

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO TRABALHO

CAROLINE HEGELE

**A SÚMULA Nº 363 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E OS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS SOCIAIS DOS TRABALHADORES**

Porto Alegre

2013

CAROLINE HEGELE

**A SÚMULA Nº 363 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E OS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS SOCIAIS DOS TRABALHADORES**

Monografia apresentada como requisito parcial  
para a obtenção do grau de Especialista em  
Direito do Trabalho pelo Programa de Pós-  
Graduação em Direito da Universidade Federal  
do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. José Felipe Ledur

Porto Alegre

2013

CAROLINE HEGELE

**A SÚMULA Nº 363 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E OS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS SOCIAIS DOS TRABALHADORES**

Monografia apresentada como requisito parcial  
para a obtenção do grau de Especialista em  
Direito do Trabalho pelo Programa de Pós-  
Graduação em Direito da Universidade Federal  
do Rio Grande do Sul.

Aprovada em: .....

BANCA EXAMINADORA:

---

Professor Dr. José Felipe Ledur  
Orientador

---

Professor Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles

## RESUMO

De acordo com o art. 37, II, da Constituição Federal, é vedada a contratação de pessoas para ocupar cargos, empregos ou funções públicas sem a prestação de concurso público. Entretanto, é comum haver relações de trabalho com o Poder Público em desrespeito à regra constitucional. Quando os trabalhadores contratados sem concurso público requerem seus direitos na Justiça do Trabalho, ainda se deparam com a Súmula nº 363 do Tribunal Superior do Trabalho, que restringe, e muito, os direitos desses trabalhadores. O presente trabalho visa a salientar os motivos pelos quais a referida súmula precisa ser alterada, de modo a propiciar solução justa e compatível com a dignidade de quem trabalha.

**Palavras-chave:** Súmula nº 363 TST. Concurso Público. Contrato Nulo. Efeitos.

## ABSTRACT

According to section 37, II, of the Federal Constitution, it is prohibited to hire people for the occupation of positions, jobs or public functions without the provision of a public contest. However, working relationships with the government, in disregard to constitutional rule, are common. When the workers are hired without public contest and they require their rights in Labor Justice, they are faced with the Precedent nº 363 of the Superior Labor Court, which restricts the rights of these workers. This paper aims to emphasize the reasons to change the Precedent nº 363, it must be improved to provide justice and dignity to the workers.

**Keywords:** Precedent nº. 363 TST. Public Contest. Contract Void. Effects.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>1. A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....</b>	<b>9</b>
1.1 O SERVIÇO PÚBLICO .....	10
1.2 O TRABALHO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	14
1.2.1 Regra geral de ingresso no serviço público: concurso público....	17
1.2.2 Forma excepcional de ingresso no serviço público: art. 37, IX, da Constituição Federal .....	22
1.2.3 Forma ilegal de ingresso no serviço público: o problema do agente putativo .....	25
<b>2. O TRABALHO IRREGULAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A APLICAÇÃO DA SÚMULA 363 DO TST .....</b>	<b>30</b>
2.1. AS SÚMULAS DOS TRIBUNAIS E O PODER DE UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA.....	31
2.2 A SÚMULA Nº 363 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO .....	33
2.2.1 A nulidade prevista na Súmula nº 363 do TST e a relação de trabalho.....	36
2.2.1.1 Plano de existência do negócio jurídico .....	39
2.2.1.2 Plano de validade do negócio jurídico.....	41
2.2.1.3 Plano da eficácia do negócio jurídico .....	45
2.2.2 Posicionamentos contrários à aplicação da Súmula nº 363 do TST.....	49
<b>3. OS EFEITOS DA SÚMULA 363 DO TST SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DOS TRABALHADORES.....</b>	<b>54</b>
3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS .....	56
3.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana .....	61
3.1.2 Princípio da valorização social do trabalho .....	64
3.1.3 Direito à igualdade .....	65

3.1.4	Direito à proteção .....	67
3.1.5	Vedação ao retrocesso social .....	70
3.1.6	Direitos dos trabalhadores (art. 7º, da Constituição Federal) .....	71
3.2	A SÚMULA Nº 363 DO TST: DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS X ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....	73
3.3	NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO DA SÚMULA Nº 363 DO TST .....	76
	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>79</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>81</b>

## INTRODUÇÃO

A relação de trabalho com a Administração Pública deve ser precedida de prévia aprovação em concurso de provas ou de provas e títulos, de acordo com o que salienta o art. 37, II da Constituição Federal. Quando a contratação com o Poder Público não ocorre em consonância com o disposto na regra constitucional supracitada, há que ser declarada a nulidade da relação trabalhista. Iniciam-se, a partir daí, as controvérsias acerca dos efeitos da contratação irregular com a entidade pública.

Este trabalho está dividido em três capítulos, nos quais haverá, num primeiro momento, a apresentação genérica do tema proposto, através da abordagem de aspectos gerais, o objeto do estudo propriamente dito e, ao final, as conseqüências relacionadas à aplicação da Súmula nº 363 do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Assim, o primeiro capítulo é dedicado à análise da prestação de serviços na Administração Pública. Aqui, verificar-se-á a forma de Estado adotada pelo Brasil, a organização do Poder Público nacional e a relação de cooperação existente entre as esferas federativas. Após, proceder-se-á ao estudo do serviço público, da forma de ingresso nessa atividade e, ainda, o problema oriundo do exercício do serviço público por agentes putativos.

O segundo capítulo, por sua vez, abordará o trabalho irregular na Administração Pública e a aplicação da Súmula nº 363 do TST. Nesta parte, conceituar-se-á o que é uma súmula, bem como será analisado o seu poder de uniformização jurisprudencial. Ademais, será examinada a história do surgimento da Súmula nº 363 e a sua evolução até o texto atual, vigente desde 2003. Ato contínuo, passará a ser verificado o porquê da nulidade de contratação – tema principal do referido precedente –, aprofundando-se o estudo do negócio jurídico no plano da validade, existência e eficácia. Os efeitos da relação de trabalho com o Poder Público serão elucidados após a análise em comento. Ao final do capítulo, será feita breve abordagem acerca dos posicionamentos contrários à aplicação da Súmula nº 363 do TST.



Na terceira parte do trabalho, adentrar-se-á na questão acerca dos efeitos da aplicação da Súmula nº 363 do TST sobre os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores. Nesse capítulo, será explanado o que são os denominados direitos fundamentais sociais, o seu contexto histórico e a importância desses direitos no Estado Democrático de Direito. Também será verificada a violação da Súmula nº 363 aos princípios da igualdade, da proteção, da dignidade da pessoa humana, da valorização social do trabalho, da vedação ao retrocesso social e, por fim, aos direitos dos trabalhadores contemplados no art. 7º da Constituição Federal. Ainda, será estudada a colisão entre o princípio da supremacia do interesse público e os princípios e direitos fundamentais sociais, na tentativa de se descobrir se existe a possibilidade da aplicação de algum deles em detrimento do outro ou se, ao contrário, deverão convergir a ponto de garantir uma forma ajustada aos interesses de ambas as partes envolvidas na relação de trabalho nula.

Ao final, será traçado um quadro conclusivo, no qual será proposta a alteração da Súmula nº 363 do TST, a fim de que seja adequada à realidade contemporânea do país.

## 1. A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Estado consiste em uma comunidade de pessoas que, organizada, transfere o poder popular à pessoa jurídica pública. De acordo com Jorge Miranda, “o Estado é comunidade e poder juridicamente organizados, pois só o Direito permite passar, na comunidade, da simples coexistência à coesão convivencial e, no poder, do fato à instituição.”<sup>1</sup> Assim, o Estado é a institucionalização do poder, que, por sua vez, significa não apenas a disposição estatal em órgãos, como também a coordenação de uma comunidade, fazendo com que a população esteja apta a receber os comandos estabelecidos pelos órgãos do poder.<sup>2</sup>

No Brasil, o Estado é classificado como pessoa jurídica de direito público interno, devendo, por seu turno, agir em consonância com a Constituição, bem como ao ordenamento jurídico pátrio. No regime federativo brasileiro, entretanto, merece especial atenção o fato de que todos os integrantes da federação materializam o Estado, sendo que compete a cada um deles a atuação dentro dos limites traçados pela Constituição.<sup>3</sup>

Com efeito, ressalta-se que, no que concerne ao ordenamento jurídico pátrio, a Constituição Federal de 1988 adotou como forma de Estado o federalismo. Assim, no Brasil há diferentes centros de poder político, quais sejam, a União (poder político central), os Estados (poderes políticos regionais), os Municípios (poderes políticos locais) e o Distrito Federal (poderes políticos conferidos aos Estados e Municípios).<sup>4</sup> Ademais, não há falar em hierarquia entre os entes federados, mas sim em uma relação de coordenação – tendo em vista que eles possuem autonomia administrativa, política e

---

<sup>1</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 170.

<sup>2</sup> MIRANDA, Jorge, loc cit.

<sup>3</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 2.

<sup>4</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 21 ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013, p. 14.

financeira – existindo, portanto, Administração Pública nos âmbitos da União (federal), dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.<sup>5</sup>

Não obstante a forma federativa de governo acabar por descentralizar o poder político do país,<sup>6</sup> destaca-se que a atuação da Administração Pública deve respeitar regras e princípios orientadores do direito administrativo, além das disposições descritas em lei. Nesse contexto, é importante salientar que a Administração Pública, no seu sentido objetivo, refere-se à atividade administrativa exercida pelo Estado, através dos seus órgãos e agentes. Trata-se, assim, da gestão dos interesses públicos do Estado, posta em prática pela prestação de serviços públicos.<sup>7</sup>

## 1.1 O SERVIÇO PÚBLICO

O serviço público consiste na atividade que a Administração Pública executa no intuito de satisfazer à necessidade coletiva.<sup>8</sup> Melhor dizendo, o serviço público é a prestação concreta, direta ou indiretamente realizada pela Administração Pública à população em geral, podendo ocorrer na forma de atividades, utilidades ou de comodidades.<sup>9</sup>

O professor José dos Santos Carvalho Filho, salienta, ainda, no que diz respeito aos serviços públicos, que geralmente se constituem de “necessidades prementes e inadiáveis da sociedade. A consequência lógica desse fato é de que não podem os serviços públicos ser interrompidos, devendo, ao contrário, ter normal continuidade”.<sup>10</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro corrobora do entendimento supracitado, afirmando que a prestação de serviços públicos

---

<sup>5</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 21 ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013, p. 14.

<sup>6</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 4.

<sup>7</sup> Ibidem, p. 10.

<sup>8</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 55.

<sup>9</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente, op. cit., p. 21.

<sup>10</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos, op. cit., p. 31.

abrange as atividades que, devido a sua importância para a coletividade, são realizadas pelo Estado, com ou sem caráter exclusivo.<sup>11</sup> Di Pietro, por sua vez, complementa o seu ponto de vista ao aduzir que a Constituição Federal possui diversos exemplos de serviços públicos, tais como os previstos no art. 21 do texto constitucional.<sup>12</sup>

Com efeito, merece especial atenção o fato de que, embora o serviço público tenha como regra a continuidade da prestação, a doutrina posiciona-se no sentido de que esse seguimento não é absoluto. Isso porque, em determinadas situações, a paralisação temporária da atividade pública é permitida (necessidade de realização de reparos ou obras para expansão e melhoria do serviço).<sup>13</sup> Carvalho Filho destaca, outrossim, que, nas hipóteses em que o serviço público for prestado mediante pagamento de tarifas – serviços frequentemente realizados por permissionários ou concessionários, energia elétrica ou linha telefônica –, a suspensão do serviço em caso de inadimplemento do usuário possui legitimidade, devendo ser restaurado assim que se proceder à quitação do débito.<sup>14</sup>

De outra banda, é interessante acentuar que a Constituição Federal, não obstante exemplificar a prestação do serviço público, não o conceitua. A legislação infraconstitucional também não se refere, expressamente, ao conceito de serviço público. Marcelo Alexandrino afirma que, até mesmo no campo doutrinário, não há consenso quanto à conceituação adequada da atividade pública.<sup>15</sup> Di Pietro assevera que a conceituação de serviço público não é tarefa fácil, tendo em vista que a sua noção sofreu transformações com o passar do tempo, tanto nos seus elementos constitutivos quanto no que tange à sua abrangência. Ademais, a autora destaca que alguns doutrinadores utilizam um conceito amplo e outros, contudo, utilizam conceito restrito para a

---

<sup>11</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 55.

<sup>12</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, loc. cit.

<sup>13</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 88.

<sup>14</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos, loc. cit.

<sup>15</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 21 ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013, p. 701.

definição de serviço público.<sup>16</sup> Para melhor elucidar a conceituação comumente adotada de serviço público, faz-se necessário o destaque do critério objetivo, subjetivo e formal que envolve o serviço público.

No ponto de vista objetivo (ou material), o serviço público refere-se a um determinado conjunto de atividades, e não aos órgãos, entidades ou pessoas que o realizem.<sup>17</sup> Nesse sentido, o serviço trata-se de uma atividade de interesse público, a qual tem por função principal o atendimento das necessidades públicas, definidas por lei, no âmbito de competência de cada ente federativo.<sup>18</sup>

Já o serviço público no seu aspecto subjetivo, diz respeito a uma obrigação do Estado, a qual é dependente do Poder Público.<sup>19</sup> Essa acepção confere relevância ao prestador do serviço público,<sup>20</sup> sendo que o Estado, em sua gestão, poderá exercê-lo de forma direta – através dos órgãos que compõem a Administração Pública – ou de forma indireta – por meio de concessão ou permissão, ou, ainda, por intermédio de pessoas jurídicas criadas pelo ente estatal para essa finalidade –.<sup>21</sup>

No que concerne ao critério formal, o serviço público refere-se ao regime jurídico sob o qual a atividade é desenvolvida. Com efeito, de acordo com Marcelo Alexandrino, o serviço público deve ser prestado em regime de direito público, sob o prisma dos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público.<sup>22</sup> Para Carvalho Filho, o serviço prestado pelo Estado e, em prol do interesse coletivo, está sob a égide do regime de direito público. O autor informa que, mesmo que a atividade não tenha predominantemente caráter público (como, por exemplo, quando particulares agem em colaboração com o Poder Público), ainda assim estar-se-

---

<sup>16</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 98.

<sup>17</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 21 ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013, p 702.

<sup>18</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit., p. 104.

<sup>19</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit., p. 102.

<sup>20</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente, op. cit., p. 705.

<sup>21</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit., p. 103.

<sup>22</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente, op. cit., p. 705.

á diante do direito público, uma vez que se falará em regime híbrido, ao qual incidirão regras tanto de direito privado como de direito público.<sup>23</sup>

No entanto, para Di Pietro, o regime jurídico do serviço público deve ser definido em lei. A referida autora ainda frisa outros aspectos atinentes ao critério formal do serviço público que, devido à pertinência com a matéria objeto do presente estudo, merecem transcrição. Vejamos:

Para determinados tipos de serviços (não comerciais ou industriais) o regime jurídico é de direito público: nesse caso, os **agentes** são estatutários; os **bens** são públicos; as **decisões** apresentam todos os atributos do ato administrativo, em especial a presunção de veracidade e executoriedade; a **responsabilidade** é objetiva; os contratos regem-se pelo direito administrativo. Evidentemente, isso não exclui a possibilidade de utilização de institutos de direito privado, em determinadas situações previstas em lei, especialmente em matéria de contratos como os de locação, comodato, enfiteuse, compra e venda.

Quando, porém, se trata de serviços comerciais e industriais, o seu regime jurídico é o de direito comum (civil e comercial), derogado, ora mais ora menos, pelo direito público. Em regra, o **pessoal** se submete ao direito do trabalho, com equiparação aos servidores públicos para determinados fins; os **contratos** com terceiros submetem-se, em regra, ao direito comum; os **bens** não afetados à realização do serviço público submetem-se ao direito privado, enquanto os vinculados ao serviço têm regime semelhante ao dos bens públicos de uso especial; a **responsabilidade**, que até recentemente era subjetiva, passou a ser objetiva com a norma do art. 37, § 6º, da Constituição de 1988.<sup>24</sup>

Assim, a prestação do serviço público dar-se-á sob o regime público ou, tal como descrito acima, no âmbito do direito privado, o que irá depender do tipo de atividade a ser exercida (prestação de serviços públicos ou serviços comerciais e industriais). A definição do aspecto formal de Di Pietro parece ser a mais adequada, tendo em vista que produz, detalhadamente, argumentos convincentes acerca da diferenciação do regime do serviço público, que irá variar de acordo com o ramo de atividade exercida.

---

<sup>23</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 298.

<sup>24</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 103.

## 1.2 O TRABALHO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A concretização do serviço público, conforme exposto anteriormente, requer a prestação de trabalho humano. Desta forma, a denominação agentes públicos configura o conjunto de pessoas que atua no exercício de uma função pública em favor do Estado.<sup>25</sup> Convém salientar, por oportuno, que a função pública realizada pelo agente pode se dar de forma gratuita, onerosa, definitiva ou transitória, ou, ainda, política ou jurídica.<sup>26</sup> Di Pietro conceitua agente público como “toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta”.<sup>27</sup>

Com efeito, a Lei nº 8.429/92, que dispõe sobre as hipóteses de improbidade administrativa, conceitua, de forma ampla, no seu art. 2º, a expressão agente público:

Art. 2º 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.<sup>28</sup>

A referida lei, ao fazer referência a todos os agentes dos entes estatais (da União, Estados, Distrito Federal e Municípios), confere grande abrangência ao termo agente público, fazendo com que estejam inseridos, nesse íterim, desde os membros da cúpula da Administração Pública, até os servidores no exercício de atividades mais humildes.<sup>29</sup> Dessa forma, cumpre enfatizar que a

---

<sup>25</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 537.

<sup>26</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos, loc. cit.

<sup>27</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 103.

<sup>28</sup> BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm)>. Acesso em: 04 set. 2013.

<sup>29</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos, op. cit., p. 537.

denominação agente público, portanto, está diretamente vinculada à pessoa física prestadora de serviço público, sendo irrelevante para a sua caracterização a forma de ingresso no serviço público. Aqui, pressupõe-se que as pessoas prestadoras de serviços dotados de interesse público, possuem ligação, direta ou indireta, com o Estado, pelo fato de executarem serviços públicos.

A Constituição de 1988 classificou os agentes públicos em quatro categorias, que variam de acordo com o serviço prestado e o cargo, emprego ou função ocupado, quais sejam, agentes políticos, militares, particulares em colaboração com o Poder Público e servidores públicos. Essa classificação possui um caráter didático, à medida que facilita a identificação dos agentes, haja vista a abrangência do termo agentes públicos.

Os agentes políticos são aquelas pessoas encarregadas pela execução das diretrizes traçadas pelo Poder Público. As principais funções desses agentes são as de orientação e direção da Administração Pública, em consonância com os ditames constitucionais.<sup>30</sup> Dessarte, a função do agente político está diretamente ligada ao governo (referindo-se ao órgão) e à política (referindo-se à atividade exercida).<sup>31</sup> Como exemplo de agentes políticos apontados pela doutrina tem-se os chefes do Poder Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos), seus auxiliares (Ministros e Secretários Estaduais e Municipais) e os membros do Poder Legislativo (Senadores, Deputados Federais e Estaduais e Vereadores). Há, ainda, alguns autores que mencionam os Magistrados, os Membros do Ministério Público e do Tribunal de Contas no rol dos agentes políticos, o que é controverso pela doutrina, uma vez que apenas eventualmente atuam na função política.<sup>32</sup>

São militares, por sua vez, as pessoas físicas prestadoras de serviços públicos às Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica) e às Polícias Militares e Corpos de Bombeiros dos Estados, Distrito Federal e Territórios.

---

<sup>30</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 538.

<sup>31</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 511.

<sup>32</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos, op. cit., p. 538.



Convém salientar que os militares, até a Emenda Constitucional nº 18/1998, eram considerados servidores públicos. Após o advento da referida emenda, porém, passaram a gozar de estatuto e regime jurídico próprios, com remuneração paga pelos cofres públicos.<sup>33</sup>

Os particulares em colaboração com o Poder Público são aquelas pessoas físicas prestadoras de serviços públicos, mas, no entanto, sem vínculo empregatício ou estatutário. É importante salientar que o trabalho pode ser realizado com ou sem remuneração. Nesse contexto encaixam-se os delegatários de serviços públicos (concessionárias, permissionárias, etc.), aqueles que exercem a função pública por requisição, nomeação ou designação do Poder Público (mesários, jurados, etc.), e, ainda, os gestores de negócios públicos, que assumem funções públicas em momento de emergência.<sup>34</sup>

Já os servidores públicos são aqueles agentes que exercem permanentemente a função pública em decorrência da relação de trabalho que possuem com o Poder Público. Tais agentes integram o quadro funcional da Administração Direta e Indireta (para Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvania Zanella Di Pietro). Destaca-se que, para Carvalho Filho, os agentes que trabalham na Administração Indireta não são considerados servidores públicos, mas sim, trabalhadores comuns regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).<sup>35</sup>

Para melhor elucidar a classificação dos servidores públicos, merece especial atenção o fato de que esses agentes subdividem-se em estatutários, empregados (ou funcionários) públicos e temporários. Para Di Pietro, servidores estatutários são aqueles sujeitos ao regime de estatuto e ocupantes de cargos públicos; empregados públicos são aqueles profissionais contratados sob o regime celetista e, em decorrência dessa situação, ocupam emprego público; por fim, os servidores temporários são contratados para atender à

---

<sup>33</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 511.

<sup>34</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella, loc. cit.

<sup>35</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 542.

necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do art. 37, IX, da Constituição Federal, sendo que exercem função pública, ou seja, não há vínculo a cargo ou emprego público.<sup>36</sup>

Cumprido destacar, ainda, no que tange aos servidores públicos e ao contrato ao qual se submetem, que o texto constitucional estabelece, em seu art. 39, caput, regime jurídico único para os servidores da Administração Pública direta, das autarquias e das fundações públicas.<sup>37</sup> Dessa forma, a União, Estados, Distrito Federal e Municípios devem observar o regime único (na forma de estatuto) para a contratação de trabalhadores no âmbito das suas pessoas jurídicas de direito público. Como exemplo, pode-se mencionar a Lei 8.112/90, que foi instituída para regulamentar os servidores federais.<sup>38</sup>

Assim, os entes têm legitimidade para estabelecer a organização do regime jurídico único dos seus servidores, mas sempre com a observância aos princípios insculpidos nos arts. 37 a 42 da Constituição.<sup>39</sup>

### 1.2.1 Regra geral de ingresso no serviço público: concurso público

A Constituição Federal de 1988 determinou a obrigatoriedade de aprovação prévia em concurso público para o preenchimento dos cargos e empregos existentes em toda a Administração Pública, incluindo-se, nessa exigência, os empregos nas empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica (e, portanto, de natureza privada).<sup>40</sup>

---

<sup>36</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 512-513.

<sup>37</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 06 set. 2013.

<sup>38</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 21 ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013, p 336.

<sup>39</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 691.

<sup>40</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente, op. cit., p 272.

Ademais, importa destacar que o concurso público poderá ser na forma de provas ou, ainda, de provas e títulos, o que irá depender da natureza e da complexidade do cargo ou do emprego a ser ocupado.<sup>41</sup>

De acordo com Carvalho Filho, o concurso público visa a aferir as aptidões pessoais e à seleção dos melhores candidatos ao provimento dos cargos e empregos. Através do certame, o Estado consegue avaliar a capacidade intelectual, física e psíquica dos aspirantes à ocupação das vagas ofertadas. Trata-se, na realidade, “do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos”.<sup>42</sup>

Merece destaque, portanto, o art. 37, II, da Constituição:

Art. 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:

[...]

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.<sup>43</sup>

Com efeito, o dispositivo legal supracitado estabelece a obrigatoriedade da prestação de concurso público como regra para o ingresso nos quadros de toda Administração Pública. Entretanto, conforme se verifica da leitura da parte final do inciso, não precisarão se submeter ao concurso público aquelas pessoas que ocuparem cargos em comissão, que são de livre nomeação e exoneração.

---

<sup>41</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 522.

<sup>42</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 572.

<sup>43</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 06 set. 2013.

No que tange aos cargos em comissão e a não realização de concurso público para a investidura nesses cargos, Di Pietro afirma que não significa que possa ser livre a escolha dos seus ocupantes. Nesse contexto, a doutrinadora aduz que a lei definirá os casos, condições e percentuais mínimos a serem observados para o provimento dos cargos comissionados.<sup>44</sup> Ainda, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 13, a qual veda o nepotismo no serviço público.<sup>45</sup>

Retornando à análise da sistemática do concurso público como forma geral de ingresso a cargos ou empregos, é importante destacar que a aprovação prévia em concurso determina a classificação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas e, por conseguinte, a nomeação dar-se-á por observância da ordem de classificação dos candidatos. Outrossim, o direito de convocação ao preenchimento ao cargo ou emprego apenas perdura durante o prazo de validade do concurso público.<sup>46</sup>

A exigência de concurso público constante na Constituição Federal, portanto, visa ao atendimento do princípio da acessibilidade<sup>47</sup> e isonomia, uma vez que contempla a todos os interessados ao ingresso efetivo no serviço público, iguais oportunidades na disputa de cargos ou empregos. Dessa forma, o concurso deve prestar igual tratamento a todos os candidatos, sendo que a impessoalidade do certame é outro aspecto de suma importância à efetivação da seleção em conformidade com os ditames constitucionais.

---

<sup>44</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 523.

<sup>45</sup> Súmula Vinculante nº 13 do STF:

“A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 13**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula\\_001\\_032](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula_001_032)>. Acesso em 15 set. 2013.

<sup>46</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 680-681.

<sup>47</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 257-258.

Carvalho Filho aponta como fundamentos à obrigatoriedade da prestação de concurso público o princípio da igualdade (tendo em vista que permite a todos os interessados a oportunidade de ingresso no serviço público), o princípio da moralidade administrativa (pois o concurso veda favorecimentos, perseguições pessoais e situações de nepotismo, demonstrando-se, assim, que a Administração Pública busca os melhores candidatos) e, por fim, o princípio da competição (através do qual as pessoas que se candidatam ao certame pretendem alcançar a melhor classificação, no intuito de garantir o ingresso no serviço público).<sup>48</sup> O autor adverte também que o concurso público é o melhor instrumento de representação de um sistema de mérito, levando-se em consideração que os candidatos, diante de iguais condições de competição, concorrem e, por sua vez, são escolhidos os melhores candidatos.<sup>49</sup>

Merece especial atenção o fato de que a Constituição assegura o direito de ingresso no serviço público efetivo também às pessoas deficientes, e, nesse sentido, visa ainda à inclusão das pessoas portadoras de necessidades especiais aos quadros da Administração Pública através de reserva de percentual de cargos e empregos.<sup>50</sup> Tal regra está disposta no art. 37, VIII, da Constituição *in verbis*: “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”.<sup>51</sup> Apesar da prerrogativa apontada, as pessoas com deficiência seguem a regra geral e, por isso, devem realizar concurso para que possam ingressar no serviço público.

Por fim, destaca-se outra matéria relevante no que concerne à realização do concurso público: a permissão da cláusula de barreira, ou seja, a comumente denominada “nota de corte” naqueles certames que possuem mais de uma etapa. Dessarte, fica estabelecido no edital do concurso que somente

---

<sup>48</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 574.

<sup>49</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos, loc. cit.

<sup>50</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 21 ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013, p 294.

<sup>51</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 06 set. 2013.

poderá fazer as provas da fase seguinte um número restrito de candidatos, com a observância da ordem de classificação na etapa anterior, sendo que os demais participantes são eliminados.<sup>52</sup>

Com relação ao aludido tema, após discussão sobre a compatibilidade desse sistema com a Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal decidiu, nos autos do AI-AgR 735.389/DF, publicado em 11.09.2012, que “não viola a Constituição Federal a limitação, pelo edital do concurso, do número de candidatos que participarão das fases subseqüentes do certame, ainda que importe na eliminação de participantes...”.<sup>53</sup> Ademais, também foi decidido pelo STF que a cláusula de barreira é aplicável a todos os candidatos do certame, inclusive às pessoas portadoras de deficiência, desde que respeitado o percentual reservado a esses concorrentes.<sup>54</sup>

Assim, conforme se analisou no decorrer deste título, a forma geral de ingresso no serviço público tem como pressuposto a realização de concurso público de provas ou de provas e títulos, visando ao atendimento dos princípios da isonomia, moralidade, impessoalidade e tantos outros ditames norteadores da Administração Pública que por ora não puderam ser citados na presente explanação. É notório que a Constituição de 1988 trouxe consigo a preocupação com a eficiência administrativa e, nesse diapasão, há que se corroborar com o entendimento de Carvalho Filho, haja vista que “o certame público está direcionado à boa administração, que, por sua vez, representa um dos axiomas republicanos”.<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 21 ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013, 275-276.

<sup>53</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente, op. cit. p. 276.

<sup>54</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. loc. cit.

<sup>55</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 572.

### 1.2.2 Forma excepcional de ingresso no serviço público: art. 37, IX, da Constituição Federal

Não obstante o texto constitucional apresentar como regra geral para o ingresso no serviço público a prévia realização de concurso, há determinadas situações em que, diante da necessidade de provisão de algum serviço sem que haja tempo hábil para a realização de um certame, adota-se a contratação de profissionais em caráter provisório.

Para melhor compreensão do que vem a ser a contratação de profissionais nos moldes supracitados, faz-se necessária a transcrição do art. 37, IX, da Constituição:

Art. 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:

[...]

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.<sup>56</sup>

Com feito, o referido artigo dispõe acerca da contratação de pessoas em regime provisório quando da necessidade temporária de excepcional interesse público. Escusando-me pela tautologia, cumpre salientar que, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, as situações descritas no art. 37, IX, da Constituição ensejam o “suprimento de pessoal perante contingências que desgarem da normalidade das situações e presumam admissões apenas provisórias, demandadas em circunstâncias incomuns, cujo atendimento

---

<sup>56</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 06 set. 2013.

reclama uma satisfação imediata e temporária”.<sup>57</sup> Para José Afonso da Silva, a situação em comento refere-se a uma forma de prestação de serviços que se difere do exercício de cargo, emprego ou função. Assim, o contratado nada mais é do que um prestador de serviços.<sup>58</sup>

Pois bem. Conforme facilmente se verifica da análise do dispositivo constitucional em tela, é incontestável que se trata de norma de eficácia limitada, a qual necessita de regulamentação para a produção de efeitos no mundo jurídico. De acordo com a doutrina de José Afonso da Silva, a lei apta a descrever as hipóteses de situações calamitosas (excepcionais) deve ser de competência da entidade federativa contratante, podendo ser lei federal, estadual, distrital, ou, ainda, municipal. Dessa feita, não seria correta a promulgação de lei de disposições gerais em âmbito federal disposta a regulamentar a contratação em excepcional interesse público para todo o país.<sup>59</sup>

A matéria atinente à contratação de pessoal por excepcional interesse público na esfera da Administração Federal direta, suas autarquias e fundações públicas, encontra-se regulamentada na Lei nº 8.745/1993. Apesar de essa lei abranger apenas o campo da Administração Pública vinculado à União, possui fundamental importância a todos os entes da federação, tendo em vista que estabelece diretrizes a serem seguidas pelas leis estaduais e municipais, tais como a indicação dos casos de necessidades temporárias, a exigência de processo seletivo simplificado para o recrutamento do pessoal e, ainda, o tempo determinado e improrrogável da contratação.<sup>60</sup>

Já, no que tange ao regime jurídico da contratação dos profissionais na forma do art. 37, IX, da Constituição, a doutrina dominante aponta à autonomia de cada ente para estabelecer o regime dos seus agentes públicos

---

<sup>57</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 261-162.

<sup>58</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 681.

<sup>59</sup> SILVA, José Afonso da, loc. cit.

<sup>60</sup> SILVA, José Afonso da. loc. cit.



temporários.<sup>61</sup> No entanto, merece destaque o entendimento de Marcelo Alexandrino com relação ao contexto laboral no qual estão enquadrados esses profissionais:

De toda sorte, frise-se, o regime jurídico dos agentes públicos contratados por tempo determinado não é trabalhista, isto é, não são eles empregados celetistas, não têm emprego público. Todavia, não podem tais agentes, tampouco, ser enquadrados propriamente como servidores públicos estatutários (eles também não têm cargo público), embora estejam vinculados à administração pública por um regime funcional de direito público, de natureza jurídico-administrativa.

Podemos dizer que os agentes públicos contratados por tempo determinado exercem função pública remunerada temporária, tendo o seu vínculo funcional com a administração pública caráter jurídico-administrativo, e não trabalhista. Eles têm um contrato com a administração pública, mas se trata de um contrato de direito público, e não do “contrato de trabalho” em sentido próprio, previsto na CLT.<sup>62</sup>

Dessa forma, tendo em vista que a relação entre o profissional e a Administração Pública terá cunho jurídico-administrativo, a Justiça do Trabalho não detém competência para o julgamento das causas que envolvam a contratação por excepcional interesse público. Nesse sentido é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, consubstanciado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.395-6/DF, o qual determinou a competência da Justiça Comum para o processamento e julgamento das causas previstas no art. 37, IX, da Constituição Federal.<sup>63</sup>

Ainda, o Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente afirmado que o art. 37, IX, da Constituição deve ser interpretado restritivamente, uma vez que a regra geral é a prestação de concurso para o ingresso no serviço público. No que concerne à matéria em comento, Marcelo Alexandrino acrescenta que o

---

<sup>61</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 21 ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013, p 306.

<sup>62</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente, op. cit., p 307.

<sup>63</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.395-6. Distrito Federal. Requerente: Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE) e Associação dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES). Requerido: Congresso Nacional. Relator: Cezar Peluso. Brasília, 10 nov. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390700>> Acesso em 10 set. 2013.

STF estabelece alguns requisitos mínimos para que a contratação, na forma jurídico-administrativa, seja legítima, quais sejam: “a) os casos excepcionais devem estar previstos em lei; b) o prazo de contratação deve ser predeterminado; c) a necessidade deve ser temporária; e d) o interesse público deve ser excepcional.”<sup>64</sup>

Assim, a prestação de serviços na administração pública por excepcional interesse público é exceção à regra disposta no art. 37, II, da Constituição Federal que determina a realização de concurso público de provas ou de provas e títulos para a investidura nos quadros da Administração Pública. Aqui, vale sublinhar que a contratação jurídico-administrativa, quando efetuada pelo ente federativo de acordo com os ditames expostos anteriormente, não se trata de cargo ou emprego público, sendo, na realidade, uma contratação de prestação de serviços em caráter provisório. No entanto, reitera-se, o motivo a ensejar esse tipo de contratação deve ser relevante e, por que não dizer, notório, tal como, apenas a título exemplificativo, as situações calamitosas e desastres naturais que por vezes acometem alguns Municípios.

### 1.2.3 Forma ilegal de ingresso no serviço público: o problema do agente putativo

Foram analisadas, até o presente momento, a regra geral para o ingresso no serviço público levada a efeito através do concurso público e aquelas situações em que, devido à necessidade imediata de contratação em situações excepcionais, o Estado acaba por formalizar contratos provisórios a termo com profissionais. No entanto, há, ainda, outra forma de ingresso no serviço público: a contratação direta de agentes.

Previamente, cumpre salientar que a contratação direta de agentes administrativos não tem respaldo legal, mas, pelo contrário, encontra óbice no

---

<sup>64</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 21 ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013, p. 309.

art. 37, II, da Constituição Federal, que estabelece expressamente a submissão ao concurso público como meio idôneo de preenchimento dos cargos e empregos da Administração Pública brasileira. Ocorre que, não obstante o conhecimento acerca da ilegalidade da contratação direta de pessoal para o exercício da função administrativa, esse procedimento tem sido adotado com certa freqüência por alguns entes federativos.

Com efeito, Carvalho Filho denomina como agentes putativos aquelas pessoas físicas que desempenham o serviço público sem a prestação de concurso para a investidura no cargo ou emprego.<sup>65</sup> Merece destaque, por oportuno, a consideração do referido autor no tocante à matéria. Vejamos:

Agentes putativos são os que desempenham uma atividade pública na presunção de que há legitimidade, embora não tenha havido investidura dentro do procedimento legalmente exigido. É o caso, por exemplo, do servidor que pratica inúmeros atos de administração, tendo sido investido sem aprovação em concurso público.<sup>66</sup>

Dessarte, o exercício da função administrativa por agente putativo carece, num primeiro momento, de legitimidade. Ocorre que os atos praticados pelos referidos agentes apenas podem ser questionados quanto à validade no âmbito interno da Administração, sendo que, externamente, precisam ser convalidados a fim de evitar prejuízos aos terceiros de boa-fé, resultantes da falta de legitimidade na investidura.<sup>67</sup> Em outras palavras, desde que o serviço desempenhado pelo agente putativo não cause prejuízo aos administrados, não há falar na nulidade desse ato. Aqui, trata-se da aplicação do princípio da segurança jurídica em detrimento do princípio da legalidade.

No que concerne à efetiva garantia da segurança jurídica aos administrados, é importante salientar que, embora haja a necessidade do seu

---

<sup>65</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 541.

<sup>66</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. loc. cit.

<sup>67</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. loc. cit.

reconhecimento em determinadas circunstâncias – como nas dos atos praticados por agentes putativos –, a Administração Pública brasileira, por diversas vezes, acaba aplicando o princípio da legalidade, esquecendo-se por completo do princípio da segurança jurídica. A doutrina e a jurisprudência, por seu turno, também não têm posicionamento firme quanto ao princípio da segurança jurídica.<sup>68</sup>

O jurista Almiro do Couto e Silva enfatiza a importância do reconhecimento do princípio da segurança jurídica. Vejamos:

Do mesmo modo como a nossa face se modifica e se transforma com o passar dos anos, o tempo e a experiência histórica também alteram, no quadro da condição humana, a face da justiça. Na verdade, quando se diz que em determinadas circunstâncias a segurança jurídica deve preponderar sobre a justiça, o que se está afirmando, a rigor, é que o princípio da segurança jurídica passou a exprimir, naquele caso, diante das peculiaridades da situação concreta, a justiça material. Segurança jurídica não é, aí, algo que se contraponha à justiça; é ela própria justiça.<sup>69</sup>

Apesar da possibilidade de convalidação das ações praticadas pelo agente contratado sem concurso público, é imperioso destacar que essa conformidade restringe-se aos atos realizados pelo agente em favor de terceiros, ou seja, a condição funcional da pessoa contratada diretamente não restará consolidada, mas, de forma diversa, será inequivocamente nula. Nesse sentido é a determinação do art. 37, § 2º, da Constituição Federal, segundo a qual “a não observância do disposto nos incisos II [concurso público] e III [prazo de validade do certame] implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei”.<sup>70</sup> Através da análise do dispositivo supracitado, tem-se a plena vedação à convalidação da situação em comento. Outrossim, frise-se que nem mesmo a estabilização pelo decurso do tempo é

---

<sup>68</sup> SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica e o sistema de invalidade dos atos administrativos no direito brasileiro. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2007 (Currículo Permanente. Caderno de Direito Administrativo: módulo 2), p. 30-31.

<sup>69</sup> Ibidem, p. 8-9.

<sup>70</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 set. 2013.

possível quando da inexistência de concurso público para a investidura do agente.<sup>71</sup>

No entanto, ao agente putativo é conferido o direito à percepção da remuneração pelo trabalho prestado à Administração Pública (mesmo que declarada ilegítima a investidura), não havendo falar na devolução dos valores já percebidos a esse título, tendo em vista que não é permitido proporcionar ao Estado o seu enriquecimento sem causa.<sup>72</sup> Mas, a propósito, que remuneração é essa alcançada ao agente? Sabe-se que, no campo prático, em grande parte das contratações irregulares com o Estado, a remuneração dos agentes putativos é baseada em salário mínimo/hora, não sendo, obviamente, equivalente a dos servidores públicos formalmente investidos em cargos ou empregos.

Ainda, convém mencionar, pela sua importância ao presente estudo, a parte final do § 2º, do art. 37 da Constituição, a qual determina a punição da autoridade responsável pela contratação de pessoal sem concurso público. No campo prático, é efetivada a disposição mencionada? Após pesquisa doutrinária e jurisprudencial acerca do tema, foram encontradas apenas algumas medidas (em julgados de Tribunais Regionais e Superiores) visando à responsabilização do Estado pela inobservância do dever constitucional de prestação de concurso para a contratação de servidores. A título de exemplo, pode-se mencionar o Recurso Especial nº 1.243.356, no qual o Superior Tribunal de Justiça não conhece do recurso, confirmando a improbidade administrativa do Ex-Governador do Estado de São Paulo prolatada na origem, que permitiu a contratação direta de mais de duzentos e cinquenta servidores entre os anos de 1988 e 1994<sup>73</sup> e, ainda, decisão do Tribunal Regional do

---

<sup>71</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 21 ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013, p 283.

<sup>72</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 541.

<sup>73</sup> EMENTA. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CETESB. contratação de aproximadamente 250 funcionários sem concurso público. autorização do governador. ilegalidade. recurso especial. ausência de prequestionamento. No mérito, presença do nexó. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - REsp 1243356/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Rel. p/ Acórdão Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 06.08.2013, DJe 04/10/2013. Acesso em: 10 out. 2013.

Trabalho da 4ª Região que, reconhecendo a fraude aos ditames constitucionais, determinou expedição de ofício ao Ministério Público do Trabalho a fim de se apurar a responsabilidade da Administração Pública na admissão direta.<sup>74</sup>

Assim, em que pese algumas providências sejam tomadas contra a contratação sem concurso público, o certo é que essas medidas estão muito longe de serem eficientes para se conter a contratação direta pelos entes federativos, bem como para por em prática a punição à Administração.

Nesse contexto, conclui-se que, uma vez que a vinculação com o ente federativo em razão de contratação direta não é estatutária e tampouco possui caráter jurídico-administrativo, trata-se, em verdade, de relação de trabalho, sendo, portanto, matéria de competência da Justiça do Trabalho, a teor do art. 114, I da Constituição Federal.<sup>75</sup> Dessa feita, o Tribunal Superior do Trabalho cuidou da matéria na Súmula nº 363, a qual será objeto de análise pormenorizada no decorrer deste trabalho.

---

<sup>74</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Processo nº 0000202-84.2013.5.04.0292. Redator: Maria da Graça Ribeiro Centeno. Participaram do julgamento: Manuel Cid Jardon e Tânia Regina Silva Reckziegel. DJe 08.11.2013. Disponível no site [www.trt4.jus.br](http://www.trt4.jus.br). Acesso em: 11 nov. 2013.

<sup>75</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 set. 2013.

## 2. O TRABALHO IRREGULAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A APLICAÇÃO DA SÚMULA 363 DO TST

Até o momento, analisou-se a prestação de serviços, o serviço público, bem como o ingresso na Administração Pública, à luz do direito administrativo. Verificou-se, durante o estudo desses temas, que a regra geral é de que a investidura no serviço público dar-se-á através de concurso. No entanto, foi asseverado que, não obstante a determinação constante no art. 37, II, da Constituição Federal, há trabalhadores contratados diretamente pelos entes estatais, em flagrante dissonância aos preceitos da Constituição. O presente trabalho, no entanto, aprofundar-se-á no que toca à matéria trabalhista, com a pesquisa do impacto dessa relação no direito do trabalho.

Com efeito, foi visto que o art. 114, I, da Constituição estabelece a competência material da Justiça do Trabalho para apreciar os assuntos atinentes às relações de trabalho em sentido lato, ou seja, situações não apenas restritas ao contrato de emprego. Nesse sentido, é importante informar que, para o doutrinador Carlos Henrique Bezerra Leite, a relação de trabalho é “aquela que diz respeito a toda e qualquer atividade humana em que haja a prestação de trabalho [...] há, pois, a relação de trabalho pela presença de três elementos: o prestador do serviço, o trabalho (subordinado ou não) e o tomador do serviço.”<sup>76</sup>

Assim, foram postas sob a égide da Justiça Trabalhista também aquelas relações nas quais estão abrangidos os entes de direito público externo e interno em que não tenha sido firmado vínculo celetista (contrato de emprego).<sup>77</sup> Cumpre salientar que o inciso I do art. 114 foi introduzido na Constituição pela Emenda nº 45, de 30 de dezembro de 2004.

---

<sup>76</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 199.

<sup>77</sup> Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Ressalta-se que a Emenda Constitucional nº 45/2004, ampliou a competência da Justiça do Trabalho, que antes cuidava tão somente das hipóteses da relação de emprego, trabalho avulso e de pequenos empreiteiros (operários ou artífices), previstas no art. 652 da Consolidação das Leis do Trabalho.<sup>78</sup> Após o advento da Emenda, a Justiça Especializada trabalhista conquistou grande espaço entre o Poder Judiciário, podendo conhecer de assuntos relacionados às entidades públicas, excetuando-se os temas referentes aos servidores públicos estatutários e contratações de cunho jurídico-administrativo (prevista no art. 37, IX, da Constituição). Assim, quando se tratar de trabalhador contratado diretamente pela Administração pública – sem a prestação de concurso público – o pleito de eventuais verbas não pagas deverá ser analisado pela Justiça Trabalhista;<sup>79</sup> Já, na hipótese de contratação em razão de excepcional interesse público ou, ainda, de servidores estatutários, a competência para o julgamento da ação será da Justiça Comum (conforme determinou o STF em liminar concedida nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3395-6, proposta pela Associação dos Juízes Federais do Brasil - AJUFE).<sup>80</sup>

## 2.1. AS SÚMULAS DOS TRIBUNAIS E O PODER DE UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

As súmulas são sínteses “com orientação jurisprudencial de tribunal, para casos análogos, para facilitar o trabalho de advogado e dos tribunais, simplificando o julgamento.”<sup>81</sup> Melhor dizendo, as súmulas são o retrato da orientação jurisprudencial do Tribunal a que estão vinculadas. No ordenamento

---

<sup>78</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 679.

<sup>79</sup> Entendimento consolidado no Tribunal Superior do Trabalho.

<sup>80</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 11 ed. São Paulo: LTr, 2013.

<sup>81</sup> GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 8 ed. São Paulo: Rideel, 2006, p. 518.



jurídico pátrio, as súmulas têm previsão no art. 479, do Código de Processo Civil. Vejamos:

Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.<sup>82</sup>

O doutrinador Pedro Lenza, citando o Ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Victor Nunes Leal, informa que, em razão do princípio da igualdade, é recomendável que os julgamentos dos Tribunais possuam relativa estabilidade. Isso porque as pessoas alheias à ciência do direito não entendem a contrariedade dos julgamentos em um mesmo órgão jurisdicional. A população, portanto, almeja a segurança jurídica em relação às suas demandas.<sup>83</sup>

Assim, as súmulas têm o condão de determinar referências a serem seguidas tanto pelo próprio Tribunal que as elabora quanto pelos Tribunais inferiores a ele vinculados. Através de uma numeração atribuída aos precedentes jurisprudenciais consolidados na forma sumular, fixa-se o entendimento do Tribunal sobre as matérias de maior discussão e relevância no órgão, o que, indubitavelmente, abreviará o julgamento de situações análogas.<sup>84</sup>

Cumprido destacar, entretanto, que as súmulas jurisprudenciais como regra geral não possuem caráter vinculante, ou seja, não têm aplicação cogente. Não obstante, esses entendimentos consolidados apontam o caminho a ser seguido nos julgamentos dos processos, sendo denominados, dessa

---

<sup>82</sup> BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Planalto. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm)>. Acesso em 15 set. 2013

<sup>83</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 728.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 727.

forma, de súmulas persuasivas.<sup>85</sup> Dessarte, os reiterados julgados proferidos pelos Tribunais e firmados em súmulas, têm função informativa e até mesmo educativa – uma vez que servem de parâmetro de conhecimento do atual pensamento dos Tribunais que as proferem –, mas nunca obrigatória.<sup>86</sup>

A Súmula nº 363 do TST (objeto do presente trabalho) surgiu exatamente da forma com que concatenada na explanação supracitada. Após diversos processos semelhantes de agentes contratados pela Administração Pública sem concurso penderem de decisão no Tribunal Superior trabalhista, houve a necessidade de solidificar a jurisprudência desse órgão no intuito de influenciar no julgamento de ações com a mesma matéria. Convém salientar, por oportuno, que a síntese em comento é exemplo de súmula persuasiva, uma vez que não é capaz de obrigar ao julgador a sua aplicação ao caso concreto. Para melhor compreensão do que foi revelado, importa dar início à análise desse precedente jurisprudencial.

## 2.2 A SÚMULA Nº 363 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Como já esclarecido em momento anterior, a contratação de trabalhadores sem concurso público não é permitida pelo ordenamento jurídico pátrio, razão pela qual será nula. Nesse contexto, e, diante da imensidão de processos com o objeto de se resguardar o direito dos trabalhadores ajuizados no âmbito da Justiça Especializada Trabalhista, o Tribunal Superior do Trabalho editou, no ano de 2000, a Súmula nº 363.

A Súmula nº 363 do TST surgiu a partir da Resolução nº 97, de 11 de setembro de 2000. Tal resolução foi publicada após Sessão Extraordinária

---

<sup>85</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 730.

<sup>86</sup> ERICKSEN, LAURO. A estruturação das súmulas e precedentes no ordenamento jurídico brasileiro - The structure of courts decisions uniformization and the abridgment of law. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 37, p. 181-192, ago. 2013.

realizada pelo órgão Pleno do Tribunal que, a pedido da Comissão de Jurisprudência e de Precedentes Normativos no processo nº 548.785/99.2 TST-MA, editou o precedente nº 363, criando a referida Súmula.<sup>87</sup> Vejamos o texto original:

SÚMULA N.º 363. Contrato nulo. Efeitos.

A contratação de servidor público, após a Constituição Federal de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no seu art. 37, II, e § 2º, somente conferindo-lhe direito ao pagamento dos dias efetivamente trabalhados segundo a contraprestação pactuada.

Redação original - Res. 97/2000, DJ 18, 19 e 20.09.2000 - Republicada DJ 13, 16 e 17.10.2000 - Republicada DJ 10, 13 e 14.11.2000.<sup>88</sup>

Com a edição da Súmula nº 363, restou consolidado o entendimento adotado pelo TST no que concerne à matéria, tendo em vista que, na visão do Tribunal e dos precedentes jurisprudenciais que embasaram o Enunciado, o pagamento de todas as verbas trabalhistas ao trabalhador contratado sem concurso público fere frontalmente a Constituição Federal, no seu art. 37, II e § 2º. Assim, tendo em vista a necessidade de garantir ao agente uma condição mínima existencial e, por seu turno, evitar o enriquecimento ilícito da Administração Pública, foi assegurada àqueles contratados de forma direta a contraprestação na forma com que pactuada com o Poder Público.

Dois anos mais tarde, em Sessão Ordinária realizada pelo Tribunal Pleno no dia 04.04.2002, o TST criou a Resolução nº 111, a qual, em cumprimento à proposta nº 9385-2002-000-00-00-0 TST-MA, alterou a redação da Súmula nº 363 para acrescentar a necessidade de respeito ao salário mínimo/hora quando do pagamento dos valores devidos ao trabalhador:

Súmula alterada - Res. 111/2002, DJ 11, 12 e 15.04.2002

---

<sup>87</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Resolução nº 97, de 11 de setembro de 2000.** Disponível em: < <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/4330>>. Acesso em 15 set. 2013.

<sup>88</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, loc cit.

SÚMULA Nº 363. Contrato nulo. Efeitos.

A contratação de servidor público, após a Constituição de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no seu art. 37, II, e § 2º, somente conferindo-lhe direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, **respeitado o salário-mínimo/hora**. \*grifado.<sup>89</sup>

Veja-se que, a alteração efetuada no teor da Súmula nº 363 em 2002 pelo Tribunal Pleno, determinou o respeito ao salário mínimo/hora no pagamento da remuneração devida aos trabalhadores, sedimentando-se a jurisprudência da Justiça Trabalhista no tocante à matéria em conformidade com o art. 7º, IV da Carta Magna.

Por fim, diante da alteração da Lei nº 8.036/90, que regulamenta o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), ocorrida no ano de 2001, houve o acréscimo do art. 19-A, o qual prevê que “é devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, § 2º, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário.”<sup>90</sup> Assim, o TST passou a proferir suas decisões em consonância com o referido dispositivo, mas sem deixar de aplicar a Súmula nº 363. O teor da Súmula passou a ser o seguinte:

**SÚMULA Nº 363 DO TST. CONTRATO NULO. EFEITOS (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003**

A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, **respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS**.<sup>91</sup>

---

<sup>89</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Resolução nº 111, de 04 de abril de 2002**. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/4219>>. Acesso em 15 set. 2013.

<sup>90</sup> BRASIL. LEI nº 8.036, de 11 de maio de 1990. **Planalto**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8036consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8036consol.htm)>. Acesso em 15 set. 2013.

<sup>91</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 363**. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_351\\_400.html#SUM-363](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-363)>. Acesso em 15 set. 2013.

Cumprе salientar que a edição da Súmula em comento é anterior à Emenda Constitucional nº 45/2004, e, da época em que surgiu até o advento da referida Emenda, abrangia apenas determinados grupos de trabalhadores, que recorriam à Justiça do Trabalho pela existência de vínculo celetista (mesmo que irregular) com a Administração Pública. Após a ampliação da competência material da Justiça do Trabalho conferida pela Emenda nº 45, a totalidade de agentes contratados pelo Poder Público de forma direta passou a ter acesso à Justiça Especializada (por força da relação de trabalho), excetuados, obviamente, os casos de servidores públicos estatutários e dos agentes sob relação jurídico-administrativa,<sup>92</sup> contratados emergencialmente em razão de excepcional interesse público.

## 2.2.1 A nulidade prevista na Súmula nº 363 do TST e a relação de trabalho

Da análise da Súmula nº 363 do TST pelos operadores do direito, comumente surgem dúvidas com relação à sua aplicabilidade prática. Isso porque o entendimento consubstanciado na referida síntese não é suficientemente claro acerca da nulidade. A propósito, como se dará a nulidade da contratação? E o que ela abrangerá?

Vimos que o ingresso no serviço público dependerá de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos e que a não observância da determinação prevista no art. 37, II da Constituição Federal acarretará a nulidade da contratação. No entanto, também foi analisada anteriormente a possibilidade de manutenção dos atos praticados pelo agente putativo no exercício da função pública desde que não tenha causado prejuízo a terceiros. Poder-se-ia afirmar, portanto, com base nessas primeiras observações, que a nulidade da contratação direta não será absoluta, tendo em vista que ao menos atenderá à segurança jurídica dos administrados de boa-fé.

---

<sup>92</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 219.

No que tange à extensão da nulidade prevista na Súmula nº 363, existe constante divergência na doutrina e na jurisprudência: há o posicionamento, baseado nos ditames do direito constitucional e administrativo, que é incisivo em afirmar a plena nulidade da contratação sem concurso público por se tratar de violação direta ao preceito constitucional extraído da norma do art. 37, II da Carta Magna; por outro lado, há a corrente baseada no direito trabalhista, que reconhece o vício quanto à forma da relação de trabalho, mas afirma a sua nulidade relativa, que é constatada pelo fato da contratação irregular ter produzido efeitos no mundo jurídico (tal tese invoca como fundamentos os direitos assegurados aos trabalhadores no art. 7º da Constituição vigente).

Assim, já se podem considerar dois preceitos constitucionais potencialmente afetados com a aplicação da Súmula nº 363, quais sejam, o art. 37, II e § 2º (que dispõe sobre a Administração Pública) e o art. 7º (que assegura direitos aos trabalhadores urbanos e rurais, considerados em sentido lato). Tendo em vista que o primeiro posicionamento apontado é o tradicional, já tendo sido mencionado no decorrer do presente estudo, é interessante a análise da segunda corrente doutrinária e jurisprudencial, a qual reconhece direitos mínimos aos trabalhadores decorrentes da contratação direta.

Com efeito, a nulidade consiste no defeito ou vício que torna o ato nulo. Trata-se da “ineficácia total ou parcial do ato jurídico, a que falta formalidade ou solenidade que lhe é essencial. Pode ser absoluta ou relativa.”<sup>93</sup> No âmbito do direito trabalhista, “nulidade é a invalidação da existência e/ou dos efeitos jurídicos de um ato ou seu componente em virtude de se chocar com regra jurídica imperativa.”<sup>94</sup> Dessa forma, estar-se-á diante de uma nulidade sempre que o ato contiver defeito que lhe comprometa a validade. Nesse aspecto, os atos eivados de nulidade absoluta não podem ser ajustados a fim de se tornarem eficazes, pois se referem à questão de ordem pública, sendo que o

---

<sup>93</sup> GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 8 ed. São Paulo: Rideel, 2006, p. 423.

<sup>94</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 477.

vício pode ser declarado a qualquer tempo; já os atos dotados de nulidade relativa podem até mesmo ser convalidados, sanando-se, assim, o defeito.<sup>95</sup>

Destaca-se que a nulidade dos atos jurídicos está prevista no Código Civil, mais precisamente no seu art. 166. Vejamos:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:  
I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;  
II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;  
III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;  
IV - não revestir a forma prescrita em lei;  
V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;  
VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;  
VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.<sup>96</sup>

De acordo com Eduardo Gabriel Saad, os casos mais corriqueiros de invalidade do contrato de trabalho ocorrem com trabalhadores menores de 16 anos e nos casos de prestação de serviços à pessoa jurídica de direito público sem a devida submissão a concurso de provas ou de provas e títulos, previsto na Constituição.<sup>97</sup> O referido autor salienta ainda que, “em ambas as hipóteses, o salário do trabalho prestado deve ser pago, sob pena de admitir-se o enriquecimento ilícito do empregador.”<sup>98</sup>

A nulidade da contratação efetuada pela não observância do art. 37, II, da Constituição Federal decorre do preenchimento das hipóteses previstas no art. 166 do Código Civil, e, mais precisamente, do inciso IV, uma vez que a relação de trabalho não observou a forma prevista em lei para a sua ocorrência, razão pela qual não pode ser considerada válida. Assim, merece especial atenção o fato de que a invalidade do ato decorre de defeitos situados

---

<sup>95</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 477.

<sup>96</sup> BRASIL. **Código Civil**. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Planalto. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em 16 set. 2013.

<sup>97</sup> SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das Leis do Trabalho**: comentada. 42 ed. atual. rev. e ampl. Por José Eduardo Duarte Saad, Ana Maria Saad Castello Branco. São Paulo: LTr, 2009.

<sup>98</sup> SAAD, Eduardo Gabriel. loc.cit.

nos pressupostos de constituição da contratação direta.<sup>99</sup> Para a melhor compreensão da matéria, faz-se imprescindível a análise mais aprofundada do instituto do negócio jurídico.

#### 2.2.1.1 Plano de existência do negócio jurídico

Previamente, cumpre salientar que a teoria do fato jurídico, de acordo com a consagrada doutrina de Pontes de Miranda, divide o mundo jurídico em três planos, quais sejam, existência, validade e eficácia.<sup>100</sup> Merece especial atenção o fato de que os planos supracitados têm a suas próprias características e, por isso, não se confundem. A análise da teoria adotada por Pontes de Miranda para explicar a inserção de atos no mundo jurídico é de extrema relevância, uma vez que, de acordo com Lorenzetti, a importância de se analisar a existência do ato jurídico “decorre de que nem toda conduta humana produz conseqüências jurídicas”.<sup>101</sup>

Assim, conforme afirma Marcos Bernardes de Mello, quando sobre um fato incidir norma jurídica juridicizante, ocorrerá o ingresso do referido fato no mundo jurídico, fazendo com que, a partir de então, exista para o direito. Ademais, Mello ainda relata que “no plano da existência não se cogita de invalidade ou ineficácia do fato jurídico, importa, apenas, a realidade da existência”.<sup>102</sup> Dessa feita, quando o fato passa a existir juridicamente fala-se em ato jurídico, que, por sua vez, será dividido em ato jurídico em sentido estrito (atos naturais) e em negócio jurídico.<sup>103</sup>

No que concerne ao plano da existência e ao negócio jurídico, destaca-se a fundamental importância da manifestação de vontade das partes. A

---

<sup>99</sup> LORENZETTI, Ari Pedro. **As nulidades no direito do trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 30.

<sup>100</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 13 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 99.

<sup>101</sup> LORENZETTI, Ari Pedro, op. cit., p. 31.

<sup>102</sup> MELLO, Marcos Bernardes de, op. cit., p. 99.

<sup>103</sup> MELLO, Marcos Bernardes de, op. cit., p. 112.



vontade refere-se à “prevalência da intenção das partes sobre o sentido literal da linguagem”; <sup>104</sup> é a declaração da intenção das partes acerca do negócio jurídico. Pontes de Miranda relatou a importância da vontade para a existência do negócio jurídico, informando que “a manifestação de vontade é elemento essencial do suporte fático, que é o negócio; com a entrada desse no mundo jurídico, tem-se o negócio jurídico”. <sup>105</sup> O referido doutrinador aduz também que, inexistindo vontade, não haverá falar na existência do negócio jurídico. Vejamos:

a) A falta de vontade de negócio jurídico exclui a existência da declaração de vontade ou da manifestação de vontade (= ato a declarativo) para compor suporte fático do negócio jurídico: não há negócio jurídico. b) A falta de consciência da exteriorização da vontade de negócio jurídico exclui a existência da declaração de vontade, ou da atuação de vontade (= ato volitivo a declarativo) para compor suporte fático de negócio jurídico. [...]. Quando não há vontade, ou quando não há consciência da exteriorização da vontade, não há declaração de vontade, ou ato volitivo a declarativo que possa ser suporte fático de negócio jurídico.<sup>106</sup>

Sabe-se, contudo, que no direito do trabalho a autonomia da vontade resta mitigada, tendo em vista que, na maioria das vezes, o trabalhador não é livre para discutir as cláusulas contratuais com aquele que o emprega, mas pelo contrário, encontra o contrato já elaborado pelo empregador, cabendo-lhe acatar as condições nele preestabelecidas (a fim de que lhe seja assegurado o trabalho) ou, caso não haja a aceitação das condições pelo obreiro, a ele cumprirá demonstrar a sua insatisfação (hipótese em que, provavelmente, perderá a sua chance de trabalho, prejudicando-lhe a obtenção de renda, e, porque não dizer, de subsistência).

---

<sup>104</sup> LORENZETTI, Ari Pedro. **As nulidades no direito do trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 35.

<sup>105</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo III. Fatos Jurídicos: Negócios Jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova. E-book. p. 10. Acesso em 29 dez 2013.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 12.

### 2.2.1.2 Plano de validade do negócio jurídico

No que tange aos requisitos de validade do negócio jurídico, merece especial atenção o fato de que estão relacionados às qualidades a que devem ser revestidos os atos jurídicos para que lhes seja assegurada a validade. Os requisitos de validade estão elencados no Código Civil, a saber: capacidade das partes, licitude do objeto, forma prescrita ou não defesa em lei.<sup>107</sup>

No campo do direito do trabalho, para melhor elucidar a questão, é importante informar que a contratação pode ser existente sem que seja considerada regular. Dessa forma, a contratação válida é aquela que não contenha falhas na sua constituição.<sup>108</sup> Assim, dever-se-á analisar os requisitos de validade negócio a fim de se aferir acerca da sua regularidade.

Quanto à capacidade das partes, necessário é, previamente, entender quem são os sujeitos da relação jurídica: o trabalhador é a pessoa física que presta serviços de forma personalíssima ao contratante. O tomador dos serviços, por sua vez, é a pessoa natural, física ou jurídica, ou ainda, ente despersonalizado, ao qual o ordenamento jurídico confere direitos e obrigações trabalhistas.<sup>109</sup> As partes devem ter capacidade (requisito de validade), que está vinculada à aptidão para o exercício dos atos da vida civil. Maurício Godinho Delgado aponta que, na esfera trabalhista, a capacidade diz respeito à “aptidão reconhecida pelo Direito do Trabalho para o exercício de atos da vida laborativa”.<sup>110</sup>

---

<sup>107</sup> Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

BRASIL. **Código Civil**. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Planalto. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em 16 set. 2013.

<sup>108</sup> LORENZETTI, Ari Pedro. **As nulidades no direito do trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 41.

<sup>109</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 469.

<sup>110</sup> DELGADO, Maurício Godinho. loc. cit.

A capacidade de legitimação das partes é exigida para que seja formulado o negócio. Nesse diapasão, é importante salientar que não basta haver a capacidade de agir propriamente dita (como, por exemplo, a maioria), mas também precisa haver a legitimação decorrente da autorização específica para o exercício da atividade a ser desenvolvida.<sup>111</sup> Dessarte, mesmo que a pessoa tenha a capacidade para os atos da vida civil, pode estar impedida de realizar o negócio jurídico devido à falta de legitimação para tanto. Os sujeitos, assim, deverão ser capazes (regra geral) e também deverão deter legitimidade para promoverem a contratação. Caso inexista qualquer uma das circunstâncias supracitadas, o negócio restará viciado: existirá, mas será inválido.<sup>112</sup>

No tocante ao objeto do negócio, salienta-se a necessidade de que seja lícito, possível, determinado ou determinável. Aqui, importa frisar que, no âmbito do direito do trabalho, não obstante o objeto do negócio jurídico possua caráter econômico, o contrato de trabalho, por sua vez, analisado sob o viés do conteúdo, transcenderá a breve verificação das suas cláusulas, haja vista se tratar de pacto cujo objeto é o labor humano. Assim, asseverar-se-á que a contratação de trabalho implica um complexo de obrigações, com prestações passivas ou ativas.

Ainda quanto ao objeto, é de suma importância o estudo acerca da sua licitude. De acordo com Marcos Bernardes de Mello, a “licitude é o sinônimo de conformidade com o direito, portanto, não apenas com a lei, mas também com a moral, que está no cerne da juridicidade.”<sup>113</sup> Assim, da citação descrita acima se pode compreender que a ilicitude encontra-se justamente na contrariedade à lei. Delgado aduz que a ilicitude relaciona-se a algum tipo penal ou que concorra para ele.<sup>114</sup> Para o referido autor, no entanto, a ilicitude do ato não se confunde com uma possível irregularidade. Vejamos:

---

<sup>111</sup> LORENZETTI, Ari Pedro. **As nulidades no direito do trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 41.

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>113</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 4 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 34.

<sup>114</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 472.

Irregular é o trabalho que se realiza em desrespeito a norma imperativa vedatória do labor em certas circunstâncias ou envolvente de certos tipos de empregados. Embora um trabalho irregular possa também, concomitantemente, assumir caráter de conduta ilícita (exercício irregular da medicina, por exemplo), isso não necessariamente se verifica.

A doutrina e a jurisprudência tendem também a chamar o trabalho irregular de trabalho proibido, pela circunstância de ele importar em desrespeito a norma proibitiva expressa do Estado.

[...]

O Direito do Trabalho tende a conferir efeitos justralhistas plenos à prestação empregatícia de trabalho irregular (ou trabalho proibido) – desde que a irregularidade não se confunda também com um tipo legal criminal. A teoria justralhista de nulidades incide firmemente em tais situações, garantindo plenas conseqüências trabalhistas ao contrato maculado em seu objeto. Evidente que o reconhecimento dos efeitos trabalhistas não elimina a necessidade de determinar-se a correção do vício percebido ou extinguir-se o contrato, caso inviável semelhante correção.<sup>115</sup>

Dessa forma, sendo a contratação apenas irregular, poderá haver a sua correção a fim de que o negócio jurídico não perca a sua validade; caso isso não ocorra, deverá ser extinto o ato. Nesse sentido se orienta a doutrina de Lorenzetti, ao afirmar que “os atos jurídicos cujo objeto não se revista de tais qualidades [licitude, possibilidade e determinação] são considerados imprestáveis aos fins a que se destinavam”.<sup>116</sup>

Com relação à vontade, já foi visto que ela está vinculada à manifestação da intenção dos contratantes (plano da existência). No entanto, no que concerne ao plano da validade, é interessante salientar que deve ser observada a real intenção das partes, ou seja, o intuito de contratar no seu âmbito interior. Caso a declaração da vontade não seja compatível com a real intenção de algum dos contratantes, haverá falar em vício essencial do negócio jurídico. Na esfera do direito trabalhista, cumpre informar que, “quando a manifestação de vontade contrariar o que ocorreu na prática, é indispensável a invocação dos vícios de vontade”,<sup>117</sup> isso porque o direito do trabalho confere

---

<sup>115</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 472.

<sup>116</sup> LORENZETTI, Ari Pedro. **As nulidades no direito do trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 42.

<sup>117</sup> *Ibidem*. p. 43.

importância à realidade dos fatos, em detrimento das manifestações de vontade em seu aspecto formal.<sup>118</sup> Essa ação visa à promoção do equilíbrio entre as partes, considerando-se a disparidade econômica que rege a relação de trabalho.

Por fim, no que tange à forma, importa salientar que, no Direito, “é a instrumentalização mediante a qual um ato jurídico transparece; é, pois, a instrumentalização de transparência de um ato jurídico.”<sup>119</sup> Como regra geral, o negócio jurídico não dependerá de forma prevista em lei, tal como o disposto no art. 107 do Código Civil.<sup>120</sup> A princípio, essa idéia estende-se ao contrato de trabalho. Ocorre que, quando a legislação exigir forma determinada à contratação trabalhista, esta deverá ser observada sob pena de invalidade do negócio. Nessa esteira de pensamento está inserida a contratação direta com a Administração Pública, uma vez que inobserva a exigência da prestação de concurso público para a investidura no cargo ou emprego constante nos quadros funcionais do órgão contratante, prevista no art. 37, II, da Constituição Federal.

Com efeito, a irregularidade da prestação de serviços pode surgir pela não observância da forma exigida por lei ou pela preterição de solenidade essencial. Quanto à primeira situação, é importante informar que, nos casos em que a lei determina forma específica para a manifestação de vontade, ela passará a ser requisito necessário à validade do ato jurídico. De acordo com Lorenzetti, quando a forma depender de observância à lei, esta será convertida em elemento do suporte fático do negócio.<sup>121</sup> Quanto à segunda circunstância,

---

<sup>118</sup> Os vícios de vontade são os elencados no art.171 do Código Civil:

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

[...]

II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

BRASIL. **Código Civil**. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Planalto. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em 16 set. 2013.

<sup>119</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 473.

<sup>120</sup> Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

BRASIL. **Código Civil**. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Planalto. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em 16 set. 2013.

<sup>121</sup> LORENZETTI, Ari Pedro. **As nulidades no direito do trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 212.

deve-se prestar atenção previamente no conceito de solenidade. Lorenzetti explica que “a solenidade caracteriza-se pela colaboração ou assistência da autoridade pública na prática do ato, embora tal intervenção possa ser delegada a um particular.”<sup>122</sup> Visto por outro ângulo, a lei tem o condão de impor regras específicas à formalização da contratação, a fim de que seja dotado ao negócio jurídico maior segurança, além da garantia de seriedade e de maturidade decorrentes do cumprimento dessas exigências.<sup>123</sup>

Dessarte, diante da violação à forma prescrita em lei ou na hipótese de não observância à solenidade essencial prescrita no ordenamento jurídico, a invalidade do negócio é flagrante. É o que ocorre nos casos de contratação de trabalhadores sem a prestação de concurso público: o art. 37, II, da Constituição Federal determina a obrigatoriedade da submissão a concurso (forma prescrita em lei) de provas ou de provas e títulos para o ingresso no serviço público (solenidade essencial). Assim, a não observância dessa regra implica vício quanto à validade do ato da contratação.

### 2.2.1.3 Plano da eficácia do negócio jurídico

No que diz respeito à eficácia do negócio jurídico, cumpre salientar que o ato, mesmo que preencha adequadamente os requisitos atinentes à existência e, ainda, aos pressupostos de validade, poderá sofrer restrição quanto à eficácia, em caráter permanente ou transitório.<sup>124</sup> A existência e a validade, dessa forma, podem não ser suficientes para que o ato produza os efeitos a que se presta no mundo jurídico.

Destaca-se que a ineficácia não se confunde com a invalidade do ato jurídico, tendo em vista que esta se refere à falta de algum dos elementos essenciais constantes do negócio e, aquela, diz respeito às conseqüências

---

<sup>122</sup> LORENZETTI, Ari Pedro. **As nulidades no direito do trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 219.

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. 217.

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 47.

produzidas pelo ato no âmbito jurídico. De acordo com Lorenzetti, “enquanto o negócio jurídico válido é o que se reveste de todas as condições necessárias para se tornar apto produzir efeitos jurídicos que lhe são próprios, a eficácia representa a efetiva irradiação de tais efeitos.”<sup>125</sup> Assim, quando o ato for considerado nulo, conforme a teoria adotada pelo direito civil, não há falar em geração de efeitos decorrentes desse ato.

Ocorre que, quanto à nulidade dos atos, o Código Civil vigente assegura validade e, por conseguinte, relativa eficácia, àquelas circunstâncias em que não há possibilidade de retorno ao *status quo ante*. Nesses casos, a parte que agiu de boa-fé deverá ser indenizada pelo negócio jurídico ineficaz, tal como assegura o art. 182 da lei civil, ao dizer que “anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.”<sup>126</sup>

A doutrina do direito do trabalho, com relação à matéria acima exposta, posiciona-se a favor da aplicação da parte final do art. 182 do Código Civil às hipóteses de nulidade de contratação, por entender que não se pode restituir ao trabalhador os serviços já prestados àquele que o contratou. Nessa esteira de pensamento é o entendimento de Eduardo Gabriel Saad. Vejamos:

A teoria civilista das nulidades [regra geral] não é inteiramente aplicável aos contratos de trabalho. Embora este seja nulo, os efeitos da decisão são *ex nunc*. Se houve a prestação de trabalho e recebimento de salários, não é o empregado obrigado a restituir as importâncias recebidas e tem direito à remuneração não recebida pelo de trabalho já cumprido. Outra fosse a orientação, teríamos o enriquecimento ilícito do empregador.<sup>127</sup>

---

<sup>125</sup> LORENZETTI, Ari Pedro. **As nulidades no direito do trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 49.

<sup>126</sup> BRASIL. **Código Civil**. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Planalto. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em 16 set. 2013.

<sup>127</sup> SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das Leis do Trabalho**: comentada. 42 ed. atual. rev. e ampl. Por José Eduardo Duarte Saad, Ana Maria Saad Castello Branco. São Paulo: LTr, 2009, p. 497.

No mesmo sentido, e, mais precisamente quanto à nulidade resultante da contratação de trabalhadores sem concurso público, manifesta-se Lorenzetti:

A doutrina e a jurisprudência trabalhistas com freqüência confundem requisitos de validade com pressupostos de existência do contrato de trabalho. Diz-se, por exemplo, que é impossível o reconhecimento de vínculo de emprego quando o trabalhador não se submeteu a prévio concurso público, nos casos em que é exigido, ou que não se forma relação de emprego entre empresa que explora atividade criminosa e o obreiro. Se tais afirmações observassem o sentido técnico da linguagem jurídica, até que estariam corretas, uma vez que, se o contrato (causa) é nulo, não poderia gerar relações jurídicas (efeitos). Todavia, não é nesse sentido que são usadas as expressões “relação” ou “vínculo” de emprego, tomadas aí no sentido de negócio jurídico, isto é, de causa eficiente. Ora, o que define a existência do ato ou negócio jurídico é a presença de seus elementos constitutivos. Eventual vício de que estes padeçam não afeta a existência do contrato, repercutindo apenas em sua validade, aspectos que não devem ser confundidos. E se houve a prestação de trabalho, as conseqüências do labor prestado devem ser traçadas segundo as particularidades do contrato em que ele estava inserido, isto é, segundo as condições em que o trabalho foi executado.<sup>128</sup>

Ainda, convém apresentar o entendimento de Amauri Mascaro do Nascimento em relação à matéria, uma vez que ele aponta o trabalho como “energia gasta e irrestituível”. Ademais, o doutrinador vai além desse conceito, ao afirmar que “o trabalho e o ser que o exercita confundem-se de tal modo que ambos, num primeiro momento, são indissociáveis. Num segundo momento, o trabalho, dissociando-se do trabalhador, acopla-se ao produto do seu trabalho, nele inserindo-se.”<sup>129</sup> O referido jurista conclui a exposição do tema dizendo que, em razão dessa transferência da figura do trabalhador para o seu produto, é que não pode haver a restauração do *status quo ante*. Assim, os critérios a serem aplicados à relação de trabalho não poderão ser os

---

<sup>128</sup> LORENZETTI, Ari Pedro. **As nulidades no direito do trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 30.

<sup>129</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 629.



mesmos consagrados pelo direito comum, diga-se, regra geral do direito civil.<sup>130</sup>

Consoante o exposto no decorrer deste título, a observância de que a contratação com a Administração Pública percorre os planos da existência, da validade e da eficácia, é bastante importante para que se possa compreender onde está o vício da relação de emprego nula. Ao final do estudo, consegue-se perceber com clareza que a contratação direta existe para o mundo jurídico, sendo, por outro lado, inválida pela inobservância da forma (na qual está contido o dever de observância também à solenidade), mas, ainda, possuidora de relativa eficácia.

O que se visa a demonstrar no presente trabalho é justamente o aspecto da eficácia do ato de contratação direta. A discussão quanto à aplicação ou não da Súmula nº 363 do TST às relações de trabalho nulas se dá quanto à extensão da eficácia (produção de efeitos) da contratação realizada irregularmente pelo Poder Público. Explica-se: parece óbvio que, conforme a análise realizada, embora nulo o contrato, a força de trabalho prestada pela pessoa que laborou para a Administração sem prévia submissão a concurso não possa ser devolvida ao obreiro. Isso, por si só, já permite o entendimento de que a nulidade verificada na situação descrita não ocorre de pleno direito – consoante o posicionamento do TST –, mas, ao contrário, trata-se de caso especial de geração de efeitos.

A partir da ciência da geração de efeitos na contratação nula, permanece a dúvida acerca da suficiência da indenização prevista na Súmula nº 363 do TST a ser paga ao trabalhador como contraprestação da energia despendida em favor do Estado. Em tese, a referida súmula seria plausível, uma vez que estaria em consonância com a compensação prevista na parte final do art. 182 do Código Civil. Ocorre que, em contraposição, estão os direitos assegurados a todos trabalhadores, previstos no art. 7º, da Constituição Federal. Merece especial atenção o fato de que as prerrogativas

---

<sup>130</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 629.

elencadas na Carta Política aos trabalhadores são normas de ordem pública, razão pela qual a aplicabilidade da Súmula nº 363 do TST vem sendo discutida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, o que será demonstrado no próximo item.

### 2.2.2 Posicionamentos contrários à aplicação da Súmula nº 363 do TST

Não obstante o entendimento do TST com relação à contratação sem concurso público para o ingresso nos quadros da Administração Pública direta ou indireta exarada na Súmula nº 363, é crescente o descontentamento dos operadores do direito quanto à sua aplicabilidade nos casos concretos. O cerne da questão, conforme já visto, está no reconhecimento da extensão da eficácia da contratação nula e, por conseguinte, a indenização a ser paga ao trabalhador.

Inácio André de Oliveira, jurista brasileiro, afirma que a indenização apenas com o pagamento do salário pactuado e do FGTS, como determina a Súmula nº 363 do TST, não é suficiente como forma de contraprestação do trabalho realizado. Para ele, até mesmo deve ser reconhecido o direito ao recebimento das mesmas prestações devidas à relação de emprego, quando preenchidos os requisitos atinentes ao vínculo empregatício, uma vez que a contratação com a Administração pública é nula, mas, conforme já analisado anteriormente, existente. Assim, de acordo com o jurista, ao concluir no sentido de que aos trabalhadores cujo contrato tenha sido declarada a nulidade apenas são devidos os salários ajustados, pressupõe-se que o pagamento das verbas trabalhistas alcançadas aos empregados são feitas por “mera benesse”, sem se caracterizar contraprestação pela atividade desempenhada, com o que não se pode concordar.<sup>131</sup>

---

<sup>131</sup> OLIVEIRA, Inácio André de. A contratação de trabalhadores no âmbito da administração pública sem prévia aprovação em concurso público. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3341, 24 ago. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22483>>. Acesso em: 18 set. 2013.

No mesmo sentido, o juiz Guilherme Guimarães Feliciano, em artigo doutrinário, salienta que, à contratação com o Poder Público declarada nula, devem ser reconhecidos ao trabalhador de boa-fé todos as parcelas decorrentes da relação de emprego. Nesse aspecto, acrescenta que são devidos “o pagamento de horas normais e extraordinárias, o FGTS, os adicionais de remuneração, as contribuições sociais de empregador e inclusive as verbas resilitórias.”<sup>132</sup>

A jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho também tem manifestado discordância quanto à aplicação da Súmula nº 363 do TST. Apenas a título exemplificativo, merecem destaque as seguintes decisões:

TRT-PR-13-09-2011 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONTRATAÇÃO DE TRABALHADOR SEM SUBMISSÃO A CONCURSO PÚBLICO. CONTRATO NULO. EFEITOS. O art. 37, II, da CF, prevê a impossibilidade de contratação profissional pela Administração Pública sem prévia realização de concurso público, exigência que não diz respeito apenas à admissão no quadro de servidores efetivos da Administração Pública, mas, também, à contratação de empregados pelo regime da CLT. Trata-se de providência que visa assegurar a todo o universo de administrados que a ação do Estado será sempre impessoal. Por outro lado, as contratações, pela Administração Pública, em desrespeito ao dispositivo constitucional, produzem efeitos na esfera jurídica de sujeitos de boa-fé. Não se pode, com a declaração de nulidade, desprezar, pura e simplesmente, a ocorrência de prejuízos. É por essa razão que se determina o pagamento, a título de indenização, do valor equivalente às verbas que o trabalhador receberia, se não fosse nula a contratação, o que significa nada mais do que a conversão: a contratação, inválida, passa à categoria de ato gerador de prejuízo e que obriga a Administração a indenizar, o que é perfeitamente válido. Recurso a que se dá provimento para reconhecer que a trabalhadora faz jus a indenização correspondente a todas as verbas que seriam devidas caso houvesse contrato de trabalho regular.<sup>133</sup>

**EMENTA: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - CONTRATAÇÃO NULA.**  
Segundo a jurisprudência predominante, sendo nulo o contrato, ao

---

<sup>132</sup> FELICIANO, Guilherme Guimarães. Efeitos positivos dos contratos nulos de emprego público: distinguir o joio do trigo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1055, 22 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8451>>. Acesso em: 18 set. 2013.

<sup>133</sup> ESTADO DO PARANÁ – Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região – Recurso Ordinário nº00211-2009-666-09-00-0-ACO-37402-2011, Relator: Marlene T. Fuverki Suguimatsu, 2ª Turma, Data de Publicação: 13.09.2011. Decisão disponível no site [www.trt9.jus.br](http://www.trt9.jus.br). Acesso em 18 set. 2013.

trabalhador são assegurados os salários pactuados, em relação ao número de horas trabalhadas, e os valores referentes aos depósitos do FGTS. É neste sentido a Súmula n. 363 do TST. Contudo, esta solução não atende aos fundamentos e objetivos fundamentais da República e a finalidade da ordem econômica. A Constituição de 1988 inclui entre os fundamentos da república a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV), dispõe que constitui objetivo da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I) e estabelece a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna (art. 170, caput). A Constituição de 1988 dá, contudo, um passo adiante, posto que assegura aos trabalhadores um rol de direitos, aos quais reconhece, pela sua localização no texto constitucional, a natureza de direitos fundamentais (art. 7º). A conjugação dos arts. 1º, III e IV, 3º, I, 170 e 7º da Constituição permite afirmar que o constituinte de 1988 elegeu, no último artigo mencionado, os direitos sem os quais não estão presentes as condições materiais mínimas necessárias a uma vida digna para aqueles que vivem da venda da sua força de trabalho e a construção de uma sociedade verdadeiramente livre, justa e solidária. Observe-se que também quem presta serviços para a Administração Pública como servidor público tem condições a este mínimo material essencial a uma vida digna, como permite afirmar o art. 39 da Constituição, que estende aos servidores públicos vários dos direitos previstos no art. 7º da Constituição Federal (salário mínimo, décimo terceiro salário, adicional noturno, RSR, horas extras, férias anuais remuneradas, por exemplo). Esta solução se explica: quem presta serviços para a Administração Pública não pode ser despedido de sua dignidade humana. Em suma, existe um mínimo a partir do qual não é lícito retroceder. Considerada a questão sob este prisma, é lícito afirmar que, mesmo sendo nulo o contrato de trabalho firmado entre ente público e o trabalhador, a este devem ser assegurados os direitos que a Constituição da República considera o mínimo necessário para uma vida digna. O ente público contratante não pode ser beneficiado pela ilegalidade que perpetrou ao contratar empregado sem a prévia aprovação em concurso público. Sendo assim, ao trabalhador contratado sem concurso público deveriam reconhecidos os direitos elencados no art. 7º da Constituição da República. No entanto, não se pode olvidar que, assim como o ente público não pode tirar proveito da ilegalidade que cometeu, o trabalhador também não é isento de responsabilidade, vez que a ninguém é dado desconhecer que a Administração Pública somente pode contratar pessoal mediante concurso público. Neste contexto, os ônus da ilegalidade na contratação dos serviços devem ser divididos entre as partes, equitativamente. Anote-se que ao juiz é lícito adotar, em cada caso, a decisão que se lhe apresente mais equânime (art. 852-I da CLT). De outro lado, atribuir somente ao trabalhador os ônus da sua contratação irregular implicaria estabelecer excessiva desproporção entre a sua culpa e os efeitos do ato praticado por ele e pela reclamada, o que impõe seja reduzida equitativamente esta sua responsabilidade, com esteio na aplicação, por analogia, do disposto no art. 944, parágrafo único, do Código Civil. Ademais, à reclamada auferiria enriquecimento ilícito em razão da sua própria torpeza, visto que seria beneficiada pela prestação de serviços (lícita, vale mencionar), a custo mínimo (pagamento de salário e depósito do FGTS), observando-se que, fosse regular a contratação, estes mesmos serviços representariam, para a

contratante, o custo do respeito a todos os direitos de que trata do art. 7º da Constituição da República.<sup>134</sup>

EMENTA. RELAÇÃO DE EMPREGO. CONTRATO NULO GERADOR DE EFEITOS. APLICAÇÃO DA SÚMULA 363 DO TST. O vínculo empregatício se perfectibiliza por meio de um contrato-realidade. É antijurídica a exposição do trabalhador à exploração de sua mão-de-obra, em razão da má conduta da administração pública (art. 7º, XXX, c/c art. 37, § 6º, da CF/88). Prevalência do princípio constitucional da valorização do trabalho. Declaração de nulidade da contratação que produz efeitos ex nunc. Devidas as parcelas decorrentes do vínculo de emprego. Recurso não provido.<sup>135</sup>

Destaca-se, por oportuno ao debate, trecho do acórdão da ementa supracitada que reflete o entendimento do redator, desembargador José Felipe Ledur:

Contudo, a não-realização de concurso público não elimina a possibilidade de se reconhecer os efeitos do contrato de emprego declarado nulo. O vínculo empregatício se aperfeiçoa por meio de um contrato-realidade, sendo antijurídica a exploração da mão-de-obra dos trabalhadores em razão da má conduta da administração pública (art. 7º, XXX, c/c art. 37, § 6º, da CF/88). Por um lado, observa-se que foi desconsiderado o princípio/regra alusivo à realização de concurso para o ingresso na função pública (art. 37, II, da CF/88). Por outro, há o princípio da valorização social do trabalho que fundamenta a República Federativa do Brasil (art. 1º da CF/88) e a ordem econômica (art. 170 da CF/88). Diante do conflito de normas constitucionais que se verifica na espécie, prevalece o princípio constitucional da valorização social do trabalho, visto que fundamenta a própria República e a ordem econômica. De par com isso, a aplicação do princípio da proteção da confiança do cidadão no ordenamento importa devam ser reconhecidos efeitos ao vínculo de boa-fé.

---

<sup>134</sup> ESTADO DE MINAS GERAIS – Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – Recurso Ordinário nº 00852-2011-061-03-00-1. Data de Publicação: 23.02.2012; Órgão Julgador: Quarta Turma; Relator: Convocado Cleber Lucio de Almeida; Revisor: Maria Lucia Cardoso Magalhaes; Divulgação: 17.02.2012. DEJT. Página 70.

<sup>135</sup> ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região – Recurso Ordinário nº 0000654-05.2010.5.04.0291. Data: 11.04.2012. Origem: 1ª Vara do Trabalho de Sapucaia do Sul. Redator: José Felipe Ledur. Participam: Iris Lima de Moraes, George Achutti. Decisão disponível no site [www.trt9.jus.br](http://www.trt9.jus.br). Acesso em 18 set. 2013.

Dessa forma, resta indubitável o descontentamento doutrinário e jurisprudencial quanto à aplicabilidade da Súmula nº 363 do TST aos casos concretos, seja porque ela não assegura a totalidade dos direitos trabalhistas dos quais são credores os obreiros, seja porque acaba por propiciar o enriquecimento ilícito da Administração Pública.

Cumprе salientar que, de um ponto de vista protetivo ao princípio da valorização do trabalho, a Súmula nº 363 do TST concede, até mesmo, certo incentivo ao Poder Público a fim de que promova contratações sem a prestação de concurso público. Para melhor elucidar a questão, importa destacar que a contraprestação devida aos servidores públicos efetivos (estatutários ou celetistas), possui relevante custo ao erário, ao passo que o desempenho da atividade pública realizada por agentes putativos contratados diretamente, após descoberta e declarada nula, será remunerada na forma da Súmula nº 363 do TST, pagando-se ao trabalhador apenas os salários da forma pactuada e o FGTS.

A Súmula em comento, assim, possui texto bastante restritivo, acarretando prejuízo ao trabalhador.<sup>136</sup> Privilegiou-se, portanto, o ente público em detrimento da parte hipossuficiente, sendo que a contratação, nestes moldes, vai de encontro dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, o que não se pode admitir.

---

<sup>136</sup> KLIPPEL, Bruno. **Direito sumular esquematizado – TST**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 472.

### **3. OS EFEITOS DA SÚMULA 363 DO TST SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DOS TRABALHADORES**

Conforme já analisado no decorrer deste trabalho, o labor em favor da Administração Pública requer a utilização da forma prescrita em lei e a solenidade essencial para que seja considerado válido no mundo jurídico. No entanto, a contratação irregular resultante da ausência de concurso público, ainda que inválida, por se tratar de força de trabalho não restituível – situação distinta de um simples negócio jurídico – é geradora de efeitos, mesmo que reconhecidamente relativos.

A Súmula nº 363 do TST declara a nulidade das contratações celebradas de forma direta com o Poder Público, garantindo ao trabalhador o pagamento dos salários (horas trabalhadas) e dos depósitos de FGTS. O referido Tribunal Superior define as prestações supracitadas como devidas por entender que elas refletem um valor mínimo existencial para o trabalhador. Ocorre que, consoante já demonstrado no decorrer da apresentação do tema, o pagamento apenas das horas trabalhadas e dos depósitos de FGTS, alcançado aos obreiros que atuam na forma de agentes putativos, é manifestamente ínfimo se comparado à remuneração daquelas pessoas regularmente investidas em cargos ou empregos para a realização das mesmas atividades.

Diante da situação narrada acima, surge uma dúvida que certamente aflige muitos operadores do direito quando deparados com a concretização da contratação direta com o Estado: a aplicação da Súmula nº 363 do TST não acaba por rechaçar os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores narrados no texto constitucional?

A jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho nos Estados brasileiros, de modo geral, segue irrestritamente a orientação do TST, aplicando a Súmula nº 363 em seus julgados. O que fica evidente, no entanto, é o fato de que muitas dessas decisões sequer fazem a análise casuística das situações descritas, constando tão somente a fundamentação sob a forma de

cópia literal do entendimento consubstanciado na Súmula em comento.<sup>137</sup> Tais julgados, uma vez que traduzem mera reprodução do posicionamento do TST, não servem de paradigma ao debate. Conclui-se, portanto, que os magistrados acabam, por diversas vezes, contrariando o seu próprio entendimento e aplicando a Súmula nº 363 às suas sentenças e votos de acórdãos, visando a adiantar, assim, a decisão definitiva do processo, isso porque, mesmo que se entendesse de maneira diversa, em grau de recurso de revista certamente haveria reforma do julgamento prolatado pelo TST.

Nesse sentido, apenas para sanar eventuais dúvidas com relação ao poder da Súmula nº 363, vale reproduzir a ementa de acórdão do próprio TST, no qual o Ministro Maurício Godinho Delgado, não obstante discorde do entendimento consubstanciado na súmula, acaba optando pela sua aplicação ao caso concreto:

RECURSO DE REVISTA. CONTRATO NULO. AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. EFEITOS. SÚMULA 363/TST. A Dt. 6ª Turma, reconhecendo a nulidade de contratação por ausência de certame público, observa como efeitos da relação jurídica aqueles fixados nos termos expressos da Súmula 363/TST. Segundo esta jurisprudência dominante, a contratação de servidor público, após a CF/88, sem prévia aprovação em concurso, encontra óbice no art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS. **Ressalva do entendimento do Relator, que aplicaria mais amplamente a teoria especial trabalhista de nulidades.** Recurso de revista conhecido e provido. \* grifado.<sup>138</sup>

No entanto, contrariamente à jurisprudência dominante por imposição do TST, cresce o entendimento de doutrinadores e estudiosos que tem como objetivo a obtenção do reconhecimento dos direitos fundamentais dos

---

<sup>137</sup> Conclusão que se chegou conforme pesquisa de jurisprudência efetuada nos sites do TRT 4.(RS), TRT 1 (RJ). TRT 2 (São Paulo), TRT 3 (MG), TRT 5 (BA), TRT 12 (SC), TRT 9 (PR), TRT 15 (Campinas), TRT 16 (MA).

<sup>138</sup> BRASIL. Tribunal Superior Do Trabalho. Recurso de Revista nº 61900-35.2007.5.11.025, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 28.04.2010, 6ª Turma, Data de Publicação: 07.05.2010.



trabalhadores também àqueles que laborem irregularmente na Administração Pública. Frise-se: é necessário o reconhecimento dos direitos trabalhistas àqueles obreiros que, de boa-fé, firmaram contratos diretos de trabalho com qualquer ente federativo (direta ou indiretamente considerado). Pensar de forma contrária autoriza o Poder Público a efetuar tais contratações visando à lucratividade em detrimento do trabalho humano.

Dessa forma, para melhor compreensão da extensão dos efeitos da aplicabilidade da Súmula nº 363 do TST às relações de trabalho nulas, merece especial importância o estudo acerca do que abrange os direitos fundamentais e sociais dos trabalhadores. Ademais, é de grande relevo também a verificação da dissonância existente entre o art. 37, II, § 2º e dos Títulos I e II da Carta Constitucional, o que passará a ser analisado.

### 3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Os direitos fundamentais decorrem das manifestações sociais da população por melhores condições de vida, pela luta contra a omissão do poder estatal, pelo reconhecimento dos direitos dos seres humanos. José Afonso da Silva conceitua direitos fundamentais como “princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico”<sup>139</sup> e, ainda salienta que designam “no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele [ordenamento jurídico] concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”.<sup>140</sup> O autor, ainda, entende como melhor termo a expressão “direitos fundamentais do homem”.

Com efeito, é importante destacar que a evolução dos direitos fundamentais teve marco inicial e significativo nas declarações do século XVIII,

---

<sup>139</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 178.

<sup>140</sup> SILVA, José Afonso da. loc. cit.

quando a sociedade européia se contrapôs à monarquia absolutista, na qual vigia a estagnação social. Vale lembrar que a busca pelos direitos necessários à existência digna, teve, até mesmo, tentativa de obstrução pela igreja, haja vista que o pensamento cristão da época exaltava a tese de origem divina do poder, favorecendo-se, assim, a manutenção da sociedade estamental. Ocorre que, não obstante a forte influência da monarquia, bem como da igreja, crescia na população a tendência à expansão comercial e cultural.<sup>141</sup>

Ato contínuo, ainda no século XVIII, o surgimento da doutrina do direito natural (que trazia consigo ideais já traçados no século anterior), a qual se fundava na natureza racional do homem. O racionalismo sustentava a influência do poder político e do direito positivo em contraposição ao entendimento predominante até então, que era respaldado na idéia de divindade de um poder soberano.<sup>142</sup> Tal ideal originou importantes transformações no modelo de estruturação social existente, fazendo com que fossem reconhecidos os direitos da pessoa humana.

Através do pensamento iluminista, na França, houve a exaltação dos direitos de liberdade já reconhecidos na Inglaterra, e, mais uma vez, a doutrina racional emanou entre as manifestações da população. Aqui, ocorreu um aumento do culto aos direitos dos homens, em detrimento do comando irrestrito estatal. A filosofia iluminista deu maior enfoque à importância dos direitos individuais, acabando por não dar vazão aos direitos sociais.<sup>143</sup> Correspondem a esse pensamento individualista os pensadores Hobbes, Locke, Rousseau e Kant, sendo que, diante das reivindicações burguesas, foi dado início às primeiras Constituições escritas do ocidente.<sup>144</sup>

Com o desenvolvimento industrial, no final do século XVIII e começo do século XIX, a partir das manifestações dos trabalhadores em busca de melhores condições sociais, surgiu a necessidade de atenção à questão social e econômica dos indivíduos, dissociando-se da idéia individualista até então

---

<sup>141</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 174.

<sup>142</sup> SILVA, José Afonso da. loc. cit.

<sup>143</sup> SILVA, José Afonso da. loc. cit.

<sup>144</sup> SANTOS JÚNIOR, Rubens Fernando Clamer dos. **A eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2010, p. 27.

consolidada. Para melhor elucidar a questão, destaca-se que a evolução maquinária e o surgimento das indústrias, acarretaram na desvalorização do trabalho exercido pelos operários, tendo em vista que a produção de mercadorias, antes manufatureira, nesse momento ocorria em grande escala, de forma que cada trabalhador desempenhasse apenas uma atividade na cadeia produtiva. A revolução industrial, portanto, acarretou na intensiva desvalorização do trabalho humano.

Karl Marx, filósofo alemão e reconhecido revolucionário dos ideais socialistas e de comunismo, relatou, em sua consagrada obra *O Capital*, o que a desvalorização do trabalho humano após a revolução industrial significara, informando que “o capital faz o operário trabalhar, não com a ferramenta manual, mas com a máquina que maneja seus próprios instrumentos”.<sup>145</sup> Ademais, parte da referida obra dedica-se ao apontamento das conseqüências trazidas pela revolução industrial para os trabalhadores, tais como a apropriação dos capitalistas sobre a força de trabalho suplementar (de mulheres e crianças),<sup>146</sup> o prolongamento da jornada de trabalho,<sup>147</sup> e, ainda, a intensificação da jornada laborativa.<sup>148</sup>

Diante das razões expostas, conclui-se que a revolução industrial contribuiu, e muito, para que se pensasse em melhores condições de trabalho àquelas pessoas submetidas ao labor rigoroso das fábricas. Merece especial atenção o fato de que as conseqüências do desrespeito ao ser humano, ao ser inferiorizado perante a máquina, não se restringem às três situações apontadas na obra de Marx; questões acerca da privação dos trabalhadores aos seus direitos, à saúde ou à educação, por exemplo, fizeram com que a revolução industrial desse ensejo à revolta social por melhores condições de trabalho.

No século XX, por sua vez, os direitos fundamentais sociais surgiram com a Constituição Mexicana (1917) e, logo após, com a Constituição de Weimar (1919), sendo que essa última foi a pioneira no reconhecimento do

---

<sup>145</sup> MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política. 18 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, p. 443.

<sup>146</sup> Ibidem, p. 451.

<sup>147</sup> Ibidem, p. 463.

<sup>148</sup> Ibidem, p. 467-468.

constitucionalismo social, pois, até então, as Constituições haviam apenas mencionado os direitos sociais. É importante salientar que a Carta Política de Weimar estabeleceu um rol de direitos sociais.<sup>149</sup> No entanto, a referida Constituição acabou fracassando, uma vez que os direitos sociais exigem a atuação do Estado para propiciarem o alcance dessas vantagens à população e, de outra banda, havia juristas que não quiseram se comprometer com as questões sociais, utilizando-se de direitos subjetivos. A Constituição de Weimar até hoje serve como parâmetro para o constitucionalismo social.<sup>150</sup>

No Brasil, os direitos sociais dos trabalhadores começaram a ser reconhecidos em 1919, quando da publicação da Lei nº 3.724, a qual dispusera sobre as primeiras regras de proteção aos obreiros frente aos acidentes de trabalho. Em 1943, houve a consolidação das legislações trabalhistas até então esparsas, surgindo a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). No campo constitucional, a Carta Política de 1934 foi a primeira a positivar os direitos sociais, mas, no entanto, com caráter estritamente trabalhista, sem aceção fundamental.<sup>151</sup>

Já, no que tange aos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, é importante destacar que, no Brasil, eles só foram efetivamente consagrados na Constituição Federal de 1988. Conforme leciona Flávia Piovesan, a Constituição de 1988 promoveu a ruptura do período da ditadura militar que comandava o país desde 1964, fazendo surgir um novo Estado Democrático de Direito. A Constituição exaltou a dignidade humana, colocando-a como fundamento (consubstanciado no seu art. 1º, III), servindo como núcleo basilar de todo o ordenamento jurídico pátrio.<sup>152</sup>

Ademais, cumpre salientar que a Constituição brasileira vigente é a primeira Constituição do país a asseverar os direitos sociais como direitos fundamentais, tendo aplicabilidade imediata. Flávia Piovesan relata ainda que, na intenção de proteger de forma consistente os direitos fundamentais, a

---

<sup>149</sup> LEDUR, José Felipe. **Introdução ao direito social**. Jun. 2012. Notas de aula.

<sup>150</sup> LEDUR, José Felipe. loc. cit.

<sup>151</sup> LEDUR, José Felipe. loc. cit.

<sup>152</sup> PIOVESAN, Flávia. Justicibilidade dos direitos sociais econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes, CORREIA, Marcus Orione Gonçalves, CORREIA, Érica Paula Barcha (org). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 54.

Constituição de 1988 consagra como cláusula pétrea os direitos e garantias individuais. Outrossim, a autora relata que, levando-se em consideração a dignidade da pessoa humana, a indivisibilidade dos direitos humanos, a vedação ao retrocesso social e os demais princípios fundamentais constantes no texto constitucional, chega-se à conclusão de que a cláusula pétrea apontada acima também abarca os direitos sociais, haja vista a sua essencialidade.<sup>153</sup>

Dessa forma, evidentes foram os avanços no ordenamento jurídico brasileiro após o advento da Constituição de 1988 no que concerne aos direitos fundamentais sociais. Nesse sentido, Flávia Piovesan constata que:

Desde o processo de democratização do País e em particular a partir da Constituição Federal de 1988, os mais importantes tratados internacionais de proteção dos direitos humanos foram ratificados pelo Brasil, destacando-se, no âmbito dos direitos sociais e econômicos, a ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em 1992 e o Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, em 1996.

Além dos significativos avanços decorrentes da incorporação, pelo Estado brasileiro, da normatividade internacional de proteção dos direitos humanos, o pós-1988 apresenta a mais vasta produção normativa de direitos humanos de toda a história legislativa brasileira. A maior parte das normas de proteção aos direitos humanos foi elaborada após a Constituição de 1988, em sua decorrência e sob a sua inspiração.

A Constituição Federal de 1988 celebra, desse modo, a reinvenção do marco jurídico-normativo brasileiro no campo da proteção dos direitos humanos, em especial dos direitos sociais e econômicos.<sup>154</sup>

Assim, os direitos fundamentais possuem um tratamento distinto na Constituição Federal vigente, tendo em vista que servem, juntamente com os princípios fundamentais elencados no Título I (que são referenciais hermenêuticos para a integralidade do sistema jurídico), como sistemas que

---

<sup>153</sup> PIOVESAN, Flávia. *Justiciabilidade dos direitos sociais econômicos: desafios e perspectivas*. In: CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes, CORREIA, Marcus Orione Gonçalves, CORREIA, Érica Paula Barcha (org). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 56.

<sup>154</sup> *Ibidem*, p. 56-57.

visam à implementação da democracia social.<sup>155</sup> Com efeito, as diretrizes elencadas no Título I da Carta Política, tais como objetivos, fundamentos e princípios que regem as relações internacionais, estão posicionadas no início do texto constitucional justamente porque tem como cunho precípua a influência sobre todo o ordenamento jurídico pátrio. Cumpre reiterar, portanto, que os princípios fundamentais, juntamente com os direitos fundamentais, “formam o núcleo essencial da Constituição.”<sup>156</sup>

Os direitos fundamentais sociais, portanto, abrangem uma totalidade de garantias a prestações positivas aos indivíduos, sendo considerados, pela maioria da doutrina, como normas de aplicabilidade imediata, em razão da sua indiscutível importância no sistema jurídico. Nesse sentido, os direitos básicos à vida digna devem ser assegurados aos trabalhadores. O Estado, ainda que proíba o excesso de prestações, rege-se também pelo preceito da proibição da não-suficiência.<sup>157</sup>

### 3.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é princípio fundamental brasileiro, estando insculpido no art. 1º, III, da Constituição Federal.<sup>158</sup> De acordo José Felipe Ledur, do ponto de vista da filosofia, trata-se do “valor da consciência de ser e do ser (consciência ontológica) e da conseqüente capacidade de agir e

---

<sup>155</sup> SANTOS JÚNIOR, Rubens Fernando Clamer dos. **A eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2010, p. 34.

<sup>156</sup> Ibidem, p. 39.

<sup>157</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 77.

<sup>158</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>.

Acesso em: 01 out.2013.

de incidir livremente no mundo exterior, sob imperativo categórico”.<sup>159</sup> José Afonso da Silva também conceitua a dignidade da pessoa humana, informando que “é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.<sup>160</sup> A dignidade da pessoa humana, portanto, é reconhecida como a referência constitucional para todos os direitos fundamentais.

A designação “pessoa humana”, contida na idéia de dignidade, visa a destacar que a norma constitucional abrangerá apenas aos homens e mulheres, que detém personalidade, não sendo estendida, portanto, aos demais seres vivos.<sup>161</sup> Ademais, cumpre salientar que, consoante destaca José Afonso da Silva, a dignidade da pessoa humana tem como objetivo à ampliação da valoração dos indivíduos e, por seu turno, não se limita ao reconhecimento dos direitos individuais, referindo-se, outrossim, aos direitos sociais.<sup>162</sup> Nesse contexto, deve ser mencionado que a dignidade da pessoa humana está expressamente demonstrada na Constituição de 1988, quando determina a existência digna de todos como finalidade principal da ordem econômica (art. 170), quando classifica a justiça social como objetivo da ordem social (art. 193), quando assegura o acesso à educação, o desenvolvimento da pessoa e o seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205).<sup>163</sup>

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana reflete o valor que se atribui ao ser humano. Esse valor é resultante de manifestações, tanto individuais quanto coletivas, contrárias à exposição da pessoa a situações degradantes. Destaca-se que, nesse ínterim, o Estado e a sociedade devem estar atentos à ocorrência de circunstâncias que vão de encontro à vida digna. Como leciona Ledur: “há que privilegiar a promoção em face da repressão, a prevenção ante o remédio.”<sup>164</sup>

---

<sup>159</sup> LEDUR, José Felipe. **A realização do direito ao trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 90.

<sup>160</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 105.

<sup>161</sup> LEDUR, José Felipe, op. cit., p. 90.

<sup>162</sup> SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 105.

<sup>163</sup> SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 105.

<sup>164</sup> LEDUR, José Felipe, op. cit., p. 92-93.

No que concerne ao direito do trabalho, convém informar que a dignidade resta prejudicada quando o trabalho humano não for valorizado.<sup>165</sup> Explica-se: o direito ao trabalho e, por conseguinte, à remuneração equivalente à energia despendida pelo obreiro em prol do empregador, é a condição mínima aceitável para que se possa considerar um trabalho digno. Dessa forma, a remuneração deve ser capaz de prover a sobrevivência, o sustento do trabalhador. Pensar de forma diversa é se posicionar em dissonância dos preceitos exarados na Constituição.

Com efeito, e, voltando ao objeto do presente trabalho, a Súmula nº 363 do TST, ao estender os efeitos da contratação nula – resultante do trabalho na Administração Pública sem concurso público – ao pagamento apenas das horas trabalhadas e do FGTS, certamente encontra óbice no princípio da dignidade da pessoa humana. O desrespeito ao reconhecimento dos direitos mínimos à existência digna, tais como a remuneração compatível com as atividades desenvolvidas, o direito ao descanso anual (férias) ou, ainda, a desconsideração de maior contraprestação àqueles trabalhadores expostos à insalubridade ou periculosidade, encontra óbice nos direitos fundamentais expostos na Constituição.

A Súmula nº 363 do TST, portanto, está apta a punir apenas ao trabalhador, que muitas vezes sequer possui conhecimento acerca da nulidade da prestação dos seus serviços e das conseqüências negativas desse labor. O direito social ao trabalho (consubstanciado no art. 6º) deve ser exaltado, haja vista que confere dignidade ao ser humano, fazendo com que sejam criadas melhores condições de vida não apenas para o trabalhador, mas também para toda a sociedade.<sup>166</sup>

---

<sup>165</sup> LEDUR, José Felipe. **A realização do direito ao trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 95.

<sup>166</sup> *Ibidem*, p. 98.



### 3.1.2 Princípio da valorização social do trabalho

A valorização social do trabalho também é princípio fundamental constante na Constituição Federal (art. 1º, IV).<sup>167</sup> Conforme já relatado, o referido princípio é, outrossim, a finalidade da ordem econômica (tal como exposto no art. 170, caput do mesmo texto).

Rafael da Silva Marques, citando o doutrinador francês Lafayette Josué Petter, afirma que o trabalho é a valorização da pessoa humana, e “o exercício de uma profissão pode e deve conduzir ao alcance de uma vocação do homem.”<sup>168</sup> O trabalho se trata, portanto, de elemento necessário ao alcance da dignidade humana. Marques ainda relata que:

Valorizar o trabalho humano, alçar ele ao local em que deveria, sempre, ter permanecido, é buscar o pleno emprego, aumentando as ofertas de trabalho a quem tem qualificação e qualificar quem tem menos qualificação, buscar a segurança de quem trabalha e dar dignidade no momento do exercício de seu mister, não exigindo trabalho em condições penosas ou perigosas e eliminando a insalubridade. Valorizar, de fato, o trabalho humano é diminuir consideravelmente a alienação, extinguir as horas extraordinárias e colocar o ser humano, homem trabalhador, como fim em si mesmo e não como meio a que o capital atinja seu fim.<sup>169</sup>

Dessarte, com base nas razões expostas, verifica-se que o trabalho humano deve ser valorizado, até mesmo porque o princípio da valorização

---

<sup>167</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 01 out.2013.

<sup>168</sup> PETTER, Lafayette Josué. apud MARQUES, Rafael da Silva. **Valor social do trabalho, na ordem econômica na Constituição Brasileira de 1988**. 2006. 181 fl. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2006, p. 126.

<sup>169</sup> Ibidem, p. 127.

social do trabalho está intimamente entrelaçado com o princípio da dignidade da pessoa humana. O valor que se deve atribuir ao trabalho (sendo princípio fundamental e, ao mesmo tempo, fundamento da ordem econômica) visa à gradativa diminuição das desigualdades no nosso país.<sup>170</sup>

Analisando-se o grau de importância do princípio da valorização social do trabalho, vale concluir que, no que tange à Súmula nº 363 do TST, é flagrante a incompatibilidade do entendimento do Tribunal Superior Trabalhista com este direito fundamental. Isso porque a súmula em comento não exalta o valor do trabalho humano, mas, pelo contrário, coloca-o abaixo do princípio da supremacia do interesse público (que não se trata de princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro). Assim, verifica-se que a Súmula nº 363 viola o direito à imputação de valor ao trabalho humano.

### 3.1.3 Direito à igualdade

A palavra igualdade pode ser definida como a “semelhança total, identidade, perfeita equivalência”<sup>171</sup>, sendo que o princípio da igualdade refere-se à “identidade de condições para todos, com os mesmos direitos e deveres”.<sup>172</sup> O estudo acerca do direito à igualdade não é recente, existindo desde os primórdios da vida em sociedade.

Aristóteles aprofundou o estudo da igualdade conjuntamente com o de justiça, afirmando que justo é tratar a todos com igualdade. No entanto, esse critério de justiça não é absoluto, uma vez que, quando houver relação entre desiguais, não se deve adotar tratamento igualitário, mas, ao contrário, deve-se

---

<sup>170</sup> MARQUES, Rafael da Silva. **Valor social do trabalho, na ordem econômica na Constituição Brasileira de 1988**. 2006. 181 fl. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2006, p. 126, p. 132.

<sup>171</sup> GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 8 ed. São Paulo: Rideel, 2006, p. 350.

<sup>172</sup> GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri, loc cit.

reconhecer a desigualdade, procedendo a tratamentos distintos.<sup>173</sup> A reflexão aristotélica acerca do direito à igualdade está relacionada, portanto, ao seu conceito de justiça distributiva (repartição de bens e riqueza entre os membros de uma sociedade), pois, aqui, a igualdade será proporcional a situação de cada cidadão.<sup>174</sup>

A igualdade, conforme aduz José Afonso da Silva, “constitui o signo fundamental da democracia.”<sup>175</sup> Trata-se do modo justo de se viver em sociedade. Robert Alexy, por sua vez, explica que o dever de igualdade implica na obrigação de aplicação da norma jurídica a todos, não devendo ser aplicada quando não satisfizer a isonomia social.<sup>176</sup>

O direito de igualdade encontra respaldo no art. 5º, caput, da Constituição Federal.<sup>177</sup> É importante enfatizar que a igualdade exige do legislador um tratamento igual a todos. Entretanto, merece especial atenção o fato de que nem sempre o legislador poderá exigir a igualdade a todos os indivíduos, haja vista a existência das inúmeras diferenças humanas. Assim, de acordo com a doutrina de Alexy, “o igual deve ser tratado igualmente; o desigual, desigualmente” não como uma exigência dirigida à forma lógica das normas, mas como uma exigência dirigida ao seu conteúdo”, sendo, portanto, um dever material de igualdade.<sup>178</sup> Cumpre salientar que a igualdade material

---

<sup>173</sup> NICZ, Alvacir Alfredo. O Princípio da Igualdade e sua significação no estado democrático de direito. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 82, nov 2010. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8420&revista\\_caderno=9](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8420&revista_caderno=9)>. Acesso em 29 dez 2013.

<sup>174</sup> BARZOTTO, Luiz Fernando. Justiça Social - Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. In: **Revista Jurídica Virtual**. Presidência da República Federativa do Brasil. Vol. 5, n. 48, mai. 2003. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_48/artigos/ART\\_LUIS.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm)>. Acesso em 29 dez 2013.

<sup>175</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 213.

<sup>176</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. [Trad.: Vírgilio Afonso da Silva] São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 394.

<sup>177</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 01 out.2013.

<sup>178</sup> ALEXY, Robert, op. cit., p. 398-399.

leva à valoração correta das circunstâncias, fazendo com que seja correta, racional ou, ainda, justa.<sup>179</sup>

Assim, é necessário compreender que o direito de igualdade visa à vedação de tratamento diferenciado a situações iguais. A Súmula nº 363 do TST, no entanto, deixa de considerar que o trabalho realizado pelo agente putativo é o mesmo que realizado pelo agente regularmente investido em cargo ou emprego público. Dessa forma, embora a forma de contratação de agentes seja diversa – tendo em vista o contrato de trabalho irregular – na situação abarcada pela Súmula nº 363 há a prestação do mesmo trabalho dos demais agentes públicos, razão pela qual deve ser garantido igual salário ou, pelo menos, o atendimento dos direitos trabalhistas elencados no art. 7º, da Constituição Federal.

#### 3.1.4 Direito à proteção

Os direitos à proteção podem ser conceituados como “direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros”.<sup>180</sup> Alexy destaca que a proteção dos direitos não se restringe apenas à vida e à saúde, mas também a todos direitos fundamentais.<sup>181</sup>

A proteção, no âmbito do direito constitucional, refere-se ao abrigo que possuem os direitos fundamentais, assegurado pelo sistema jurídico constitucional vigente, haja vista a importância conferida a esses direitos.<sup>182</sup> De acordo com Rubens Fernando Clamer dos Santos Júnior, “essa proteção é

---

<sup>179</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. [Trad.: Vírgilio Afonso da Silva] São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 400.

<sup>180</sup> Ibidem, p. 450.

<sup>181</sup> ALEXY, Robert. loc. cit.

<sup>182</sup> SANTOS JÚNIOR, Rubens Fernando Clamer dos. **A eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2010, p. 69.

necessária a fim de que esses direitos [fundamentais] sejam garantidos e preservados na ordem constitucional.”<sup>183</sup>

É importante destacar, por oportuno, que o princípio da proteção visa a proporcionar segurança jurídica às pessoas titulares dos direitos fundamentais. Dessarte, compete ao Estado assegurar o exercício de tais prerrogativas, protegendo os indivíduos contra situações de ameaça aos direitos que lhes são fundamentais. Nesse sentido leciona Federico A. Castillo Blanco, jurista espanhol, o qual defende que a finalidade do Estado é proporcionar a segurança jurídica dos indivíduos. Ademais, o referido autor sustenta que:

La seguridad jurídica permite, em poucas palabras, el progreso y el bienestar social, pero además garantiza y es expresión del sometimiento a la ley y al Derecho de los poderes públicos que ya no van a poder operar al margen y con desconocimiento de las reglas y normas previamente fijadas. Sin seguridad jurídica, podríamos decir para acabar la idea, puede resultar una quimera hablar con propiedad de Estado de Derecho.<sup>184</sup>

Com relação ao âmbito trabalhista, salienta-se que o princípio da proteção é visto como “o mais importante e fundamental para a construção, interpretação e aplicação do Direito do Trabalho.”<sup>185</sup> Trata-se do princípio mais abrangente do direito laboral e consiste em conferir ao pólo mais fraco da relação laboral (trabalhador) uma superioridade jurídica capaz de lhe garantir mecanismos destinados a permitir a defesa efetiva de seus direitos.

Destaca-se que nas relações de emprego sempre existe o conflito entre o detentor dos meios de produção (o empregador) e o detentor da mão de obra (empregado), e essa relação entre as partes, naturalmente, é desequilibrada em função do poder econômico dos empregadores. Maurício Godinho Delgado

---

<sup>183</sup> SANTOS JÚNIOR, Rubens Fernando Clamer dos. **A eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2010, p. 69.

<sup>184</sup> BLANCO. Federico A. Castillo. **La protección de confianza em el derecho administrativo**. Madrid, Barcelona: Ediciones Jurídicas y sociales S.A., 1998.

<sup>185</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3 ed. rev. e atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 117.

ressalta que o princípio da proteção atinge todos os segmentos do direito individual do trabalho, “influindo na própria perspectiva desse ramo ao construir-se, desenvolver-se e atuar como direito”.<sup>186</sup>

O princípio da proteção, portanto, visa a proporcionar uma “forma de compensar a superioridade econômica do empregador em relação ao empregado, dando a este último superioridade jurídica”.<sup>187</sup> Assim, haja vista a grandiosidade do princípio da proteção, houve o seu desmembramento em três subprincípios, quais sejam, o princípio da norma mais favorável, o princípio da condição mais benéfica e, por fim, o princípio do *in dubio pro operario*. No entanto, não serão objeto de análise da presente monografia os subprincípios da proteção, por se tratar de matéria estritamente trabalhista, fugindo do objeto do presente trabalho.

No que toca à aplicação da Súmula nº 363 do TST aos contratos de trabalho com a Administração Pública declarados nulos, merece especial atenção o fato de que a súmula novamente parece esquecer ou simplesmente não abordar a necessidade de proteção ao trabalhador ante a uma relação de trabalho. Frise-se, aqui, que grande parte dos trabalhadores contratados pelo Poder Público sem a observação das exigências contidas no art. 37, II e § 2º, da Constituição Federal, sequer tem ciência de que, ao término do pacto laboral, não lhe serão garantidos nem mesmo os seus direitos fundamentais.

Assim, novamente fica claro que a Súmula nº 363 do Tribunal Superior Trabalhista possui um conteúdo protetivo sim, mas não ao trabalhador – hipossuficiente, carente no negócio jurídico – e sim, em prol das entidades federativas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), sejam elas pertencentes à Administração direta ou indireta. O direito à proteção como direito fundamental e, ainda, o princípio da proteção no direito do trabalho, restam violados pela jurisprudência pacífica do Tribunal Superior do Trabalho, fato com o qual não se pode concordar.

---

<sup>186</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 183.

<sup>187</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 61.

### 3.1.5 Vedação ao retrocesso social

De acordo com o que já foi exposto no decorrer do presente trabalho, os direitos fundamentais devem ser protegidos para que seus titulares possam gozar da segurança jurídica que lhes é devida. O Estado, por seu turno, deve reconhecer os direitos fundamentais sociais já conquistados pela população, protegendo-os em lugar de esvaziar sua força normativa.

Assim, o retrocesso é a supressão ou diminuição dos direitos a prestações sociais.<sup>188</sup> Nesse diapasão, tanto a doutrina quanto a jurisprudência brasileira, visando à manutenção das condições sociais já estabelecidas, vêm ampliando a interpretação protetiva dos direitos fundamentais, proibindo as formas de retrocesso social. Isso ocorre porque existe, de fato, o retorno a um estado pré-existente quando os benefícios sociais são retirados da população. Ocorre que, como é cediço, o retrocesso social não se compatibiliza com o Estado Democrático de Direito, que prioriza a justiça social, instrumento para o alcance do Bem-Estar Social.

Com relação ao tema, salienta-se que a vedação ao retrocesso social não atinge apenas as relações privadas, mas também as relações de particulares com o Poder Público. Aqui, vale transcrever o entendimento de Rubens Fernando Clamer dos Santos Júnior sobre a matéria:

A proibição do retrocesso vem a ser a possibilidade jurídica de se obstaculizar ou de se fiscalizar o Poder Público (não apenas o Poder Legislativo) para impedir o retrocesso em relação aos direitos fundamentais garantidos na ordem constitucional. Essa vedação guarda relação com a segurança jurídica, que também deve ser garantida, embora não se possam confundir. *Rodolfo Arango*, ao trazer a experiência, inclusive jurisprudencial, da Colômbia, informa que a corte constitucional considera o princípio da progressividade dos direitos sociais como limitação da liberdade legislativa em matéria

---

<sup>188</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição do retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes (org). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 76.

de direitos sociais. Alcançando um determinado nível de proteção, em princípio todo retrocesso está proibido.<sup>189</sup>

Dessarte, quando ocorrer a diminuição ou supressão de algum dos direitos fundamentais assegurados no texto constitucional, estar-se-á diante do retrocesso social, o que não se pode admitir. A vedação ao retrocesso, assim, é um mecanismo que visa à efetividade constitucional.

Frise-se, portanto, que a vedação do retrocesso trata-se de um princípio constitucional implícito,<sup>190</sup> que tem como função principal a proibição da diminuição ou supressão dos direitos fundamentais. No entanto, deve ser informado que o princípio em comento não é absoluto, não sendo obrigatória a sua aplicabilidade irrestrita, mas àquelas situações de precarização dos direitos fundamentais já assegurados aos indivíduos.

Com base no que foi exposto, resta indubitável que a aplicação da Súmula nº 363 do TST infringe a proibição do retrocesso social, tendo em vista que tem por fim função eminentemente contrária, qual seja, a instauração do “status quo ante” através da declaração da nulidade da contratação com a Administração Pública. Apenas a título exemplificativo, convém destacar que o referido entendimento sumulado pelo Tribunal Superior Trabalhista retira do trabalhador os direitos fundamentais básicos decorrentes da relação de trabalho, insculpidos no art. 7º, da Constituição de 1988.

### 3.1.6 Direitos dos trabalhadores (art. 7º, da Constituição Federal)

Os direitos assegurados no art. 7º da Constituição Federal não se restringem aos empregados regidos pela CLT, mas a todos os trabalhadores.

---

<sup>189</sup> SANTOS JÚNIOR, Rubens Fernando Clamer dos. **A eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2010, p. 76.

<sup>190</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição do retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes (org). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 109.



Dessa forma, os direitos trabalhistas constantes no referido artigo são aplicados para empregados, para empregados públicos e, ainda, aos trabalhadores avulsos. Os empregados domésticos também são contemplados pelo art. 7º, mas seus direitos são ainda um pouco restritos, descritos no parágrafo único.

Com efeito, merece especial atenção que o rol de direitos dos trabalhadores elencados no art. 7º é exemplificativo, tendo em vista que o caput do artigo em análise expõe expressamente que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.”<sup>191</sup> Para José Afonso da Silva, as normas que definem os direitos trabalhistas, sejam elas dotadas de eficácia imediata ou mediata, “importam em obrigações estatais no sentido de proporcionar aos trabalhadores os direitos assegurados e programados. Toda atuação em outro sentido infringe-as.”<sup>192</sup>

Pois bem. Verifica-se que novamente a Súmula nº 363 do TST colide com norma constitucional. Conforme bem relatou José Afonso da Silva, as ações estatais que visam ao descumprimento de quaisquer dos direitos previamente estabelecidos no rol do art. 7º, da Constituição Federal estarão violando esses direitos. Nesse sentido, importa destacar que os direitos previstos no referido artigo são fundamentais a uma existência digna e devem se fazer presentes na contraprestação do agente contratado irregularmente pela Administração Pública.

---

<sup>191</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 01 out 2013.

<sup>192</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

### 3.2 A SÚMULA Nº 363 DO TST: DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS X ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Conforme já analisado no presente trabalho, o labor, no âmbito do Poder Público, sem a prestação de concurso de provas ou de provas e títulos encontra óbice no art. 37, II e § 2º, da Constituição Federal. Assim, a relação de trabalho estabelecida da forma acima descrita será declarada nula, com o pagamento apenas das prestações pactuadas e dos depósitos de FGTS, a teor da Súmula nº 363 do TST. Foi visto também, em contrapartida, que a força de trabalho humana não pode ser nulificada de forma absoluta, recebendo, portanto, a contratação nula, efeitos “ex nunc”. Ainda, foi realizado o estudo acerca dos direitos fundamentais sociais assegurados pela Constituição Federal e a nítida essencialidade de tais direitos para uma existência digna.

Dessa forma, temos um visível conflito de interesses constantes na Constituição Federal de 1988: de um lado, há o trabalhador, amplamente amparado pelos princípios e direitos fundamentais; de outro lado, porém, há o princípio da supremacia do interesse público, também de grande relevo constitucional. Nesse aspecto, Laura Campos, magistrada vinculada ao Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região, bem expõe a colisão. Vejamos:

Faz-se um parêntese para diferenciar os princípios constitucionais que por ora serão analisados.

O princípio da valorização do trabalho (art. 1º, IV da CF) traz uma carga axiológica permeada pela busca da dignidade da pessoa humana, *in casu*, dignidade humana do trabalhador. Assim, se irrompe a conclusão do referido princípio, uma vez que somente por meio do trabalho o homem garante a sua subsistência e o crescimento do país.

Já o princípio da acessibilidade e do concurso público (art. 37, II da CF) visou, de um lado, ensejar a todos uma igual oportunidade de disputar a cargos ou empregos na Administração Pública e, de outro, propôs-se a impedir o ingresso sem o concurso público e obstar que o servidor sem a devida habilitação para o cargo viesse a compor os quadros da Administração. Assim, verifica-se que no princípio em comento se encontra implícito em outro princípio, qual seja, o da igualdade material, haja vista que os concursos públicos

devem dispensar tratamento impessoal e igualitário aos interessados.<sup>193</sup>

Assim, é imprescindível a ciência de que ambas as disposições constitucionais referem-se a princípios do Estado brasileiro. Nesse diapasão, cumpre salientar que, diante da colisão de princípios existentes no ordenamento jurídico, e, no caso em tela, no mesmo texto (Constituição), deve-se atentar para uma solução que vise a prestigiar ambos os princípios, não podendo ser afastado nenhum deles. No entanto, há também a obrigação de se proceder à análise da importância fática dos princípios conflitantes, a fim de se aferir, mediante ponderação, qual deles deve prevalecer no caso concreto.

No que tange à aplicação da Súmula nº 363 do TST, não obstante sua conclusão acerca da nulidade da contratação parecer até mesmo correta num primeiro momento, uma vez que a desobediência ao art. 37, II, da Constituição Federal – que é determinante no sentido de não reconhecer como válido o serviço público prestado sem a prévia submissão do agente a concurso –, não se pode concordar com a parte final da súmula em comento, pois ela agride os direitos fundamentais também previstos na Constituição. Ademais, a partir do estudo realizado no decorrer dessa monografia, fica clara a prevalência dos direitos fundamentais sociais sobre o restante do texto constante na Norma Fundamental. Conforme já foi visto, os princípios e direitos dos Títulos I e II foram conscientemente colocados à frente dos demais direitos e deveres expostos na Carta, a fim de se demonstrar a sua importância e, por conseguinte, o seu dever de observância sobre todas as demais normas. Nesse sentido é o entendimento de Inácio André de Oliveira, em artigo sobre o tema:

A necessidade de compatibilização dos interesses da administração com o respeito aos direitos dos trabalhadores decorre, já de plano, do paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, expressamente consagrado no art. 1.º, caput, da Constituição Federal de 1988. Esse paradigma impõe que o valor máximo a ser

---

<sup>193</sup> CAMPOS, Laura. Súmula 363 do TST: uma ponderação de interesses. In: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região**. Jan-Dez/2007, p. 62.

protegido pelo Estado é a pessoa humana e os seus direitos fundamentais, ainda que às custas da imposição de limites à atuação do próprio Estado. Por conseguinte, o exercício do poder estatal e a defesa dos interesses da administração somente podem ir até o ponto em que não agridem os direitos fundamentais do ser humano. Tal imposição é explícita no art. 1.º, III, da Constituição Federal, que erige como um dos fundamentos do Estado brasileiro a dignidade da pessoa humana.<sup>194</sup>

Dessarte, tendo em vista que temos na Constituição Federal princípios e direitos fundamentais e, considerando-se ainda a dignidade da pessoa humana e a valorização social do trabalho como fundamentos da República Federativa do Brasil, é contraditório admitir que os interesses estatais possam se sobrepor aos direitos fundamentais assegurados aos trabalhadores. Assim, o correto é a ponderação de interesses e a aplicação da proporcionalidade à sumula em discussão. A defesa dos interesses da Administração Pública precisa estar compatibilizada com as garantias fundamentais dos indivíduos, não se podendo restringir os direitos dos trabalhadores ao recebimento das contraprestações pactuadas e do FGTS.<sup>195</sup>

Com efeito, diante da colisão de princípios constitucionais, dever-se-á observar a relação de cada um na ordem jurídica, no intuito de se constatar o grau de importância no contexto constitucional e fazer as ponderações necessárias à correta aplicação nas situações concretas. Feito isso, é de fácil conclusão o fato de que o princípio da supremacia do interesse público, no caso da Súmula nº 363 do TST deve ser considerado em consonância com os princípios e direitos fundamentais assegurados aos trabalhadores. Assim, a necessidade de revisão da Súmula nº 363 é de essencial importância, uma vez que não faz o juízo de ponderação e proporcionalidade entre os princípios já discutidos.

---

<sup>194</sup> OLIVEIRA, Inácio André de. A contratação de trabalhadores no âmbito da administração pública sem prévia aprovação em concurso público. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3341, 24 ago. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22483>>. Acesso em: 18 set. 2013.

<sup>195</sup> OLIVEIRA, Inácio André de. loc.cit.

### 3.3 NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO DA SÚMULA Nº 363 DO TST

Afirmou-se, no decorrer da presente monografia, que o serviço público deve ser realizado por pessoas com aptidão para exercê-lo, fazendo-se prova dessa condição através da realização de concurso público. Foi objeto de análise também o fato de que a não observância do art. 37, II, da Constituição Federal gera a nulidade relativa da relação de trabalho havida entre o trabalhador e o Estado, conforme a aplicação da Súmula nº 363 do TST.<sup>196</sup> No entanto, verificou-se, por intermédio de aprofundada análise, que a força de trabalho humana confere efeitos à relação nula e que, ademais, trata-se de direito fundamental social de notória importância no texto constitucional.

A Súmula nº 363 do TST, ao contrário do que se espera de um posicionamento exarado por um Tribunal Superior Trabalhista, acabou por exaltar o princípio da supremacia do interesse público em detrimento dos direitos fundamentais assegurados aos trabalhadores nos Títulos I e II da Constituição Federal, com o que não se pode anuir. Para que seja considerada válida, a referida súmula deve ao menos atender à ponderação dos princípios, considerando a Constituição em seu conjunto a fim de promover também a valorização do trabalho humano e a dignidade da pessoa humana, alicerces dos direitos fundamentais sociais.

Ademais, já foi visto que a utilização da força de trabalho humana não se trata de um mero negócio jurídico, o qual pode ser nulificado com retorno ao estado anterior (em que não haja direitos ou obrigações entre os contratantes), pois não há como se devolver a energia gasta pelo trabalhador na prestação de uma atividade. Dessa forma, a rigor, boa parte da doutrina e da jurisprudência

---

<sup>196</sup> SÚMULA Nº 363 DO TST. CONTRATO NULO. EFEITOS (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 363**. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_351\\_400.html#SUM-363](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-363)>. Acesso em 02 out. 2013.

juslaboralista afirma a possibilidade de, mesmo nas contratações nulas por ausência de concurso público, reconhecer-se a totalidade dos direitos trabalhistas assegurados não só pela Constituição Federal, como também pela CLT, tendo em vista que, na maioria das hipóteses, a espécie de relação com o Poder Público é de cunho empregatício.<sup>197</sup>

No entanto, de acordo com as disposições salientadas no título anterior, o serviço público não se iguala à prestação de trabalho no âmbito privado. A CLT, portanto, possui importante fundamento às relações empregatícias, mas, entretanto, acaba por não se compatibilizar com a situação da contratação direta com o Poder Público. Isso ocorre porque, tal como já relatado, ao trabalho irregular na Administração Pública deverá haver o juízo de ponderação entre os princípios constitucionais da supremacia do interesse público e dos princípios e direitos fundamentais assegurados aos trabalhadores no início do texto constitucional. A aplicação da CLT, no caso em tela, faria com que a balança do direito protegesse apenas ao trabalhador na relação de trabalho nula.

Com efeito, a Súmula nº 363 do TST merece alteração, pois o texto atual da súmula não garante aos trabalhadores nem mesmo os seus direitos fundamentais passíveis de propiciar uma existência digna. Frise-se que além dos ditames constitucionais atinentes à dignidade da pessoa humana e da valorização social do trabalho, devem ser assegurados aos trabalhadores também os demais princípios fundamentais (igualdade, proteção, vedação ao retrocesso social) e, ainda, aqueles constantes no art. 7º, da Constituição. Dessarte, embora a relação de trabalho seja considerada nula, o reconhecimento dos direitos dos trabalhadores expostos no texto constitucional é medida que se impõe.

Pensar de forma diversa da exposta acima implica no favorecimento ao enriquecimento ilícito do ente estatal, que, na prática, acaba por contratar diretamente seus agentes com plena ciência da proibição dessa conduta, uma vez que, com o perdão da expressão, “só tem a ganhar” com essa atitude.

---

<sup>197</sup> Ver jurisprudência acostada nas fls. 50-52 do presente trabalho.

Nesse ínterim, vale destacar que, apenas a título exemplificativo, em determinados Municípios, nem mesmo a ameaça de responsabilização do ente público constante no art. 37, § 2º da Constituição e a Lei nº 8.429/92 (que regula as hipóteses de improbidade administrativa) são capazes de coibir a contratação irregular sem concurso público realizada pelo ente, até mesmo porque dificilmente haverá denúncia aos órgãos fiscalizatórios. A Súmula nº 363 do TST, portanto, induz à contratação da força de trabalho a baixo custo.

Dessa forma, como ponto final, precisa ser destacado que ainda se tem muito a percorrer do ponto de vista jurisprudencial para que sejam alcançados os direitos mínimos àquelas relações de trabalho com o Poder Público declaradas nulas. Isso ocorre em virtude da aplicação da Súmula nº 363 do TST irrestritamente pelos Tribunais Regionais do Trabalho, numa submissão duvidosa ao entendimento do Tribunal Superior Trabalhista. Será que os magistrados concordam com o posicionamento do TST ou simplesmente o aplicam no intuito de tornar céleres os seus próprios julgados?

A alteração da Súmula nº 363 com o fim de se contemplar também os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores apenas se viabilizará através de mudanças na jurisprudência dos Tribunais Regionais dos Estados. O entendimento dos Tribunais deve levar em consideração a importância de se produzir uma solução efetivamente justa ao caso concreto, através da interpretação da Constituição como uma unidade. Assim, a relação de trabalho permanecerá sendo nula, pois não pode haver contratação de agentes sem concurso público, mas, quando essa ocorrer, serão ao menos assegurados aos trabalhadores os seus direitos previstos na Constituição Federal.

Por fim, vale lembrar que as súmulas não vinculam o operador do direito à sua aplicabilidade, mas apenas servem de parâmetro à solução dos conflitos. A não aplicação da Súmula nº 363 do TST aos julgamentos nos Tribunais Regionais, em 1º e 2º graus, poderá fazer com que, gradativamente, o Tribunal Superior do Trabalho entenda a importância do reconhecimento dos princípios e direitos fundamentais sociais também nas hipóteses da relação de trabalho nula.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme amplamente abordado na presente monografia, o Brasil assumiu a forma federativa de Estado para a sua organização o que, por conseguinte, confere autonomia a todos os entes que compõem a Federação. Assim, União, Estados, Distrito Federal e Municípios gozam de autonomia financeira, política e administrativa no âmbito de suas respectivas competências. O serviço público, por sua vez, é efetuado pela Administração Pública de cada entidade federativa, abrangendo as atividades que, devido à importância para a coletividade, são realizadas pelo Poder Público com ou sem caráter exclusivo.

Com efeito, o serviço público é realizado pelos agentes, que prestam suas atividades no âmbito da Administração Pública direta e indireta, sendo que a contratação dessas pessoas será realizada através de concurso público de provas ou de provas e títulos, o que irá depender da complexidade do cargo, emprego ou função a que se destina o serviço público, a teor do art. 37, II, da Constituição Federal. No entanto, é corriqueira a contratação direta de trabalhadores pela Administração Pública sem a prestação de concurso.

No campo da Justiça Especializada do Trabalho, foi visto que a problemática da relação de trabalho em desrespeito ao art. 37, II, da Constituição é solucionada nos moldes da Súmula nº 363 do TST, a qual visa à declaração da nulidade da contratação havida entre o trabalhador e o Estado. Nesse diapasão, foi analisada a teoria das nulidades com as hipóteses de existência, validade e eficácia do negócio jurídico e se chegou à conclusão de que a relação com o Poder Público é existente, mas, em contrapartida, inválida, uma vez que inobserva a forma e a solenidade essenciais previstas em lei (prestação e aprovação em concurso público). Não obstante a invalidade da relação trabalhista, foi constatado que ela é geradora de efeitos, tendo em vista que não se trata de mero negócio jurídico, mas sim de trabalho humano, que não pode ser absolutamente nulo ou tornado sem efeito.



Assim, uma vez que a contratação direta com a Administração Pública produz efeitos, e que, portanto, o reconhecimento da extensão da eficácia da contratação nula deve ser levado em consideração quando do pagamento da indenização ao trabalhador, foi salientado o entendimento de alguns doutrinadores e magistrados contrários à aplicação da Súmula nº 363 do TST, tendo em vista o seu texto bastante restritivo que, na realidade, visa ao prejuízo do trabalhador.

A fim de melhor elucidar a questão, procedeu-se ao estudo dos efeitos da aplicação da Súmula nº 363 do TST aos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, sendo que previamente foi abordada a questão atinente aos princípios e direitos fundamentais sociais propriamente ditos, com a observância do seu conceito e evolução no mundo jurídico até a atualidade. Dessarte, foi visto que a dignidade da pessoa humana e a valorização social do trabalho são fundamentos constitucionais, basilares da Constituição como um todo.

No decorrer do presente trabalho, por conseguinte, foram analisados os demais direitos fundamentais sociais dos trabalhadores e a importância de se observar tais garantias para a solução da relação de trabalho diretamente firmada com o Estado. A Súmula nº 363 do TST seguramente é dissonante também dos princípios da igualdade, da proteção, da vedação ao retrocesso social e daqueles direitos dos trabalhadores previstos no art. 7º do texto constitucional.

Por fim, chegou-se à conclusão de que, tendo em vista a colisão dos princípios da supremacia do interesse público com os princípios e direitos fundamentais sociais, é imperiosa a interpretação de acordo com a ponderação de interesses, de forma a não deixar de se aplicar nenhum dos princípios, contemplando a todos eles. Assim, o reconhecimento ao menos dos direitos dos trabalhadores insculpidos no art. 7º da Constituição é medida que se impõe, sendo necessária a alteração da Súmula nº 363 do TST para ampliar o rol dos direitos assegurados diante da contratação declarada nula, o que deve partir de entendimento consolidado dos Tribunais Regionais do Trabalho.

## REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Vitor; COUTIS, Cristian. **Direitos sociais são exigíveis**. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 21 ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. [Trad.: Vírgilio Afonso da Silva] São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BARZOTTO, Luiz Fernando. Justiça Social - Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. In: **Revista Jurídica Virtual**. Presidência da República Federativa do Brasil. Vol. 5, n. 48, mai. 2003. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_48/artigos/ART\\_LUIS.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm)>. Acesso em 29 dez 2013.

BELTRAN, Ari Possidônio. **Direito do trabalho e direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2002.

BLANCO, Federico A. Castillo. **La protección de confianza em el derecho administrativo**. Madrid, Barcelona: Ediciones Jurídicas y sociales S.A., 1998.

BRASIL. **Consolidação das Leis do trabalho**. Decreto-Lei N.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Planalto. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)>. Acesso em 16 set. 2013

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 16 set. 2013.

\_\_\_\_\_. **Código Civil**. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Planalto. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em 16 set. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Resolução nº 97, de 11 de setembro de 2000**. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/4330>>. Acesso em 15 set. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Resolução nº 111, de 04 de abril de 2002**. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/4219>>. Acesso em 15 set. 2013.

\_\_\_\_\_. LEI nº 8.036, de 11 de maio de 1990. **Planalto**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8036consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8036consol.htm)>. Acesso em 15 set. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Resolução n. 121, de 28 de outubro de 2003**. Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 19 nov. 2003. Seção 1, p. 394. Republicado no Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 nov. 2003. Seção 1, p. 450. Republicado no Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 nov. 2003. Seção 1, p. 458. Republicado no Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 nov. 2003. Seção 1, p. 363.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 363**. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_351\\_400.html#SUM-363](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-363)>. Acesso em 15 set. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 13**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula\\_001\\_032](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula_001_032)>. Acesso em 15 set. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.395-6. Requerente: Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE) e Associação dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES). Requerido: Congresso Nacional. Relator: Cezar Peluso. Brasília, 10 nov. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390700>> Acesso em 10 set. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça - REsp 1243356/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Rel. p/ Acórdão Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 06/08/2013, DJe 04.10.2013. Acesso em: 10 out. 2013.

CAMINO, Carmen. **Autonomia da vontade no direito do trabalho (do chão da fábrica ao serviço público)**. 2011. 120 fls. Tese (Doutorado em Direito) Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

CAMPOS, Laura. Súmula 363 do TST: uma ponderação de interesses. In: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região**. Jan-Dez/2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3 ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1982.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ERICKSEN, LAURO. A estruturação das súmulas e precedentes no ordenamento jurídico brasileiro - The structure of courts decisions uniformization and the abridgment of law. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 37, p. 181-192, ago. 2013.

ESTADO DE MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – Recurso Ordinário nº 00852-2011-061-03-00-1. Data de Publicação: 23/02/2012; Órgão Julgador: Quarta Turma; Relator: Convocado Cleber Lucio de Almeida; Revisor: Maria Lucia Cardoso Magalhaes; Divulgação: 17.02.2012. DEJT. Página 70.

ESTADO DO PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região – Recurso Ordinário nº00211-2009-666-09-00-0-ACO-37402-2011, Relator: Marlene T. Fuverki Suguimatsu, 2ª Turma, Data de Publicação: 13.09.2011. Decisão disponível no site [www.trt9.jus.br](http://www.trt9.jus.br). Acesso em 18 set. 2013.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região – Recurso Ordinário nº 0000654-05.2010.5.04.0291. Data: 11.04.2012. Origem: 1ª Vara do Trabalho de Sapucaia do Sul. Redator: José Felipe Ledur. Participam: Iris Lima de Moraes, George Achutti. Decisão disponível no site [www.trt9.jus.br](http://www.trt9.jus.br). Acesso em 18 set. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Processo nº 0000202-84.2013.5.04.0292. Redator: Maria da Graça Ribeiro Centeno. Participaram do julgamento: Manuel Cid Jardon e Tânia Regina Silva Reckziegel. DJe 08.11.2013. Disponível no site [www.trt4.jus.br](http://www.trt4.jus.br). Acesso em: 11 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Temas de Direitos Fundamentais e de Direito Processual**: reflexões dos grupos de estudo da Escola Judicial do TRT da 4ª Região / Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Porto Alegre: HS Editora, 2010.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Efeitos positivos dos contratos nulos de emprego público: distinguir o joio do trigo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1055, 22 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8451>>. Acesso em: 18 set. 2013.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 8 ed. São Paulo: Rideel, 2006.

KLIPPEL, Bruno. **Direito sumular esquematizado – TST**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LEDUR, José Felipe. **A realização do direito ao trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao direito social**. Jun. 2012. Notas de aula.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2010.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito processual do trabalho**. 11 ed. São Paulo: LTr, 2013.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

LORENZETTI, Ari Pedro. **As nulidades no direito do trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2010.

MARQUES, Rafael da Silva. **Valor social do trabalho, na ordem econômica na Constituição Brasileira de 1988**. 2006. 181 fl. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 4 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 13 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo III. Fatos Jurídicos: Negócios Jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova. E-book. p. 10. Acesso em 29 dez 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Salário: conceito e proteção**. São Paulo: LTr, 2008.

NICZ, Alvacir Alfredo. O Princípio da Igualdade e sua significação no estado democrático de direito. **In: Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 82, nov 2010. Disponível em:  
<[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8420&revista\\_caderno=9](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8420&revista_caderno=9)>. Acesso em 29 dez 2013.

OLIVEIRA, Inácio André de. A contratação de trabalhadores no âmbito da administração pública sem prévia aprovação em concurso público. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3341, 24 ago. 2012 . Disponível em:  
<<http://jus.com.br/artigos/22483>>. Acesso em: 18 set. 2013.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **(Re) Pensando o Princípio da Proteção na Contemporaneidade**. São Paulo: LTr, 2009.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das Leis do Trabalho: comentada**. 42 ed. atual. rev. e ampl. Por José Eduardo Duarte Saad, Ana Maria Saad Castello Branco. São Paulo: LTr, 2009.

SANTOS JÚNIOR, Rubens Fernando Clamer dos. **A eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2010.

SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho**. 15 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: forense; São Paulo: Método, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição do retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes (org). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica e o sistema de invalidade dos atos administrativos no direito brasileiro. Porto Alegre: **TRF – 4ª Região**, 2007 (Currículo Permanente. Caderno de Direito Administrativo: módulo 2).

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3 ed. rev. e atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Contrato de trabalho com o Estado**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2002.