, como, por exemplo, a continuidade normal dos serviços. A Constituição, ao se refletir a ‘excepcional’, não o faz desneces-

²⁹ In “Os poderes do administrador público”, parecer publicado na *Revista de Direito Administrativo*, Seleção Histórica, 1995, p. 330.

sariamente, mas institui elementos normativos que devem ser apreciados a cada caso concreto;

6 – registro da contratação pelo Tribunal de Contas (art. 71, III);

7 – se a lei dispensou o concurso público, em face de condições excepcionais, não poderá, no entanto, dispensar o princípio da publicidade inscrito no art. 37, caput, devendo a contratação ser precedida, mesmo que sem concurso, por editais, ainda que por prazo exíguo, garantindo, assim, o direito democrático de todos em serem contratados;

8 – cessado o tempo determinado, automaticamente perde o contrato a sua eficácia, não se prorrogando em hipótese alguma. A regra celetista que garante a prorrogação do contrato ou de sua transformação em contrato por prazo indeterminado não tem o condão de se sobrepor ao texto constitucional expresso.”³⁰

VI – A REFORMA ADMINISTRATIVA E O PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO

Na verdade, apesar da intensificação do debate acerca da Reforma Administrativa nestes últimos anos, o Decreto-lei nº 200/67 já preconizava uma administração pública gerencial.

O tema retornou à baila com a PEC nº 173-A, que veio a se transformar na EC nº 19/98, quando o então Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado, LUÍS CARLOS BRESSER PEREIRA, em matéria jornalística, assim se pronunciava:

“O avanço representado pela segunda reforma foi, porém, perdido quando os constituintes de 1988 optaram por retrocesso burocrático que ignorou todas as tendências recentes da Administração Pública. O resultado foi o surgimento de privilégios inaceitáveis e um enorme aumento do custo do aparelho governamental, sem que em nada melhorassem os serviços do Estado.

A partir de 1995, entretanto, o país voltou à fronteira mundial das reformas administrativas, quando o novo presidente aprovou e decidiu implementar o Plano Diretor da Reforma do aparelho do

³⁰ In *Anotações à Constituição de 1988. Aspectos Fundamentais*, Editora Forense, 2ª edição, 1989, pp. 369 e 370.

Estado, que visa estabelecer uma 'administração pública gerencial' de caráter social-democrático.

Gerencial porque busca inspiração na administração das empresas privadas, cujo desenvolvimento teórico e prático foi imenso neste século.”³¹

A reforma prevista pela PEC nº 173-A tentou ser uma Reforma do Estado, mas, após passados mais de dois anos da promulgação da Emenda Constitucional nº 19/98, observa-se que nem mesmo como uma eficaz Reforma Administrativa obteve pleno êxito.

Já no início do ano de 1998, o eminente Professor FRANCISCO MAURO DIAS concluía em lapidar artigo sobre alguns aspectos da reforma que:

*“É do Princípio Fundamental do Estado de Direito que se extraem os Direitos e Garantias constitucionalmente declarados e, assim, positivados, como decorrentes do seu desenvolvimento: a segurança, ou a certeza jurídica e a proteção à confiança. Se a reforma do Estado se viabilizar mediante emenda que desconsidere a vedação da retroatividade retroativa onerosa insculpida no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição, nascerá, destarte sob o signo de uma **fraus constitutioni**”.*³²

Aproveitando a conclusão do ilustre mestre, e adaptando-a no que tange ao princípio do concurso público, entendo que estaria vedado ao poder constituinte derivado alterar a sua diretriz e aplicabilidade como regra geral, invocando não só a sua supremacia como princípio, como também a sua forma de direito individual garantido, pelo Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana³³.

No que se refere às alterações promovidas no inciso II do artigo 37 do texto constitucional, como já defendido anteriormente, não vislumbro que a regra da aplicação do concurso público tenha sido alterada. Ao revés, de

31 Matéria publicada no jornal *Folha de São Paulo*, em 20.10.97

32 In “Estado de Direito, Direitos Humanos (Direitos Fundamentais), Segurança Jurídica e Reforma do Estado”, parecer publicado na *Revista de Direito Administrativo* nº 211, 1998, p. 150.

33 Art. 1º, inciso III, da Carta Magna de 1988. O Professor Gustavo Tepedino dispõe que “A dignidade da pessoa humana, a cidadania e a igualdade substancial tornam-se fundamentos da República, ao mesmo tempo em que os valores inerentes à pessoa humana e um expressivo conjunto de direitos sociais são elevados ao vértice do ordenamento.” In *Temas de Direito Civil*, Editora Renovar, 1999.

certa forma foi elucidada, pois, de acordo com a autonomia de cada ente federativo, será criada lei, que disciplinará acerca das provas, de conformidade com a natureza e complexidade do cargo ou emprego.

Até o momento final da pesquisa para a entrega do presente trabalho, a única lei federal que encontrei sobre o assunto foi a Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000, que disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, que repetiu o texto constitucional, sem excluir a exigência do concurso público, *in verbis*:

“Art. 2º – A contratação de pessoal para emprego público deverá ser precedida de concurso público de provas ou de provas e títulos, conforme a natureza e a complexidade do emprego.”

Desta feita, ao meu singelo sentir, a interpretação mais razoável que se pode extrair do inciso II do artigo 37 é a de que o princípio do concurso público foi preservado.

Não obstante, devo informar que a defesa é da aplicação do princípio como regra geral, o que não implica em desconsiderar como válidos outros meios de prestação de serviço público, tais como a terceirização e a participação de entidades sociais. O que se pretende, no momento, é a consolidação do princípio como regra geral a ser aplicada, para que as exceções não lhe tomem o espaço no mundo dos fatos.

Ora, um Estado que se submete às próprias leis (Estado de Direito) e à Democracia (legitimidade) não suportaria a transgressão da acessibilidade com igualdade de condições para todos os brasileiros, como instrumento de moralização e eficiência da administração pública.

Para CÂRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA³⁴, o princípio constitucional da acessibilidade consiste “no direito que tem o administrado de ingressar no serviço público, na Administração como agente e, por essa forma, de participar da gestão da coisa pública pelo provimento de cargos, funções e empregos”.

A democracia nos dias de hoje não é mais meramente representativa, nos termos do artigo 1º, parágrafo único, da Constituição da República de 1988, e sim participativa. Com a participação administrativa não basta eleger “quem” irá nos administrar, possuindo o cidadão meios de dizer “como” quer ser administrado.

Conforme nos ensina CÂRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA³⁵:

34 Ob. cit., pp. 143/144.

35 Ob. cit., p. 144.

"É um direito do cidadão participar do Poder Público, inclusive compondo os seus quadros na qualidade jurídica de servidor.

.....

A acessibilidade dos cidadãos aos cargos públicos implica a abertura dos caminhos sociais que conduzem ao Estado, numa mão dupla pela qual trafega o poder democrático. Daí ser o princípio da acessibilidade uma manifestação do princípio da democracia, porque o seu acolhimento no sistema demonstra aquela opção, tornando-a eficaz quanto às competências públicas."

Ressalto que a fiscalização de qualquer cumprimento do princípio do concurso público não deve ficar somente a cargo do Estado, e de qualquer de seus Poderes, cabendo ao cidadão a participação efetiva nesta tarefa.

No Brasil de hoje é extremamente difícil enquadrar a atual posição estrutural legislativa e política em teorias acerca do tipo de sistema que rege as relações interdisciplinares, se são afetadas ao Estado Social, resgatando o *Welfare State* ou Estado Social, ou se retornamos ao Estado Liberal, ditado pela proteção das liberdades individuais, com a mínima intervenção governamental.

A Constituição da República de 1988 é lida por doutrinadores³⁶ como pedra angular para ambos os sistemas, comportando, por vezes, antinomias que devem ser resolvidas dentro da unidade constitucional ligada a

36 O professor Paulo Bonavides faz alusão em seu livro *Curso de Direito Constitucional*, 9ª edição, 2000, Malheiros Editores, pp. 491, 500 a 502 a que "... é o Estado Social de direito, o mesmo da Carta de Bonn, na versão brasileira, aquele de que a seguir nos ocuparemos ao expor os instrumentos por ele proporcionados para fazer eficaz, na Constituição de 1988, a garantia e tutela dos direitos fundamentais." P. 500. Em outra passagem, afirma que "o Estado liberal hoje em grande parte decadente ou extinto". P. 491. Opinião diversa é a do professor Dlogo de Figueiredo Moreira Neto, que em seu livro *Mutações do Direito Administrativo*, 1ª edição, Editora Renovar, 2000, reafirma entendimento já enfrentado em seu *Manual de Direito Administrativo* de que o fracasso do *Welfare State* propugna por uma "busca de uma Constituição administrativa valiosa, liberal e democrática..." p. 16. Já para o professor Luis Roberto Barroso, em trabalho publicado na *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, nº 52, pp 36 a 65, "A doutrina constitucional caracteriza a Carta de 1988 como sendo compromissória, analítica e dirigente. Compromissória por ser um texto dialético, sem predomínio absoluto de uma única tendência política". P. 42. O trabalho pretende enfrentar essas permanentes tensões existentes no texto constitucional, na tentativa de viabilizar o seu objetivo de auxílio no exercício da cidadania pela participação administrativa.

princípios, haja vista que não aceitamos o conflito real de normas constitucionais.

De qualquer forma, muito mais importante que estereotipar a doutrina política ditada, ou elucubrar qual seria a corrente dogmática, doutrinária ou filosófica adotada pela Carta Política, é o resgate da cidadania através do controle do cumprimento dos princípios constitucionais pelos administrados, em busca da verdadeira forma de realizar a administração.

VII – CONCLUSÃO

Não é difícil concluir que a mudança de meros administrados para cidadãos envolve uma grande conscientização dos instrumentos de participação, nem sempre disponibilizados à massa da população. Mas também não podemos negar o grande avanço na utilização das formas participativas que, por vezes, alteram a realidade posta pelo controle governamental como necessária, que na verdade não passam de abusos de poder, inquinados pela idéia de impunidade e de poder sem limite.

A acessibilidade aos cargos e empregos públicos visa a garantir que todos os brasileiros possam participar das atividades do Poder Público, em respeito ao princípio da igualdade, o que garante a este o *status* de direito fundamental de primeira geração, que deve ser assegurado pelo Estado.

Ora, se hoje existe um quadro de servidores sem qualificação técnica e que ingressaram na Administração por meios inconfessáveis, é justamente porque o clientelismo, o nepotismo e a falta de critérios na forma de arregimentação dos servidores eram a regra antes da Carta Política de 1988. O caminho é pela realização de concursos específicos rigorosos, que moralizam o acesso ao cargo público.

Seria um retrocesso, isto sim, permitir ao administrador contratar e demitir empregados, a seu bel-prazer, sem quaisquer critérios, como se se tratasse de uma empresa privada, ainda mais agora que a reeleição é a regra e o clientelismo poderá ser a moeda eleitoral.

Portanto, em que pesem as disposições do artigo 3º da Lei de Introdução ao Código Civil de que "*Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece*", não seria por demais lançar cartilhas contendo regras básicas de conduta para nossos administradores, entre as quais a advertência: PROCURE SEMPRE A ASSESSORIA JURÍDICA DE SEU ÓRGÃO ANTES DE CONTRATAR ALGUÉM, SEM CONCURSO PÚBLICO.

Bem, este alerta serve também para outros atos inquinados de nulidade tão graves quanto a contratação, que porventura possam ocorrer nos mandos de quem detém o Poder Público e se esquece de que, na realidade, exerce uma **função pública para o POVO que o elegeu**.

Niterói, novembro de 2000.