

A contratação de aprendizes pelos entes públicos

Uma aplicação dos princípios constitucionais de legalidade e moralidade

Bernardo Leôncio Moura Coelho

Sumário

1. Introdução. 2. A aprendizagem profissional. 3. A admissão de aprendizes pelos entes públicos. 4. A proteção destinada às crianças e aos adolescentes. 5. A interpretação constitucional. 6. A decorrente improbidade administrativa. 7. Conclusões.

“A garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública; esta força é, pois, instituída para fruição por todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada” (artigo 12 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – 1789).

1. Introdução

Este estudo, ancorado nos princípios constitucionais da moralidade e da legalidade, na normatização da aprendizagem profissional e interpretando a doutrina da proteção integral, pretende abordar a questão da obrigatoriedade ou não de os entes públicos contratarem adolescentes vinculados a um programa de aprendizagem para cumprimento da cota estabelecida no artigo 429 da Consolidação das Leis do Trabalho.

O enfrentamento de tal questão, que se revela bastante delicada, decorre de nossa atuação profissional como Procurador do Trabalho e Coordenador do Núcleo de Combate ao Trabalho Infantil e Regularização do Trabalho do Adolescente da Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região. Não

Bernardo Leôncio Moura Coelho é Procurador do Trabalho – MPT/PRT 15ª Região, Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público, Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da UFMG, Docente da Escola Superior do Ministério Público da União.

encontramos trabalhos doutrinários que analisem essa questão, nem mesmo decisões judiciais em que o tema tenha sido abordado, o que reforçou o nosso interesse pela questão.

O tema da proteção à criança, durante sua trajetória histórica, apresentou mudanças que determinaram novos rumos em sua orientação e interpretação. Até o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, as crianças e os adolescentes eram considerados objetos de direito, passivos e sem consideração perante o Direito, que os orientava de acordo com os interesses e estipulações apenas dos adultos. O próprio Código de Menores, de 1979, consentâneo com essa orientação, adotava a doutrina da situação irregular, na qual as crianças e adolescentes são considerados sujeitos de direitos “quando se encontrem em estado de patologia social” (art. 2º do Código de Menores de 1979).

A partir da Constituição Federal de 1988 e do ECA, quando houve a adoção da doutrina da proteção integral, as crianças e adolescentes alcançaram o *status* pleno de sujeitos de direitos, em qualquer situação na qual se encontrem, devendo sempre ser considerado o papel por eles desempenhado, sua condição de pessoas em desenvolvimento e os direitos que lhes foram assegurados constitucionalmente.

O comando legal que determina o cumprimento de cota de contratação de aprendizes, contido no artigo 429 da Consolidação das Leis do Trabalho, assim se enuncia:

“Art. 429. Os estabelecimentos de qualquer natureza são obrigados a empregar e matricular nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem número de aprendizes equivalente a cinco por cento, no mínimo, e quinze por cento, no máximo, dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional.”

Iniciaremos nossa abordagem com uma análise histórica da evolução da aprendi-

zagem profissional, enfocando, brevemente, aspectos mais relevantes da nova legislação, que foi remodelada com a edição da Lei nº 10.097/2000.

A partir desse conhecimento prévio, chegaremos ao cerne da questão que se coloca: os entes públicos podem contratar aprendizes?

Nossa análise se foca na obrigação de contratação de aprendizes, decorrente de norma emanada do Direito do Trabalho, com interfaces no Direito Comercial, com a definição de estabelecimento e empresa dentro do novo Código Civil, e com o Direito Administrativo, dentro da organização legal dos servidores públicos, sempre capitaneados pelos princípios constitucionais que devem sempre reger essa interpretação.

Nossa principal proposição será elaborar as diretrizes norteadoras da atuação dos entes públicos quanto à aprendizagem, utilizando-se dos conceitos acima para classificar os entes públicos de acordo com a sua destinação legal e constitucional, sendo esse o objetivo do tópico que se segue.

Ao largo desta análise, pinçamos algumas noções acerca da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) em face da conduta de contratação adotada pelo dirigente público.

Ao final de nosso estudo, buscaremos demonstrar a impossibilidade de os entes públicos, vinculados à administração direta, cumprirem a cota de contratação de aprendizes, conforme determinação constante do artigo 429 da Consolidação das Leis do Trabalho.

2. A aprendizagem profissional

A aprendizagem profissional foi iniciada no Brasil com a criação dos primeiros integrantes do Sistema Nacional de Aprendizagem, mais conhecido como Sistema “S”.

Com efeito, o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI) foi criado por meio do Decreto-lei nº 4.048, de 22.1.1942, competindo a ele organizar e administrar,

em todo o país, escolas de aprendizagem para industriários (artigo 2º) e também, após sua organização como escolas de aprendizagem, ministrar ensino de aperfeiçoamento e especialização para trabalhadores industriários não sujeitos à aprendizagem (artigo 2º, parágrafo único).

Seguiu-se o Decreto-lei nº 4.481, de 16.7.1942, estipulando uma quota de aprendizes correspondente a 5% (cinco por cento), no mínimo, dos operários existentes em cada estabelecimento e cujos ofícios demandassem formação profissional (artigo 1º, letra “a”).

Mediante o Decreto-lei nº 8.621, de 10.1.1946, foi criado o Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC), com objetivo de organizar e administrar, no território nacional, as escolas de aprendizagem comercial (artigo 1º), determinando, ainda, a manutenção de cursos de continuação ou práticos e de especialização para os empregados adultos do comércio não sujeitos à aprendizagem (artigo 1º, parágrafo único).

Pelo Decreto-lei nº 8.622, também de 10.1.1946, determinou-se quota de admissão de aprendizes para os estabelecimentos comerciais com mais de 9 (nove) empregados, com limite máximo de 10% (dez por cento) do total de empregados de todas as categorias em serviço no estabelecimento (artigo 1º).

Posteriormente, foram criados o Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (SENAR) (Lei nº 8.315, de 23.12.1991), com o objetivo de organizar, administrar e executar o ensino da formação profissional rural (artigo 1º); o Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte (SENAT) (Lei nº 8.706, de 14.9.1993), como entidade de direito privado, tendo como objetivo gerenciar, desenvolver, executar e apoiar programas de aprendizagem (artigo 3º); e o Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo (SESCOOP) (por meio da Medida Provisória nº 1.715, de 3.9.1998), com a finalidade de incrementar a aprendizagem nos diversos setores da atividade econômica.

Inicialmente o SENAR havia sido criado pelo Decreto nº 77.354, de 31.3.76, no âmbito do Ministério do Trabalho, e tinha por objetivo organizar e administrar os programas de formação profissional rural, mas esse decreto foi revogado, sendo criado novamente com novas disposições.

Importante ressaltar que, apesar da denominação dada aos serviços nacionais, outras atividades econômicas encontravam-se abrangidas pela sua atuação, como, por exemplo, os setores de transportes, de comunicações e de pesca, que foram incluídos em sua obrigação de fornecer aprendizagem por meio do SENAI nos termos do Decreto-lei nº 4.936, de 7.11.1942.

Mediante a Portaria nº 127, de 18.12.1956, foi criada a Aprendizagem Metódica no Próprio Emprego (AMPE), consistente na “formação profissional metódica do ofício no emprego onde trabalha o menor aprendiz, correspondendo a um processo educacional, com o desdobramento do ofício, ou da ocupação, em operações ordenadas de conformidade com um programa, cuja execução se faça sob a direção de um responsável, em ambiente adequado à aprendizagem” (artigo 1º), mas sob a orientação do SENAI e SENAC, que ficaram encarregados de elaborar os programas de acordo com as empresas (artigo 2º, parágrafo único).

Como a aprendizagem poderia ser ministrada apenas pelo Sistema “S”, ocorria de não haver vagas ou cursos para atender toda a demanda existente. Nestas hipóteses, não existência de cursos ou falta de vagas, a empresa recebia um certificado dispensando-a do cumprimento da admissão de aprendizes em seu quadro de funcionários.

Tínhamos então o seguinte quadro: a aprendizagem era fornecida exclusivamente pelo Sistema Nacional de Aprendizagem (SNA) e, não havendo vagas ou cursos, a empresa ficava dispensada do cumprimento da quota para aprendizes, caso não optasse pela aplicação da aprendizagem metódica no próprio emprego.

Essa situação perdurou até a edição da Lei nº 10.097, sancionada em 19.12.2000, que teve o condão de trazer, para o âmbito da Consolidação das Leis do Trabalho, o disciplinamento da aprendizagem, que era feito apenas por decretos e portarias esparsos.

Verifica-se que a legislação, ao mesmo tempo em que disciplinou o trabalho permitido para os adolescentes, vinculou o trabalho à educação, que deve ser destinada prioritariamente às crianças e adolescentes.

Pela Lei nº 10.097, foram introduzidas modificações quanto ao instituto da aprendizagem, podendo-se apontar algumas delas:

1) uniformização das quotas de aprendizagem: agora temos aplicação uniforme de cota variável de 5%, no mínimo, e 15%, no máximo, dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem aprendizagem;

2) garantia do salário mínimo hora: revogando expressamente o artigo 80 da Consolidação das Leis do Trabalho, que previa o pagamento de meio salário mínimo durante a primeira metade do contrato e 2/3, pelo menos, no restante;

3) abertura na oferta de aprendizagem: a nova legislação manteve a primazia do Sistema Nacional de Aprendizagem para o fornecimento de aprendizagem, nos termos e condições estabelecidos. A mudança veio com a possibilidade de as Escolas Técnicas de Educação – ETE e de as entidades sem fins lucrativos oferecerem cursos de aprendizagem;

4) contratação: poderá ser efetivada pela empresa em que se realiza a aprendizagem ou pelas entidades sem fins lucrativos;

5) FGTS: redução da alíquota de 8% (oito por cento) para 2% (dois por cento).

Temos hoje, portanto, o seguinte quadro da legislação, quanto à questão do trabalho de crianças e adolescentes:

– Até a idade de dezesseis anos, é proibido o trabalho de qualquer espécie, permitindo-se, nas claras hipóteses descritas na

Lei nº 10.097, a contratação do adolescente, desde os quatorze anos, para assinatura de contrato de aprendizagem.

– A partir dos dezesseis anos, permite-se o trabalho do adolescente, com a ressalva de que o mesmo não pode ser desenvolvido em ambientes perigosos, insalubres ou penosos; permite-se a compensação de jornada, sendo o trabalho extraordinário tolerado apenas quando seja imprescindível ao funcionamento da empresa, entre outras regulamentações.

– Completados os dezoito anos, tem-se a plena capacidade para o trabalho, podendo ser contratado para o exercício em qualquer função ou horário, com o fim das restrições legais.

3. A admissão de aprendizes pelos entes públicos

Essa questão revela-se de ampla aplicação na prática, posto que a maioria das entidades que tem por objetivo a proteção aos adolescentes, às vezes meramente intermediando mão-de-obra, coloca os adolescentes em entes públicos sob o rótulo de contrato de aprendizagem.

O instituto da aprendizagem profissional passou por uma ampla reformulação em nosso país com a edição da Lei nº 10.097/2000, que alterou os artigos da Consolidação das Leis do Trabalho que orientavam a contratação dos aprendizes.

Para iniciarmos nosso trabalho, necessário trazermos a determinação legal que estipula o sistema de cotas nas empresas e que se encontra estampado no novo artigo 429:

“Artigo 429. Os estabelecimentos de qualquer natureza são obrigados a empregar e matricular nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem número de aprendizes equivalente a cinco por cento, no mínimo, e quinze por cento, no máximo, dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional.

a) revogada;

b) revogada;

§ 1º – A O limite fixado neste artigo não se aplica quando o empregador for entidade sem fins lucrativos, que tenha por objetivo a educação profissional.

§ 1º As frações de unidade, no cálculo da percentagem de que trata o *caput*, darão lugar à admissão de um aprendiz.”

Ocorre que aos entes públicos, especialmente aqueles integrantes da Administração Pública direta, não foi imputada carga de contratação de aprendizes, posto que existe norma constitucional, prevista no artigo 37, que lhes impõe, entre outros regramentos, o ingresso apenas por concurso público.

“Artigo 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

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 em lei de livre nomeação e exoneração”.

Determinando a Constituição Federal, em seu artigo 37, que o ingresso no serviço público deverá ser precedido de concurso público, constitui a colocação desses adolescentes burla aos princípios constitucionais, pois “os entes públicos não detêm legitimidade para promover dentro de seus

quadros a aprendizagem, posto que a finalidade da aprendizagem consiste em promover a inserção do adolescente no mercado de trabalho e qualificar mão-de-obra” (SANTOS, 2003, p. 20).

Importante ressaltar que, quanto à inserção do adolescente no mercado de trabalho, há um desdobramento para constituir-se o fim teleológico da aprendizagem: a possibilidade de contratação definitiva do adolescente pelo estabelecimento onde ocorre a aprendizagem. Esse fim da aprendizagem não será alcançado, posto que existe a barreira intransponível do concurso público para ingresso nos entes públicos.

Como bem salienta Santos (2003, p. 22):

“Esse é um dos motivos pelos quais a obrigação de contratar está relacionada com o número de empregados do estabelecimento cujas funções demandem aprendizagem.

O aproveitamento do adolescente no próprio estabelecimento em que ocorre a aprendizagem constitui uma finalidade da lei. Não se trata de uma finalidade que deva necessariamente ser alcançada, pois o empregador não está obrigado a contratar o adolescente ao final da aprendizagem. Trata-se de uma expectativa, uma conseqüência desejada, que inspirou o legislador – e é nesse sentido que constitui uma finalidade”.

A dicção do artigo 429, da Consolidação das Leis do Trabalho, é bem clara ao determinar que “os estabelecimentos de qualquer natureza são obrigados a empregar e matricular nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem número de aprendizes equivalente a cinco por cento, no mínimo, e quinze por cento, no máximo, dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional” (grifos acrescidos ao original).

O ente público, ou qualquer de seus órgãos, não se confunde com o estabelecimento, que é definido pelo Novo Código Civil

Brasileiro, que adotou novo conceito empresarial, em seu artigo 1.142, *verbis*:

“Artigo 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.”

Como bem salientado na Mensagem nº 160, de 10.6.1975, quando foi encaminhado ao Congresso Nacional o projeto do novo Código Civil Brasileiro, este tinha como uma de suas diretrizes fundamentais “a compreensão do Código Civil como *lei básica, mas não global, do Direito Privado*” (grifos acrescentados ao original).

Essa definição é coerente com o pensamento de famosos comercialistas, que estamparam as seguintes definições:

“Estabelecimento comercial é o complexo de meios materiais e imateriais, pelos quais o comerciante explora determinada espécie de comércio.” (MENDONÇA, 1934).

“Estabelecimento comercial é o complexo de bens, materiais e imateriais, que constituem o instrumento utilizado pelo comerciante para exploração de determinada atividade mercantil.” (BARRETO FILHO, 1988).

Insista-se, também, que ao conceito de estabelecimento mercantil corresponde o de *azienda* dos italianos, caracterizada pelo complexo orgânico dos meios materiais de produção – capitais, atividades em instrumento de trabalho – e dos meios imateriais – crédito, aviamento, reputação – com particular destinação à produção e à circulação de riqueza.

A partir dessas definições, ficam claros os elementos de um estabelecimento, conforme mencionado acima, que serão:

- complexo ou conjunto de bens;
- integrado por bens materiais (corpóreos) e imateriais (incorpóreos);
- reunidos, criados e organizados *por iniciativa e risco do empresário*;
- necessários ao *exercício da atividade empresarial*;

– com a finalidade de *gerar lucros para a remuneração do capital investido*.

Atualmente o conceito de estabelecimento comercial é mais amplo: é a empresa que produz bens e serviços para o mercado. Assim, o clássico conceito de mercancia, centrado nos critérios subjetivos (figura do comerciante) e objetivos (prática de atos de comércio), deu lugar à doutrina, finalmente consagrada no artigo 966 do Novo Código Civil, que classifica a sociedade como empresária pelo modo de exploração de seu objeto social.

Lembra Coelho (2003, p. 111, grifo nosso) que:

“Por critério de identificação da sociedade empresária, elegeu, pois, o direito o modo de exploração do objeto social. (...) *Assentadas essas premissas, a sociedade empresária pode ser conceituada como a pessoa jurídica de direito privado não-estatal que explora empresarialmente seu objeto social ou a forma de sociedade por ações*”.

Nesse contexto, Pacheco (1997, p. 499) nos fornece o conceito de estabelecimento comercial ou industrial, que é “o complexo de meios idôneos, pelos quais o comerciante explora determinada espécie de comércio; é o organismo econômico para o exercício do comércio”.

Ainda, segundo os termos da Mensagem nº 160, empresa é “a unidade econômica de produção, ou a atividade econômica unitariamente estruturada para a produção ou a circulação de bens ou serviços”.

Verifica-se, portanto, que a legislação que determina a obrigação de contratar aprendizes dirige-se, apenas, às empresas, não se constituindo em norma aplicável aos entes públicos. O conceito de empresa como ente que visa ao lucro não abarca, e nem pode abarcar ou dirigir, as atividades do ente público que as realiza por outorga constitucional, indelegáveis, em sua maioria, ou indeclináveis, prevalecendo-se de regras específicas de interpretação em sua atuação.

O ente público visa, contrariamente à empresa, ao atendimento do interesse público, razão pela qual deve balizar sua atuação aos rígidos contornos constitucionais, sob pena de aplicação das normas de punição aos entes públicos e seus dirigentes.

Encontra-se inscrito, entre as normas constitucionais, o princípio da legalidade, previsto no inciso II do artigo 5º e no *caput* do artigo 37, aplicável aos entes públicos.

Segundo Moraes (2002, p. 99, grifo nosso), o princípio da legalidade “aplica-se normalmente na Administração Pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois *o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei* nas demais espécies normativas, inexistindo incidência de sua vontade subjetiva, pois na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, diferentemente da esfera particular, onde será permitido a realização de tudo que a lei não proíba”.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho ressalta que, apesar do desprestígio da lei, o “princípio da legalidade subsiste e é a cúpula do sistema jurídico dos Estados de derivação liberal, como o Brasil”.

O mesmo entendimento vem sendo estampado por Mello (1993, p. 48-49), ao trazer que:

“Michel Stassinopoulos, em fórmula sintética e feliz, esclarece que, além de não poder atuar *contra legem* ou *praeter legem*, a Administração só pode agir *secundum legem*. Aliás, no mesmo sentido é a observação de Alessi, ao averbar que a função administrativa se subordina à legislativa não apenas porque a lei pode estabelecer proibições e vedações à Administração, mas também porque esta só pode fazer aquilo que a lei antecipadamente autoriza. Afonso Rodrigues Queiró afirma que a Administração ‘é a *longa manus* do legislador’ e que ‘a atividade administrativa é a atividade de subsunção dos fatos da vida real às categorias legais’”.

Verifica-se, pois, e com solar clareza, que a administração é atividade subalterna à lei; que se subjugue inteiramente a ela; que está completamente atrelada à lei; que sua função é tão-só a de fazer cumprir lei preexistente.

Como nos lembra o saudoso Meirelles (1993, p. 82-83, grifo nosso), “na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, *na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza*. A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’”.

Trilhando o mesmo posicionamento, Mello (1993, p. 52) leciona que:

“O princípio da legalidade, no Brasil, significa que *a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina*. Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Donde, administrar é prover os interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos *meios e formas* nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições. Segue-se que a atividade administrativa consiste na produção de decisões e comportamentos que, na formação escalonada do direito, agregam níveis maiores de concreção ao que já se contém abstratamente nas leis”.

Os órgãos públicos, totalmente vinculados ao princípio da legalidade, têm quadro de pessoal organizado, escalonado em cargos e funções, que são ocupadas pelos servidores públicos concursados ou aqueles contratados em comissão, nos termos preconizados pela Constituição Federal.

Com efeito, as entidades estatais são livres para organizar o seu pessoal visando ao atendimento do interesse público, razão de sua existência, mas subordinam-se a regras fundamentais para tal. Interessa-nos

aquela atinente à observação de normas constitucionais pertinentes.

Quando organiza seu funcionalismo, a Administração Municipal cria, entre outros, cargos e funções. Cargo público, na definição de Meirelles (1993, p. 359, grifo nosso) “é o lugar instituído na organização do funcionalismo, com denominação própria, *atribuições específicas* e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular”, sendo função “a atribuição ou o conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional, ou comete individualmente a determinados servidores para a execução de serviços eventuais”.

Não existe, na estrutura organizacional do ente público, cargo sem função, ou seja, a todas as pessoas são cometidas funções que fazem parte da estrutura administrativa.

A inserção desses adolescentes em funções que não demandam aprendizagem e exercendo as funções típicas de um servidor público municipal configura, claramente, burla ao princípio do concurso público e da moralidade, pois que impede a contratação de novos servidores para gerenciar a máquina administrativa. Esses adolescentes encontram-se substituindo, de forma barata, eventuais servidores públicos.

As atividades a serem desempenhadas pelos adolescentes nos entes públicos são exercidas por outros servidores públicos. Veja-se, por exemplo, quando se encarrega os adolescentes aprendizes de “entrega e coleta de correspondência, papéis, documentos e processos”; caracteriza-se essa como atividade de mensageiro (*office-boy*), não passível de aprendizagem, como bem observa Oliveira (apud CURY, 1992, p. 183):

“vulgarmente, e às vezes por conveniência, qualifica-se como aprendiz o adolescente que começa a trabalhar exercendo qualquer atividade que não comporte profissionalização, como a de *office-boy*, estafeta, mensageiro, empurrador de carrinho ou ensacador de compra em supermercado”.

Outro problema, decorrente da colocação de adolescentes em contratos de aprendizagem nos entes públicos, vem a ser o pagamento de taxas de administração para as entidades que capacitam os adolescentes para o ingresso no mercado de trabalho.

A Instrução Normativa nº 01, de 15.1.1997, publicada no DOU de 31.1.1997, que disciplina a celebração de convênios de natureza financeira que tenham por objeto a execução de projetos ou realização de eventos e dá outras providências, veda expressamente tal pagamento, *verbis*:

“Art. 8º É vedada a inclusão, tolerância ou admissão, nos convênios, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade do agente, de cláusulas ou condições que prevejam ou permitam:

I – realização de despesas a título de taxa de administração, de gerência ou similar;”

Essa previsão legislativa se aplica, como estabelecido no artigo 1º, à “execução descentralizada de Programa de Trabalho a cargo de órgãos e entidades da Administração Pública Federal, Direta e Indireta, que envolva a transferência de recursos financeiros oriundos de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social, objetivando a realização de programas de trabalho, projeto, atividade, ou de eventos com duração certa, será efetivada mediante a celebração de convênios ou destinação por Portaria Ministerial”.

Tal situação não passa despercebida ao Tribunal de Contas da União, que, em diversos acórdãos, tem-se pronunciado pela ilegalidade de tal pagamento, como ressaltado no Acórdão nº 962/2004-Plenário, que determinou, *verbis*:

“[...] suspender os pagamentos a título de taxa de administração ou similar a qualquer entidade conveniente, por estarem em desacordo com o inciso I do art. 8º da IN/STN 01/97, sendo tal suspensão imediata para quaisquer convênios e alcançando inclusive eventuais taxas incidentes sobre os

desembolsos relativos aos valores res-
sórios de contratos de trabalho dos
menores.”

Cabe ressaltar, por final, que a inobser-
vância dessas disposições, nos termos do
estabelecido em seu artigo 40, “constitui
omissão de dever funcional e será punida
na forma prevista em lei”.

Tal orientação também consta do Decre-
to Estadual nº 45.038, de 4.7.2000, que alte-
rou o modelo-padrão de Convênio constan-
te do Anexo integrante do Decreto Estadual
nº 44.143, de 27.7.1999, em sua cláusula 5.3,
verbis:

“5.3. É vedado ao (Nome da Institui-
ção):

5.3.1. contratar pessoas para funções
ou atividades que não estejam nas
normas da IN 001/97, Resolução 194
do CODEFAT e normas do MTE que
vierem a ser editadas em substituição;

5.3.2. utilizar os recursos em finalida-
des diversas das estabelecidas no Pla-
no de Trabalho, ainda que em caráter
de emergência;

5.3.3. realizar despesas a título de taxa
de administração, de gerência ou si-
milar;”

4. A proteção destinada às crianças e aos adolescentes

A legislação tutelar, destinada a crian-
ças e adolescentes, remonta ao século XVIII
e encontra sua origem nos países industria-
lizadores, em que se buscou vedar seu traba-
lho em locais perigosos, insalubres, dimi-
nuir a jornada de trabalho, entre outras nor-
mas protetivas.

A preocupação com a preservação dos
direitos das crianças, em decorrência de sua
imaturidade física e mental, já foi objeto de
deliberação da Organização das Nações
Unidas – ONU, por meio da Declaração dos
Direitos da Criança, de 1924, e da Declara-
ção Universal dos Direitos Humanos. Nos
vários Estatutos das agências especializa-
das e organizações internacionais interes-

sadas no bem-estar da criança, encontramos
o estabelecimento de princípios protetivos.

A Constituição Federal foi a primeira
constituição a albergar em seu seio os prin-
cípios da proteção integral destinada às cri-
anças e adolescentes, mesmo antes da ado-
ção pela Organização das Nações Unidas
da Convenção sobre os Direitos da Criança
pela Assembléia Geral de novembro de 1989.
Ela enfoca o compromisso do Estado com
os direitos da criança e do adolescente, des-
tacando-se o papel concernente à família e
à sociedade.

O epicentro da proteção integral desti-
nada às crianças e aos adolescentes está no
artigo 227, incluído por emenda popular,
prescrevendo a Constituição Federal que:

“É dever da família, da sociedade
e do Estado assegurar à criança e ao
adolescente, com absoluta prioridade,
o direito à vida, à saúde, à alimenta-
ção, à educação, ao lazer, à profissio-
nalização, à cultura, à dignidade, ao
respeito, à liberdade e à convivência
familiar e comunitária, além de colo-
cá-los a salvo de toda forma de negli-
gência, discriminação, exploração,
violência, crueldade e opressão”.

A partir da adoção da doutrina da pro-
teção integral, a atuação na área da criança
e do adolescente deixou de ser assistencia-
lista, merecendo uma releitura por meio da
Constituição Federal, do Estatuto da Crian-
ça e do Adolescente e da Lei Orgânica da
Assistência Social para verificar se o pro-
grama desenvolvido encontra guarita na
nova legislação.

Antes da vigência da nova ordem cons-
titucional, as crianças e os adolescentes
eram considerados objetos de direito, mere-
cedores de políticas assistenciais que lhes
destinavam, apenas a partir do momento em
que se encontravam no estado de patologia
definido pelo Código de Menores.

A mudança de paradigma constitu-
cional elevou as crianças e adolescentes ao *sta-
tus* de sujeitos de direitos, ou seja, todas as
ações devem ser pautadas nas consequên-

cias do ato para eles – não mais podem ser tratados como objetos passivos de controle. Não se admitem programas assistencialistas apenas para gerar renda para os adolescentes. Os programas necessitam de um *plus*, “uma pitada de cidadania” para se enquadrar no novo conceito de trabalho.

“A Constituição de 1988 apontou para uma mudança no caráter do padrão brasileiro de proteção social, apontando para a possibilidade de uma transição do modelo meritocrático-particularista para um mais próximo do institucional-redistributivo, ou seja, para um padrão de proteção social mais igualitária e universalista” (COSTA apud CARVALHO, 2002, p. 35).

Na esteira do texto Constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, promulgado pela Lei nº 8.069, de 13.7.1990, regula muitas das conquistas consubstanciadas pela Carta Magna em favor da infância e da juventude. O Estatuto introduz inovações importantes no tratamento dessa questão, sintetizando mudanças, deslocando a tendência assistencialista, prevalente em programas destinados ao público infanto-juvenil, para o âmbito sócio-educativo, de cunho emancipatório.

O ECA redefiniu o conteúdo, método e gestão das políticas de atendimento à criança e ao adolescente, definidos agora como sujeitos de direitos.

As atividades desenvolvidas pelos adolescentes junto aos entes públicos não se caracterizam como aprendizagem, pois apenas substituem mão-de-obra que deveria ser contratada por concurso público.

O trabalho infantil é um fenômeno complexo, principalmente quando consideradas as contingências culturais, econômicas e sociais predominantes atualmente em nosso país.

A idéia prevalecente, no âmbito de nossa sociedade, consiste em manter o adolescente inserido no mercado de trabalho, como

forma de contribuir para o aumento da renda familiar e evitar seu ingresso na marginalidade.

O que os entes públicos necessitam realizar, dentro de suas atividades legais, é dotar as crianças e adolescentes de políticas públicas que os insiram e os mantenham na escola, de qualidade, para colocá-los no mercado de trabalho apenas após o seu amadurecimento e com mais possibilidades de manutenção do emprego.

5. A interpretação constitucional

Verifica-se, a princípio, um aparente choque entre as normas constitucionais do artigo 227, que prevê a primazia do atendimento do adolescente, com o artigo 37, que prevê o ingresso no serviço público apenas mediante concurso público, enumerando as hipóteses de exceção à regra e determinando a obediência aos princípios da moralidade e da legalidade.

Toda e qualquer interpretação constitucional deverá ser feita no cotejamento de todo o *corpus* constitucional perante o choque de princípios.

A interpretação dos princípios constitucionais segue parâmetros definidos pela hermenêutica, sendo oportuno trazer a definição de Ráo (apud MORAES, 2002, p. 22):

“A hermenêutica tem por objetivo investigar e coordenar por modo sistemático os princípios científicos e leis decorrentes, que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do direito, para efeito de sua aplicação e interpretação; por meio de regras e processos especiais procura realizar praticamente, estes princípios e estas leis científicas; a aplicação das normas jurídicas consiste na técnica de adaptação dos preceitos nela contidos assim interpretados, às situações de fato que se lhe subordinam.”

Portanto, faz-se necessário o cotejamento das normas de proteção à criança e ao adolescente com as demais normas constitucionais, ressaltando-se a necessidade de uma interpretação constitucional, em especial com relação aos direitos humanos mais latentes da comunidade.

Analisando a Constituição Federal, o saudoso mestre da Casa de Afonso Penna, professor Horta (1995, p. 239-240), aponta a precedência, em termos interpretativos, dos Princípios Fundamentais da República e à enunciação dos Direitos e Garantias Fundamentais, dizendo que:

“É evidente que essa colocação não envolve o estabelecimento de hierarquia entre as normas constitucionais, de modo a classificá-las em normas superiores e normas secundárias. Todas são normas fundamentais. A precedência serve à interpretação da Constituição, para extrair dessa nova disposição formal a impregnação valorativa dos Princípios Fundamentais, sempre que eles forem confrontados com atos do legislador, do administrador e do julgador, motivo pelo qual classifica-se de *Constituição plástica*”.

O ilustre constitucionalista português Canotilho (apud MORAES, 2002) enumera diversos princípios interpretativos das normas constitucionais, podendo ser elencados os seguintes:

– da unidade da Constituição: a interpretação deve ser realizada de maneira a evitar contradições entre suas normas;

– do efeito integrador: na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, deverá ser dada maior primazia aos critérios favorecedores da integração política e social, bem como ao reforço da unidade política;

– da máxima efetividade ou da eficiência: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda;

– da justeza ou da conformidade funcional: os órgãos encarregados da interpreta-

ção da norma constitucional não poderão chegar a uma posição que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte originário;

– da concordância prática ou da harmonização: exige-se a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação a outros;

– da força normativa da Constituição: entre as interpretações possíveis, deve ser adotada aquela que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais.

Para Moraes (2002, p. 25), esses princípios são perfeitamente complementados por algumas regras propostas por Jorge Miranda, podendo-se ressaltar que “a contradição dos princípios deve ser superada ou mediante a redução proporcional do âmbito de alcance de cada um deles, ou, em alguns casos, mediante a preferência ou a prioridade de certos princípios”.

A legislação ordinária garantiu aos adolescentes o ingresso, por cota de preenchimento obrigatório, em todos os *estabelecimentos comerciais*, em sentido amplo, conforme explanado, e, também, nos casos previstos no artigo 173 da Constituição Federal.

Caso o ente público da Administração Direta (União, Estados, Municípios e Autarquias) queira atuar na aprendizagem, essa atuação será efetivada, por exemplo, mediante a criação de escolas técnicas, subvencionando entidades que promovam cursos de aprendizagem, alocando verbas na educação e saúde, desestimulando, assim, o ingresso precoce no mercado de trabalho.

Não há conflito entre as normas, posto que o artigo 227 tratou da proteção integral que deve ser dispensada às crianças e aos adolescentes *quando inseridos dentro das hipóteses legais de admissão ao emprego*, concernente ao direito público subjetivo de profissionalização e não exploração, ou mesmo quando se negligenciam seus cuidados.

Também, analisando-se a questão sob o ângulo do bloco de constitucionalidade, teremos a mesma conclusão, pois que a Constituição deve ser analisada como um todo e todo choque de princípios deve ser afastado.

Como já tivemos a oportunidade de escrever, entendemos que o bloco de constitucionalidade tem sua origem “na teoria do *Überrecht*, ou superdireito, como traduzido para o português, mas trazida para o âmbito do direito público, em suas análises não só sobre regras de colisão, mas fundamentalmente sobre suas regras de interpretação” (COELHO, 1994, p. 263).

Também constitui Superdireito o método das fontes e interpretação das leis, porque determina a formação de regras e o alcance lógico-conceitual e proposicional, bem como aquele conjunto de regras que dizem qual o momento em que entram em vigor.

O bloco de constitucionalidade está inserido naquele posicionamento que considera o parâmetro constitucional mais vasto do que as normas e princípios constantes das leis constitucionais escritas, devendo alargar-se, pelo menos, aos princípios reclamados pelo “espírito” ou pelos “valores” que informam a ordem constitucional global. O bloco de constitucionalidade excede a constituição escrita, buscando os valores maiores, que servirão de orientação para as normas constitucionais escritas.

Ressalte-se, contudo, que não existe hierarquia entre os “princípios de valor constitucional” em função de sua origem e que, em caso de contradição entre eles, devem ser conciliados, não se excluindo uns aos outros.

Não se pode atender a direito individual ante princípios de ordem pública que reclamem, de toda a coletividade, obediência e observância, sob risco de termos uma entropia sistêmica, que abalará toda a ordem jurídica.

Os entes privados, vinculados ao lucro, devem fornecer a sua parcela de contribuição, tendo sido criada para essa finalidade a cota de aprendizes, não se podendo colo-

car sob a responsabilidade do ente público mais essa obrigação.

Quando analisamos sob o enfoque da doutrina da proteção integral, devemos nos lembrar que o artigo 227 da Constituição Federal, cerne de seu entendimento, proclama ser dever da família, da sociedade e do Estado a proteção às crianças e adolescentes.

Dessa forma, entendendo que a conciliação entre esses princípios, considerando-se a primazia da proteção integral e os princípios constitucionais da moralidade e legalidade administrativa, passa pela não contratação de aprendizes pelo ente público.

6. A decorrente improbidade administrativa

A improbidade administrativa significa o exercício de função, cargo, mandato ou emprego público sem observância dos princípios administrativos da legalidade, da impessoalidade, da publicidade, da moralidade e da eficiência.

A colocação de adolescentes trabalhando junto aos entes públicos caracteriza-se como ato de improbidade administrativa, posto que se trata de uma infração ao princípio da legalidade.

A conduta do administrador público em desrespeito ao princípio da moralidade administrativa enquadra-se nos denominados *atos de improbidade*, previstos pelo artigo 37, § 4º, da Constituição Federal e sancionados com a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível, permitindo ao Ministério Público a propositura da ação civil pública por ato de improbidade, com base na Lei nº 8.429/92, para que o Poder Judiciário exerça o controle jurisdicional sobre lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público.

Prevê a Constituição Federal, em seu § 4º do artigo 37, que:

“Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos di-

reitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

Também, nos termos do artigo 11 da Lei nº 8.429, de 2.6.1992, caracteriza-se como ato de improbidade administrativa:

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

I – praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II – retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III – revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV – negar publicidade aos atos oficiais;

V – frustrar a licitude de concurso público;

VI – deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII – revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercado-ria, bem ou serviço.”

Nos termos do artigo 2º da citada lei:

“Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.”

Os agentes públicos são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhes são afetos. Atentar contra os princípios jurídicos é muito mais grave do que violar regras, pois significa agredir todo o sistema, causando-lhe uma entropia que deverá ser corrigida.

Como bem salienta Fazzio Júnior (2001, p. 174):

“Os princípios constitucionais da Administração são fontes do ordenamento jurídico positivo; traçam as feições da Constituição nesse aspecto. Esta nada mais é senão sua anfitriã instrumental que, simultaneamente, informa o programa de Estado neles proposto e enuncia sua operatividade. Estão nela para serem aplicados, constituem seu núcleo emulador de validade”.

No mesmo sentido Rocha (1994, p. 50):

“Postos para serem determinantes de comportamentos públicos e privados, não são eles arrolados como propostas ou sugestões: formam o Direito, veiculam-se por normas e prestam-se ao integral cumprimento. A sua inobservância vicia de mácula insanável o comportamento, pois significa a negativa dos efeitos a que se deve prestar. Quer-se dizer, os princípios constitucionais são positivados no sistema jurídico básico para produzir efeitos e devem produzi-los”.

Ao admitir a contratação de aprendizes, ao arrepio da legislação, o administrador público viola o princípio da legalidade, posto que não há autorização legal para tal ato.

Além do mais, ao contratar adolescentes aprendizes por meio de entidades sem fins lucrativos, conforme previsão legal contida no artigo 430 da Consolidação das Leis do Trabalho, pagando-lhes taxa de administração, viola outras disposições legais, constituindo “omissão de dever funcio-

nal”, que deverá ser punida na forma da Lei de Improbidade Administrativa.

Necessário será, para que se possa caracterizar a improbidade administrativa, que se apure o dolo do agente público. Esse dolo, a intenção de burlar a legislação, mostrar-se-á nos atos do administrador público se o mesmo, por exemplo, tiver sido devidamente orientado quanto à irregularidade, seja mediante comparecimento em audiências administrativas do Ministério Público do Trabalho, seja por expedição de notificação recomendatória, ou mesmo pela apuração de irregularidades da administração pública quanto à contratação irregular de servidores, que demonstrarão o *animus* de burla à legislação.

7. Conclusões

O histórico de nossa aprendizagem profissional sempre esteve vinculado ao preenchimento de cotas nas empresas privadas, tendo sido criado para essa finalidade o Sistema Nacional de Aprendizagem, mantido pelas associações patronais. A nova legislação não alterou esse quadro regulatório, não tendo conferido aos entes públicos a possibilidade de contratação de aprendizes.

O princípio da legalidade e da moralidade, sempre presentes em nossas Constituições, prevêm a contratação apenas por meio de regular concurso público, bem como a obediência às normas prescritivas autorizadas de sua atuação. Como bem observa a doutrina, “na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”, não havendo espaço para atuação discricionária do administrador público.

É necessário romper a tradição assistencialista dos antigos textos legais para que se possa aplicar, em toda a sua extensão, a doutrina da proteção integral. É preciso que os entes públicos façam políticas públicas concretas voltadas para a criança e o adolescente, não apenas o mero assistencialismo de colocá-los dentro do serviço público, furtando de outros cidadãos a possibilida-

de de ingresso mediante regular concurso público, bem como frustrando a principal finalidade da aprendizagem, que é a preparação de mão-de-obra especializada para a empresa.

O pagamento de taxa de administração, procedimento adotado quando se utiliza da previsão contida no artigo 430 da Consolidação das Leis do Trabalho, viola as disposições do inciso I do art. 8º da IN/STN 01/97, do artigo 48 do Decreto nº 93.872, de 23.12.1986, bem como do Decreto Estadual nº 45.038, de 4.7.2000.

Sob qualquer ângulo em que se faça a interpretação constitucional dos princípios em análise, ver-se-á que não se pode privilegiar a aplicação de direitos individuais em detrimento de direitos públicos, sob pena de termos uma entropia da ordem jurídica, balizamento de toda a sociedade.

A contratação dos aprendizes pelos entes públicos, em detrimento dos princípios legais e constitucionais, poderá ocasionar a perda do cargo público do agente público pela inobservância das regras constitucionais da moralidade e da legalidade.

Pelas razões expostas, entendemos, S.M.J., que aos entes públicos não se reservou lugar para a contratação dos aprendizes, guardando a ordem constitucional outro lugar para estes – na formulação de políticas públicas que se podem voltar ao fomento de contratação pelas entidades privadas, desiderato da legislação.

Referências

BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial*. São Paulo: Saraiva, 1988.

COELHO, Bernardo Leôncio Moura. O bloco de constitucionalidade e a proteção às crianças. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 31, n. 123, p. 259-266, jul./set. 1994.

_____. As alterações no contrato de aprendizagem: considerações sobre a lei n. 10.097/2000. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 38, n. 150, p. 211-223, abr./jun. 2001.

- COELHO, Fábio Ulhôa. *Manual de direito comercial*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- COSTA, Bruno Lazzarotti Diniz. As mudanças na agenda das políticas públicas no Brasil e os desafios da inovação. In: CARVALHO, Alysson et al (Coord.). *Políticas públicas*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- CURY, Munir et al (Coord.). *Estatuto da criança e do adolescente: comentários jurídicos e sociais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa e crimes de prefeitos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.
- PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- SANTOS, Caio Franco. *Contrato de trabalho do adolescente aprendiz: a aprendizagem de acordo com a lei n. 10.097/2000*. Curitiba: Juruá, 2003.