

DOS DIREITOS TRABALHISTAS NOS CONTRATOS TEMPORÁRIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA*

Cristina Alves da Silva Braga*

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson*

Resumo: A contratação de servidores públicos por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público (cf: art. 37, IX da Constituição Federal de 1988 e Lei nº 8.745/93) dispensa a realização de concurso público, constituindo-se uma exceção à regra do art. 37, inciso II da Constituição Federal de 1988. Entretanto, é prática corriqueira da gestão pública a perpetuação desses contratos temporários, os quais se tornam ilegais, seja por cessar a necessidade excepcional do interesse público, seja pela ausência temporariedade da contratação. Nessa conjuntura de ilegalidade da contratação pela Administração Pública, que direitos devem ser assegurados a quem prestou o serviço? A pesquisa em tela, fazendo uso de uma

* Artigo de investigação elaborado de estudo desenvolvido na linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais”, inscrito no Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, Brasil.

* Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Advogada e Assessora Jurídica do Sindicato dos Trabalhadores em Educação Pública do Rio Grande do Norte – SINTE/RN.

* Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania pela Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar. Ex-professor do curso de direito e de outros cursos de graduação e pós-graduação do Centro Universitário FACEX. Membro do Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, vinculado a linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais” do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus Natal-Central. Professor efetivo de Direito do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus João Câmara.

metodologia de análise qualitativa, usando-se os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, visa demonstrar quais garantias trabalhistas previstas pelo ordenamento jurídico são aplicáveis ao trabalhador que exerceu suas funções inserido em um contrato temporário ilegal.

Palavras-Chave: Servidor Público. Contrato temporário. Ilegalidade. Garantia fundamental. Direito trabalhista.

THE LABOR RIGHTS IN TEMPORARY CONTRACTS OF PUBLIC ADMINISTRATION

Abstract: The hiring of public servants by time given to meet the temporary needs of exceptional public interest (cf. art. 37, IX of the Federal Constitution of 1988 and Act nº 8.745/93) dispenses with the realization of tender, constituting an exception to the rule of art. 37, item II of the Federal Constitution of 1988. However, it is common practice of public management the perpetuation of these temporary contracts, which become illegal, whether by the exceptional public interest need, either by the absence of temporality. In this environment of illegality of the hiring by Government, which rights should be ensured to those who provided the service? The research on screen, making use of a qualitative methodology, using the hypothetical-deductive approach methods of descriptive and analytical character, aims to demonstrate what labor guarantees provided for by the legislation applicable to the worker who has exercised his duties inserted into a temporary contract illegal.

Keywords: Server. Temporary Contract. Illegality. Fundamental guarantee. Labor law.

1. DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS



m regra, a contratação de agentes pela administração pública deve ser feita mediante concurso público de provas ou de provas e títulos, conforme art. 37, inciso II da Constituição Federal.

Segundo Hely Lopes MEIRELLES, o concurso público é o meio técnico:

Posto à disposição da administração pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo propiciar igual oportunidade a todos interessados que atendam aos requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou do emprego, consoante determina o art. 37, II, CF.¹

Ainda, segundo José dos Santos CARVALHO FILHO:

Concurso Público é o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecidas sempre à ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos.²

Dessa forma, verifica-se que a obrigatoriedade do concurso público visa resguardar a isonomia, a moralidade e a probidade administrativa, bem como o interesse público decorrente da contratação de candidatos aptos a melhor prestação do serviço público, coibindo o uso do empreguismo e do apadrinhamento político.

Entretanto, apesar do concurso público ser a forma primária de contratação de pessoal na Administração Pública, a Constituição excepcionou duas hipóteses de contratação, quais sejam: as nomeações para cargo em comissão declarado em lei

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24^o ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 387.

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21^a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris: 2008, p. 595.

de livre nomeação e exoneração (art. 37, inciso II); e a correção contratação de pessoal por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, inciso IX).

Visando regulamentar a contratação de servidores temporários, foi criada a Lei nº 8.745/93, esclarecendo o que deve ser a necessidade temporária do excepcional interesse público, tais como, a assistência a situações de calamidade pública, assistência a emergência em saúde pública, realização de recenseamentos e outras pesquisas de natureza estatística efetuadas pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, admissão de professor substituto e professor visitante, entre outros.

Percebe-se que ainda existe muito a ser conquistado na legislação nacional a respeito dos servidores temporários, em especial, a respeito dos conceitos de temporariedade. Conforme Celso Antônio Bandeira de MELLO:

A matéria está regulada na Lei Federal nº 8.745, de 9.12.93, com alterações introduzidas por sucessivas medidas provisórias, afinal incorporadas nas alterações que hoje constam na Lei nº 11.784, de 22.9.2008. Para que se faça ideia do escândalo que se constitui essa lei, mencione-se apenas que os referidos contratos no art. 2º, VI, “g”, isto é, relativos a atividades desenvolvidas no âmbito dos projetos do Sistema de Vigilância da Amazônia – SIVAM e do Sistema de Proteção da Amazônia – SIPAM, podem ser prorrogados até completarem um período total de cinco anos, a teor do art. 4º, parágrafo único, IV. Haja temporariedade nisto!³

Pode-se concluir que os servidores temporários não precisam submeter-se aos concursos públicos, visto que não ocupam cargo ou emprego público, apenas exercem função pública, sendo, em outras palavras, uma função sem cargo. Dessa forma, a contratação de servidores temporários não deve estar relacionada a atividades essenciais do Estado e que não necessitam de

³MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, p. 282.

uma continuidade, vez que realizada a atividade, finaliza-se o contrato.

Assim, o servidor temporário é um prestador de serviço, tendo sua relação com o poder público disciplinada por um contrato de prestação de serviço, sendo-lhe assegurados alguns direitos previstos na Lei nº 8.112/90, conforme art. 11 da Lei nº 8.745/93.

Nesse sentido ensina José dos Santos CARVALHO FILHO:

Diz a Constituição que a lei estabelecerá os casos de contratações desses servidores. Assim dizendo, só se pode entender que o Constituinte pretendeu caracterizar essa relação funcional como de natureza contratual. Cuida-se, de fato, de verdadeiro contrato administrativo de natureza funcional, diverso dos contratos administrativos em geral pelo fato de expressar um vínculo de trabalho subordinado entre a Administração e o servidor. Não obstante essa qualificação, a lei instituidora do regime certamente poderá incluir algumas normas que mais se aproximem do regime estatutário, que, inclusive, tem aplicação subsidiária no que couber. O que não poderá, obviamente, é fixar outra qualificação que não a contratual.⁴

Portanto, verifica-se que o empregado temporário tem sua relação contratual disciplinada por um regime especial, regulada de acordo com a lei do ente público que instituir a contratação, observando-se os parâmetros fixados nesta lei, utilizando-se, de forma subsidiária, os ditames do regime estatutário.

Inobstante a vasta legislação a respeito da contratação de recursos humanos na administração, persiste a corrupção política do país que encharca a máquina estatal com “apadrinhamentos”, fazendo com que, frequentemente, diversas ações judiciais sejam ajuizadas a fim de reconhecer o vínculo de emprego e os direitos trabalhistas decorrente de prestação de serviço à administração pública.

Fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 21º ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris: 2008, p. 574.

e utilizando-se os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, buscar-se-á fazer uma apreciação da construção normativa, no sistema jurídico brasileiro, sobre os direitos trabalhistas decorrentes dos contratos ilegais de servidores temporários e o desdobramento em relação à temática.

2. A CONTRATAÇÃO DOS SERVIDORES TEMPORÁRIOS

A crise do petróleo ocorrida por volta de 1970 gerou uma desestabilização da economia e os seus reflexos na economia mundial afetaram em grande escala as empresas e as relações de trabalho. Para diminuir a taxa de desemprego, passou-se a admitir a diminuição da proteção ao trabalho, já que os empregadores contratariam mais empregados caso não houvessem altos encargos e a possibilidade de descontratação sem maiores dificuldades.

Diante desse cenário econômico, surge o direito contemporâneo do trabalho e, com ele, admite-se as novas formas de contratação, eleva-se o nível de terceirização e ampliam-se os tipos de contratos individuais de trabalho.

Conforme leciona Amauri Mascaro NASCIMENTO:

Diante desse quadro, o direito do trabalho contemporâneo, embora conservando a sua característica inicial centralizada na ideia de tutela do trabalhador, procura não obstruir o avanço da tecnologia e os imperativos do desenvolvimento econômico para modificar alguns institutos, e a principal meta dos sindicatos passa a ser a defesa do emprego e não mais a ampliação dos direitos trabalhistas.⁵

Até as reformas ocorridas na década de 1980, no Brasil o *Welfare State* era caracterizado por centralização política e fi-

⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas de trabalho. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 302.

nanceira em nível federal, fragmentação institucional, autofinanciamento, privatização e uso clientelístico das políticas sociais, e, limitado por objetivos políticos, o Estado brasileiro mostrou-se incapaz de distribuir competências e utilizar recursos de maneira impessoal e equitativa.

Disso resultaram deficiências do sistema; regressividade dos gastos sociais; altos custos de implementação e administração; instabilidade e descontinuidade das políticas; peso desproporcional dos interesses burocráticos, corporativos e privados nas definições e na dinâmica de funcionamento da máquina social do Estado⁶.

Promulgada diante da estratégia reformista de 1985 a 1988, quando os diversos planos de ação governamental instituídos nesse período priorizavam o resgate da “dívida social”, a Constituição Federal de 88 introduzindo avanços formais, corrigindo iniquidades e ampliando direitos, especialmente no campo trabalhista e na seguridade social⁷.

Assim, alguns doutrinadores defendem que a contratação temporária surgiu como meio de impedir o crescimento da dívida pública, reduzindo fortemente os concursos públicos à nível nacional e, em outros casos, havia problema na criação dos cargos públicos – como é o caso das agências reguladoras⁸.

Nesse sentido, Marçal JUSTEN FILHO discorre:

⁶ DAIBRE, Sônia Miriam. A política brasileira de combate à pobreza. In: Velloso, João Paulo dos Reis (Coord.). O Brasil e o mundo no limiar do novo século. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998, p.302.

⁷ FAGNANI, Eduardo. Política Social e Pactos Conservadores no Brasil: 1964/92. Economia & Sociedade, Campinas, nº 8, p. 183-238, jun. 1997.

⁸ No âmbito das agências reguladoras, a Lei nº 9.986/2000 previa que as relações de emprego nas agências reguladoras seriam trabalhistas, mas o STF deferiu a suspensão liminar dessa solução em Medida Cautelar na ADI 2.310, sob o fundamento que a natureza das atribuições exigia cargo de provimento efetivo, logo, houve a contratação de servidores com base no art. 37, inciso IX, da CF/88, uma vez que a criação de cargos públicos dependia de lei. Dessa forma, atribuiu-se as funções essenciais da agência reguladora à servidores temporários. A solução do caso em tela, sobreveio com o advento da Lei nº 10.871/2004, que deu nova redação ao art. 2º da Lei nº 9.986/2000, revogando os dispositivos questionados na ADI 2.310.

A Constituição permitiu a contratação em regime jurídico especial, no art. 37, IX. Ali se previu a possibilidade de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público. Essa figura adquiriu grande relevância por razões práticas. Há medidas destinadas a impedir a ampliação da dívida pública e orientadas a restringir o déficit público. Isso conduziu à redução dos concursos públicos para provimento de cargos e empregos públicos. Como decorrência, passou-se a utilizar da previsão do art. 37, IX, para obter quadros para o desempenho de funções essenciais, de grande relevância.

A Constituição Federal estabeleceu no art. 37, IX a possibilidade de contratação de recursos humanos para adentrar os quadros do Poder Público sem a obrigatoriedade de concurso público, a ser regulada por lei específica.

Art. 37. (...)

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

Surgindo, então, o servidor temporário no ordenamento jurídico brasileiro. Segundo o administrativista Hely Lopes Meirelles:

Os contratados por tempo determinado são os servidores públicos submetidos ao regime jurídico administrativo especial da lei prevista no art. 37, IX, da Carta Magna, bem como ao regime geral de previdência social, A contratação só pode ser por tempo determinado e com a finalidade de atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.⁹

E, conforme explicita José dos Santos CARVALHO FILLHO:

Servidores públicos temporários, os quais, na verdade, se configuram como um agrupamento excepcional dentro da categoria geral dos servidores públicos. A previsão dessa categoria especial de servidores está contemplada no art. 37, IX, da CF, que admite a sua contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público. A própria leitura do texto constitucional demonstra o caráter de

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*. 28ª ed. São Paulo, Malheiros: 2003, p. 393.

excepcionalidade de tais agentes. Entretanto, admitido o seu recrutamento na forma da lei, serão eles considerados como integrantes da categoria geral dos servidores públicos.¹⁰

Como dito *a priori*, o servidor temporário é um prestador de serviços temporários à Administração Pública e sua relação com o poder público disciplinada por um contrato de prestação de serviço, regulada de acordo com a lei do ente público que instituir a contratação, observando-se os parâmetros fixados na Lei nº 8.745/93, que foi alterada e complementada, posteriormente, pelo Decreto nº 1.590/95, Decreto nº 3.048/99, ADIN 2380/2000 e Decreto nº 4.748/2003.

Nesse sentido, afirma o constitucionalista José Afonso DA SILVA:

O art. 37, IX, prevê que que a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. (...) O contratado é, assim, um prestacionista de serviços temporários. Que lei? Ahamos que será a lei da entidade contratadora: lei federal, estadual, do Distrito Federal ou municipal, de acordo com as regras de competência federativa. Não há de ser federal com validade para todas as entidades, porque não se lhe reserva competência para estabelecer lei geral ou especial nessa matéria com validade para todas. A autonomia administrativa das entidades não o permite. A Lei 8.745, de 9.12.1993, está de acordo com essa doutrina, tanto que só regulou a contratação por órgãos da Administração Federal direta, autárquica e fundações públicas. Mas ela traz diretivas que devem ser seguidas por leis estaduais e municipais, como, por exemplo, a indicação de casos de necessidade temporária (art. 2º), a exigência de processo seletivo simplificado (art. 3º), o tempo determinado e improrrogável da contratação (art. 4º).¹¹

Corroborando com o entendimento supra, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO lapida: “(...) são contratados para exercer

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 21º ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris: 2008, p. 567.

¹¹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24º ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 681.

funções em caráter temporário, mediante regime jurídico especial a ser disciplinado em lei de cada unidade da federação”.¹²

Portanto, para que se aperfeiçoe a contratação de servidores temporários, esta deve estar regulamentada por lei pelo ente público interessado, a qual deverá estabelecer as possibilidades em que serão realizadas as admissões temporárias, o processo simplificado de contratação, o prazo máximo de duração do contrato e o regime jurídico especial ao qual serão submetidos, regulando o disposto no art. 37, inciso IX da Constituição Federal.

3. REGIME ESPECIAL

Os servidores temporários são submetidos a um regime especial de contratação que poderá ser regido pela Consolidação de Leis Trabalhistas – CLT ou a própria lei – a que se refere o inciso IX, do art. 37, da Constituição – estabelecerá o regime jurídico, podendo até determinar a aplicação de preceitos do Estatuto correspondente¹³, tratando-se de verdadeira exceção.

Ressaltando-se que por ter sua contratação feita mediante contrato administrativo funcional, a lei instituidora do regime poderá prevê normas que mais se aproximem do regime estatutário que, inclusive, poderá ter sua aplicação de forma subsidiária.

Tanto é que o Supremo Tribunal Federal – STF e o Superior Tribunal de Justiça – STJ, em ações de conflito de competência, decidiram que esse tipo de contratação – onde existe lei publicada pelo ente federativo – não revela qualquer vínculo trabalhista a ser disciplinado pela CLT, sendo a Justiça Federal competente para dirimir as questões de pagamento de verbas

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo, Atlas: 2014, p. 599.

¹³ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 316.

quando a União for Ré e, pressupõe-se, que nos Estado que adotarem regime especial, o juízo competente será a justiça comum – mesmo que julga conflitos dos servidores públicos estatutários – e não a justiça trabalhista.

Nesse sentido foi o julgamento do STF no Conflito de Competência nº 7.201/AM:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL E O TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. SERVIDOR PÚBLICO. REGIME ESPECIAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

I - Compete à Justiça Estadual processar e julgar causas instauradas entre o Poder Público e seus servidores submetidos a regime especial disciplinado por lei local editada antes ou após a Constituição Republicana de 1988.

II - Conflito conhecido para declarar competente a Justiça Estadual amazonense. (STF - CC: 7201 AM, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 29/10/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-236 DIVULG 11-12-2008 PUBLIC 12-12-2008 EMENT VOL-02345-01)

Colaborando com o entendimento supra, é o julgamento do STJ no Conflito de Competência nº 116.556/MS:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUÍZO TRABALHISTA E ESTADUAL. ANULAÇÃO DE CONTRATO TEMPORÁRIO. RELAÇÃO JURÍDICO-ADMINISTRATIVA. PRECEDENTES DO STF E STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. A Emenda Constitucional n. 45/2004, que deu nova redação ao art. 114 da Carta Magna, aumentou de maneira expressiva a competência da Justiça Laboral. Todavia, o Supremo Tribunal Federal concedeu medida liminar na ADI 3.395/DF para suspender, com efeito ex tunc, todo e qualquer entendimento que incluísse, na competência da Justiça do Trabalho, o julgamento de ações instauradas entre o Poder Público e seus servidores, quando vinculados por relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo.

2. Assim, na hipótese dos autos, não há que se falar em competência da Justiça do Trabalho para processar a referida demanda, em razão da natureza jurídico-administrativa existente

entre o Poder Público e o servidor público, ainda que em contratação temporária. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

3. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo de Direito de Bela Vista - MS, o suscitado (STJ - CC: 116556 MS 2011/0070327-2, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 28/09/2011, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJE 04/10/2011).

Ocorre que, nos casos em que o ente federativo sequer tiver editado lei específica reguladora do regime especial de contratação temporária, como determina o art. 37, inciso IX, da Constituição Federal, estar-se-á diante de mero contrato de trabalho e a competência, nesse caso, será da Justiça do Trabalho. Desta forma, serão assegurados ao servidor temporário os direitos trabalhistas previstos na CLT, não podendo o servidor sair prejudicado pelos efeitos da má gestão administrativa.

Recentemente, o Tribunal Superior do Trabalho – TST decidiu sobre conflito de competência em Recurso de Revista – RR que nos casos que não há regime estatutário estabelecido pelo ente público quando da contratação temporária do servidor:

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. CONTRATAÇÃO DA RECLAMANTE PELO MUNICÍPIO SEM PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. PEDIDO DE VERBAS TRABALHISTAS. CONTRATAÇÃO NÃO SUBMETIDA AO REGIME ESTATUTÁRIO E AO REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO (ARTIGO 37, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). No caso, não é possível extrair do acórdão regional nenhum indício de existência de regime estatutário ou jurídico-administrativo. Portanto, isso significa que o Município não se desincumbiu do ônus probatório em relação à contratação da reclamante pelo regime estatutário. Com efeito, do quadro fático delineado pelo Regional, não há comprovação de que a reclamante tenha sido contratada pelo regime jurídico único ou tenha sido reenquadrada em regime estatutário instituído pelo ente público. Conseqüentemente, correta a fixação da competência da Justiça do Trabalho para a apreciação do feito. Para decidir em sentido

diverso, seria necessário o revolvimento dos elementos probatórios dos autos, procedimento vedado a esta Corte recursal de natureza extraordinária, nos termos da Súmula nº 126 do TST. Recurso de revista não conhecido. CONTRATO NULO. AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. DEFERIMENTO DE SALDO DE SALÁRIO E DEPÓSITO PARA O FGTS. SÚMULA Nº 363 DO TST. O Tribunal a quo reconheceu a nulidade da contratação da reclamante pelo Município reclamado sem prévia aprovação em concurso público (artigo 37, inciso II, da Constituição Federal) e adotou o entendimento de que, nesse caso, a trabalhadora somente faz jus ao pagamento da contraprestação pactuada e dos valores referentes aos depósitos do FGTS, para que não haja enriquecimento ilícito, uma vez que o serviço prestado não pode ser restituído. Verifica-se, pois, que a decisão regional se encontra em sintonia com o disposto na Súmula nº 363 do TST, o que afasta as violações apontadas e inviabiliza a demonstração de divergência jurisprudencial, conforme teor do artigo 896, § 7º, da CLT e da Súmula nº 333 do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista não conhecido. (TST - RR: 2335002920135160008, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 09/12/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/12/2015)

Convergindo com esse entendimento, afirma José dos Santos CARVALHO FILHO:¹⁴

A justiça comum só é competente para apreciar tais litígios quando o ente federativo tiver efetivamente editado a lei específica reguladora do regime especial, como determina o art. 37, inciso IX da CF. Se não o tiver feito, sequer pode recrutar servidores pelo regime especial; caso o faça, a pretexto de admitir servidores temporários, estará celebrando, dissimuladamente, mero contrato de trabalho, de modo que futuros conflitos deverão ser decididos na Justiça do Trabalho.

Isso porque, constatada a nulidade da contratação são irreversíveis os efeitos da relação de trabalho existente. Uma vez adimplida a obrigação, não há como as partes voltarem ao *statu quo ante*, visto que o empregado se encontra impossibilitado de devolver os salários por serem verbas de caráter alimentar e, por

¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 21º ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris: 2008, p. 574.

outro lado, o empregador é incapaz de restituir a força de trabalho despendida na execução do trabalho contratado. Assim sendo, mesmo que o ato seja nulo, os seus efeitos são permanentes.

Vislumbra-se que a nulidade do contrato com o Poder Público não impedirá a produção dos seus efeitos e, portanto, os direitos trabalhistas decorrentes da contratualidade deverão ser resguardados, de forma que seja respeitado o valor social do trabalho.

4. A NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO E A IRRESISTIBILIDADE DAS PRESTAÇÕES

Em termos de contratação ilegal de servidores públicos, a relação de trabalho se torna marcada pela nulidade do ato administrativo por violar a forma do ato: o concurso público. E, uma vez violada a forma, torna-se inexistente o ato com instrumento de contratação.

Segundo Celso Antônio Bandeira de MELLO: “Forma é o revestimento exterior do ato; portanto, o modo pelo qual este aparece e revela sua existência. (...). Ora, como a forma é o meio de exteriorização do ato, sem forma não pode haver ato”.¹⁵

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO citando o estimável Seabra Fagundes (1984:42-51), assevera que “atos nulos são os que violam regras fundamentais atinentes à manifestação da vontade, ao motivo, à finalidade ou à forma, havidas como de obediência indispensável pela sua natureza, pelo interesse público que as inspira ou por menção expressa da lei”.¹⁶

Portanto, sendo nulo o ato de admissão dos servidores temporários, seus efeitos são *ex tunc* para descaracterizar a apa-

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, p. 389.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas: 2014, p. 256.

rência de licitude que assumiu enquanto vigente, assim, o contrato firmado com base no art. 37, II, da Constituição, não poderá ser convalidado, por encontrar-se contaminado desde a sua origem.¹⁷

Ocorre que, mesmo reconhecida a nulidade, *in casu*, não há como desconhecer os efeitos irreversíveis gerados pela relação de trabalho, posto que impossível a sua restituibilidade, tornando-se, este, o grande entrave da resolução dos direitos trabalhistas quando da nulidade do ato administrativo de admissão.

Sobre o assunto, Amauri Mascaro Nascimento coteja:

Da impossibilidade de restituição da parte ao *statu quo ante* resultaria o enriquecimento ilícito no caso da aplicação dos critérios do direito civil para a solução dos efeitos da invalidade do contrato de trabalho, uma vez que, não havendo como devolver ao empregado o trabalho prestado, o entendimento de que inexistem efeitos do contrato de trabalho nulo gerariam numa situação de total irreparabilidade em detrimento daquele que com o trabalho prestado já cumpriu sua obrigação¹⁸.

Não há como ser válida para o contrato de trabalho, os efeitos da nulidade do ato na máxima do direito administrativo, qual seja, se o ato administrativo é nulo nenhum efeito se produzirá dele. Isso porque, entre os efeitos dessa prestação trabalhista estão os salários contraprestativos que dele são devidos e as demais vantagens trabalhistas.

Ainda sobre o assunto, o jurista Américo PLÁ RODRIGUES, leciona:

O trabalhador em sua atividade despende determinada energia que por seu caráter de sucessividade não se pode destruir, nem anular, nem reparar. Atribuir à nulidade efeitos retroativos seria beneficiar o empregador, que poderia reter o salário devido e até exigir os salários pagos; o direito do trabalho tende essencialmente a proteger o trabalhador. As normas nele contidas,

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, p. 460.

¹⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas de trabalho. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 614.

assim como as sanções que as garantem, foram estabelecidas para beneficiar o trabalhador. Se pelo não cumprimento de algum item essencial o contrato for nulo, isso não pode resultar em prejuízo do trabalhador; o salário do trabalhador tem função alimentícia, geralmente. Privá-lo dele significa colocar o trabalhador e sua família em situação de miséria que a lei não pode tolerar nem muito menos impor¹⁹.

Assim sendo, o direito dos servidores temporários não deve se restringir apenas ao pagamento dos dias trabalhados e do FGTS, mas sim à percepção de todos os créditos trabalhistas que seriam exigíveis, nos mesmos moldes que seriam devidos caso a relação de trabalho não tivesse nenhuma mácula.

5. POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

A Súmula nº 363 do TST em sua redação original (Res. nº 97/2000) estabelecia que “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”.

Em 2002, foi alterada para fazer constar que era conferido direito “ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o salário-mínimo/hora” (Res. nº 111/2002).

Em 2003 a Súmula sofreu sua última alteração através da Res. nº 121/2003, para conferir o direito à percepção dos valores referentes aos depósitos do FGTS, passando a vigorar com a seguinte redação:

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

¹⁹ PLÁ RODRIGUES, Américo. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 1982, p. 123.

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.

Antes de sumulado o assunto pelo TST, era possível encontrar dispositivos jurisprudenciais dos Tribunais Regionais do Trabalho - TRTs conferindo ao trabalhador o pagamento de todos os direitos trabalhistas, ainda que a título de indenização.

Assim se afere nos julgados abaixo elencados:

Contrato de trabalho com infringência do inciso II, art. 37, da CF, isto é, sem realização prévia de concurso público, é nulo mas produz efeitos enquanto vige entre as partes, pois é impossível retroagir a prestação de serviços. O órgão infrator que se beneficiou com o trabalho deverá arcar com os efeitos da contratação ilícita, fazendo jus o reclamante aos equivalentes aos títulos pleiteados, porém, como indenização. (TRT/SP, 25.938/94, Braz José Mollica, Ac. 7ª T. 251/96)

Contrato de trabalho. Inconstitucionalidade. A contratação de pessoal pela administração pública, sem observância dos preceitos constitucionais, embora nula, deve gerar efeitos *ex nunc*, inclusive, no tocante às verbas rescisórias, sob pena de a administração se beneficiar de seu próprio ilícito (TRT/SP, 23.286/94, Braz José Mollica, Ac. 7ª T. 247/96)

Contrato de Trabalho Nulidade. Os Contratos de Trabalho, mesmo nulos, geram efeitos, diferentemente do que ocorre com os Contratos Cíveis, em virtude da impossibilidade de retornar o empregado ao "status quo ante". Vistos, etc. (...) A sentença *a quo* houve por condenar o Município ao pagamento das diferenças salariais durante o período laborado. Embora entenda que a nulidade do contrato de trabalho gera efeitos *ex nunc*, o Colegiado de primeira instância considera que são devidas apenas as parcelas de caráter estritamente salarial, excluindo, por conseguinte, todas as verbas de cunho *rescisório-indenizador*. *Data venia do MM juízo a quo, divirjo do seu entendimento. Mesmo nulo, o contrato de trabalho gera efeitos ex nunc, inclusive no tocante às verbas rescisórias. É que o contrato de trabalho, mesmo nulo, produz efeitos até que declarada a nulidade. O princípio da nulidade civilista segundo o qual o que é nulo não produz efeitos, não pode ser aplicado ao contrato*

de trabalho, porque o empregado, ao prestar o seu labor, dependeu energias que não podem ser repostas, não se admitindo que o empregador se locuplete da sua força de trabalho, sem as devidas reparações legais. Nesta ótica, a nulidade não atinge os seus efeitos. Se apesar de nulo ou ilegal, houve trabalho, deverá o empregado usufruir de todas as verbas de natureza salarial não quitadas, inclusive as rescisórias, em face da impossibilidade de restituição das partes ao "status quo ante", gerando efeitos como se válido fosse o contrato. Assim, impõe-se o reconhecimento dos efeitos do contrato de trabalho. (...). Isto posto, conheço da remessa e lhe nego provimento, para manter a sentença de primeira instância. Acordam os Juízes do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região, por unanimidade, conhecer da remessa. Mérito: por unanimidade, negar provimento à remessa. Natal, 06 de agosto de 1998. (TRT 21ª Região, Acórdão nº 18.634 Remessa Ex-Ofício nº 31-0884-98-8) (Grifos nossos)

Após a edição da Súmula nº 363 pelo TST, tornou-se unânime o posicionamento que seriam devidas apenas o pagamento das horas trabalhadas e dos valores referentes aos depósitos do FGTS:

Serviço público. Contratação ilícita. FGTS: cabimento. A investidura em cargo público somente é possível mediante concurso público. Ao anular ato administrativo pelo qual admite servidor sem concurso a administração atua o seu poder-dever constitucional, a sua autotutela administrativa. Como a energia produtiva é indissociável da pessoa do trabalhador, as partes na relação de emprego não podem ser repostas ao statu quo ante no desfazimento do contrato, daí a necessidade de pagamento das horas trabalhadas e dos valores referentes aos depósitos do FGTS (TRT-1 - RO: 00112364420135010323 RJ, Relator: JOSE GERALDO DA FONSECA, Data de Julgamento: 27/05/2015, Segunda Turma, Data de Publicação: 16/06/2015)

CONTRATO NULO. AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. EFEITOS JURÍDICOS. FGTS. MEDIDA PROVISÓRIA 2164-41/2001. CONSTITUCIONALIDADE. *A decisão que entende válida a contratação de servidor sem prévio concurso público e defere outras verbas pleiteadas que não sejam os depósitos correspondentes ao FGTS e à contraprestação*

pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, contraria o entendimento consolidado na Súmula 363 desta Corte e merece ser reformada. Quanto ao FGTS, o art. 19-A da Medida Provisória 2.164-41/2001 não deu validade aos contratos nulos, tendo apenas expressado em lei o entendimento já existente nesta Corte no sentido de reconhecer o direito do trabalhador ao depósito do FGTS como decorrência dos efeitos da nulidade da contratação, com fundamento na tese do enriquecimento ilícito e no ordenamento jurídico vigente, inclusive em observância à dignidade da pessoa humana e ao valor social do trabalho. Assim, não se há de falar em inconstitucionalidade da referida medida provisória. Recurso de Revista conhecido e provido parcialmente. (...) (TST - RR: 5557007220045110052 555700-72.2004.5.11.0052, Relator: José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, Data de Julgamento: 24/09/2008, 2ª Turma, Data de Publicação: DJ 13/10/2008.)

Apenas, no que tange aos danos morais, materiais e/ou estéticos decorrentes de acidentes de trabalho, a jurisprudência tem reconhecido que o ente público não pode se eximir da responsabilidade invocando a nulidade do contrato de trabalho, tornando-se, *in casu*, inaplicável a Súmula 363 – TST, por extrapolar a esfera trabalhista.

Nesse sentido colaciona-se alguns julgados:

EMBARGOS REGIDOS PELA LEI Nº 11.496/2007. RECURSO DE REVISTA. CONTRATO NULO - EFEITOS - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - DOENÇA PROFISIONAL. É certo que o entendimento contido na Súmula/TST nº 363 nega os efeitos próprios do contrato empregatício à contratação nula. Todavia, os direitos que, embora relacionados à relação contratual nula, ultrapassem a esfera tipicamente trabalhista, devem ser plenamente garantidos ao reclamante. *É a hipótese dos direitos oriundos da esfera civil, como é o caso da indenização por responsabilidade civil decorrente de qualquer ato ilícito do tomador dos serviços que tenha causado danos morais e/ou materiais à sua vítima. A atuação ilícita do reclamado que cause prejuízos morais ou materiais ao reclamante gera o dever de indenizá-lo, independentemente de sua condição de empregado ou da validade da relação jurídica entre as partes. Nesses termos, a nulidade da contratação não desobriga a ré de reparar a lesão causada, sendo inespecífica a*

Súmula/TST nº 363. Recurso de embargos não conhecido." (E-ED-RR - 17400-12.2004.5.02.0291 Data de Julgamento: 16/06/2011, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 24/06/2011).

RECURSO DE REVISTA. CONTRATO NULO. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. VALOR DA CONDENAÇÃO. A atuação ilícita do empregador, na forma do art. 927 do Código Civil, gera o direito de indenizar a parte prejudicada, mesmo em se tratando de integrante da Administração Pública. *Assim, na hipótese de nulidade do contrato de trabalho, o Estado não pode se furtar a reparar danos de ordem moral, quando a lesão que acometeu Reclamante decorreu de seu labor em favor da Reclamada.* A Súmula n.º 363 desta Corte não tem o alcance pretendido pela Reclamada, não eximindo o contratante de reparar danos na esfera civil que, porventura, sofrer a contratada. Recurso de Revista não conhecido" (RR - 159300-09.2007.5.15.0099 Data de Julgamento: 14/11/2012, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/11/2012).

RECURSO DE REVISTA. CONTRATO NULO. EFEITOS. ACIDENTE DE TRABALHO. DANO MORAL E/OU PATRIMONIAL. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO. *A indenização por danos morais e materiais decorrentes de ato lesivo do tomador do serviço, ainda que sob contratação nula, exorbita da esfera tipicamente trabalhista e sua viabilidade jurídica não encontra óbice no entendimento expresso na Súmula 363 desta Corte.* Precedentes. Recurso de revista não conhecido (RR - 7200-81.2008.5.09.0655 Data de Julgamento: 04/08/2010, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/08/2010).

Percebe-se que apesar da Constituição Federal contemplar a valorização do trabalho como condição fundamental do Estado Democrático de Direito e estabelecer que a ordem econômica deve ser fundada na valorização humana do trabalho, conforme os ditames da justiça social, quando trata-se de nulidade do contrato de trabalho temporário, estar-se diante de um verdadeiro retrocesso social, tendo em vista que os direitos trabalhistas são deixados de lado com o escopo de proteger o ente

público das consequências de seus próprios erros de gestão administrativa.

6. VALOR SOCIAL DO TRABALHO E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

O valor social do trabalho constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, conforme exposto no art. 1º, IV da Constituição Federal de 1988:

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;

E, no Título VII da Ordem Econômica e Financeira, no Capítulo I que estabelece os princípios gerais da atividade econômica, o art. 170 da Constituição Federal dispõe que a ordem econômica é “*fundada na valorização do trabalho humano*”. Vê-se, com isso, a importância da relação de emprego com a produção e circulação de riquezas através do pagamento pecuniário da remuneração.

A Constituição Federal buscou promover um resgate do valor do trabalho vinculando-o a ordem social e, assim, tornou como valor social fundamental, a primazia do trabalho expressa no art. 193 da Constituição Federal, o qual dispõe que a “*ordem social tem como base o primado do trabalho*”. E, se o Estado existe fundado na ordem social, esta, por sua vez, só é alcançada se o trabalho for buscado e atingido como prioridade não apenas pelos poderes constituídos, mas, sobretudo, pela sociedade.²⁰

Dessa forma, os direitos positivados pelo constituinte originário, tornam-se um verdadeiro direito subjetivo, ficando o

²⁰ Cf. FINATI, Cláudio Roberto. O valor social do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, São Paulo: LTr, n. 8, p. 28-39, 1996.

legislador infraconstitucional impossibilitado de revogar tais direitos, sob pena de incidir em inconstitucionalidade por ação ou, propriamente, por omissão.

Nesse ponto, José Afonso da SILVA afirma que as normas constitucionais definidoras de direitos sociais seriam normas de eficácia limitada e ligadas ao princípio programático que, apesar de terem caráter vinculativo e imperativo, exigem a intervenção legislativa infraconstitucional para a sua concretização, vinculando os órgãos estatais e demandando uma proibição de retroceder na concretização desses direitos, reconhecendo, portanto, a existência do princípio da proibição de retrocesso social.²¹

Nesse sentido assevera José Joaquim Gomes CANOTILHO:

A ideia aqui expressa também tem sido designada como ‘proibição de contra-revolução social’ ou da ‘evolução reacionária’. Com isso quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passar a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. A ‘proibição de retrocesso social’ nada pode fazer contra as recessões e crises económicas (reversibilidade fática), as o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima, inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta protecção de ‘direitos prestacionais de propriedade’, subjetivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. A violação do núcleo essencial afectado justificará a

²¹ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 319.

sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada justiça social²².

Portanto, o direito fundamental social, uma vez satisfeito pelo legislador infraconstitucional, visando satisfazer a vontade da Constituição, incorpora-se ao patrimônio social do cidadão, *in casu* trabalhador, não podendo ser totalmente revogados ou extintos, sob pena de aniquilação do núcleo essencial desses direitos e, conseqüentemente, violação do princípio da dignidade humana, segurança jurídica e da proteção da confiança do cidadão.

Apesar do princípio da vedação do retrocesso social não ser expresso, este decorre do sistema jurídico constitucional, entendendo que se há um direito já garantido por uma norma constitucional, este restará incorporado ao patrimônio jurídico e não poderá ser suprimido por outra norma.

Ingo Wolfgang SARLET assevera que:

Em linhas gerais, o que se percebe é que a noção de proibição de retrocesso tem sido por muitos conduzida à noção que José Afonso da Silva apresenta como sendo de um direito subjetivo negativo, no sentido de que é possível impugnar judicialmente toda e qualquer medida que se encontre em conflito com o teor da Constituição (inclusive com os objetivos estabelecidos nas normas de cunho programático), bem como rechaçar medidas legislativas que venham, pura e simplesmente, subtrair supervenientemente a uma norma constitucional o grau de concretização anterior que lhe foi outorgado pelo legislador²³.

A jurisprudência pátria tem reconhecido em julgados recentes a necessidade de aplicação do princípio da vedação do retrocesso social como forma de assegurar a atuação do Estado em sentido progressivo no que concerne as conquistas trabalhistas, de forma que não podem ser suprimidas as garantias indispensáveis já implementadas constitucionalmente com o escopo

²² CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 7ª Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 338-339.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl.; 2.tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.445.

de garantir a efetivação da dignidade da pessoa humana.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE DO ELETRICITÁRIO. LEIS Nº 7.369/1985 E 12.740/2012. *PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL*. INCIDÊNCIA DO ADICIONAL SOBRE A TOTALIDADE DAS PARCELAS DE NATUREZA SALARIAL. *O princípio da vedação de retrocesso social, previsto nos tratados internacionais de direitos humanos e no sistema constitucional brasileiro, impede a redução do nível de proteção já alcançado por meio das leis trabalhistas*. Para o eletricitário, por força da Lei nº 7.369/1985, art. 1º, o adicional de periculosidade incide -sobre o salário que perceber-. O art. 3º da Lei nº 12.740/2012, ao reduzir o nível de proteção já alcançado pelo trabalhador eletricitário por meio do art. 1º da Lei nº 7.369/1985, não se aplica àquele trabalhador já contratado antes de sua vigência. Como consequência, subsiste a totalidade das parcelas de natureza salarial como base de cálculo do adicional de periculosidade do eletricitário para o trabalhador admitido antes da vigência da Lei nº 12.740/2012, na forma da Súmula nº 191 do TST. Agravo de instrumento desprovido (TST - AIRR: 11573620135030101, Relator: Arnaldo Boson Paes, Data de Julgamento: 19/11/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/11/2014).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. EMBRATEL - EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A. ACÓRDÃO DO TRT PROFERIDO APÓS A ATUAL REDAÇÃO DA SÚMULA Nº 331 DO TST. ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇOS RECONHECIDA PELA CORTE REGIONAL COM BASE NO MERO INADIMPLEMENTO DO EMPREGADOR E NA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA EM DESFAVOR DO RECLAMADO. VEDAÇÃO CONFORME ENTENDIMENTO DO STF. (...) A terceirização, fenômeno corrente nos dias atuais, deve ser encarada de forma a evitarem-se distorções do sistema que possam lesar sobremaneira as conquistas sociais dos direitos trabalhistas, em *afrenta ao princípio da proibição do retrocesso social* e da melhoria da condição social do trabalhador (art. 7º, caput, da CF/88). Nesse sentido, o TST, por meio da Súmula 331, lançou interpretação compatível com o princípio da proteção no que

toca à temática da responsabilidade em contexto de terceirização, estabeleceu que o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial. Por isso, dúvidas não há de que a Claro S/A deve ser responsabilizada pelas verbas trabalhistas objeto da condenação. Sendo beneficiada pelo trabalho realizado pelo recorrido, integra a relação jurídica na qualidade de tomador dos serviços e, nessa condição, pode ser responsabilizada, subsidiariamente, pelo inadimplemento das obrigações reconhecidas em juízo. Recurso de revista conhecido e improvido. (TST - RR: 11486420115010242Data de Julgamento: 28/10/2015, Data de Publicação: DEJT 18/12/2015).

Portanto, a nulidade do contrato de trabalho temporário não pode servir de pretexto para a Administração Pública ferir o princípio da vedação do retrocesso social, superando os direitos trabalhistas conquistados com o estabelecimento do Estado Democrático de Direito fundamentado na valorização do trabalho e na dignidade da pessoa humana.

7. DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de um cenário de contratação ilegal na administração pública teme-se um retrocesso social com a consequente ameaça aos direitos trabalhistas conquistados ao longo do aperfeiçoamento do atual Estado Democrático de Direito que se fundamentou na valorização do trabalho.

Dessa forma, a invalidade do ato administrativo que gerou o contrato de prestação de serviço entre o ente público e o agente, não deve, de forma alguma, ter efeito *ex tunc*, em face de uma vez adimplida a obrigação, torna-se impossível retornar ao *statu quo ante*, por não poder o empregado devolver os salários por serem verbas de caráter alimentar e, por sua vez, o empregador é incapaz de restituir a força de trabalho despendida na execução do trabalho. Logo, mesmo que o ato seja nulo, os seus

efeitos são permanentes e, por fim, permitir que o Poder Público se beneficie de sua própria torpeza é, no mínimo, inaceitável.

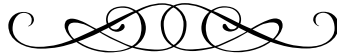
Tal irreversibilidade dos efeitos gerados pela relação de trabalho, torna-se o grande entrave da resolução dos direitos trabalhistas quando da nulidade do ato administrativo de admissão de agentes públicos por meio de contratos ilegais.

Ocorre que, com a edição da Súmula nº 363 do TST tornou-se unânime o posicionamento que com a nulidade do contrato ilegal de prestação de serviço entre a administração público e o agente, seriam devidas apenas o pagamento das horas trabalhadas e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

Contudo, apesar de sumulada a controvérsia, crê-se que, dessa forma, o judiciário compactuou com um tremendo retrocesso no âmbito trabalhista, deixando para trás os direitos trabalhistas advindos da Constituição Federal e, conseqüentemente, priorizando a má gestão administrativa em prol do abuso de direitos do servidor temporário.

Isso porque, não há discussão no caso de contratado temporário regido por lei específica reguladora do regime especial, conforme determina o art. 37, IX da Constituição. Mas, caso o ente público admita servidores pelo regime especial sem ter editado legislação regulamentadora da relação contratual, estar-se-á celebrando, dissimuladamente, simples contrato de trabalho, de modo que futuros conflitos deverão ser decididos na Justiça do Trabalho e todos os direitos decorrentes da relação de trabalho deverão ser assegurados.

Portanto, a nulidade dos contratos ilegais de prestação de serviço deve ser encarada de forma a impedir distorções no sistema que possam se sobrepôr as conquistas sociais dos direitos trabalhistas, em ofensa do princípio do retrocesso social, da dignidade da pessoa humana e da melhoria de condição social do trabalhador.



REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: atualizada até a Emenda Constitucional nº 91. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 de maio de 2016.
- _____. Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 09 de agosto de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 20 de abril de 2016.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 7º Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 21º ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris: 2008.
- DAIBRE, Sônia Miriam. A política brasileira de combate à pobreza. In: Velloso, João Paulo dos Reis (Coord.). O Brasil e o mundo no limiar do novo século. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27º ed. São Paulo: Atlas: 2014.
- FAGNANI, Eduardo. Política Social e Pactos Conservadores no Brasil: 1964/92. *Economia & Sociedade*, Campinas, nº 8, p. 183-238, jun. 1997.
- FINATI, Cláudio Roberto. O valor social do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, São Paulo: LTr, n. 8, p. 28-39, 1996.

- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28º ed. São Paulo, Malheiros: 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26º edição. São Paulo: Malheiros.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas de trabalho*. 26º ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- PLÁ RODRIGUES, Américo. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 1982.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7º ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24º ed. São Paulo: Malheiros, 2005.