



## LOS EFECTOS DE LA NULIDAD DEL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A TENOR DEL ARTÍCULO 37.II DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA FEDERATIVA DE BRASIL DE 1988 (CF/88)

<sup>1</sup>Fábio Túlio Barroso

<sup>2</sup>Daniela da Rocha Brandão

### SUMMARY

El ejercicio de la función pública brasileña está supeditado a la aprobación de oposiciones desde la promulgación de la Constitución Federativa de Brasil (CF/88), el 8 de octubre de 1988. Según el apartado II del artículo 37, de la CF/88, in verbis: “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas, 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”. Así, en la tipología de empleados públicos brasileños, en razón de sus distintos rangos y naturalezas, tendremos la asignación de estatutos jurídicos variados que, por su turno, determinarán el régimen de su contratación. Aunque la forma de acceso a dicha función, cargo o actividad pública sea siempre por intermedio de oposición, exceptuada la casuística prevista expresamente en ley (cargos de confianza y comisionados).

**Palavras-Chave:** Los Efectos de la Nulidad; Administración Pública; Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 (CF/88).

<sup>1</sup> Abogado. Postdoctorado en Derecho del Trabajo por la Universidad de Granada - UGR, Granada (España). Doctor por la Universidad de Deusto - deusto, Bizkaia (Dep. Derecho del Trabajo). Profesor de Derecho del Trabajo de la UFPE (Universidade Federal de Pernambuco - UFPE, Pernambuco (Brasil))

<sup>2</sup> Abogada. Doctora por la Universidad de Santiago de Compostela - USC, Coruña (España). Profesora de Derecho Tutelar del Trabajo en el Posgrado de la Universidade Cândido Mendes - UCAM, Rio de Janeiro, (Brasil)



OS EFEITOS DA NULIDADE DO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO COM A  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À LUZ DO ART. 37, II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA  
FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 (CF/88).

RESUMO

Regra geral, a contratação de funcionários no âmbito da administração pública brasileira, está vinculada à aprovação de concurso público, nos moldes do art. 37, II, da CF/88, in verbis: “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas, 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”. Assim, no âmbito da tipologia de empregados públicos brasileiros, em razão de suas distintas naturezas, teremos o estabelecimento de distintos regimes jurídicos que, por sua vez, os moldes de sua contratação; ainda que a forma de acesso a dita função, cargo, ou atividade pública, seja sempre através de concurso público, excetuadas a casuística prevista expressamente por lei (cargos de confiança e comissionados).

**Palavras Chave:** Efeitos da nulidade no Direito do Trabalho; Contrato de trabalho com a Administração Pública; Art. 37, II, da CF/88.

THE EFFECTS OF THE NULLITY OF THE INDIVIDUAL CONTRACT OF EMPLOYMENT  
WITH THE PUBLIC ADMINISTRATION, IN THE LIGHT OF ART. 37, II, OF THE CONSTITUTION  
OF THE FEDERATIVE REPUBLIC OF BRAZIL OF 1988 .

ABSTRACT

As a general rule, the hiring of employees, within the scope of the Brazilian public administration, depends on the approval of a public tender and it is mandatory, in accordance with art. 37, II, of the Brazilian Federal Constitution of 1988, in verbis: "The investiture in public office or employment depends on prior approval in a public competition for tests or evidence, according to the nature and complexity of the position or employment, as provided for by Law, except for the appointments to a commission position declared by law as of free appointment and exemption." Therefore, in the scope of the typology of Brazilian public employees, due to their different natures, there will be established different legal regimes which, in turn, will determine the type of contract; even if the form of access to a public position is always through public tender, except for the casuistry expressly provided by law (positions of trust and commissioned).

**Key Words:** Effects of nullity in labor law; Contract of work with the Public Administration; Art. 37, II, of CF / 88.



## I. INTRODUCCIÓN

El ejercicio de la función pública brasileña está supeditado a la aprobación de oposiciones desde la promulgación de la Constitución Federativa de Brasil (CF/88), el 8 de octubre de 1988. Según el apartado II del artículo 37<sup>3</sup>, de la CF/88, *in verbis*: “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas, 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”. Así, en la tipología de empleados públicos brasileños, en razón de sus distintos rangos y naturalezas, tendremos la asignación de estatutos jurídicos variados que, por su turno, determinarán el régimen de su contratación. Aunque la forma de acceso a dicha función, cargo o actividad pública sea siempre por intermedio de oposición, exceptuada la casuística prevista expresamente en ley (cargos de confianza y comisionados)<sup>4</sup>.

Dicho eso, podemos establecer tres tipos de empleados en la Administración Pública brasileña<sup>5</sup>: (i) los funcionarios públicos “estatutários” contratados según las normas del régimen único o ley especial, y por lo tanto, regidos por el Derecho Administrativo;<sup>6</sup> (ii) los funcionarios públicos “celetistas” contratados según las normas de la *Consolidação das Leis do Trabalho* (CLT), regidos por el Derecho del Trabajo;<sup>7</sup> y finalmente (iii) los funcionarios de las fuerzas armadas del Estado (militares), con sus

---

<sup>3</sup> 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:” (CF/88).

<sup>4</sup> Cf. Art. 37.V de la CF/88: “as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.”

<sup>5</sup> Véase con carácter general sobre los funcionarios o servidores públicos, SANTOS CARVALHO FILHO, J.: *Manual de Direito Administrativo*, Lumen Júris (Rio de Janeiro, 2001), “Capítulo XI – Servidores Públicos”, pp. 451-462.

<sup>6</sup> La ley 8.112/1990 es la que reglamenta el régimen único de los funcionarios públicos, precisamente en el art. 3º establece el concepto de cargo público: “cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor”. En el párrafo único del mismo artículo especifica los cargos de confianza y comisionados: “os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão”. Véase también SANTOS CARVALHO FILHO, *Manual...*, op. cit., pp. 455-456 (régimen estatutário) y pp. 459-462 (régimen especial y régimen jurídico único).

<sup>7</sup> Cf. SANTOS CARVALHO FILHO, *Manual...*, op. cit., p. 454 y pp. 456-459 (régimen celetista o laboral).



peculiaridades reglamentadas por excepciones constitucionales<sup>8</sup>, las cuales veremos más hacia delante<sup>9</sup>. No obstante, cierto es que cada tipo establece proporcionalmente límites legales de subordinación, de acuerdo con sus especificidades funcionales y de acuerdo a sus respectivos estatutos jurídicos.

Ahora bien, la nulidad del contrato individual de trabajo con la Administración Pública en razón de no cumplimiento de la regla establecida por el apartado II del art. 37 de la CF/88, es decir la posesión y mantenimiento del puesto en la función pública a través de la aprobación de oposición, incidirá en las relaciones laborales regidas por la *Consolidação das Leis do Trabalho* (CLT) y afectará básicamente los funcionarios públicos “*celetistas*”. Incluyéndose en este último ámbito, los trabajadores temporales contratados por la Administración Pública que pretendan vincularse a la Administración sin aprobar oposición.

## II. BREVES NOTAS JURÍDICOS-CRÍTICAS SOBRE LA TEORÍA DE LAS NULIDADES Y EL CONTRATO DE TRABAJO DE LOS “CELETISTAS”

El contrato de trabajo de los *celetistas* celebrado con la Administración Pública brasileña está jurídicamente basado en el art. 173, párrafo 1º, II de la CF/88<sup>10</sup>. En el contenido del mismo se puede observar las prerrogativas y características de la empresa privada que el Estado asume, bajo el interés general del Estado, en determinadas áreas de actuación. Tales áreas o tienen que estar justificadas por el interés general del Estado, o involucrar áreas estratégicas de la economía y seguridad nacional, como por ejemplo es la explotación de los sectores de energía (petróleo & gás

<sup>8</sup> Cf. Art. 14, párrafo 8º; art. 40, párrafo 9º y art. 142, párrafos 2º y 3º, X todos de la CF/88.

<sup>9</sup> Cf. SANTOS CARVALHO FILHO, J.: *Manual...*, op. cit., pp. 452-453.

<sup>10</sup> Art. 173., párrafo 1º, II de la CF/88: “*Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.*”

§ 1º *A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I – (...); II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;*”



y eléctrico)<sup>11</sup>. Así, el Estado se equipara a un empleador común, tipificado en el art. 2º de la *Consolidação das Leis do Trabalho* (CLT), cuando personifica jurídicamente las empresas: pública o *estatal* (capital social exclusivo del Estado) o en lo que llamamos *sociedad de economía mixta* (capital social compuesto por el Estado y la iniciativa privada). En este contexto, tenemos que el funcionario público *celetista* aunque aprueba oposiciones y posee estabilidad en el empleo, esta sujeto al control de las normas privadas<sup>12</sup> del Derecho del Trabajo, en nuestro caso de la CLT.

La teoría de la nulidad en el ámbito del derecho laboral, respecto del tema estudiado, esta vinculada a las situaciones en las que el trabajador presta servicios para una empresa *estatal* o de *economía mixta*, pero no ha accedido a dicha función a través de la aprobación regular de oposiciones. La necesaria y previa aprobación en oposiciones publicas es una forma especial que exige la CF/88 para la contratación del servidor publico, incluso el empleado publico. Como señala BARBOSA GARCÍA<sup>13</sup> no observada esta formalidad, la consecuencia inmediata es la nulidad del acto jurídico y la amonestación de la autoridad pública responsable como determina el artículo 37, § 2º da la CF/88<sup>14</sup>. Por consiguiente, a raíz del ilícito cometido tendría su contrato de trabajo con la Administración Pública declarado nulo, pese al principio de la primacía de la realidad del Derecho del Trabajo y de la aplicación de la norma más favorable al trabajador<sup>15</sup>, apenas por el hecho de que sea su empleador el Estado, aunque personificado en la figura de la empresa privada.

A tales efectos se aplica la teoría de la nulidad de forma equivocada, puesto que en desacuerdo con el ámbito de su aplicación, es decir, de forma contraria al Derecho

---

<sup>11</sup> Cf. SOBRAL MARTINS ROCHA, F.: "A exigencia de concurso público nas empresas públicas e sociedades de economia mista", In AA.VV. *Direito constitucional do trabalho*, FERNANDES COUTINHO, G., SILVA E SOUZA PAVAN, J.A. e JARDIM NETO, L.M. (Dir.), LTr (São Paulo, 2012), p. 237.

<sup>12</sup> Las empresas públicas *estatais* que concentran sus actividades en sectores económicos privados, aunque están sometidas al control de normas de derecho privado, no se desconectan de las normas de derecho público, razón por la cual se les atribuye el *régimen jurídico híbrido*. Al respecto vid. SOBRAL MARTINS ROCHA, F.: *A exigencia de concurso...*, op. cit., p. 238: "de fato, as regras dos arts. 5º, LXXIII, 14, Par. 9º, art 37, caput e incisos II, XVII, XIX e XX, 49, X, 52, VII, 54, 71, incisos II, III e IV, 165, párr.5º e 169, párr.1º, todos do Texto Magno, aplicam-se a todas as empresas estatais, sejam elas prestadoras de serviço público, sejam exploradoras de atividade econômica, pelo que seria equivocado concluir que estas são inteiramente regidas pela disciplina legal aplicável às empresas privadas."

<sup>13</sup> Gustavo Filipe: *Curso de Direito do Trabalho*, GEN/Forense (Rio de Janeiro, 2015).

<sup>14</sup> Cf. § 2º del art. 37, II: "A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei".

<sup>15</sup> LORENZETTI, A.P.: *As nulidades no Direito do Trabalho*, LTr (São Paulo, 2008), p. 214: "Assim, a forma escrita cede lugar à análise do comportamento prático das partes na execução do contrato."



Laboral, que por norma general no admite nulidades con base en aspectos puramente formales<sup>16</sup>. En este supuesto, esta clarísimo que la declaración de nulidad del contrato de trabajo identificada se produce en perjuicio del trabajador, en el caso presente, el funcionario público *celetista*. Indudablemente es llamativa la inversión de la función social de la norma laboral<sup>17</sup> aplicada, que en este caso favorece el Estado empleador. Eso porque este se encuentra totalmente libre respecto del cumplimiento de las obligaciones económicas y sociales, inherentes a una relación de empleo formalizada bajo el auspicio de la ley<sup>18</sup>.

Otro aspecto relativo a la teoría de la nulidad en el derecho laboral a ser evaluado, dice respecto a la imposibilidad de que esta tenga efectos *ex nunc*, es decir que no retroceda en el tiempo. Es equivocado afirmar que el trabajador no pueda obtener compensación económica resultante de algún acto nulo pasado en su contrato de trabajo. Principalmente en la realidad social de Brasil donde el despido es libre<sup>19</sup> y la posibilidad de que el trabajador reclame algún derecho mientras mantiene la relación de empleo es remota. El hecho de que el obrero tenga la pretensión de obtener la compensación equivalente a todos los derechos laborales relacionados a un periodo pretérito, no conlleva a la conclusión de que la nulidad haya sido proyectada para la fecha que ha sido declarada, y ni siquiera que el acto nulo produce efectos<sup>20</sup>. Según LORENZETTI<sup>21</sup> “*não se trata de restituir as partes ao statu quo ante, mas apenas de garantir que do trabalho prestado decorram todas as repercussões que teria no âmbito de um contrato de trabalho válido, inclusive os efeitos previdenciários*”.

Al hilo de lo que hemos mencionado respecto de la teoría de las nulidades, hacemos hincapié en la diferencia que existe entre la nulidad de un contrato de trabajo

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 215.

<sup>17</sup> Con carácter general véanse las obras METON MARQUES LIMA, F.: *Os princípios de Direito do Trabalho na lei e na jurisprudência*, 3ª ed., LTr (São Paulo, 2013) y ENGEL, R.J.: *O jus variandi no contrato individual de trabalho*, LTr (São Paulo, 2003).

<sup>18</sup> Cf. \_\_\_: *CLT Comentada*, SAAD, E.G., DUARTE SAAD, J.E. y SAAD C. BRANCO, A.M. (Dir.), LTr (São Paulo, 2015).

<sup>19</sup> *Vid.* Ley nº 8.036/90, art 18, párr. 1º y Orientación Jurisprudencial de la SDI- 1ª del Tribunal Superior del Trabajo (TST) nº 344. Con excepción de los casos previstos en ley de estabilidad temporal en el empleo, como por ejemplo, la trabajadora embarazada, el trabajador dirigente sindical o que es miembro de la Comisión Interna de Prevención de Accidente – CIPA, el despido en Brasil es libre, o sea basta el empleador pagar la indemnización de 40% sobre el valor depositado en la cuenta del FGTS – *Fundo de Garantia por Tempo de Serviço*, para justificar el despido.

<sup>20</sup> Véase LORENZETTI, A.P.: *As nulidades...*, *op. cit.*, pp. 383-397.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 389.



de objeto lícito y la de un contrato de objeto ilícito, este último no debe ser considerado a los efectos de la teoría que mantenemos. De igual modo, la norma constitucional no determina los efectos de la nulidad del acto viciado o nulo, lo que ha sido objeto de las Salas de los Juzgados Sociales y del *Superior Tribunal Federal* - STF<sup>22</sup>, que ha mantenido el contenido de la jurisprudencia consolidada del *Tribunal Superior do Trabalho* - TST<sup>23</sup> que será indicado abajo. Desde luego la *Súmula* nº 363 del TST favorece al Estado lo que lamentablemente es discutible, como concluiremos más adelante.

### III. LA JURISPRUDENCIA DOMINANTE

La actual jurisprudencia pacificada por la *Súmula* nº 363 del Tribunal Superior del Trabajo (TST)<sup>24</sup> ha zanjado el tema objeto de este estudio, de forma a favorecer el Estado empleador. La consecuencia de tal posicionamiento de la más alta autoridad judicial en la esfera laboral brasileña, ha generado un desabor a la clase obrera. De hecho, lo que se concede en el caso concreto del - contrato de los “*celetistas*” con la Administración Pública al tenor del art. 37 II de la CF/88 - son los pagos de los depósitos en la cuenta del Fondo de Garantía por Tiempo de Servicio (FGTS) del trabajador y el pago de los días trabajados, rebajando así el valor social del trabajo a los tiempos idos de la *locatio conductio operarum*.

Ahora bien, el hecho de que el TST garantice la contraprestación del trabajo y asimismo los depósitos en cuenta del FGTS del trabajador, a la vez que declara la nulidad formal del contrato de trabajo, resulta jurídicamente contradictorio. Es contradictorio desde el punto de vista de la tesis sobre la teoría de las nulidades que aplica, porque utiliza en parte el efecto *ex nunc*, una vez que concede a los trabajadores los depósitos en cuenta del FGTS, beneficio social que corresponde a la preexistencia formal del contrato de trabajo<sup>25</sup>, a la luz del Derecho laboral brasileño, sin conceder el

<sup>22</sup>Véase al respecto: SOUZA FRANCO FILHO, G.: *Direito do Trabalho no STF*, LTr (São Paulo, 2013).

<sup>23</sup>Véase al respecto: PINTO MARTINS, S.: *Comentários às Súmulas do TST*, 9ª ed., Atlas (São Paulo, 2011).

<sup>24</sup> Cf. *Súmula* nº 363 del TST: “*Contrato nulo. Efeitos (nova redação) - 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*”, [Resolución nº 121/2003 (DJ 19, 20 y 21.11.2003)].

<sup>25</sup> Cf. Ley nº 8.036/1990, art. 19-A: “*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. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001)*”.



pago de todos los demás beneficios a que tienen derecho por ley, como por ejemplo, vacaciones pagadas,<sup>13º</sup> salario y todas las demás verbas que constituyen el TRCT (Termo de rescisión del contrato de trabajo).

También es contradictorio el entendimiento del TST desde el punto de vista de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, una vez que afronta principios basilares constitucionales como: el valor social del trabajo (art. 1º, IV de la CF/88)<sup>26</sup> e incluso los valores sociales de la libertad de empresa (art. 1º, IV de la CF/88)<sup>27</sup>. Según la afirmación unísona de los autores BARROSO y MASCARENHAS BRANDÃO<sup>28</sup> la valoración del trabajo y de la libertad de empresa así como su matiz social, han sido elevados al nivel de principios políticos constitucionalmente conformadores y, en este sentido, se caracterizan por explicitar las valoraciones políticas fundamentales del legislador constituyente<sup>29</sup>. Valoraciones y principios fundamentales que son intrínsecamente infringidos por la jurisprudencia pacificada en la *Súmula* nº 363 del TST.

En el mismo sentido del comando de la *Súmula* nº 363 del TST, es la reciente Sentencia del Pleno del Constitucional brasileño (STF- Supremo Tribunal Federal)<sup>30</sup>, con repercusión en 303 recursos extras de igual contenido<sup>31</sup>, el fallo ratifica la posición del TST. Sin embargo, ponemos de relieve la argumentación de la Corte, sobre la cuestión de la nulidad jurídica discutida, es decir sobre la cuestión de la nulidad del contrato de trabajo de los *celetistas* con la Administración Pública. El activismo judicial del STF puso de manifiesto la existencia, en estos casos, de una nulidad de *tipo qualificada* que, funciona sancionando la Administración Pública en el sentido de no aprobar la

<sup>26</sup> MASCARENHAS BRANDÃO, C.: "Comentário ao artigo 1º, inciso IV. Os valores sociais do trabalho", In: AA.VV.: *Comentários à Constituição do Brasil*, CANOTILHO GOMES, J.J., MENDES FERREIRA, G., SARLET, I.W y STRECK, L.L. (Dir.), Almedina/Saraiva (São Paulo, 2014), pp. 129-132.

<sup>27</sup> BARROSO, L. R. y BARCELLOS, A.P.: "Comentário ao artigo 1º, inciso IV. Os valores sociais da livre-iniciativa", In: AA.VV.: *Comentários à Constituição do Brasil*, CANOTILHO GOMES, J.J., MENDES FERREIRA, G., SARLET, I.W y STRECK, L.L. (Dir.), Almedina/Saraiva (São Paulo, 2014), pp.133-134.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> Cf. MASCARENHAS BRANDÃO, C.: "*Comentário...*, *op. cit.*", p.129.

<sup>30</sup> Cf. Página web del STF (*Recurso Especial nº 705140: Gláucia Rosaura dos Santos x FEBEM*), In: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=705140&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>, visto en 25/09/2015.

<sup>31</sup> Cf. Página web del TST, In: [http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset\\_publisher/89Dk/content/stf-mantem-entendimento-do-tst-sobre-efeitos-de-contratacao-sem-concurso](http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/stf-mantem-entendimento-do-tst-sobre-efeitos-de-contratacao-sem-concurso), visto en 25/09/2015.



contratación irregular ocurrida, declarando como únicos derechos debidos en tales casos, la contraprestación del trabajo y los depósitos del FGTS (Fondo de Garantía por Tiempo y Servicio), pese al valor social de las verbas del TRCT (Termo de rescisión del contrato de trabajo). Destacamos desde nuestro entendimiento el repudio a dicho argumento del STF, una vez que la punición constatada recae sobre los trabajadores en primer lugar y no en el administrador público, como hacen creer. Es la autentica inversión del principio de la apariencia de la Administración Pública.

Además otras principales normas constitucionales son de suma importancia en este caso y han sido violadas. El artículo 7º de la CF/88<sup>32</sup>, que establece la finalidad última de las normas de Derecho del Trabajo que es la mejoría de las condiciones sociales de los trabajadores. También el *caput* del art. 37 de la CF/88<sup>33</sup>, que dice respecto a los principios de la Administración Pública, la legalidad, moralidad, publicidad y eficiencia<sup>34</sup>, que en este supuesto no son asegurados con respecto al contribuyente/trabajador. Por fin, el impacto económico del error de la Administración Pública no tiene que ser soportado por el trabajador, sino que por la misma administración, además de esta deber ser punida y responsabilizada por el acto ilícito, y por lo tanto viciado, cometido en perjuicio del trabajador.

#### IV. CONCLUSIÓN

Abogamos por la revisión del contenido de la *Súmula* nº 363 del Tribunal Superior del Trabajo (TST), en el sentido de que se aplique adecuadamente, es decir a la luz del Derecho del Trabajo y a los principios y derechos constitucionales de la Constitución Federativa de Brasil de 1988, la teoría de las nulidades en el supuesto de los contratos individuales de trabajo de los funcionarios públicos “*celetistas*” con la Administración Pública, que han sido admitidos sin la exigencia previa de aprobación de oposiciones, de acuerdo con el art. 37, II de la CF/88.

<sup>32</sup> Cf. Art. 7º de la CF/88: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”. Véase asimismo: RACHID COUTINHO, A.: “Comentário ao artigo 7º”, In: AA.VV.: *Comentários à Constituição do Brasil*, CANOTILHO GOMES, J.J., MENDES FERREIRA, G., SARLET, I.W. y STRECK, L.L. (Dir.), Almedina/Saraiva (São Paulo, 2014), p. 551: “9.2.1. O trabalho como liberdade” y “9.2.2. O trabalho como direito”.

<sup>33</sup> Cf. MACEDO MOTTA, F.: “Comentário ao artigo 37º, inciso II.”, In: AA.VV.: *Comentários à Constituição do Brasil*, CANOTILHO GOMES, J.J., MENDES FERREIRA, G., SARLET, I.W y STRECK, L.L. (Dir.), Almedina/Saraiva (São Paulo, 2014), pp.823-831.

<sup>34</sup> Cf. Art. 37 de la CF/88, cita nº 1.



En realidad dicha revisión es una premisa básica para la validación de los derechos inherentes a la dignidad humana del trabajador, en última instancia. La contratación ilegal de funcionarios públicos por la Administración debe ser tratada de forma distinta por la hermenéutica<sup>35</sup> de las Cortes Superiores (TST y STF) un nuevo paradigma debería ser adoptado por la teoría de las nulidades de los contratos aplicada en el ámbito laboral, teniendo en cuenta los criterios científicos de la materia estudiada, como ya hemos expuesto a lo largo de este artículo. De forma que la carga de la contratación ilícita por parte de la Administración no recaiga en el trabajador, que es la parte débil de la relación. Según MONEREO PÉREZ<sup>36</sup> en el estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, “junto a la «juridificación» y «positivación» de los derechos es necesaria una organización de la sociedad que haga posible efectivamente el ejercicio y disfrute efectivo de los derechos formalmente garantizados”<sup>37</sup>, este sentido, la aplicación y la interpretación de las normas laborales deberá seguir caminos tanto de la efectividad de las normas<sup>38</sup> que son de derechos fundamentales, como igualmente, evitar discriminaciones en su aplicación, lo que efectivamente ocurre.

---

<sup>35</sup> STRECK, L.: *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, 11ª ed., Ed. Livraria do Advogado (Porto Alegre, 2014). El TST aplica a otros supuestos de contratación con la Administración Pública brasileña entendimiento diametralmente opuesto al de la *Súmula* nº 363 generando así contradicción internamente además de la externa, son los casos de las *Súmulas* nº 430 y nº 386.

<sup>36</sup> Cf. MONEREO PÉREZ, J.L.: “Comentario al artículo 52 de la CDFUE (Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Alcance e interpretación de los derechos y principios”, In: AA.VV.: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, MONEREO PÉREZ, J.L. y MONEREO ATIENZA, C., (Dir.), Comares (Granada, 2012), pp. 1361-1366: “2.3. La distinción entre «derechos» y «principios»: los derechos fundamentales como «derechos» y como «principios»”.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 1365.

<sup>38</sup> Véase con respecto a la cláusula de prohibición del retroceso social de las normas: SAVIO CAVALCANTE LOBATO, M.: *O valor constitucional para a efetividade dos direitos sociais nas relações de trabalho*, LTr (São Paulo, 2006), pp. 227 y ss.



## V. BIBLIOGRAFÍA

\_\_\_\_\_: *CLT Comentada*, SAAD, E.G., DUARTE SAAD, J.E. y SAAD C. BRANCO, A.M. (Dir.), LTr (São Paulo, 2015).

AA.VV.: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, MONEREO PÉREZ, J.L. y MONEREO ATIENZA, C., (Dir.), Ed. Comares (Granada, 2012).

AA.VV.: *Comentários à Constituição do Brasil*, CANOTILHO GOMES, J.J., MENDES FERREIRA, G., SARLET, I.W y STRECK, L.L. (Dir.), Almedina/Saraiva (São Paulo, 2014).

AA.VV.: *Direito constitucional do trabalho*, FERNANDES COUTINHO, G., SILVA E SOUZA PAVAN, J.A. e JARDIM NETO, L.M. (Dir.), LTr (São Paulo, 2012).

AA.VV.: *Dicionário brasileiro de Direito do Trabalho. Academia Nacional de Direito do Trabalho.*, RODRIGUES PINTO, J.A., MARTINEZ, L. e MANNRICH, N. (Dir.), LTr (São Paulo, 2013).

BARBOSA GARCIA, G.F.: *Curso de Direito do Trabalho*, GEN/Forense (Rio de Janeiro, 2015).

BARROSO, L. R. y BARCELLOS, A.P.: “Comentário ao artigo 1º, inciso IV. Os valores sociais da livre-iniciativa”, In: AA.VV.: *Comentários à Constituição do Brasil*, CANOTILHO GOMES, J.J., MENDES FERREIRA, G., SARLET, I.W y STRECK, L.L. (Dir.), Almedina/Saraiva (São Paulo, 2014), pp.133-134.

DOS SANTOS CARVALHO FILHO, J.: *Manual de Direito Administrativo. Questões e jurisprudência*, 21ª ed., Lúmen Júris (Rio de Janeiro, 2008).

DOS SANTOS CARVALHO FILHO, J.: *Manual de Direito Administrativo*, Lumen Júris (Rio de Janeiro, 2007).

ENGEL, R.J.: *O jus variandi no contrato individual de trabalho*, LTr (São Paulo, 2003).

LORENZETTI, A.P.: *As nulidades no Direito do Trabalho*, LTr (São Paulo, 2008).

MASCARENHAS BRANDAO, C.: “Comentário ao artigo 1º, inciso IV. Os valores sociais do trabalho”, In: AA.VV.: *Comentários à Constituição do Brasil*, CANOTILHO GOMES, J.J., MENDES FERREIRA, G., SARLET, I.W y STRECK, L.L. (Dir.), Almedina/Saraiva (São Paulo, 2014), pp. 129-132.



MACEDO MOTTA, F.: “Comentário ao artigo 37º, inciso II.”, In: AA.VV.: *Comentários à Constituição do Brasil*, CANOTILHO GOMES, J.J., MENDES FERREIRA, G., SARLET, I.W y STRECK, L.L. (Dir.), Almedina/Saraiva (São Paulo, 2014), pp.823-831.

METON MARQUES LIMA, F.: *Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência*, 3ª ed., LTr (São Paulo, 2013).

MONEREO PÉREZ, J.L.: “Comentario al artículo 52 de la CDFUE (Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Alcance e interpretación de los derechos y principios”, In: AA.VV.: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, MONEREO PÉREZ, J.L. y MONEREO ATIENZA, C., (Dir.), Comares (Granada, 2012), pp. 1302-1392.

OLIVEIRA, F. A.: *Comentários às Súmulas do TST*, 10ª ed., Revista dos Tribunais (São Paulo, 2010).

PINTO MARTINS, S.: *Comentários às Súmulas do TST*, 9ª ed., Atlas (São Paulo, 2011).

RACHID COUTINHO, A.: “Comentário ao artigo 7º”, In: AA.VV.: *Comentários à Constituição do Brasil*, CANOTILHO GOMES, J.J., MENDES FERREIRA, G., SARLET, I.W y STRECK, L.L. (Dir.), Almedina/Saraiva (São Paulo, 2014), pp. 548-552.

SAVIO CAVALCANTE LOBATO, M.: *O valor constitucional para a efetividade dos direitos sociais nas relações de trabalho*, LTr (São Paulo, 2006).

SOBRAL MARTINS ROCHA, F.: “A exigência de concurso público nas empresas públicas e sociedades de economia mista”, In AA.VV.: *Direito constitucional do trabalho*, FERNANDES COUTINHO, G., SILVA E SOUZA PAVAN, J.A. e JARDIM NETO, L.M. (Dir.), LTr (São Paulo, 2012), pp. 219-271.

SOUZA FRANCO FILHO, G.: *Direito do Trabalho no STF*, LTr (São Paulo, 2013).

STRECK, L.: *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, 11ª ed., Ed. Livraria do Advogado (Porto Alegre, 2014).