XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

JOSÉ FERNANDO VIDAL DE SOUZA

KARYNA BATISTA SPOSATO

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

E27

Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Fernando Gustavo Knoerr; José Fernando Vidal De Souza; Karyna Batista Sposato - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-452-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos sociais. 3. Contrato. 4. Educação. XXVI EncontroNacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS

Apresentação

A presente obra é mais um trabalho realizado pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) que reúne os pesquisadores da área do Direito e organiza os maiores eventos acadêmicos ligados à Ciência Jurídica.

Desta feita a reunião dos artigos é proveniente do XXVI ENCONTRO DO CONPEDI, realizado na cidade de Brasília, nos dias 19 a 21 de julho de 2017, e sediado pelo Centro Internacional de Convenções do Brasil (CICB).

Os professores ora signatários ficaram responsáveis pela Coordenação do Grupo de Trabalho intitulado "EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS I" e pela organização desta obra.

Com efeito, no dia 20 de julho de 2017, os quatorze artigos ora selecionados, após avaliação feita por pares, pelo método double blind review, pelo qual cada artigo é avaliado por dois pareceristas especialistas na área com elevada titulação acadêmica, foram apresentados oralmente por seus autores e, como forma de dar publicidade ao conhecimento científico, compõem o presente livro.

Para facilitar a leitura, a obra foi dividida em temáticas distintas, a saber: a) Eficácia horizontal dos direitos humanos e o respeito à dignidade do trabalhador; b) Educação e direitos sociais; c) Saúde e trabalho; d) Contrato, associativismo e empreendedorismo; e) Direito à moradia e solidariedade.

Assim, compõem a primeira temática quatro artigos. No primeiro artigo, intitulado ""A teoria das necessidades e a sua relação com os direitos fundamentais dos trabalhadores", Marcos Leite Garcia e Dirajaia Esse Pruner, fundados nas ideias de Sen, Doyal e Gough, e Nussbaum, demonstram a relação da teoria das necessidades com os direitos fundamentais dos trabalhadores, promovendo a análise dos direitos previstos nas convenções da Organização Internacional do Trabalho.

O segundo artigo, apresentado por Silvio Beltramelli Neto, "Apontamentos sobre a imprescritibilidade dos crimes relativos a trabalho escravo segundo a sentença da corte

interamericana de direitos humanos para o caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde", analisa a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos para o Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, que condenou o Estado brasileiro a garantir que a prescrição não seja aplicada aos delitos de escravidão.

Na sequência, o artigo, "A revista no direito do trabalho em contraposição ao seu tratamento no direito processual penal: trabalhadores ou suspeitos de crime, para qual deles são mais efetivas as garantias constitucionais?", apresentado por Ricardo José Leite de Sousa e Eduardo Henrique Raymundo von Adamovich, dedica-se a estudar e comparar os direitos fundamentais dos presos e a revista pessoal dos trabalhadores no regular desempenho de suas atividades laborativas, diante das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho.

O quarto artigo de Ângela Diniz Linhares Vieira, "Assédio moral coletivo: dano moral coletivo ao direito fundamental do trabalhador a um meio ambiente do trabalho hígido", se propõe a estudar o assédio moral coletivo, o meio ambiente do trabalho equilibrado e os direitos fundamentais do homem enquanto trabalhador, com vista à punição do autor do referido dano.

O bloco seguinte é aberto com o artigo, "A educação a distancia nas grandes regiões do país: breves considerações", de Marklea da Cunha Ferst e Rubia Silene Alegre Ferreira, que analisam a evolução da educação a distância (EaD) nas grandes regiões do País, os motivos e as peculiaridades de evasão escolar nesta modalidade de ensino.

O sexto artigo, "Educação para o trabalho como forma de inclusão da pessoa com deficiência", de Aline Mendes De Godoy, trata da inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, sustentando a necessidade de mudanças conceituais sobre a pessoa com deficiência, que não devem mais ser consideradas inválidas ou dignas de caridade, pois estão a se tornar ativas e exitosas em alcançar sua inserção na sociedade e no mercado de trabalho.

Abre um novo bloco, o sétimo artigo, intitulado "O direito fundamental a proteção à maternidade no direito do trabalho", apresentado por Juliana Maria da Costa Pinto Dias, que cuida das questões da maternidade, trabalho da mulher gestante e dos adotantes, estabelecendo comparações e defendendo a aplicação das garantias constitucionais entre a maternidade biológica e afetiva.

O oitavo trabalho de Danilo Lucas de Oliveira Santos, "Inconstitucionalidade circular de alcance prospectivo. Restrições insidiosas a direitos fundamentais nas relações de trabalho:

uma abordagem crítica de decisões judiciais desprovidas de ponderação preditiva e seus influxos" se propõe a examinar a declaração judicial de nulidade de contrato de trabalho e os seus reflexos nos direitos fundamentais dos trabalhadores e de toda sociedade.

"Liberdade sindical: direito humano ou garantia fundamental?", de Flávio Augusto Dantas dos Santos, abre um novo bloco de artigos e trata de distinguir direitos humanos e fundamentais, relaciona o associativismo e a liberdade sindical e analisa a liberdade sindical como direito humano e fundamental.

O décimo artigo, "Microempreendedor individual: do incentivo à efetividade do empreendedorismo no Brasil" é apresentado por Veronica Lagassi e Paola Domingues Jacob que se dedicam a estudar aspectos do empreendedorismo no Brasil, a partir da análise da Lei Complementar nº 123/2006 e dificuldades do reconhecimento do microempreendedor individual, nos moldes da Lei Complementar nº 128/2008.

Dando continuidade, o décimo primeiro artigo, "Direitos fundamentais sociais em vista da responsabilidade da administração pública por contratos terceirizados: percepções jurídicas em torno do papel do estado no julgamento do recurso extraordinário - RE 760931", apresentado por Karla Alexsandra Falcão Vieira Celestino e Leonardo Cedaro, se dedica a discutir o Recurso Extraordinário de nº 760931 que decidiu sobre o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados contratados.

O décimo segundo artigo de Jéssica Antunes Figueiredo, "Os donos dos jogos: o domínio das "quatro irmãs" nas contratações das obras para a copa do mundo e as olimpíadas e o desrespeito ao interesse público", se debruça a apreciar as minúcias dos contratos firmados para a realização da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas de 2016 no Brasil, apontando a ocorrência de cartel e as diversas irregularidades nas contratações, sugerindo, assim, a necessidade de maior mobilização da sociedade para proteção do interesse público na realização de megaeventos no país.

O décimo terceiro artigo abre o último bloco, "Direito à moradia – uma visão comparada da suprema corte brasileira e sul-africana a partir do Grootboom case", de Jeferson Nelcides de Almeida e Dirceu Pereira Siqueira, que comparam aspectos do Direito à Moradia no Brasil, na perspectiva do Supremo Tribunal Federal e na África do Sul, a partir do caso Grootboom, julgado em 2000 no país Sul-Africano.

O último artigo, "Solidariedade e fraternidade aplicadas ao desenvolvimento sustentável", apresentado por Luiz Felipe Rossini e Alexandre Alcorta Daiuto trata da fraternidade e da

solidariedade como direito fundamental e norteadoras para um modelo de capitalismo humanista, na busca de um desenvolvimento sustentável.

Com a presente apresentação, desejamos a todos uma boa e aprazível leitura.

Prof. Dr. José Fernando Vidal de Souza - UNINOVE

Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr - UNICURITIBA

Profª Dra. Karyna Batista Sposato - UFS

INCONSTITUCIONALIDADE CIRCULAR DE ALCANCE PROSPECTIVO. RESTRIÇÕES INSIDIOSAS A DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: UMA ABORDAGEM CRÍTICA DE DECISÕES JUDICIAIS DESPROVIDAS DE PONDERAÇÃO PREDITIVA E SEUS INFLUXOS.

INCONSTITUTIONALITY CIRCULAR OF PROSPECTIVE SCOPE. INSIDIOUS RESTRICTIONS ON FUNDAMENTAL RIGHTS IN WORK RELATIONS: A CRITICAL APPROACH TO JUDICIAL DECISIONS DETERMINED WITH PREDICTIVE WEIGHT AND THEIR INFLUX.

Danilo Lucas De Oliveira Santos [1]

Resumo

A declaração judicial de nulidade de contrato de trabalho, tendo em conta o vetor de inconstitucionalidade, embora vise restabelecer o necessário alinhamento das disjunções fáticas que desafiam a supremacia da Constituição, quando impõe sua inflexão desprezando os reflexos sociais que dela possam escoar, faz emergir, de modo circular e prospectivo, equivalente injúria, que do mesmo modo malfere os auspícios contidos no texto da norma ápice. Esse entrecortado fático declarado inconstitucional, via de regra, tem menosprezado uma necessária análise preditiva que acautele, de modo assertivo, os direitos fundamentais dos trabalhadores, ofertando deletérios influxos não apenas a estes, mas a toda sociedade.

Palavras-chave: Contrato de trabalho, Nulidade contratual, Constitucionalidade, Direitos fundamentais, Administração pública, Reflexos sociais

Abstract/Resumen/Résumé

The judicial declaration of nullity of labor contract, taking into account the vector of unconstitutionality, although aiming to reestablish necessary alignment of the factual disjunctions that defy the supremacy of the Constitution, when it imposes its inflection disregarding the social reflexes that may flow from it, In a circular and prospective manner, an equivalent injury, which likewise misrepresents the auspices contained in the text of the apex norm. This haphazard phatic declared unconstitutional, as a rule, has neglected a necessary predictive analysis that assaults the fundamental rights of workers, offering deleterious influxes not only to these, but to every society.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Employment contract, Contract nullity, Public administration, Fundamental rights, Constitutionality, Social reflexes

[1] Mestrando em Direito Público pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas - UFAL. Email: danilolucas@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

A presente análise se ocupou em examinar os influxos que, numa análise prima facie, escapam às decisões judiciais. Esses provimentos, por negligência, escusam-se, equivocadamente, de realizar análises preditivas de seus efeitos, ressoando no campo social efeitos tão indesejáveis como aqueles que, inicialmente, almejou-se afastar.

Essa modelagem, da qual as decisões judiciais apenas focalizam uma justificação interna e imediata com o ordenamento jurídico, seja para atender a aplicação meramente subsuntiva de um regramento, seja para estreitar, o alcance restitutivo do qual deveria se ocupar a função da jurisdição, implicando assim, restrições indevidas a direitos fundamentais dos sujeitos envolvidos.

A fim de estabelecer um objeto mais preciso para desenvolver a abordagem proposta, foram adotados como sintagmas os pronunciamentos judiciais que, sob a égide da limitada moldura estabelecida na Súmula 363 do Tribunal Superior do Trabalho, declaram nulo o vínculo contratual estabelecido entre a administração pública e o trabalhador.

A Justiça do Trabalho, ramo especializado do poder judiciário, em todos os graus de jurisdição, via de regra, tem lançado ao alvedrio os reflexos sociais desencadeados ao declarar solução de continuidade dessa espécie de liames laborais. Para esse tipo de contrato de trabalho, a jurisprudência tem reconhecido a nulidade desses liames, deferindo aos trabalhadores tão somente o pagamento da contraprestação ajustada, isso em relação as horas trabalhadas, e no período imprescrito, além de indenização correspondente aos depósitos no fundo de garantia por tempo de serviço; este por imposição legal da lei 8.036/19901, e aquele para evitar enriquecimento sem causa da fazenda pública; ambos tendo por premissa a efetiva prestação do serviço[2].

Em que pese a pretensão de correção que possa denotar o reconhecimento desses direitos ao trabalhador que teve extinto seu contrato pelo reconhecimento de nulidade máxima de sua fixação jurídica, com fulcro nos mandamentos constitucionais e por exegese do entendimento sumulado, nesse mesmo sentido um raciocínio mesquinho poderia indicar que tal providência seria suficiente para satisfazer a função estabilizadora das relações sociais que o Direito deve se ocupar.

---

[1] 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.

[2] AI nº 497.984/RS-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Carlos Britto, DJ 30/9/05.

Entretanto, não é no todo o que aparenta. Vê-se que esse arranjo jurídico possui desdobramentos outros que merecem ser analisados mais detidamente, isso tanto de modo imediato, assim como numa vertente mediata.

Para além do entendimento jurisprudencial, reflexos dessa conjuntura também se espraiam por a praxe administrativa da administração pública. O indivíduo que tem interrompido o vínculo de trabalho com o ente público, inevitavelmente, recorrerá, em um momento ou outro, ao próprio aparato estatal de proteção e promoção do trabalho para salvaguardar sua dignidade. É o que se constata, por exemplo, quando este sujeito – reativamente – necessita de um benefício previdenciário, como o seguro-desemprego; ou mesmo, quando – preventivamente – esse trabalhador almeja ver supridas melhorias das condições de trabalho pela redução dos riscos a que estão expostos durante o desenvolvimento de sua expertise profissional.

Com a missão de salvaguardar os pilares protetivos da dignidade humana, o texto constitucional se ocupa, precipuamente, em abordar direitos e garantias fundamentais, bem como a fixação de disposições que balizam e harmonizam a atividade estatal, seja quando da elaboração de normas que serão propostas ao ordenamento jurídico, seja na recepção de outros regramentos elaborados anteriormente à vigência de seu texto, ou ainda, porque elaborados em âmbito internacional. O texto da lei maior, ainda pode ser caracterizado pelo viés instrumental, por estabelecer parâmetros (restrições) a serem observados pelos particulares em suas relações, vinculando-os aos desígnios da justiça social.

Com esse espírito, o texto outubrino, dentre outras disposições igualmente relevantes, trouxe como requisito para, que um indivíduo assuma um cargo público de provimento efetivo, a sua prévia aprovação em concurso público[3], fundamentando a legitimidade desse instituto, notadamente, nos pilares axiológicos: da valorização do trabalho; da promoção proteção da dignidade do trabalhador; e da supremacia do interesse público.

A despeito de a Constituição ter traçado as premissas que devem ser observadas para ingresso na função pública, por vezes, são verificadas nos meandros fáticos, condutas que destoam dos primados constitucionalmente fixados, impondo às instituições com função judicatória, a responsabilidade de restabelecer a harmonia entre a normatividade constitucional e as facticidades das relações sociais. Nesse sentido é que se engendra a declaração judicial de nulidade contratual da relação de trabalho no âmbito da administração pública.

[3] Artigo 37, II da Constituição Federal de 1988.

Visando sanar a mácula que fulmina por nulo esse pacto laboral firmado entre ente público e o particular, o próprio Estado (legitimado) se encarrega de examinar esses atos que, eivados de inconstitucionalidade, encobrem a conjuntura fática que se materializa no ingresso irregular em cargo de provimento efetivo. Ainda que não seja crível atribuir à função/responsabilidade de apreciar a correção de uma dada conduta exclusivamente a uma das partes que integram a relação jurídica questionado em juízo, assim ocorre quando da apreciação da nulidade contratual trabalhista no seio da administração pública, em que o Estado julga o próprio Estado.

Ademais, apesar de, em teoria, mostrar-se pouco provável ser verificada tal assimetria ao texto constitucional, seja pela vedação expressa consignada no texto constitucional, seja em razão de que para que tal conjugado ilegal se efetive deva haver, necessariamente, a condescendência, omissiva ou comissiva, da autoridade pública com essa conduta ilegal – a despeito de essa autoridade ter a obrigação de atuar estritamente no trilho da legalidade – essa forma inconstitucional de ingresso no serviço público vem se mostrando repetidamente, nos mais distintos lugares do Brasil.

Consequência disso, é que por conta dessa razoável previsibilidade do ingresso em juízo desses trabalhadores que integraram esse articulado ilegal, os quais buscarão a restituição de parte seu patrimônio jurídico atingido por conta danos derivados dessa relação inconstitucional com o Estado, o aparato judicial se municiou com institutos jurídicos, visando emoldurar, indistintamente, o posicionamento jurisprudencial quando deparar-se com situações do cotidiano com esse mesmo fundo de direito. Para tanto, os órgãos judiciais elaboraram súmulas ou mesmo fixaram teses com repercussão geral com objetivo de padronizar o deslinde dessas demandas, inobservando as insidiosas restrições que essa providência acarreta para esse sujeito que, investido no figurino de trabalhador, sofrerá com o malferir insidioso aos seus direitos fundamentais.

Diante desse fenômeno sociojurídico, mostra-se imprescindível esgarçar não apenas os imediatos efeitos que dessa relação são desencadeados, mas também as causas, e os efeitos mediatos, já que isso importa não apenas ao interesse individual, mas também, ao de toda coletividade social.

2. A DECLARAÇÃO JUDICIAL DE NULIDADE CONTRATUAL DO VÍNCULO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. NOÇÕES PROPEDÊUTICAS

Por vezes desconhecida, até mesmo pelos operadores do direito da seara trabalhista, a expressão “contrato nulo” no âmbito da administração pública, incorpora em sua

significação acepções de vários espectros do Direito, a saber: constitucional, trabalhista, civil e administrativo.

Contrariando o tracejado deôntico do texto constitucional, alguns indivíduos ingressam, de modo irregular – fora das exceções previstas na CF/88 - nos quadros de agentes públicos para exercerem funções reservadas àqueles que, necessariamente, devem ser selecionados pelo sistema de mérito instrumentalizado por meio do concurso de provas ou de provas e títulos.

O fenômeno da nulidade do contrato de trabalho no âmbito da administração pública é exemplo de contrato ilícito, o qual, a rigor da jurisprudência[4] não teria o condão de produzir qualquer efeito, sequer a "retribuição pelos serviços prestados"[5].

Esse tipo de pacto, destacamos, não se confunde com o contrato adjetivado de proibido, já que este desenvolve seus efeitos até certo ponto. Nessa senda assevera a professora Alice Monteiro de Barros (2007, p. 521) que esse tipo de pacto laboral "produz certos efeitos" até a declaração de sua nulidade, refletindo para essas situações um efeito *ex nunc*, ou seja, rompendo a continuidade dos efeitos dessa relação daquele momento em diante, salvaguardando, todavia, o que já fora realizado.

O enquadramento fático que se apresenta para a nulidade contratual é algo semelhante ao que Alice Monteiro de Barros (2007, p. 309) rotulou de "zona grise", mas por um prisma inverso. Para a festejada autora, nessa zona, "se situam na chamada 'zona grise', isto é, zona cinzenta ou fronteiriça habitada por trabalhadores que tanto poderão ser enquadrados como empregados quanto como autônomos, fora do Direito do Trabalho". Não obstante, o trabalhador com vínculo irregular com a administração pública não será, nem empregado celetista, nem servidor estatutário, habitando, portanto, uma "zona grise", mas por um prisma distinto, já que não se enquadra em qualquer dos sistemas normativos que tutelam esses trabalhadores.

Deve-se ter claro que, esse cenário, em que seja verificada a irregular investidura em cargo, emprego ou função pública, para além da habilitação mediante concurso público, somente é viabilizada com a condescendência ou mesmo atuação direta do gestor público. Ora, é no mínimo surreal que alguém, estranha ao corpo funcional do ente público, apresente-se ao trabalho, de modo continuo, sem que nenhuma autoridade tenha conhecimento.

Reconhecendo a unidade que o sistema normativo representa, e em homenagem à teoria do diálogo das fontes, tem-se no artigo 166 do Código Civil[6], em seus incisos IV e V, a

---

[4] BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 3. ed. Ver. E ampl. São Paulo: LTr, 2007, p. 521.
[5] Idem.

cristalina disposição acerca dos elementos que, alternativamente, denotariam por nulo um negócio jurídico: “IV - não revestir a forma prescrita em lei;” e, “V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;”, a primeira por violar a norma máxima do ordenamento, a Constituição; a segunda por não se habilitar ao cargo por meio concurso público.

Não fosse isso o bastante, o artigo 169 do mesmo diploma legal[7] espanca a possibilidade de convalidação dos efeitos desse negócio nulo pelo mero decurso do tempo – teoria do fato consumado – afastando, portanto, a estabilização de conjecturas ilegais.

Diante de dissonâncias entre normalidade e normatividade, como ocorre na hipótese de nulidade contratual, ao judiciário cabe dar o tom equalizador que traga harmonia ao sistema.

E nesse estreito, o paradigma da decisão judicial pauta-se pela busca de correção. Nesse horizonte o *jus* filosofo Robert Alexy, citado pelo professor Henrique Ribeiro, ensina que as decisões judiciais “*pretendem ser corretas enquanto decisões jurídicas*”[8], e nisso reside um a natureza ontológica à decisão judicial.

Ampliando o debate, segundo o sociólogo Pierre Bourdieu (2010), a celula mater dessa legitimidade deve encontrar ressonância no reconhecimento pelos “profanos”[9] de que as decisões jurídicas são dotadas de rigor técnico que as distanciam dos embates políticos e empíricos que permeiam as discussões do cotidiano no campo social *stricto senso.*

Assim, para além do campo jurídico, os pronunciamentos judiciais devem legitimar-se não apenas por responder de forma satisfatória os pressupostos de validade jurídica, mas, por ser reconhecida, racionalmente pelos sujeitos sociais por ela atingidos, como substituição cognitiva justa da solução dos conflitos.

3. A INCONSTITUCIONALIDADE CIRCULAR DE ALCANCE PROSPECTIVO. ARTEFATO CONCEITUAL

Primeiramente, destacamos que, em relação a esse instituto, não localizamos na doutrina qualquer referência que dele se ocupe especificamente, tal como se encarregada a abordagem neste trabalho. O ensaio aqui desenvolvido sobre a “inconstitucionalidade circular

---

[6] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acessado em 15 de out de 2016.
[7] Idbem.
[8] Alexy, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução Zilda Hutschinson Shild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 312 – posfácio à obra.
[9] Designação utilizada por Bourdieu para designar aqueles que não pertencem (relacionam-se) ao (no) campo jurídico.

de alcance prospectivo" tem por fundamento um olhar reflexivo do fenômeno jurídico, aliado à reconstrução de conceitos atados à teoria da *judicial review*.

À vista disso, faz-se necessário elucidar o sentido epistêmico que se pretende alcançar ao construir, nesse estudo, tal teorética-jurídica. É o que, tencionamos a seguir demonstrar.

Podendo ser compreendida como resultado ulterior do enfrentamento de outra conduta que, também em descompasso com as normas constitucionais, espraiou reflexos que escaparam a uma análise *prima facie*. A "inconstitucionalidade circular de alcance prospectivo" engatilha consequências que também deveriam provocar a vigilância dos operadores do Direito.

Recolhidos à sombra de outro desacerto inconstitucional, os efeitos dessa espécie teórica, não são percebidos – ou pelo menos previstos – prontamente, seja por conta de uma inconstitucionalidade "enlouquecida, desvairada"[10] que ocupa todo espaço de debate, ou ainda, seja porque a contrariedade ao texto outubrino não alardeou repugnância tal, que desafiasse providência ímpar.

Esclarece-se, por necessário, que este trabalho não se propõe a estabelecer "graus" de inconstitucionalidade, em absoluto. Todas as normas constitucionais são merecedoras de proteção – em que pese algumas inflarem o texto constitucional com temáticas que poderiam bem ser estabelecidas em legislação infraconstitucional –, o que se registra nesse momento, é que alguns atos desalinhados às normas constitucionais saltam mais aos sentidos dos operadores do direito e da população em geral do que outros. A título de exemplo, serão apresentados a seguir, em contrataste, duas hipóteses de ofensa à Constituição que bem representam o que se mencionou anteriormente.

A primeira conjectura - em teoria, ressalte-se - seria uma proposta de emenda à constituição que visasse retirar de seu artigo 1º a "dignidade da pessoa humana" como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Uma agressão dessa monta ao texto constitucional seria tão despudorada que provocaria imediatas reações dos mais diversos seguimentos da sociedade, o que, inconteste, seria objeto de providência, preventivamente, por as Comissões de Constituição de Justiça e Cidadania das casas legislativas (Câmara dos Deputados e Senado Federal), pois estas estrutura são encarregadas de realizar o primeiro crivo de adequação constitucional de uma

[10] Expressões utilizadas no julgamento da ADI 3.232, pelo Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres Brito, para caracterizar uma inconstitucionalidade mais do manifesta.

proposição parlamentar[11]; ou então pelo Supremo Tribunal Federal que, ainda incidentalmente, durante o trâmite do processo parlamentar poderia paralisar o curso discursivo dessa proposição, ou ainda, no típico exercício do controle concentrado, caso fosse aprovada pelo congresso tal alteração.

O segundo arquétipo exemplificativo que se propõe – e então será evidenciada a percepção do malferir uma norma da constituição de modo velado – é verificável na conduta do legislador que, omite-se do dever de regulamentar um direito fundamental cujo exercício, atraia para si a necessidade de lei específica para estabelecer as diretrizes a serem observadas. É o que se vê, por exemplo, na ainda ausente, regulamentação do adicional de penosidade, previsto no Art. 7º, XXIII da CF/88.

Embora esteja taxativamente inserto no texto da Constituição o direito ao pagamento desse adicional-condição, tal direito não é concedido, por conta da postura omissiva do legislador que, inconstitucionalmente, se abstém em regulamentar a matéria com vistas a dar efetividade a essa tempatica. Essa omissão poderia ser objeto de questionamento junto ao judiciário, já que não se justifica que, transcorridas quase três décadas da promulgação da Carta Política, tal direito ainda seja relegado aos trabalhadores por conta da inércia do Estado.

Nisso repousa o contraste que considerado nesse trabalho, já que essa modalidade semiótica afeta visceralmente o fenômeno da declaração judicial de nulidade contratual da administração pública – conforme poderá ser percebido.

Pois bem, superado esse ponto, por estratégia didática, serão abordados dissociadamente os termos “circular” e “prospectiva”. Embora, tais palavras, ordinariamente, não desafiem maiores esforços hermenêuticos para apreensão de suas significâncias, a proposta desse estudo requer notas específicas para bem compor seu concerto.

O vocábulo “circular”, tenciona evidenciar artefatos jurídicos que, igualmente contrários à Constituição, orbitam o conteúdo submetido ao crivo de alinhamento constitucional, e por inusitado, também circundam a própria decisão judicial exarada. Sublinhe-se, não se trata de um componente acessório, de modo algum. Este modelo teórico assume o figurino de inconstitucionalidade material e originária que surge por conta de uma

[11] Art. 101, I do Regimento Interno do Senado Federal: “À Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania compete: I – opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade; (*omissis*)”; e, Art. 32, IV, “a” do Regimento Interno da Câmara dos Deputados: São as seguintes as Comissões Permanentes e respectivos campos temáticos ou áreas de atividade: Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania: aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas Comissões. (*omissis*)”

providência judicial incompleta que deixou de refletir sobre os efeitos sistêmicos de seu comando, ainda que o rito formal tenha sido respeitado.

Pragmaticamente, isso pode ocorrer quando não são avaliadas, cuidadosamente, as possíveis consequências jurídicas que podem irromper da imediaticidade de um juízo judicatório.

Ao depois, *ad argumentandum tantum*, a fim de comprovar a independência da injúria circular à Constituição, a título de ilustração, considere-se o seguinte quadro hipotético: declarada a inconstitucionalidade de um ato de nomeação de servidor público irregular, e após efetivado o mandamento judicial que determinou a extinção do pacto laboral, decorra novo contato negativo ao texto outubrino, mas desta vez, oriundo da própria decisão saneadora, como a restrição indevida ao direito fundamental ao recebimento das verbas resilitórias previstas na constituição (férias + 1/3, 13º salário, seguro desemprego etc) – como o ocorre, na declaração judicial de nulidade do contrato de trabalho no âmbito da administração pública.

De mais a mais, enfrentando antecipadamente qualquer confusão do modelo proposto neste ensaio, com o instituto denominado pela doutrina de "inconstitucionalidade indireta" ou "inconstitucionalidade reflexa", tangenciaremos a membrana impermeável que dissocia seus conteúdos. A inconstitucionalidade tida como indireta ou reflexa, é de natureza acessória, pois encontra seu desvio à norma máxima, por pautar-se cartesianamente, em enunciado normativo conspurcado pelo senão da inconstitucionalidade.

A fim de volver menos árida essa descrição, propomos outro modelo exemplificativo: editado um decreto estruturalmente perfeito, observando os requisitos de competência, forma, finalidade, motivo e objeto, mas com base em lei inconstitucional, isso pode desencadear seu esfacelamento, pois contaminada sua premissa de validade. Nesse contexto, ocorre ainda outro fenômeno, que é a inconstitucionalidade por arrasto.[12]

Visto isso, advertimos que, a inconstitucionalidade circular de alcance prospectivo volta-se para novos assaltos aos direitos fundamentais, os quais causam ao seu titular agravos, por vezes, irreparáveis, ainda que mediatos seus efeitos.

---

[12] É a relação de dependência condicional de uma norma a outra, que impõe a retirada do mundo jurídico da norma secundária, quando declarado o alinhamento constitucional negativo da norma primeira. Com isso, toda norma que for subordinada àquela tida como inconstitucional perecerá junta desta. Segundo Lenza (2009, p. 208), "se em determinado processo de controle concentrado de constitucionalidade for julgada inconstitucional a norma principal, em futuro processo, outra norma dependente daquela que foi declarada inconstitucional em processo anterior – também estará eivada pelo vício de inconstitucionalidade "consequente", ou por "arrastamento" ou "atração."

O ponto sensível desse panorama ocorre por conta da aguçada atenção que se atribui à argumentação do caso que inicialmente desafiou a manifestação do juízo decisório, desterrando ao desconhecimento, insólitas negativas a outros direitos fundamentais.

A inconstitucionalidade circular surge então após eliminar-se outro agravo à Constituição, estabelecendo-se de modo escamoteado e esquivando-se do holofote da atividade judiciária, que se ocupa, exclusivamente, da patente agressão inicial ao texto constitucional.

Por sua vez, a expressão "prospectiva" tem na doutrina corpo epistêmico menos controverso, o que exigirá deste arrazoado um menor esforço argumentativo, mas ainda assim, longe de ser simples.

O uso do vocábulo "prospectiva" no campo jurídico tem por intuito de projetar um dado cenário para a perspectiva *"pro futuro"*. Segundo pondera Dirley da Cunha (2012, p. 332), o emprego dessa expressão almeja limitar – fixando o termo *a quo* – o momento da produção e o alcance dos efeitos da decisão judicial, incorporando nesse provimento judicatório, razões que homenageiam os princípios da segurança jurídica e do interesse social.

Isso posto, podemos então articular de modo coerente as duas expressões, a fim de moldar o conceito que ampare toda a digressão formulada neste arrazoado.

Destarte, a inconstitucionalidade circular de alcance prospectivo pode ser concebida como, uma dissonância material à Constituição, cuja manifestação de seus reflexos perniciosos volta-se para o cenário porvir. E mais, o panorama do desarranjo inconstitucional primeiramente combatido funciona como epicentro para o desenvolvimento de novas agressões aos direitos fundamentais, cujo debelamento requer uma abordagem que prime pela reflexividade da providencia judicial e não pela mera subsunção do fato à norma constitucional, tudo isso a fim de evitar que, sob influxos anteriores, forme-se um ciclo interminável de agruras inconstitucionais.

Para bem exemplificar essa teorética, não há moldura mais adequada do que a declaração judicial de nulidade do contrato de trabalho da administração fundamentada na súmula 363 do TST. Veja-se.

A extinção do vínculo laboral irregular com a administração pública, nos moldes propostos pelo enunciado sumulado pelo TST, numa análise *prima facie*, em tese, teria o condão de trazer ajuste formal da manifestação fática irregular ao esquadro constitucional, já que essa disposição normativa representa o reiterado posicionamento do órgão estatal encarregado da jurisdição.

Entretanto, lançando um olhar mais aguçado aos circulares desdobramentos para esse ato da jurisdição, ver-se-á que outros espectros materiais da Lei Maior são atingidos negativamente.

De modo imediato, são alvejados direitos fundamentais como: adicionais de horas extras prestadas e não quitadas; férias vencidas e não gozadas; ou mesmo, trezenos salários não adimplidos; dentre tantos outros. Todos esses direitos são "renunciados" pela decisão judicial – ainda que nem mesmo o particular pudesse deles dispor – isso com fundamento na ausência de previsão infraconstitucional, o que diferentemente ocorre com os depósitos de FGTS[13], embora haja expressa previsão na norma constitucional que, suficientemente, enraíza esses direitos ao patrimônio jurídico dos trabalhadores.

E, por fim, para além do horizonte próximo, de modo mediato, tem-se o malferir prospectivo, que pode se manifestar após à extinção do contrato declarado nulo, às vezes ainda no curto prazo, como pode ser percebido, na negativa de habilitação desse trabalhador ao seguro desemprego – a despeito de esta garantia estar constitucionalmente prevista e infraconstitucionalmente regulamentada; ou mesmo, no médio e longo prazo, por vergastar a personalidade desse sujeito, em virtude de dano intencionalmente desencadeado à sua identidade profissional, por colidir frontalmente com a previsão constitucional de "**proibição de distinção** entre trabalho manual, técnico e intelectual ou **entre os profissionais respectivos**[14]" ***(grifos nossos)***

4. A IMPOSIÇÃO DE LIMITES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. LIMITE AOS LIMITES.

A norma que estabelece um direito fundamental, mesmo visando a garantia de um bem jurídico essencial ao próprio homem, não alcança intangibilidade absoluta.

Nesse compasso, segundo Sarlet (2015, pp. 405-406):

> nenhuma ordem jurídica pode proteger os direitos fundamentais de maneira ilimitada, a ideia de que os direitos fundamentais não são absolutos, no sentido de absolutamente blindados contra qualquer tipo de restrição na sua esfera subjetiva e objetiva, não tem oferecido maiores dificuldades, tendo sido, de resto, amplamente aceita no direito constitucional contemporâneo

Os direitos fundamentais devem promover, de forma efetiva, a dignidade do ser humano. Entretanto, até mesmo para fazer efetivas suas disposições normativas, há a

[13] A esse respeito, reiteramos, observe-se o teor do artigo 19-A da Lei 8.036 de 1990.
[14] Artigo 7º, inciso XXXII da CF/88.

necessidade de limitar o alcance de seus efeitos, porque, “A identificação dos limites dos direitos fundamentais constitui condição para que se possa controlar o seu desenvolvimento normativo”[15].

E com o intuito de manter a identidade desses direitos, existem limites, implícitos e explícitos, que devem ser observados pelo legislador quando assumir o papel constituinte derivado. Dentre essas limitações destacamos – pois relevante para esta reflexão – a vedação de reforma que revogue ou tenda a revogar um princípio fundamental, pois isso nas palavras de BONAVIDES (2016, p. 206), poderia “abalar os alicerces de todo o sistema constitucional, provocando, na sua inocente aparência de simples modificação de fragmentos do texto, o quebramento de todo o espírito que anima a ordem constitucional. ”

A limitação razoável e proporcional ao alcance de um dado direito fundamental é legítima, sem dúvida. O *prius* dessa calibração é, paradoxalmente, a possibilidade de anular tal direito caso haja desproporcional limitação de seu conteúdo, uma vez que, “a limitação de um direito fundamental não pode privá-lo de um mínimo de eficácia” (SARLET, 2015, p. 420).

E nessa perspectiva, a providência judicial que impõe o fim do pacto laboral irregular estipulado entre o particular e o ente público, embora leve a efeito providência necessária à manutenção das disposições constitucionais, o faz limitando desproporcionalmente direitos fundamentais dos trabalhadores.

Essa limitação deve ser limitada.

Se o indivíduo que integra o polo frágil dessa imbricação relacional, e o Estado, mesmo tendo o dever originário de preservar os mandamentos constitucionais, violá-los, aproveitando-se da necessidade de subsistência do sujeito para pulverizar seus direitos e, ao mesmo tempo, reduzir indevidamente o passivo social atribuído àqueles que empregam mão-de-obra, não há fundamento racional para impor maior responsabilidade ao polo hipossuficiente da relação.

Assim, tem-se que a atual modelagem de limitação aos direitos fundamentais do trabalhador que tem rompido seu liame contratual com a administração pública, quando nulo seu pacto, mostra-se desarrazoada. A providência estatal deveria realizar um juízo de ponderação que distribuisse, equitativamente, a responsabilidade pelo estabelecimento desse quadro inconstitucional, conferindo carga obrigacional de modo que cada uma das partes deva

[15] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. ver atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 409.

efetivamente suportar, pois o direito desgarrado da noção de justiça, não encontra balizas firmes apenas em si próprio.

5. CONTROLE CONSTITUCIONAL DOS INSTITUTOS NORMATIVOS QUE ORBITAM A DECLARAÇÃO JUDICIAL DE NULIDADE CONTRATUAL NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No Brasil, adota-se um modelo misto de controle de constitucionalidade como forma de impulsionar a *judicial review* das normas infraconstitucionais.

Trata-se de um *modus operandi* da atividade judicial, que versa acerca da adequação de uma dada norma ao texto constitucional.

Para Paulo Bonavides (2016, p. 318) o controle de constitucionalidade "emergiu historicamente nos Estados Unidos" e "a base jurisprudencial desse controle (...) principia na decisão do caso "Marbury *vs.* Madison" com o célebre raciocínio do juiz Marshall sobre a natureza das Constituições escritas".

Desde então, o fenômeno do controle judicial de constitucionalidade tomou corpo em diversos sistemas jurídicos, inclusive no Brasil.

O sistema misto brasileiro, adotou "duas sortes de controle de constitucionalidade das leis: o controle por via de exceção e o controle por via de ação".[16]

A via de exceção representa o questionamento da compatibilidade de uma dada norma com a Constituição, que ocorre incidentalmente no curso de outra controvérsia, conhecida na doutrina como controle difuso, sendo que esta via porta-se como, "o mais apto a prover a defesa do cidadão contra os atos normativos do Poder"[17]

Por sua vez a via de ação, também conhecido como controle concentrado, é o mecanismo que o próprio Poder questiona uma norma editada a fim de evitar abuso da prerrogativa edição das normas. Tomando nota das sólidas lições de Bonavides (2016, p. 340) este instituto "representa (...) um importantíssimo mecanismo de proteção da Carta Magna (...) volvido somente para a tutela do direito objetivo".

Não fosse suficiente árduo o caminho a ser seguindo, confunde-se, em não raras ocasiões, parâmetro e objeto do filtro constitucional de conformidade. São institutos que, embora próximos, possuem significância e natureza distintas.

O parâmetro de aferição de conformidade não é outro senão a Constituição. Por mais óbvio que esse pressuposto possa parecer, é uma premissa que por vezes é olvidada.

---

[16] BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 31ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 332.
[17] Ibidem, p. 333.

O objeto cuja constitucionalidade revela-se passível de sindicância, encontrar-se-á na norma jurídica editada posteriormente à promulgação da Constituição que lhe for contemporânea.

Casos mais comuns que espelham o equívoco na identificação do parâmetro ou do objeto nesse lapso são as proposições de ADIN e ADC questionando a "constitucionalidade" de normas pré-constitucionais, ou ADIN contra lei municipal.

O vetor diretivo para aferir precisamente o parâmetro e o objeto que serão articulados no controle de constitucionalidade, deve considerar o momento histórico de edição da norma e direcionar esse olhar ao conteúdo da constituição em vigor na mesma época.

Com isso tem-se que eventual antinomia entre o texto normativo anterior à Constituição e esta, será resolvido pela teoria da (não)recepção, ou mesmo pela regra consignada no § 1º do artigo 2º do Decreto-Lei 4.657 de 194218, de conflito de normas no tempo, em que, lei posterior revoga lei anterior (*lex posterior derogat legem priorem*).

Quanto à possibilidade de submeter ao crivo constitucional o conteúdo de súmula, LENZA (2009, p. 192) prescreve em sua obra acerca da impossibilidade de submeter o teor de entendimento sumulado Ação Direta de Inconstitucionalidade, argumentando que falta a este positivado o "grau de normatividade qualificada" que habilitaria tal dispositivo ao questionamento constitucional.

Alguma discussão pairava acerca do cabimento dessa ação em face, inclusive, de súmula vinculante, mas a previsão de procedimento próprio para aprovação, revisão ou cancelamento de uma súmula vinculante basicamente esfriou os embates jurídicos acerca desse assunto, balizando com relativa segurança a inaptidão da ADI para discutir, inclusive, súmula vinculante.

Entretanto, na recente suspensão da súmula 277 do TST por providência do STF, na ADPF 323, o Supremo ofertou oportunidade hermenêutica para tratar do teor de uma súmula em sede de controle concentrado.

Desta forma o entendimento vazado na jurisprudência do STF, no contexto atual, reconheceu o cabimento de ajuizamento de ADPF para tratar do teor de súmula, o que viabilizaria levar à discussão o teor da famigerada súmula 363 do TST.

6. O EMPREGO DA TEORIA DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS COMO MECANISMO PREDITIVO DE SEGURANÇA JURÍDICA E DE JUSTIÇA SOCIAL

[18] § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

Inicialmente convém registrar que, não preocupa a este ensaio exaurir a discussão acercada da teoria da modulação dos efeitos – nem mesmo poderia fazê-lo, vez que, reconhece-se a complexidade que essa o tema representa.

Contudo, mostra-se conveniente aparelhar uma confortável compreensão de seu arranjo conceitual, a fim de tornar menos ingrata a incumbência de modelar uma proposta de regresso ao estado da arte constitucional, agastado pela problemática que representa o objeto deste estudo.

Propalada pela doutrina Norte-Americana[19], e positivada no ordenamento jurídico brasileiro por intermédio da Lei 9.868/1999, a técnica judicatória de amoldar a produção dos efeitos da decisão judicial com vistas à estabilidade social, e viabilizar a manutenção de nexo entre normatividade e normalidade, uma vez que amortece a produção dos efeitos das decisões judiciais, evitando uma ruptura imediata das situações fáticas.

Segundo Lenza (2009, p. 155), tal instituto visa, "flexibilizar a rigidez do princípio geral – e que ainda é regra, diga-se de passagem – da nulidade da lei declarada inconstitucional", pois assume o encargo de mitigar as consequências da nulidade, que via de regra, opera efeitos *ex tunc*, para determinar, em homenagem aos princípios da segurança jurídica e do interesse social, que somente parte desses efeitos sejam considerados, ou ainda, que somente no momento futuro a decisão produza efeitos.

É necessário ressaltar, ainda que em reduzida passagem, que o manejo dessa técnica não está adstrito apenas ao controle concentrado, sendo admitido ao controle difuso valer-se dessa técnica para exprimir justiça no caso concreto. A esse respeito, Pedro Lenza sustenta que, "A regra geral do art. 27 da Lei n. 9.868/99, em casos particulares, também tem sido aplicada por analogia, ao controle difuso"[20]. Expressamente, o mencionado artigo traz em seu corpo o seguinte texto:

> Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Esse é o mesmo entendimento plasmado em diversas decisões do Supremo, a saber, no RE 197.917/SP, RE-AgR 434.222/AM e no MS 22.357/DF.21

---

[19] CUNHA JUNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. rev., ampl., e atual. Salvador: Juspodivm, 2012, pp. 331-332.
[20] LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 13 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 155.
[21] Idem.

Pois bem, tracejadas as balizas teóricas básicas, verifica-se que esse mecanismo jurídico utilizado para modular a produção dos efeitos de algumas decisões judiciais bem calha à mitigação dos influxos negativos que a declaração de nulidade contratual no âmbito da administração pública, pode acarretar. Explica-se.

Se de um lado, afastar esse indivíduo do exercício irregular do cargo é providência que indiscutivelmente deve ser levada a efeito tão logo seja constatada a investidura irregular; no mesmo patamar deve-se reconhecer que essa situação de fato não enseja uma nulidade meramente formal, pois ao trabalhador não podem ser restituídos o trabalho realizado e o tempo destinado a este labor.

A modulação dos efeitos, nesses casos, além de afastar prontamente o ocupante irregular do cargo, emprego ou função pública – pois não há como convalidar um ato inconstitucional pelo mero transcurso do tempo – poderia reconhecer nessa na mesma decisão, o direito deste sujeito a todas as salvaguardas que seriam devidas a um trabalhador vinculado ao regime comum da CLT quando da ruptura contratual a qual não tenha motivado, isso, por óbvio, até a data em que foi declarada a nulidade do liame contratual.

Essa proposta enseja uma ponderação a respeito da responsividade atribuída a cada uma das partes envolvidas no fenômeno da nulidade do contrato de trabalho no âmbito da administração pública, mormente, para o trabalhador, pois inquestionavelmente, figura como parte hipossuficiente desse arranjo. Não é demais chamar atenção – mais uma vez – para o intrincado fático no qual é estabeleceu o pacto nulo, já que ato de ingressar irregularmente no corpo funcional da administração pública não se aperfeiçoa – no sentido de viabilizar execução – sem a iniciativa ou mesmo a condescendência da autoridade pública.

Com a missão de trazer harmonia e segurança jurídica à sociedade, os efeitos da decisão judicial poderiam trilhar raciocínio semelhante àquele que possibilita a responsabilização subsidiária da administração pública, nos contratos de terceirização lícita, por culpa *in vilgilando*, para os casos de não quitação as verbas contratuais dos trabalhadores envolvidos pela empresa terceirizada, observadas as premissas fixadas, ironicamente, noutra súmula do TST, o enunciado 331. Merece relevo que, o item II[22] dessa súmula, em compasso com o artigo 37, II da CF/88, também dispõe que a contratação irregular de trabalhador não tem o condão de gerar vínculo com a administração pública, mas sem eximir a esta de responsabilidade por seu ato antijurídico.

---

[22] II - **A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional** (art. 37, II, da CF/1988). ***(grifos nossos).***

Esse mesmo enunciado possibilita uma responsabilização subsidiaria do entre público, para impor-lhe o dever de adimplir todas as verbas trabalhistas que eventualmente tenham sidas sonegadas ao trabalhador pela empresa prestadora de serviço, devendo nesse cenário, ser perquirida previamente, a culpa da administração em fiscalizar a correta execução do contrato - itens IV[23] e V[24] da súmula 331.

Pois bem, no panorama de contratação nula, perpetrada diretamente pela administração pública, além da culpa *in vigilando*, há culpa *in contrahendo*, o que denota uma conjectura ainda mais gravosa, já que sequer há uma empresa interposta para "simular" o exercício regular das atribuições da função pública. Ora, se é possível responsabilizar a administração pública para que responda subsidiariamente pela integralidade das verbas trabalhista não quitadas por empresa interposta, com vista a evitar o perecimento do direito do trabalhador, como negar sua responsabilização integral, quando diretamente promove essa contração irregular?

Não há justificativa para haver responsabilidade diversa, quando o próprio ente público pratica um ato dessa natureza. Configurada assim, por intermédio da decisão judicial, uma limitação insidiosa a direitos fundamentais, embora devesse traduzir harmonia, e não novas investidas contra tais direitos.

Por relevante, sublinhamos que, em relação à possibilidade de responsabilizar subsidiariamente a administração pública a adimplir as verbas trabalhistas não quitadas pela empresa interposta contratada em regular procedimento administrativo – cujo teor aproveita de modo indireto o teor da súmula 331 do TST – o STF exarou manifestação ratificando a constitucionalidade desse comando normativo[25].

Desta forma, juridicamente, não haveria empecilho para que fosse adotada uma postura decisória mais favorável ao trabalhador, o que reduziria o custo social desse quadro de inconstitucionalidade, e, ao mesmo tempo, elevaria o custo monetário dessa transgressão, aumentando, proporcionalmente, o custo de oportunidade da prática desse agravo à norma

---

[23] IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

[24] V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

[25] Mais detalhes sobre o tema podem ser verificados na decisão Dda ADC 16/DF, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, em que foi jugada procedente, para declarar a constitucionalidade do art. 71, **§ 1º**, da Lei nº 8.666/93.

constitucional, já que, no esquadro atual, para aqueles que malferem esses postulados, aparenta valer à pena – monetária e juridicamente – contrariar a seus axiomas.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Primeiramente, destacar que o percurso transcorrido para aprovisionar um agrupamento de dados que pudesse exprimir resultado integro e relevante à presente reflexão, desafiou a própria lógica sociojurídica para um Estado de Direito, pois em um ordenamento caracterizado pela supremacia da Constituição, não se mostra plausível conceber que condutas contrarias à *Lex Mater* se apresentem, de modo tão persistente – por mais absurdo que seja – legitimando-se no espaço local como um modo de agir que representa um padrão de "normalidade".

O arquétipo inconstitucional, combatido pela decisão que declara a nulidade do contrato de trabalho no âmbito da administração pública, tem parte de suas consequências sociais escamoteadas, por conta de uma responsabilização de caráter imediatista que deixa que de considerar os contornos inconstitucionais de alcance circular e prospectivo que a providência judicial desconsidera.

Haurir da administração pública responsabilização meramente monetária, chancela uma feição patrimonialista de gestão da *res* pública, que, de modo insidioso, fere em distintas dimensões o plexo normativo dos direitos fundamentais proclamados no texto constitucional, que positivados no campo jurídico, representam os mais legítimos anseios sociais.

Não é exorbitante, numa análise preditiva, antever influxos negativos e prospectivos para esse cenário, e constatar a inconstitucionalidade circular que o atual modelo de decisões judiciais pode desencadeiar. Àqueles que tiveram seu vínculo laboral com a administração pública rompido, por conta de nulidade de ingresso – o que indubitavelmente deve ser levado a efeito – outras consequências que extrapolam o pagamento das horas trabalhadas e dos depósitos de FGTS devem ser aguardadas.

Amesquinha-se, com a atual modelagem das decisões judiciais, os reflexos sociais que delas decorre. Ao focalizar somente nos efeitos desse fato, e relegar ao desabrigo suas causas, o aparato judicial, infelizmente, apenas tem colaborado para compor um cenário de agravos à Constituição que insiste em não encontrar uma solução de continuidade. O custo social – material e imaterial – por conta da continuidade desse enredo é incalculável.

Ao trabalhador, embora ocupando indevidamente a função pública, é-lhe outorgada a insegurança da tutela dos direitos atados ao desempenho do seu trabalho, isso numa

perspectiva presente e futura. A estes sujeitos não são respeitados sequer os direitos constitucionais assegurados a todos os trabalhadores, como por exemplo: piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho, aviso prévio, seguro desemprego, adicional por trabalho em condições insalubres, dentre tantos outros.

Sem olvidar que esse grosseiro arranjo jurídico, sobrecarrega a própria estrutura estatal, já que a solução de continuidade, para uma situação que sequer deveria ter ocorrido, na maioria das vezes, somente é alcançada por intermédio de decisão judicial, o que debita ainda mais os parcos recursos públicos.

O texto constitucional ainda é jovem, pouco mais de duas décadas marcam o início de sua vigência, não tendo alcançado ainda, integralmente, uma geração de trabalhadores, e isso é relevante, pois, somente quando percorrido toda a expectativa de vida desses indivíduos, inclusive o período de "não-trabalho" – leia-se aposentadoria – é que serão tardiamente percebidos na totalidade os circulares efeitos que, outrora somente haviam seu alcance inconstitucional num horizonte prospectivo.

O pêndulo jurídico que sopesa as tramas inconstitucionais deve oscilar de modo a extirpar a chaga que aflige a norma máxima e, ao mesmo tempo, equilibrar a restrição que eventualmente seja imposta aos direitos fundamentais, garantindo aos indivíduos sob sua observância, o máximo de eficácia possível.

Em desfecho, destacamos que o desenvolvimento desse trabalho se preocupou mais em problematizar o recorte sociojurídico objeto deste estudo, do que em formular respostas para um possível desenlace, embora traceje algumas sugestões. Com isso, franqueia-se aos interessados uma janela hermenêutica de debate acerca do fenômeno da declaração judicial de nulidade do contrato de trabalho no âmbito da administração pública e os seus reflexos sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutschinson Shild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. Ver. E ampl. São Paulo: LTr, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 31ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. 13ª ed. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8036consol.htm>. Acesso em 11 de out de 2016.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em 11 de out de 2016.

_____. **Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8036consol.htm>. Acesso em 11 de out de 2016.

_____. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 23 de fev de 2017

_____. **Lei que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em 23 de fev de 2017

_____. **Livro de súmulas, OJs e PN do TST**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/guest/livro-de-sumulas-ojs-e-pns>. Acesso em 11 de out de 2016.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. rev., ampl., e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 12 ed. ver atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.