



**A SÚMULA 363 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO: OS FUNDAMENTOS  
PARA A PROPOSTA DE REVISÃO A PARTIR DO RECONHECIMENTO DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E DA BOA-FÉ CONTRATUAL**

**THE PRECEDENT 363 BY THE LABOUR SUPERIOR COURT: THE GROUNDS  
FOR THE PROPOSED REVISION FROM THE RECOGNITION OF  
FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS AND GOOD FAITH CONTRACT**

<sup>1</sup>Ana Maria Maximiliano

<sup>2</sup>Emilia Daniela Chuery Martins de Oliveira

**RESUMO**

Analisando os aspectos favoráveis ao reconhecimento da jusfundamentalidade dos direitos sociais e a releitura do princípio da boa-fé, o presente trabalho busca demonstrar que a Súmula 363, do Tribunal Superior do Trabalho, colide com o regime jurídico específico que reveste os direitos sociais e com o princípio em questão. A partir desse contexto, propõe-se a revisão do entendimento Sumular, com a apreciação desses novos paradigmas, até então não considerados na sua essência.

**Palavras-chave:** Contrato de trabalho; nulidade; direitos sociais; boa-fé.

**ABSTRACT**

After some analysis of aspects favorable to the recognition of jus-fundamentality of social rights and the reinterpretation of the principle of good faith, this paper seeks to show that Precedent 363 of the Superior Labour Court, collides with the specific legal regime that covers the social rights and the principle in question. From this context, a revision of the Precedent's understanding is proposed, along with an appreciation of the new paradigms, hitherto not considered in their essence.

**Keywords:** Employment contract; nullity; social rights; good faith.

<sup>1</sup>Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Curitiba, Paraná, Brasil. Procuradora do Município de Curitiba, Paraná, Brasil. Email: [anamaximil@yahoo.com.br](mailto:anamaximil@yahoo.com.br)

<sup>2</sup>Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Curitiba, Paraná, Brasil. Professora de Direito pela Instituição educacional na Microrregião de Curitiba, Paraná (OPET), Curitiba, Paraná, Brasil. Advogada. Email: [echuery@uol.com.br](mailto:echuery@uol.com.br)



## INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva verificar se a atual redação da Súmula 363, do Tribunal Superior do Trabalho, ao estabelecer que os contratos celebrados com a Administração Pública sem a observação do concurso público, conferindo ao empregado o direito apenas às horas trabalhadas e o valor depositado a título de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), colide com os direitos fundamentais sociais e com o princípio da boa-fé.

Na vigência da Constituição de 1967, quando da contratação de servidor celetista pela Administração Pública sem a prévia submissão a concurso público, o Tribunal Superior do Trabalho – TST declarava a nulidade dos contratos com efeitos *ex nunc*, recebendo o empregado as verbas rescisórias na integralidade, pois que essa Constituição não estabelecia os efeitos da contratação sem concurso público, conforme art. 95.

A Constituição de 1988, inovando a anterior, dispôs que a não realização de concurso público para a admissão em cargo, emprego e função pública, implica na declaração de nulidade do ato – art. 37, II, § 2.º.

A partir desse dispositivo constitucional o Tribunal Superior do Trabalho passou a declarar a nulidade da contratação sem concurso público, com efeitos *ex tunc*, estabelecendo o pagamento, sob o título de indenização, apenas das horas trabalhadas de forma simples e, após, admitindo a liberação do valor depositado na conta do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), sendo esta parcela incluída apenas na terceira revisão da Súmula<sup>3</sup>.

Os efeitos são a exclusão do pagamento das horas extras, do valor da remuneração inicialmente pactuado e respectivos acréscimos e verbas rescisórias (férias não gozadas e proporcionais, gratificação natalina, descanso semanal remunerado, recolhimento previdenciário, 40% de multa calculada sobre o valor dos depósitos do FGTS).

Ainda que a CR-88 tenha reconhecido os direitos sociais, incluindo o trabalho e uma gama de direitos sociais decorrentes aos trabalhadores urbanos e rurais – arts. 6.º e 7.º, não há

<sup>3</sup> Redação na vigência da Constituição de 1967 – Orientação Jurisprudencial n.º 85, alterada por meio da Resolução 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. Súmula n.º 363; Súmula alterada por meio da Res. 111/2002, DJ 11, 12 e 15.04.2002; Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.



consenso na doutrina sobre a sua admissão como direitos fundamentais, atribuindo-lhes o respectivo regime jurídico jusfundamental.

A cidadania, há tempos relacionada à participação dos indivíduos na política, gradativamente teve o seu espectro ampliado, de forma que hoje ela se expressa, além da via política, no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos e garantias fundamentais.

De outro vértice, o não pagamento da integralidade das verbas devidas, que possuem natureza alimentar, contraria o princípio da boa-fé – que é presumida.

Em razão das considerações acima, cujo conjunto reside (i) na fundamentação dos precedentes da atual redação da Súmula 363, TST; (ii) no reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais e (iii) na presunção da boa fé na formação e consecução dos contratos de trabalho com a Administração Pública, pretende a pesquisa responder à seguinte questão: a Súmula 363 do TST, ao declarar a nulidade do contrato de trabalho firmado com a Administração Pública por violação constitucional, afastando o pagamento integral da contraprestação pelo trabalho prestado, afronta a CR-88 no tocante aos direitos fundamentais sociais e o princípio da boa-fé?

A metodologia está baseada na pesquisa bibliográfica e análise da legislação constitucional e infraconstitucional, com relação aos direitos fundamentais sociais e o princípio da boa-fé.

## **1 OS PRECEDENTES NA CONSTRUÇÃO DA SÚMULA 363, TST: CONTRADIÇÕES E DIVERGÊNCIAS**

Dos precedentes que originaram a atual redação da Súmula 363, extrai-se o principal fundamento – a declaração de nulidade contratual com efeitos *ex tunc*, com base na Teoria das Nulidades do Direito Civil; e consequência – limitação ao pagamento das horas trabalhadas e FGTS.

Em que pese seja possível identificar que houve expressamente (i) o reconhecimento de que o salário tem natureza contraprestativa do trabalho, cuja valorização jurídico-social acha-se consagrada no art. 1.º, inciso IV da CR-88; (ii) a necessidade de garantir ao trabalhador direitos mínimos que o retirem da condição similar a de escravo, mitigando os efeitos da declaração de nulidade; (iii) a análise da questão com fundamento no art. 158 do CCB-1916 – atual 182, CCB-2002; o nó górdio da Súmula 363 é o efeito *ex tunc* da declaração de nulidade



da contratação, afastando o pagamento das verbas devidas, sem qualquer referência à fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da boa-fé na contratação, o que, contraditoriamente, afasta as pretensões de proteção do trabalhador pontuadas nos itens i, ii e iii.

Observa-se da data de julgamento dos precedentes (1993 e 2003), que a construção do entendimento consolidado ocorreu sob a vigência do Código Civil de 1916, o que repercutiu na ausência da releitura do princípio da boa-fé que o Código Civil de 2002 trouxe.

Há corrente que sustenta não ser devida qualquer verba, em razão da falta de concurso público, além do que o trabalhador não pode alegar ignorância da lei – art. 3.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (MARTINS, 2008), afastando as regras do *in dubio pro misero* e do contrato realidade, próprios do Direito do Trabalho, além da presunção da boa-fé e da incidência dos direitos fundamentais sociais.

Mesmo os mais “progressistas”, que afirmam que deve ser paga a remuneração pactuada, horas extras, descanso semanal remunerado, contribuição previdenciária e FGTS, ao final, não admitem as verbas rescisórias, em razão destas verbas decorrerem da rescisão do contrato de trabalho sem justa causa e não da declaração de nulidade do contrato (ALMEIDA, 2007; CAMPOS, 2007).

Em outro trilhar, Regeane Quetes (2015), ao tratar da aplicação da Súmula 363, TST, frisa que não há o respeito aos direitos expressos no art. 7.º e ao princípio da primazia da realidade, e Vólia Bomfim Cassar (2015), discorrendo sobre os requisitos ou elementos do contrato de trabalho, entende que a ausência do previsto no art. 104, do CCB – “forma prescrita ou não defesa em lei”, torna nulo o contrato de trabalho e, não se tratando de objeto ilícito, os salários não pagos são devidos.

Além das divergências alinhadas, os efeitos da declaração de nulidade no âmbito do Direito do Trabalho não são os mesmos da teoria das nulidades do Direito Civil. Além disso, a questão merece análise sob a perspectiva constitucional.

## 2 OS EFEITOS EX TUNC DA DECLARAÇÃO DE NULIDADE NO DIREITO CIVIL E EX NUNC NO DIREITO DO TRABALHO

A redação originária da Súmula 363, a então Orientação Jurisprudencial 85, do TST, construída na vigência do Código Civil de 1916, tinha por fundamento o art. 158, atual art. 182.



Muito embora os dispositivos legais tratem que, no caso de não ser possível o retorno à situação anterior ao negócio declarado nulo, deve-se indenizar o contratado pelo equivalente, não é o que ocorre no caso em estudo.

Sob a perspectiva civilista, o contrato de trabalho de servidor público declarado nulo transmuda-se para contratação na espécie locação de serviços, a partir da qual a nulidade se resolve tão somente com a prestação pecuniária simples – art. 1.216, do CCB-1916 e art. 594, CCB-2002, ou indenização pelo equivalente, aqui consubstanciada nas horas trabalhadas. Este é o atual efeito da Súmula 363.

Isso porque, enquanto na esfera civil a nulidade gera efeitos *ex tunc*, na trabalhista tais efeitos ocorrem apenas quando o objeto é ilícito, em especial no ilícito penal. Os arts. 172 e 177, do CCB não se aplicam aos contratos de trabalho (CASSAR, 2015).

O Direito do Trabalho possui princípios informativos, decorrentes do princípio de proteção ao empregado, que repercutem sobre todo o sistema, inclusive no das nulidades. Não visa somente à tutela do trabalhador, enquanto parte hipossuficiente, mas também ao seu contrato e salário, com fundamento nos arts. 1.º, III, e IV, 170 e 193, da CR-88.

Portanto, não observado requisito essencial do concurso público e declarado o contrato nulo, isto não pode gerar prejuízo ao trabalhador, pois “os princípios de proteção e da continuidade do contrato de trabalho apontam para um máximo de aproveitamento dos efeitos dimanados da relação de emprego” (DALLEGRAVE NETO, 2003, p.103).

Do princípio de proteção decorrem os seguintes reflexos para o estudo das nulidades:

Primeiro, a conservação e eficácia do contrato nulo, pois no Direito do Trabalho se busca a máxima de existência, validade e eficácia dos atos negociais, de forma que a assertiva de que ato nulo não produz efeitos não tenha valor absoluto e comporte exceções nesse ramo do Direito (DALLEGRAVE NETO, 2003).

Em segundo lugar, a impossibilidade de retorno ao *status quo ante* e vedação do locupletamento ilícito, consistente em que, possuindo o contrato de trabalho a característica de trato sucessivo, não sendo possível a devolução física e material da energia despendida pelo empregado, o pagamento na integralidade é medida que se impõe, como em qualquer outro contrato de trabalho rescindido (DALLEGRAVE NETO, 2003).

Finalmente, a razoabilidade na apreciação de cada caso, devendo-se considerar o ser humano nas suas relações trabalhistas (DALLEGRAVE NETO, 2003).



Na declaração de nulidade do contrato, prepondera a tríade principiológica e axiológica que são a família, a ordem jurídica e a boa-fé, a partir das quais se pode afirmar que prevalece como regra geral, no âmbito do Direito do Trabalho, que a eficácia do contrato nulo, quando exercido por agente de boa-fé, não retroage os efeitos, como ocorre no direito italiano (DALLEGRAVE NETO, 2003).

Portanto, o expresso na Súmula 363, do TST, com característica eminentemente civilista, não está em harmonia com o Direito do Trabalho, âmbito em que o equivalente ao trabalho prestado não se resume apenas às horas trabalhadas consubstanciadas na retribuição pecuniária, sem quaisquer garantias sociais, mas se exige a correspondência a todas as verbas decorrentes do trabalho prestado sob os requisitos do art. 3.º CLT, quais sejam: anotação em CTPS, recolhimento previdenciário com a respectiva contagem para fins de aposentadoria e verbas rescisórias.

Muito embora a teoria das nulidades tenha origem no Direito Civil, a sua aplicação no Direito do Trabalho, conforme o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, expresso na Súmula 363, implica para o trabalhador prejuízo, por ter subtraídas verbas de natureza alimentar decorrentes do seu trabalho e garantidas constitucionalmente.

Isso porque, mesmo se admitindo a indenização pelo equivalente, com o pagamento das horas trabalhadas, de forma simples, mais o FGTS, ainda assim deixa-se praticamente sem proteção o trabalhador, pois são excluídos a quase totalidade dos direitos sociais conferidos pela CR-88 – horas extras, contribuição previdenciária com a respectiva contagem do tempo e contribuição para fins de aposentadoria e demais benefícios previdenciários, direitos que, ao fim e ao cabo, visam ao interesse da sociedade e não somente do trabalhador tomado em sua individualidade.

### **3 A BOA-FÉ CONTRATUAL – CONSIDERAÇÕES GERAIS**

Com origem no Direito romano e germânico, a boa-fé significava o dever de adimplemento da obrigação contraída.

Teve seu conteúdo esvaziado na Idade Moderna, somente se desenvolvendo de forma acentuada novamente no final do século XXI, quando da superação do modelo liberal-individualista-positivista, com a característica do sistema jurídico fechado e as fontes obrigacionais restritas à lei e à vontade dos contratantes (MAZURKEVIC, 2003, p.360-361).



A boa-fé atua como espécie do gênero “norma de conduta”, pressupondo que todos devem se comportar de acordo com um padrão ético, moral, de confiança e lealdade. Como fonte de dever instrumental do contrato, tem função reequilibradora, sendo espécies os deveres de lealdade, coerência, de informação e aviso.

Em especial, o dever de coerência requer que o contrato firmado seja interpretado a partir das situações de confiança a que uma parte remete a outra, interpretação esta hermenêutico-integrativa, e “diz respeito ao papel da cláusula geral não somente como baliza para a compreensão do conteúdo do contrato – interpretação em sentido estrito, mas também como padrão geral de comportamento [...]” (FRAZÃO, 2013b, p. 281).

Objetiva-se que a interpretação ocorra de forma leal e atenta quanto à repercussão gerada no destinatário, conforme o art. 113, CCB-2002 – “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé, e os usos do lugar de sua celebração.”

O princípio da boa-fé não fica circunscrito a um ou outro ramo do Direito, mas se entrelaça com todos. Os seus valores e a confiança legítima devem ser observadas pelo Estado em todas as fases das suas ações com os cidadãos, podendo a inobservância ser objeto de tutela administrativa e judicial.

Constitui, também, um elemento de ordem moral essencial para o cumprimento do direito. Sem o valor da boa-fé a maioria das normas perde seu sentido e seu significado (RODRIGUEZ, 2015), fazendo-se essencial em todas as fases do contrato.

### 3.1 A BOA-FÉ CONTRATUAL NO DIREITO DO TRABALHO

O sistema jurídico que fundamenta o Direito do Trabalho é aberto ou de autorreferência relativa (MAZURKEVIC, 2003), conforme arts. 8.º, CLT c/c 7.º e 170, VIII, CR-88, e tem como elemento estruturante o princípio de proteção, a fim de compensar a desigualdade verificada entre empregado e empregador. É a partir dessa ótica que o princípio da boa-fé é aplicado na esfera trabalhista.

O Código Civil de 1916, com perfil formalista e individualista conforme já frisado, não possibilitava integração com o sistema do Trabalho, mas o Código de 2002, com características de socialidade, eticidade e operabilidade, trouxe maior afinidade com a principiologia trabalhista, permitindo a complementariedade entre os sistemas jurídicos (FRAZÃO, 2013b; TEPEDINO, 2013).



Para Frazão (2013b, p.280), “Se antes era o direito civil que podia buscar no direito do trabalho a inspiração para romper com o formalismo e o individualismo, hoje o último também pode se basear no primeiro para o fortalecimento e mesmo a releitura de diversos dos seus institutos”.

Atualmente, são nítidos os reflexos da boa-fé no convívio social, em especial no Direito do Trabalho na esfera contratual, que exprime o princípio de proteção ao hipossuficiente ante o poderio econômico e diretivo da parte adversa. Nesse aspecto, maior importância se percebe ao se tratar de trabalhador que é contratado pela Administração Pública, em que sequer há a possibilidade de negociação das cláusulas em razão do regime jurídico de direito público a que tais ajustes se subordinam.

Na adaptação das regras civilistas à nulidade trabalhista, em especial os princípios que a informam, deve a boa-fé ser no sentido de que há a sua presunção quanto ao empregado na celebração do contrato, em razão da sua condição de mero aceitante da proposta formulada – arts. 422 a 424 do CCB-2002, razão pela qual “na análise da nulidade do contrato de trabalho, deve-se ponderar a boa-fé presumida” do trabalhador (DALLEGRAVE NETO, 2003).

Na observação de Eduardo Sergio de Almeida (2007), mais restritiva quanto à presunção da boa-fé do trabalhador, entende-se que ela deve ser apurada concretamente em cada caso, considerando que alguns trabalhadores admitidos pela Administração Pública, principalmente pelas administrações municipais, não prestam qualquer serviço ou trabalham em favor dos interesses eleitoreiros do administrador que os admitiu. Nestes casos não devem ter direito a receber qualquer valor da administração.

Dallegrave Neto (2003), ao tratar da nulidade por desprezo à formalidade essencial ante os dispositivos constitucional e infralegal – arts. 166, III e IV do CCB-2002 e 37, II, CR-88, considerando-se a presunção da boa-fé do trabalhador, sustenta que cabe ao empregador provar o contrário (presunção *iuris tantum*), tendo o trabalhador direito à indenização equivalente à extensão dos prejuízos decorrentes, ou seja, indenização integral nos termos do art. 944, CCB-2002 – o CCB-1916 era omissivo.

De qualquer forma, há forte corrente que defende a aplicação do princípio da boa-fé objetiva no caso de contratação de trabalhador sem concurso público pela Administração Pública, devendo a solução se dar segundo a regra *tu quoque* – desleal constituição de direitos.

### 3.2 A BOA-FÉ OBJETIVA E A FÓRMULA *TU QUOQUE*



A fórmula *tu quoque* se refere à vedação de comportamentos contraditórios e se vincula aos deveres de lealdade e coerência, de forma que fica o contratante impossibilitado de, violando determinada norma jurídica, utilizá-la contra a outra parte (FRAZÃO, 2013a).

De igual forma, Barcat discorre sobre a regra da “inadmissibilidade do exercício de um direito quando a posição jurídica alegada foi criada mediante uma conduta ilegal ou contrária ao contrato” (2003, p. 207-208), o que é demonstrado na regra *tu quoque* segundo a qual há impedimento de que a parte adversa recorra a normas jurídicas que ela mesma não cumpriu.

Segundo Antônio Cordeiro (2001, p.837) “A sua aplicação requer a maior cautela. Fere as sensibilidades primárias, ética e jurídica, que uma pessoa possa desrespeitar um comando e, depois, vir a exigir o seu acatamento”.

Veja-se que a estrutura sinalagmática do contrato de trabalho – consubstanciado na troca de prestações, não pode ser vista isoladamente quanto a cada parte prestacional, mas sim como um todo – uma e outra prestação concomitantemente, com relativo equilíbrio entre si. Nesse sentido, a viga que liga o *tu quoque* e o sinalagma é o da proibição do abuso, da contraditoriedade, do aproveitamento da própria torpeza ou ilicitude, ou seja, da boa-fé objetiva (BARCAT, 2003).

A violação à regra *tu quoque* resta clara na contratação pela Administração Pública de trabalhador sem concurso público, sustentando a nulidade do contrato de trabalho que ela celebrou sem a observância de formalidade prevista na CR-88: (i) a Administração viola a norma constitucional e, depois, (ii) nega qualquer direito ao trabalhador, em razão dela mesma ter violado a norma.

Em que pese não ser possível o reconhecimento do contrato de trabalho entre as partes, pois que há nulidade, com fundamento na boa-fé objetiva, o pagamento de indenização equivalente a todos os direitos havidos em qualquer contrato de trabalho é medida que se impõe.

A admissão do pagamento pelos serviços prestados em razão da impossibilidade de efetivação, por exemplo, de agentes públicos contratados temporariamente (SCHIER, 2003), é corrente que ganha força.

Ainda que se reconheça o agigantamento do Estado moderno, com a multiplicação das finalidades que lhes foram reconhecidas como próprias, e a intensificação dos seus poderes implique aumento da intervenção estatal nas atividades da sociedade, isto não o exime de seguir



os padrões de moralidade (GABARDO; FINGER, 2011). “Os postulados do Estado Democrático de Direito não se realizam sem que seja assegurado ao cidadão o direito a uma Administração Pública leal e confiável” (FINGER, 2010, p.343).

#### 4 O MOVIMENTO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO AO TRABALHO COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

A definição de direitos humanos remete a uma pluralidade de significados. A concepção contemporânea foi introduzida pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, criando o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos, que aborda nos arts. 23 e 24 o direito ao trabalho.

Em sendo uma Declaração e não um Tratado, não estava revestida de força jurídica obrigatória e vinculante, gerando resistências dos Estados em conferir igual proteção às diversas categorias de direitos, motivo pelo qual prevaleceu o entendimento de que a Declaração deveria ser “juridicizada” sob a forma de tratado internacional, forma esta que a tornou obrigatória e vinculante no âmbito do Direito Internacional (PIOVESAN, 2009).

Esse processo de juridicização foi concluído em 1966, originando dois Tratados Internacionais que incorporaram os direitos constantes da Declaração Universal: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (denominados de primeira geração, chamados aqui de direitos de liberdade) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC, denominados de segunda geração e aqui chamados de direitos sociais), que trata do direito ao trabalho nos arts. 6.º e 7.º.

A Declaração mais os dois Pactos resultam na Carta Internacional dos Direitos Humanos, também denominada *International Bill of Rights*.

Essas duas grandes categorias compunham claramente uma dualidade no contexto ideológico da guerra fria e que, com o término desta, reduziu-se à discussão sobre a possibilidade dos direitos sociais serem ou não direitos autênticos (HIERRO, 2007).

No entanto, os direitos humanos podem ser interpretados como tendo origem e significado nas condições objetivas da vida social, de onde emergiram os ideais hoje existentes.



Esse catálogo de direitos é endereçado aos Estados, no sentido de que devem reconhecê-los e observá-los, incluindo, dentre outros, o direito ao trabalho e à justa remuneração (PIOVESAN, 2009).

O reconhecimento pelos Estados-partes, nos termos dispostos pelo Pacto dos direitos sociais, impõe uma realização progressiva dos direitos – art. 2.º, § 1.º, da qual decorre a cláusula de proibição do retrocesso social<sup>4</sup> em especial na implementação dos direitos sociais.

Ainda na ordem internacional, o Protocolo adicional ao Pacto de San José da Costa Rica sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, traz no art. 6.º o conceito de direito ao trabalho e, de forma pontual, reflexos a ele relacionados.

Em igual sentido, como expressão do desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, surgem os sistemas regionais somando-se ao sistema global de proteção: Convenção Americana de Direitos Humanos, Convenção Europeia de Direitos Humanos, Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos; Protocolo de San Salvador – 1999, originário da Organização dos Estados Americanos (OEA), que dispõem sobre direitos, entre eles o direito ao trabalho.

De outro vértice, as ordens internacional e regional demonstram que o processo de globalização remete à internacionalização do sistema produtivo e à necessidade da defesa dos direitos humanos, buscando-se uma situação social mais humana e justa, em especial no que se refere ao direito ao trabalho, este revestido de características que possibilitem à sociedade alcançar o desenvolvimento humano e a justiça social.

Dessa forma, pode-se afirmar que o direito ao trabalho é o “direito básico dos direitos sociais”, de modo que, sem os direitos sociais, os direitos de liberdade clássicos não têm sentido (MELLO, 2003, p.228).

A adjetivação “social” não tem a conotação de socialização ou coletivização contrapondo-se ao individual ou privado, mas liga-se ao ideário político “relativo à evolução constitucional clássica de Estado de Direito liberal para Estado de Direito Social”,

---

<sup>4</sup> “O princípio da vedação do retrocesso social enuncia serem insusceptíveis de rebaixamento os níveis sociais já alcançados e protegidos pela ordem jurídica, por meio de normas supervenientes, especialmente as decorrentes da ratificação de convenções da Organização Internacional do Trabalho. O princípio apresenta-se em múltiplas dimensões. De um lado, pode-se destacar um caráter estático, em que se supõe a efetividade dos direitos sociais já assegurados pela ordem jurídica. Em perspectiva dinâmica, de outro lado, o princípio refere-se à impossibilidade de modificação do *status quo* em sentido negativo, sendo correlato lógico do princípio de progresso da proteção à pessoa humana, com a melhoria das condições sociais, mediante o aperfeiçoamento da ordem jurídica.” (REIS, 2010, contracapa).



ligando o Estado à questão social. Daqui decorre a concepção evolucionista ou geracional dos direitos fundamentais (NOVAIS, 2010, p.20).

Ainda que se tenham reconhecidos os direitos sociais, em especial o direito ao trabalho e à justa remuneração, nas diversas Declarações, Tratados e Pactos, como objetos de proteção internacional, não é este o tratamento dispensado pelo Poder Judiciário Trabalhista.

#### 4.1 O DIREITO AO TRABALHO COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

A proteção dos direitos humanos, bem como dos direitos fundamentais nas Constituições, na maioria das vezes, é como uma reação ao exercício abusivo do poder político, econômico ou simbólico, exercido no seio das sociedades, seja pelo Estado ou pelos sujeitos privados (HACHEM, 2016d).

Nos últimos anos, os direitos sociais têm sido, crescentemente, objeto de restrições e ataques pelos membros do Poder Legislativo de linha liberal. Em que pese sua inclusão nos textos constitucionais, o que se considera grande conquista, esses direitos hoje correm o risco de comprometimento (FERRAJOLI, 2004).

A corrente conservadora desconsidera os direitos sociais propriamente como direitos, sob o fundamento de que eles requerem prestações positivas, consubstanciadas em um fazer e cuja violação não consiste em atos de comportamento passíveis de sanção ou anulação, senão em simples omissão não passíveis de coerção nem consideradas justiciáveis. Ela também reafirma a ideia liberal do Estado mínimo, por meio do qual se garante a ordem pública interna e a defesa externa (FERRAJOLI, 2004).

De qualquer forma, na origem do Estado Social esses direitos eram apenas proclamatórios, em contraste com a dominância jurídico formal da ideia de separação de poderes, da legalidade da administração e reserva de lei. A presença desses direitos, em que pese a falta de efetividade, alargou o espectro político com a confluência dos partidos e movimentos afins (NOVAIS, 2010).

Os direitos sociais estão ligados a um cunho e a uma luta política, independentemente da questão ideológica e doutrinária. Veja-se que, após a II Guerra Mundial, a Declaração Universal dos Direitos do Homem foi bipartida em dois Tratados. Natural foi a ligação política e ideológica pois referia-se a prestações de natureza econômica e social por parte do Estado constitucional, o que não pode impedir o seu reconhecimento. O que importa é o problema



jurídico-constitucional dos direitos sociais serem garantias constitucionais. Há toda evidência de que a realização desses direitos gera consequências para o Estado e para a vida jurídica dos cidadãos (NOVAIS, 2010).

A definição mais conhecida de Estado Social forma-se a partir da reforma social concretizada em um conjunto de medidas, leis e atividades, que tornam possível a aquisição de bens com valor econômico por meio do trabalho (MUÑOZ, 2015).

Dessa forma os primeiros direitos sociais, ainda não caracterizados como direitos fundamentais, surgem como forma de proteção dos trabalhadores ante os infortúnios do exercício da função para a regulação das condições trabalhistas e proteção da dignidade humana.

Deve-se reconhecer que o trabalho é um dos fatores fundamentais para a manutenção da sociedade, seja para a subsistência do homem, seja para a manutenção do contrato social.

Com a aquisição de meios econômicos para a subsistência mediante o trabalho, o indivíduo tem acesso ao crescimento pessoal e material, cujos reflexos, ao fim e ao cabo, não se restringem ao individual, mas atingem positivamente toda a sociedade, de forma que mesmo diante dos limites “do que a lei estabelecer” – art. 5.º, XIII, CR-88, a liberdade de trabalho abarca conteúdo amplo, atingindo pessoas físicas e jurídicas (GONÇALVES, 2013).

Com efeito, o surgimento dos direitos sociais representa uma mudança a respeito da concepção que se tinha dos direitos fundamentais. Assim, também, uma modificação sobre a compreensão do papel do Estado em matéria de direitos fundamentais. De direitos de defesa os direitos fundamentais passam a ser vistos como direitos de participação democrática e também direitos a prestações por parte do Estado, o que requer uma certa organização estatal, apoio social, atitudes cívicas e compromisso democrático sério (CARBONELL, 2010).

Para tanto, a sua proteção e reconhecimento como direitos fundamentais são essenciais.

#### 4.2 O REGIME JURÍDICO JUSFUNDAMENTAL DOS DIREITOS SOCIAIS

A CR-88 trouxe várias mudanças, em especial a previsão normativa no campo dos direitos sociais expressos no art. 6.º, e que ante o disposto no § 1.º do art. 5.º, exigiu dos adeptos do movimento da dogmática constitucional emancipatória a necessidade de desenvolver teorias visando revestir de efetividade tais direitos (HACHEM, 2013b).



O reconhecimento da fundamentalidade de determinados direitos os liga a um regime jurídico diferenciado, consistente, em sentido positivo, na sua aplicabilidade imediata – art. 5.º, § 1.º, da CR-88; em sentido negativo, na vedação de emendas constitucionais tendentes a excluí-los da ordem jurídica, conforme art. 60, § 4.º, IV, da CR-88 (HACHEM, 2013c, p.206-207).

Na doutrina há divergências se os direitos sociais estão revestidos desse regime jurídico especial – regime jurídico dos direitos fundamentais, podendo-se classificar, no mínimo, em quatro correntes: (i) a exclusão dos direitos sociais desse regime jurídico especial; (ii) a restrição desse regime jurídico aos direitos sociais somente no que diz respeito ao mínimo existencial; (iii) aplicação do regime jurídico para parcela dos direitos sociais visando à garantia das “condições procedimentais da democracia”; (iv) incidência integral do regime especial aos direitos sociais (HACHEM, 2013c, p.207).

Essa divergência decorre de “dois mitos que pairam sobre o senso comum teórico dos direitos fundamentais”, originada da divisão em gerações ou dimensões de direitos, e que nega a natureza jusfundamental dos direitos sociais em comparação com os direitos de liberdade (HACHEM, 2013a). Primeiro, em razão dos direitos de liberdade não reclamarem prestações positivas fáticas e normativas, sendo verdadeiros direitos subjetivos oponíveis ao Estado, ao contrário dos sociais, que exigem regulamentação e têm altos custos para implementação, requerendo disponibilidade orçamentária, por isso não possuindo *status* de direitos subjetivos (HACHEM, 2013a, p.621). Segundo, na atribuição de titularidade transindividual aos direitos de terceira geração, somente por grupos determinados ou coletividade indefinida, não sendo esses direitos passíveis de tutela judicial individual, mas somente por meio processual coletivo. Tal concepção enfraquece a proteção jurídica dos indivíduos, não se amoldando ao conceito de direito subjetivo – “de titularidade a um indivíduo determinado” (HACHEM, 2013a, p.621).

Porém, tanto os direitos de liberdade quanto os sociais possuem expectativas positivas e negativas, não havendo nenhuma diferença de estrutura entre os dois tipos de direitos, o que afasta a principal tese da inexigibilidade judicial intrínseca dos direitos sociais (FERRAJOLI, 2004, p.10).

Nesse trilhar, a doutrina sustenta que a função de defesa seria própria dos direitos de liberdade, a prestacional fática dos direitos sociais e a titularidade transindividual dos direitos coletivos, quando na realidade todos detêm essas três características (HACHEM, 2013a, p.621).



Isto porque, para terem relevância prática, os direitos de liberdade também requerem atuações positivas do Estado que implicam em despesas econômicas. Assim, os direitos de liberdade conjugam obrigações de não fazer e de fazer, assim como nos direitos sociais. Além disso existem setores dos direitos sociais que envolvem direitos de liberdade em sentido estrito, como o direito de greve ou liberdade sindical, que geram para o Estado obrigações de não fazer (CARBONELL, 2010, p.46).

Ou seja, não existem direitos gratuitos e direitos caros. Todos os direitos têm um custo e necessitam de uma estrutura estatal que os proteja de possíveis violações praticadas por terceiros (CARBONELL, 2010, p.47).

Também deve-se considerar que em muitos direitos sociais existem direitos de liberdade visando proteger bens jurídicos praticamente idênticos aos que tutelam os direitos de liberdade – existe, por exemplo, uma liberdade de trabalho que antecede o direito social ao trabalho; a liberdade de educação intrinsecamente ligada ao direito social da educação (CARBONELL, 2010, p.47-48).

Desse modo, não devem existir objeções aos efeitos normativos plenos e direitos sociais. Estes efeitos devem ser exigidos, inclusive no âmbito judicial. A teoria constitucional tem a tarefa de pensar em vias idôneas que permitam a exigência dos direitos sociais, mesmo considerando que a realização completa de alguns desses direitos não possa ser alcançada em curto prazo de tempo. Porém, isso não impede o reconhecimento de que os direitos sociais obrigam, que não são somente programas políticos e sim normas jurídicas e como tal devem ser vistos, analisados e aplicados (CARBONELL, 2010, p.47-48).

Com efeito, os direitos fundamentais no atual modelo de Estado Constitucional caracterizam-se como categoria jurídica autônoma, com regime jurídico especial, com estrutura jurídica bidimensional, pois tem (i) posição subjetiva, o que possibilita o indivíduo exigir condutas positiva ou negativa, e (ii) deveres objetivos ante o Poder Público, impondo a este disponibilizar condições de exercício e proteção dos direitos, independentemente de provocação do titular (HACHEM, 2013a, p.624).

A dimensão prestacional só será justificável se do texto Constitucional se puder extrair características do seu conteúdo identificando-se as prestações exigíveis materialmente pelo direito subjetivo (HACHEM, 2013c, p.230).

Assim, esse entendimento incide nos deveres de promoção (prestações do Estado) e de proteção (contra atos de particulares) dos direitos fundamentais sociais, incluindo-se os direitos



dos trabalhadores expressos nos arts. 7.º, 8.º e 9.º da CR-88, que podem ser exigidos judicialmente do Poder Público a fim que proteja da ação dos empregadores (HACHEM, 2013c, p.230).

Caracterizado o trabalho como direito fundamental social, bem como os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, expressos no art. 7.º da CR-88, em especial a justa remuneração que é a repercussão da sua atividade, evidentemente, também tem este a sua fundamentalidade protegida, de maneira que pode ser exigido de particulares e do Estado a sua observância no âmbito judicial.

## 5 CONCLUSÃO

Há contraste entre os direitos fundamentais sociais assegurados na CR-88 e o fato do dispêndio da força do trabalhador, seja braçal ou intelectual, sem possibilidade de reposição, e a consequente negativa do pagamento dos seus direitos sociais trabalhistas pela Administração Pública que, de forma negligente, deixa de cumprir as formalidades para contratação.

A negativa de pagamento da integralidade das verbas trabalhistas, de natureza alimentar, em razão da ausência de concurso público para a contratação, viola os direitos fundamentais sociais, nas espécies direito ao trabalho e justa remuneração, bem como o princípio da boa-fé.

Esses direitos não devem ser concedidos individualmente mediante recurso ao Poder Judiciário, mas, em razão de sua essencialidade, a satisfação deve ser universal.

Por isso é feita aqui a proposta de revisão da Súmula 363, TST, a fim de que a preservação dos direitos fundamentais sociais atinja todos os trabalhadores lesados pela negligência da Administração Pública.

O Poder Judiciário tem limitações para implantar políticas públicas, porém não para reconhecer direitos constitucionais garantidos. Sequer há de se considerar a ingerência do Poder Judiciário no Legislativo ou Executivo ou ativismo judicial no presente caso, merecendo os direitos fundamentais sociais e o princípio da boa-fé a mais ampla proteção e reconhecimento.



## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Eduardo Sérgio de. **Admissão de pessoal pela administração pública sem a realização de concurso**. In: O Trabalho: doutrina em fascículos mensais, n.129, p.4154-4158, nov. 2007.

BARACAT, Eduardo Milleo. **A boa-fé no direito individual do trabalho**. São Paulo: LTR. 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm). Acesso em: 20 jul. 2016.

BRASIL. **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: 20 jul. 2016.

BRASIL. Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm). Acesso em: 20 jul. 2016.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. 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: 20 jul. 2016.

CAMPOS, Laura. **Súmula 363 do TST: uma ponderação de interesses**. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 7.ª Região, v.30, n.30, p.53-66, jan./dez. 2007.

CARBONELL, Miguel. **Los derechos sociales: elementos para una lectura en clave normativa**. Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4.ª Região, n.3, p.34-57, 2010.

CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do trabalho. 11.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969). **Pacto de San José da Costa Rica**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 15 jan. 2016.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Nulidade do contrato de trabalho e o novo código civil**. In: **O impacto do novo código civil no direito do trabalho**. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo (Coords.). O impacto do novo código civil no direito do trabalho. São Paulo: LTR, 2003. p.85-123.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: [http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf). Acesso em: 20 jul. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. Prólogo: ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2.ed. Madrid: Trotta, 2004.



FINGER, Ana Cláudia. **O princípio da boa-fé e a supremacia do interesse público: fundamentos da estabilidade do ato administrativo.** In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum. 2010. p.307-344

FRAZÃO, Ana. **A boa-fé objetiva e o contrato de trabalho: as funções de criação de deveres instrumentais e de limitação ao exercício de direitos e faculdades contratuais.** In: TEPEDINO, Gustavo et al. (Coord.). Diálogos entre o direito do trabalho e o direito civil. São Paulo: RT, 2013a. p.295-324.

FRAZÃO, Ana. **A boa-fé objetiva e o contrato de trabalho: as funções hermenêutico-integrativa e reequilibradora.** In: TEPEDINO, Gustavo et al. (Coord.). Diálogos entre o direito do trabalho e o direito civil. São Paulo: RT, 2013b. p.279-294.

GABARDO, Emerson; FINGER, Ana Cláudia. **Ética na administração pública e o código de ética do superior tribunal militar.** In: A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, v.11, n.43, p.119-133, jan./mar. 2011.

GONÇALVES, Heloisa Alva Cortez; LOPES, Mariane Helena. **A dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho.** In: Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v.4, n.2, p.129-145, jul./dez. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. **A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos individuais econômicos, sociais, culturais e ambientais.** In: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v.14, n.14, p.618-688, jul./dez 2013a.

HACHEM, Daniel Wunder. **A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento.** In: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v.13, n.13, p.340-399, jan./jun. 2013b.

HACHEM, Daniel Wunder. **Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras.** In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.) Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2013c. p.205-240.

HACHEM, Daniel Wunder. **Editorial: a emergência dos novos direitos e garantias no constitucionalismo global.** In: Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, v.3, n.1, p.4-6, jan./abr. 2016.

HIERRO, Liborio L. **Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy.** In: DOXA - Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.30, p.249-271, 2007.

MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários às súmulas do TST.** 4.ed. 2.<sup>a</sup> reimpressão. São Paulo: Atlas, 2008.



MAZURKEVIC, Arion. **A boa-fé objetiva: uma proposta para reaproximação do direito do trabalho ao direito civil.** In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo (Coords.). O impacto do novo código civil no direito do trabalho. São Paulo: LTR, 2003. p.349-375.

MELLO, Celso de Albuquerque. **A proteção dos direitos humanos sociais nas nações unidas.** In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.215-232.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Dimensões del estado social y derechos fundamentales sociales.** In: Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, v.2, n.2, p.31-62, maio/ago. 2015.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais.** Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

QUETES, Regeane Bransin. **Frentes de trabalho e a violação de direitos sociais do trabalhador: controle externo e social como alternativa.** In: Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, Santa Fé, v.2, n.2, p.197-213, jul/dic. 2015.

REIS, Daniela Muradas. **O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho.** São Paulo: LTR, 2010.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho.** 3.ed. fac-similada. São Paulo: LTR, 2015.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Da impossibilidade de efetivação de agentes públicos contratados temporariamente.** In: A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, v.3, n.11, p.101-116, jan./mar. 2003.

TEPEDINO, Gustavo. **Introdução: Direito Civil e direito do trabalho: diálogo indispensável.** In: TEPEDINO, Gustavo et al. (Coord.). Diálogos entre o direito do trabalho e o direito civil. São Paulo: RT, 2013. p.13-19.