

Contratos administrativos temporales ilegales y los derechos de los trabajadores del servicio público en el sistema jurídico brasileño

Cristina Alves da Silva BRAGA*

Rocco Antonio Rangel ROSSO NELSON**

RVLJ, ISSN 2343-5925, ISSN-e 2791-3317, N.º 19, 2022, pp. 151-175.

SUMARIO

Introducción 1. La contratación de servidores temporales 2. Régimen especial 3. La invalidez del acto administrativo y la irrevocabilidad de las prestaciones 4. Posicionamiento del Tribunal Superior de Trabajo 5. El valor social del trabajo y el principio de prohibición de la regresión. Conclusiones

* **Universidade Federal do Rio Grande do Norte**, Mestranda em Direito Constitucional. **Universidade Anhanguera-UNIDERP**, Especialista em Direito Administrativo. Advogada e Assessora Jurídica do Sindicato dos Trabalhadores em Educação Pública do Rio Grande do Norte. E-mail: cristinabraga.adv@gmail.com.

** **Universidade Federal do Rio Grande do Norte**, Mestre em Direito Constitucional. **Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte**, Especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania. **Universidade Potiguar**, Especialista em Direito Penal e Criminologia. **Universidade Estácio de Sá**, Especialista em Direito Eletrônico. **Centro Universitário FACEX**, Ex-professor do curso de direito e de outros cursos de graduação e pós-graduação. **Instituto Federal do Rio Grande do Norte** (campus Natal-Central), Líder do Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, vinculado a linha de pesquisa «Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais»; Professor efetivo de Direito. Articulista e poeta. Autor do livro: *Curso de Direito Penal* (vol. I. Teoria Geral do Crime y vol. II. Teoria Geral da Pena. Juruá. Curitiba, 2016/2017). rocconelson@hotmail.com.
Artículo de investigación desarrollado en la línea de investigación: «Democracia, Ciudadanía y Derechos Fundamentales», inscrito en el Grupo de Estudio e Investigación en Extensión y Responsabilidad Social, del Instituto Federal de Río Grande del Norte, Brasil.

Introducción

Por regla general, la contratación de agentes por parte de la Administración Pública debe realizarse mediante un examen público de las pruebas o pruebas y credenciales, de conformidad con el artículo 37, inciso II, de la Constitución Federal. Según MEIRELLES, el concurso público es el medio técnico:

A disposición de la Administración Pública con el fin de obtener la moralidad, la eficiencia y la mejora del servicio público y, al mismo tiempo, proporcionar igualdad de oportunidades a todas las partes interesadas que cumplan con los requisitos de la ley, establecidos de acuerdo con la naturaleza y la complejidad de la posición o el empleo, según lo determinado por el artículo 37, II, Constitución Federal¹.

También, según CARVALHO FILHO:

... el concurso público es el procedimiento administrativo que tiene como objetivo evaluar las habilidades personales y seleccionar a los mejores candidatos para ocupar cargos y funciones públicas. En la valoración personal, el Estado verifica la capacidad intelectual, física y psicológica de los interesados en ocupar funciones públicas y, en el aspecto selectivo, se eligen los que superan las barreras opuestas en el procedimiento, obediendo siempre el orden de clasificación. De hecho, se trata de encontrar el medio más adecuado para contratar a los funcionarios².

Así pues, parece que el carácter obligatorio del concurso público tiene por objeto proteger la igualdad, la moralidad y la probidad administrativa, así como el interés público derivado de la contratación de candidatos capaces de prestar el mejor servicio público, restringiendo el uso del empleo y el patrocinio político.

¹ MEIRELLES, Hely Lopes: *Direito Administrativo Brasileiro*. 24.^a, Malheiros. São Paulo, 1999, p. 387 (traducción libre).

² CARVALHO FILHO, José dos Santos: *Manual de Direito Administrativo*. 21.^a, Lumen Juris. Río de Janeiro, 2008, p. 595 (traducción libre).

Sin embargo, aunque el concurso público es la principal forma de contratación de personal en la Administración Pública, la Constitución exige dos hipótesis, a saber: los nombramientos a comisión declarados en la ley de libre nombramiento y despido (artículo 37, inciso II); y la contratación actual de personal por un tiempo determinado para atender la necesidad temporal de interés público excepcional (artículo 37, inciso IX).

Con el objetivo de regular la contratación de funcionarios temporales, se creó la Ley N.º 8745/93, que aclara cuál debe ser la necesidad temporal de interés público excepcional, como la atención a situaciones de calamidad pública, atención a emergencias de salud pública, censos y otras investigaciones estadísticas realizadas por la Fundación Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE), admisión de profesor sustituto y profesor visitante, entre otros.

Se observa que aún queda mucho por hacer en la legislación nacional en materia de agentes temporales, especialmente en lo que se refiere a los conceptos de temporalidad. Según MELLO:

La materia está regulada en la Ley Federal N.º 8745, del 12 de septiembre de 1993, con modificaciones introducidas por sucesivas medidas provisionales, finalmente incorporadas en las modificaciones que ahora se incluyen en la Ley N.º 11 784, del 22 de septiembre de 2008. Para tener una idea del escándalo que constituye esta ley, solo debe mencionarse que los contratos a que se refiere el artículo 2, VI, «g», esto es, relacionadas con actividades desarrolladas en el ámbito de los proyectos del Sistema de Vigilancia de la Amazonía (SIVAM) y del Sistema de Protección de la Amazonía (SIPAM), podrán ser prorrogadas hasta completar un período total de cinco años, a tenor del artículo 4, párrafo único, IV. ¡Que hay de temporal en esto!³.

Puede concluirse que los funcionarios temporales no necesitan someterse a concursos públicos, ya que no ocupan un puesto o trabajo público, sino que

³ MELLO, Celso Antônio BANDEIRA de: *Curso de Direito Administrativo*. 26.ª, Malheiros. São Paulo, 2009, p. 282 (traducción libre).

solo desempeñan actividades públicas, es decir, una función sin cargo. Así, la contratación de funcionarios temporales no debe estar relacionada con actividades esenciales del Estado y no requieran continuidad una vez realizada la actividad, finalizada la labor el contrato es rescindido.

Así, el agente temporal es un prestador de servicios, cuya relación con el Gobierno se ve disciplinada por un contrato de prestación de servicios, y que tiene asegurados algunos de los derechos previstos en la Ley N.º 8112/90, de conformidad con el artículo 11 de la Ley N.º 8745/93. En este sentido, enseña CARVALHO FILHO:

La Constitución dice que la ley establecerá los casos de contratación de estos servidores. Dicho esto, solo puede entenderse que el constituyente pretendió caracterizar esta relación funcional como de carácter contractual. De hecho, se trata de un verdadero contrato administrativo de naturaleza funcional, a diferencia de los contratos administrativos en general porque expresa un vínculo laboral subordinado entre la Administración y el servidor. No obstante esa calificación, la ley que instituyó el régimen puede ciertamente incluir algunas normas más próximas al régimen estatutario, que incluso tiene aplicación subsidiaria en lo que corresponda. Lo que no podrá hacer, obviamente, es establecer una calificación distinta a la contractual⁴.

Por lo tanto, se verifica que la relación contractual del empleado temporal se rige por un régimen especial, regulado de acuerdo con la ley de la entidad pública que instituyó la contratación, observando los parámetros establecidos en esta ley, utilizando, de manera subsidiaria, los dictados del régimen estatutario.

A pesar de la vasta legislación en materia de contratación de recursos humanos en la Administración, persiste la corrupción política en el país, que empapa la maquinaria del Estado con «patrocinios», lo que a menudo hace que se presenten varias demandas para reconocer la relación laboral y los derechos laborales derivados de la prestación de servicios a la Administración Pública.

⁴ CARVALHO FILHO: ob. cit., p. 574 (traducción libre).

Utilizando una metodología de análisis cualitativo y los métodos hipotético-deductivos de carácter descriptivo y analítico, se buscará hacer una apreciación de la construcción normativa, en el ordenamiento jurídico brasileño, sobre los derechos laborales derivados de los «contratos ilegales» de los trabajadores temporales y el desenvolvimiento en relación con el tema.

1. La contratación de servidores temporales

La crisis del petróleo que se produjo alrededor de 1970 generó una desestabilización de la economía, y sus efectos en la economía mundial afectaron a las empresas y a las relaciones laborales a gran escala. Con el fin de reducir la tasa de desempleo, se aceptó que habría una reducción en la protección laboral, ya que los empleadores contratarían más empleados si no hubiera altas cargas y la posibilidad de desconexión sin mayores dificultades.

Ante este escenario económico, surge el Derecho Laboral contemporáneo y, con él, se admiten nuevas formas de contratación, se incrementa el nivel de externalización y se amplían los tipos de contratos individuales de trabajo. Como enseña NASCIMENTO:

... si bien mantiene su característica inicial centrada en la idea de proteger al trabajador, busca no obstaculizar el avance de la tecnología y los imperativos del desarrollo económico para modificar algunos institutos, y los principales objetivos de los sindicatos pasan a ser la defensa del empleo y ya no la ampliación de los derechos laborales⁵.

Hasta las reformas de los años ochenta, el Estado de bienestar en Brasil se caracterizaba por la centralización política y financiera a nivel federal, la fragmentación institucional, el autofinanciamiento, la privatización y el uso clientelista de las políticas sociales y, limitado por los objetivos políticos,

⁵ NASCIMENTO, Amauri MASCARO: *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas de trabalho*. 26.^a, Saraiva. São Paulo, 2011, p. 302 (traducción libre).

el Estado brasileño era incapaz de distribuir las competencias y utilizar los recursos de manera impersonal y equitativa.

Esto resultó en deficiencias del sistema; regresividad del gasto social; altos costos de implementación y administración; inestabilidad y discontinuidad de las políticas; peso desproporcionado de los intereses burocráticos, corporativos y privados en las definiciones y dinámicas del funcionamiento de la máquina social del Estado⁶.

Promulgada en vista de la estrategia reformista de 1985 a 1988, cuando los diversos planes de acción gubernamentales instituidos en ese período priorizaron el rescate de la «deuda social», la Constitución Federal de 1988 introdujo avances formales, corrigiendo las inequidades y ampliando los derechos, especialmente en el campo laboral y de la seguridad social⁷.

Así, algunos estudiosos sostienen que la contratación temporal ha surgido como un medio para prevenir el crecimiento de la deuda pública, reduciendo fuertemente los concursos públicos a nivel nacional y, en otros casos, hubo un problema en la creación de cargos públicos —como es el caso de las agencias reguladoras—⁸. En ese sentido, Marçal JUSTEN FILHO apunta:

⁶ DAIBRE, Sônia Miriam: «A política brasileira de combate à pobreza». En: *O Brasil e o mundo no limiar do novo século*. José Olympio. J. P. DOS REIS VELLOSO, coord. Rio de Janeiro, 1998, p. 302.

⁷ FAGNANI, Eduardo: «Política social e pactos conservadores no Brasil: 1964/92». En: *Economia & Sociedade*. N.º 8. Campinas, 1997, pp. 183-238.

⁸ En el ámbito de las agencias reguladoras, la Ley N.º 9986/2000 dispuso que las relaciones de trabajo en las agencias reguladoras serían laborales, pero el Supremo Tribunal Federal concedió la suspensión preliminar de esta solución en una medida cautelar en ADI 2310, por considerar que la naturaleza de las atribuciones exigían un cargo de prestación efectiva, por lo tanto, existía la contratación de servidores con base en el artículo 37, inciso IX, de la Constitución Federal de 1988, ya que la creación de los cargos públicos dependía de la ley. De esta forma, las funciones esenciales de la agencia reguladora fueron asignadas a los servidores temporales. La solución del caso en cuestión vino con el advenimiento de la Ley N.º 10 871/2004, que dio nueva redacción al artículo 2 de la Ley N.º 9986/2000, por la que se derogan las disposiciones cuestionadas en la ADI 2310.

La Constitución permitía contratar bajo un régimen jurídico especial, en el artículo 37, IX. Allí se preveía la posibilidad de contratar por tiempo determinado para atender la necesidad temporal de excepcional interés público. Esta figura ha adquirido gran relevancia por razones prácticas. Existen medidas encaminadas a prevenir la expansión de la deuda pública y encaminadas a restringir el déficit público. Esto llevó a la reducción de los concursos públicos para cubrir cargos y empleos públicos. En consecuencia, pasó a aplicarse lo dispuesto en el artículo 37, IX, para obtener marcos para el desempeño de funciones esenciales de gran relevancia⁹.

La Constitución Federal estableció en el artículo 37, IX, la posibilidad de contratación de los recursos humanos para ingresar al Poder Público sin la obligación de concurso público, a ser regulada por ley específica. A saber: «... IX. La ley establecerá los casos de contratación por un plazo determinado para atender la necesidad temporal de interés público excepcional» (traducción libre).

Entonces, el servidor temporal apareció en el sistema legal brasileño. Según MEIRELLES: «Los contratados por tiempo determinado son servidores públicos sujetos al régimen jurídico-administrativo especial de la ley previsto en el artículo 37, IX, de la Carta Magna, así como el régimen general de seguridad social. La contratación solo puede ser por tiempo determinado y con el objeto de atender la necesidad temporal de excepcional interés público»¹⁰. Y, como explica CARVALHO FILHO:

Los servidores públicos eventuales, que, de hecho, constituyen una agrupación excepcional dentro de la categoría general de servidores públicos. La provisión de esta categoría especial de servidores está contemplada en el artículo 37, IX, de la Constitución Federal, que admite su contratación por tiempo determinado para atender la necesidad temporal

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal: *Curso de Direito Administrativo*. 11.^a, Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2012, p. 969 (traducción libre).

¹⁰ MEIRELLES: ob. cit., p. 393 (traducción libre).

de excepcional interés público. La propia lectura del texto constitucional demuestra la excepcionalidad de tales agentes. Sin embargo, si se admite su contratación conforme a la ley, serán considerados como miembros de la categoría general de servidores públicos¹¹.

Como se ha indicado *a priori*, el agente temporal es un prestador de servicios eventuales a la Administración Pública y su relación con el Gobierno se rige por un contrato de prestación de servicios, regulado de acuerdo con la ley de la entidad pública que establece el contrato, observando los parámetros establecidos en la Ley 8745/93, posteriormente modificada y complementada por el Decreto 1590/95, el Decreto 3048/99, ADIN 2380/2000 y el Decreto 4748/2003. En este sentido, afirma DA SILVA:

El artículo 37, IX, dispone que la ley establecerá los supuestos de contratación por tiempo determinado para atender la necesidad temporal de excepcional interés público (...) El contratado es, por tanto, un prestador de servicios temporales. ¿Que ley?, pensamos que será la ley de la entidad contratante: federal, estatal, del Distrito Federal o municipal, según las normas de competencia federal. No tiene que ser federal con validez para todas las entidades, porque no se reserva la competencia de establecer leyes generales o especiales en esta materia con validez para todas. La autonomía administrativa de las entidades no lo permite. La Ley 8745, de 9 de diciembre de 1993, está de acuerdo con esta doctrina, tanto que solo reguló la contratación por órganos de la Administración Federal directa, autárquicas y fundaciones públicas. Pero trae directrices que deben ser seguidas por las leyes estatales y municipales, como, por ejemplo, la indicación de los casos de necesidad temporal (artículo 2), la exigencia de un proceso de selección simplificado (artículo 3) y la determinación del tiempo, no prorrogable, de la contratación (artículo 4)¹².

¹¹ CARVALHO FILHO: ob. cit., p. 567 (traducción libre).

¹² DA SILVA, José Afonso: *Curso de Direito Constitucional positivo*. 24.^a, Malheiros. São Paulo, 2005, p. 681 (traducción libre).

Corroborando lo anterior, DI PIETRO sostiene: «... son contratados para desempeñar funciones con carácter temporal, bajo un régimen jurídico especial que se regirá por la ley de cada unidad de la federación»¹³.

Por lo tanto, la contratación de funcionarios temporales debe ser regulada por la ley que rige la entidad pública interesada, la cual debe establecer las posibilidades en que se realizarán las admisiones temporales, el proceso simplificado de contratación, la duración máxima del contrato y el régimen jurídico especial al que se someterán, conforme a lo dispuesto en el artículo 37, inciso IX de la Constitución Federal.

2. Régimen especial

Los servidores temporales están sujetos a un régimen especial de contratación que podrá regirse por la Consolidación de las Leyes Laborales o por la propia ley —a que se refiere el inciso IX, del artículo 37 de la Constitución—, que establecerá el régimen jurídico, e incluso podrá determinar la aplicación de los preceptos del Estatuto correspondiente, lo cual constituye una verdadera excepción.

Cabe destacar que, dado que la contratación de este último se realiza mediante un contrato administrativo funcional, la ley que instituyó el régimen puede establecer normas más cercanas al régimen legal, que también pueden aplicarse de manera subsidiaria.

Tanto es así que el Supremo Tribunal Federal y el Superior Tribunal de Justicia, en acciones de conflicto de jurisdicción, decidieron que este tipo de contrato —en el que existe una ley publicada por el ente federal— no revela ninguna relación laboral que deba ser disciplinada por la Consolidación de las Leyes Laborales, siendo competente el Tribunal Federal para resolver las cuestiones de pago de fondos cuando el sindicato es D y, se supone, que en los estados que adoptan el régimen especial, el tribunal competente será la

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia ZANELLA: *Direito Administrativo*. 27.^a, Atlas. São Paulo, 2014, p. 599 (traducción libre).

justicia común –aunque juzgue los conflictos de los servidores públicos estatutarios– y no la justicia laboral.

La sentencia del Supremo Tribunal Federal en Conflicto de Jurisdicción N.º 7201/AM señaló en este sentido:

- i. Corresponde a los tribunales estatales perseguir y juzgar los casos iniciados entre el Poder Público y sus servidores sujetos a un régimen especial regido por la ley local promulgada antes o después de la Constitución de la República de 1988.
- ii. Conflicto conocido para declarar competente al Tribunal del Estado Amazonas¹⁴.

Colaborando con el entendimiento anterior, se encuentra la sentencia del Supremo Tribunal Federal en el Conflicto de Jurisdicción N.º 116556/MS:

1. Enmienda Constitucional N.º 45/2004, que dio nueva redacción al artículo 114 de la Carta Magna, aumentó significativamente la competencia de la justicia laboral. Sin embargo, el Supremo Tribunal Federal concedió una medida cautelar en el ADI 3395/DF para suspender, con efecto *extunc*, todos y cada uno de los entendimientos que comprendan, dentro de la competencia del Tribunal del Trabajo, el juicio de acciones iniciadas entre el Poder Público y sus servidores, cuando estén vinculados por una relación estatutaria o de carácter jurídico-administrativa.
2. Así, en la hipótesis en autos, no cabe hablar de la competencia del Juzgado de Trabajo para tramitar la referida demanda, debido a la naturaleza jurídico-administrativa existente entre el Poder Público y el servidor público, aun cuando en contratación temporal (Jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal y del Superior Tribunal de Justicia).

¹⁴ STF-CC: 7201 AM, relator: Marco Aurélio, sent. de 29-10-08, Pleno, publicación: DJe-236 divulg. 12-11-08 pública 12-12-08, ement. Vol.- 02345-01 (traducción libre).

3. Conflicto de competencia conocido para declarar competente el Tribunal de Justicia de Bela Vista¹⁵.

Sin embargo, en los casos en que el ente federal ni siquiera haya promulgado una ley específica que regule el régimen especial de contratación temporal, tal como lo determina el artículo 37, inciso IX, de la Constitución Federal, se tratará de un mero contrato de trabajo y la competencia, en este caso, será la del Juzgado de lo Social. De esta manera, el trabajador temporal tendrá garantizados los derechos laborales previstos en la Consolidación de las Leyes Laborales, y no podrá ser perjudicado por los efectos de una mala gestión administrativa.

Recientemente, el Tribunal Superior del Trabajo decidió sobre un conflicto de jurisdicción en una apelación de revisión, que en los casos en que no existe un régimen estatutario establecido por la entidad pública en el momento de la contratación temporal del funcionario:

En este caso, no es posible extraer de la sentencia regional ningún indicio de la existencia de un régimen legal o jurídico-administrativo. Por lo tanto, esto significa que el Municipio no ha cumplido con la carga de la prueba en relación con la contratación del demandante bajo el régimen estatutario. En efecto, del marco fáctico esbozado por la Regional, no consta que el demandante haya sido contratado bajo el régimen jurídico único o haya sido reclasificado bajo el régimen estatutario establecido por la entidad pública. En consecuencia, la determinación de la competencia del Tribunal Laboral para la apreciación del caso es correcta. De decidir lo contrario, sería necesario revisar los elementos probatorios del caso, procedimiento prohibido a este Tribunal de Apelaciones de carácter extraordinario, en los términos del precedente N.º 126 del TST. El recurso no procede.

El Tribunal *a quo* reconoció la nulidad de la contratación del reclamante por el municipio reclamado sin aprobación previa en concurso público

¹⁵ STJ-CC: 116556 MS 2011/0070327-2, relator: ministro Mauro Campbell Marques, sent. de 28-09-11, sección primera, publicación: DJe 10-04-11 (traducción libre).

(artículo 37, inciso II, de la Constitución Federal) y adoptó el criterio de que, en este caso, el trabajador solo tiene derecho al pago de la contraprestación pactada y de las cantidades referentes a los depósitos del FGTS, a fin de que no exista un enriquecimiento ilícito, ya que el servicio prestado no puede ser restituido. Parece, por lo tanto, que la decisión regional está en línea con lo dispuesto en el precedente N.º 363 del TST, que excluye las violaciones señaladas e imposibilita demostrar divergencia jurisprudencial, conforme al contenido del artículo 896, § 7, de la Consolidación de las Leyes Laborales y el precedente N.º 333 del Tribunal Superior de Trabajo. El recurso no procede¹⁶.

Convergiendo con ese criterio, afirma CARVALHO FILHO:

La justicia común solo es competente para conocer de tales controversias cuando la entidad federativa haya redactado efectivamente la ley específica que regula el régimen especial, según lo determina el artículo 37, inciso IX, de la Constitución Federal. Si no lo ha hecho, ni siquiera puede contratar funcionarios en el régimen especial; si lo hace, bajo el pretexto de admitir empleados temporales, estará celebrando simuladamente un mero contrato de trabajo, por lo que los futuros conflictos deberán ser dirimidos en los tribunales de trabajo¹⁷.

Esto se debe a que, una vez comprobada la nulidad de la contratación, los efectos de la relación laboral existente son irreversibles. Una vez cumplida la obligación, no hay forma de que las partes regresen al *status quo ante*, ya que el empleado no puede devolver los salarios porque son fondos de naturaleza alimentaria y, por otro lado, el empleador no puede reembolsar la mano de obra gastada en la realización del trabajo contratado. Por lo tanto, aunque el acto sea nulo, sus efectos son permanentes.

¹⁶ TST-RR: 2335002920135160008, relator: José Roberto Freire Pimenta, sent. de 09-12-15, 2.º Panel, publicación: DEJT 18-12-15 (traducción libre).

¹⁷ CARVALHO FILHO: ob. cit., p. 574 (traducción libre).

Se espera que la nulidad del contrato con el Gobierno no impida la producción de sus efectos y, por lo tanto, los derechos laborales derivados del contrato deben ser protegidos, de manera que se respete el valor social de la obra.

3. La invalidez del acto administrativo y la irrevocabilidad de las prestaciones

En cuanto a la contratación ilegal de servidores públicos, la relación laboral se caracteriza por la nulidad del acto administrativo por violar la forma del acto: el concurso público. Y, una vez que la forma es violada, el acto como instrumento de contratación se vuelve inexistente.

Según MELLO, «La forma es la cubierta exterior del acto; por lo tanto, es el modo en que aparece y revela su existencia (...) Ahora bien, como la forma es el medio de exteriorizar el acto, sin forma no puede haber acto»¹⁸.

Seabra FAGUNDES afirma que «Son actos nulos los que violan reglas fundamentales sobre la manifestación de la voluntad, motivo, fin o forma, considerados de indispensable obediencia por su naturaleza, por el interés público que los inspira o por mención expresa de la ley»¹⁹.

Por lo tanto, si el acto de admisión de funcionarios temporales es nulo y sin efecto, sus efectos son *ex tunc* para caracterizar erróneamente la apariencia de legalidad asumida durante la vigencia; por lo tanto, el contrato firmado con base en el artículo 37, II, de la Constitución, no puede ser validado, porque está contaminado desde su origen²⁰.

Ocurre que, aunque se reconozca la nulidad, en el caso de que se trate, no hay forma de ignorar los efectos irreversibles que genera la relación laboral, ya que su restitución es imposible, lo que la convierte en el gran obstáculo para

¹⁸ MELLO: ob. cit., p. 389 (traducción libre).

¹⁹ Citada en DI PIETRO: ob. cit., p. 256 (traducción libre).

²⁰ MELLO: ob. cit., p. 460 (traducción libre).

la resolución de los derechos laborales cuando se anula el acto administrativo de admisión. Sobre el tema, NASCIMENTO compara:

La imposibilidad de restitución a la parte al *statu quo ante* daría lugar a un enriquecimiento ilícito en el caso de la aplicación de criterios de Derecho Civil para resolver los efectos de la nulidad del contrato de trabajo, ya que, al no haber forma de devolver el trabajo realizado al trabajador, la posición de que no hay efectos con la nulidad del contrato de trabajo generaría una situación de total irreparabilidad en perjuicio de quien, con el trabajo prestado, ya ha cumplido con su obligación²¹.

Es decir, si el acto administrativo es nulo no se producirá ningún efecto de él. Esto se debe a que, entre los efectos de este beneficio laboral, se encuentran los salarios compensatorios que se le deben y otras ventajas laborales. Siguiendo con el tema, PLÁ RODRIGUES apunta:

El trabajador en su actividad gasta una determinada energía que, por su carácter sucesivo, no puede ser destruida, anulada o reparada. Atribuir efectos retroactivos a la nulidad beneficiaría al empleador, quien podría retener el salario adeudado e incluso exigir los salarios pagados; el Derecho Laboral tiende esencialmente a proteger al trabajador. Las normas contenidas en el mismo, así como las sanciones que las garantizan, fueron establecidas en beneficio del trabajador. Si el contrato es nulo por incumplimiento de algún punto esencial, éste no puede resultar en perjuicio para el trabajador; el salario del trabajador tiene una función alimentaria, por lo general. Privarlo significa poner al trabajador y a su familia en una situación de miseria que la ley no puede tolerar, ni mucho menos imponer²².

Por lo tanto, el derecho de los trabajadores temporales no debe limitarse únicamente al pago de los días trabajados y al FGTS, sino también a la

²¹ NASCIMENTO: ob. cit., p. 614 (traducción libre).

²² PLÁ RODRIGUES, Américo: *Curso de Direito do Trabalho*. LTR. São Paulo, 1982, p. 123 (traducción libre).

percepción de todos los créditos laborales que serían pagaderos, de la misma manera que lo serían si la relación laboral no tuviese imperfecciones.

4. Posicionamiento del Tribunal Superior de Trabajo

El precedente N.º 363 del Tribunal Superior de Trabajo en su redacción original (Res. N.º 97/2000) estableció que «la contratación de servidores públicos, después de la Constitución Federal de 1988, sin aprobación previa en un concurso público, se ve obstaculizada por su artículo 37, II, y párrafo 2, otorgándoles únicamente el derecho a pagar los días efectivamente trabajados de acuerdo con la contraprestación acordada».

En 2002, se modificó para establecer que se le concedía el derecho «al pago de la contraprestación acordada, en relación con el número de horas trabajadas, respetando el salario mínimo/hora» (Res. N.º 111/2002).

En 2003, el antecedente fue modificado por última vez por la Res. N.º 121/2003, para otorgar el derecho a recibir los montos relacionados con los depósitos del FGTS, con la siguiente redacción en vigor:

La contratación de servidores públicos, después de la Constitución Federal de 1988, sin previa aprobación del concurso público, se ve obstaculizada por los respectivos artículo 37, II, § 2, otorgándoles únicamente el derecho al pago de la contraprestación acordada, en relación con el número de horas trabajadas, respetando el valor horario del salario mínimo y los valores referidos a los depósitos del FGTS²³.

Antes de que el Tribunal Superior de Trabajo resolviera el asunto, fue posible encontrar disposiciones jurisprudenciales de los Tribunales Regionales del Trabajo que conceden al trabajador el pago de todos los derechos laborales, aunque sea a título de compensación. Esto se establece en las sentencias que se enumeran a continuación:

²³ TST, precedente N.º 363: Contrato nulo. Efectos (nueva redacción). Res. N.º 121/2003, DJ 19, 20 y 21-11-03 (traducción libre).

Contrato de trabajo con infracción del inciso II, artículo 37 de la Constitución Federal, es decir, sin concurso público previo, es nulo pero produce efectos mientras esté en vigor entre las partes, ya que es imposible retrotraer la prestación de los servicios. El ente infractor que se benefició con el trabajo debe soportar los efectos del contrato ilícito, teniendo derecho el reclamante al equivalente de los conceptos reclamados como indemnización (TRT/SP, 25 938/94, Braz José Mollica, Ac. 7.^a T. 251/96) (traducción libre).

La contratación de personal por la Administración Pública, sin observar los preceptos constitucionales, aunque nula, debe generar efectos *ex nunc*, incluso, en materia de indemnización, so pena de que la Administración se beneficie de sus propios ilícitos (TRT/SP, 23 286/94, Braz José Mollica, Ac. 7.^a T. 247/96) (traducción libre).

Los contratos de trabajo, aun nulos, generan efectos, a diferencia de lo que ocurre con los contratos civiles, por la imposibilidad de devolver al trabajador al *statu quo ante* (...) Condena a la municipalidad a pagar las diferencias salariales durante el período trabajado, si bien entiende que la nulidad del contrato de trabajo genera efectos *ex nunc*, el Colegiado de primera instancia considera que solo se deben las cuotas estrictamente salariales, por lo que excluye todas las indemnizaciones por cese. *Data venia* al tribunal *a quo*, no estoy de acuerdo con su criterio. Aunque nulo, el contrato de trabajo genera efectos *ex nunc*, incluso en lo que respecta a las indemnizaciones. Es que el contrato de trabajo, incluso nulo, tiene efectos hasta la nulidad. Se declara que el principio de nulidad civilista, según el cual lo nulo no produce efectos no puede aplicarse al contrato de trabajo, porque el trabajador, al realizar su labor, gasta energías que no pueden ser repuestas, impidiendo que el empleador se entregue a su fuerza de trabajo, sin las debidas retribuciones legales. Desde este punto de vista, la nulidad no alcanza sus efectos. Si, a pesar de ser nulo o ilegal, hubo trabajo, el trabajador debe disfrutar de todas las cantidades del salario impagadas, incluidas las indemnizaciones, dada la imposibilidad de restablecer a las partes al *statu quo ante*, generando efectos como si fuera

válido el contrato. Así, se exige el reconocimiento de los efectos del contrato de trabajo (...) Dicho lo cual, tomo conocimiento de la remisión y la deniego, para mantener la sentencia de primera instancia. Los Magistrados del Distinguido Juzgado Regional del Trabajo de la Región 21.^a acuerdan por unanimidad tomar conocimiento de la remesa. Fondo: por unanimidad, desestimar la remesa. Navidad, 6 de agosto de 1998 (TRT, Región 21.^a, sent. N.º 18 634 Remesa de Oficio N.º 31-0884-98-8) (traducción libre).

Después de la edición del precedente N.º 363 del Tribunal Superior de Trabajo, fue unánime la posición de que solo se adeudaría el pago de las horas trabajadas y los montos relacionados con los depósitos del FGTS:

La investidura en un cargo público solo es posible mediante concurso público. Al dejar sin efecto un acto administrativo por el cual se admite a un servidor público sin oposición, la Administración ejerce su potestad-deber constitucional, su autoprotección administrativa. Siendo la energía productiva inseparable de la persona del trabajador, las partes de la relación laboral no pueden ser restituidas al *statu quo ante* en la extinción del contrato, de ahí la necesidad de pagar las horas trabajadas y los montos referentes a los depósitos del FGTS (TRT-1-RO: 00112364420135010323 RJ, relator: José Geraldo da Fonseca, sent. de 27-05-15, Segunda Sala, publicación: 16-06-15) (traducción libre).

La decisión que considera válida la contratación de un servidor público sin previo concurso público y otorga otras cantidades reclamadas distintas a los depósitos correspondientes al FGTS y la contraprestación pactada, en relación con el número de horas trabajadas, contradice el criterio consolidado en el precedente N.º 363 de esta Corte y merece ser reformado. En cuanto a la FGTS, el artículo 19-A de la Medida Provisional 2164-41/2001 no dio validez a los contratos nulos, habiéndose plasmado únicamente en derecho el criterio ya existente en este Tribunal en el sentido de reconocer el derecho del trabajador a los depósitos de FGTS como consecuencia de los efectos de la nulidad del contrato, con base en la tesis

del enriquecimiento ilícito y en el ordenamiento jurídico vigente, incluso en el respeto de la dignidad de la persona humana y el valor social del trabajo. Por lo tanto, no es necesario hablar de la inconstitucionalidad de la referida medida provisional. Revisa recurso conocido y parcialmente proporcionado (TST-RR: 5557007220045110052 555700-72.2004.5.11.0052, relator: José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, sent. de 24-09-08, Segunda Sala, publicación: DJ 13-10-08) (traducción libre).

Solo en lo que respecta a los daños morales, materiales o estéticos derivados de accidentes de trabajo, la jurisprudencia ha reconocido que la entidad pública no puede eximirse de responsabilidad invocando la nulidad del contrato de trabajo, haciendo inaplicable, en su caso, el precedente N.º 363 del Tribunal Superior de Trabajo, para extrapolar el ámbito laboral. En este sentido, algunos de los juzgados son cotejados:

Es cierto que el criterio contenido en el precedente N.º 363 del TST niega los efectos del contrato de trabajo al contrato nulo. Sin embargo, los derechos que, aunque relacionados con la relación contractual nula, van más allá del ámbito típicamente laboral, deben ser plenamente garantizados al reclamante. Se trata de la hipótesis de los derechos derivados del ámbito civil, como es el caso de la indemnización de la responsabilidad civil derivada de cualquier hecho antijurídico del tomador del servicio que haya causado daño moral o material a su víctima. La acción antijurídica del demandado que cause daños morales o materiales al demandante genera el deber de indemnizarlo, independientemente de su condición de trabajador o de la vigencia de la relación jurídica entre las partes. En estos términos, la nulidad del contrato no libera al demandado de reparar el daño causado, precedente N.º 363 del TST es inespecífico. Recurso de embargos no conocido (E-ED-RR- 17400-12.2004.5.02.0291, sent. 16-06-11, ministro ponente: Renato de Lacerda Paiva, Subsección especializada en convenios individuales, publicación: DEJT 24-06-11) (traducción libre).

La acción ilícita del empresario, en la forma del artículo 927 del Código Civil, genera el derecho a indemnizar al agraviado, aun cuando se trate

de un miembro de la Administración Pública. Así, en caso de nulidad del contrato de trabajo, el Estado no puede dejar de reparar el daño moral, cuando el perjuicio que afectó al demandante resultó de su trabajo a favor del demandado. El precedente N.º 363 de esta Corte no tiene el alcance pretendido por la demandada, no eximiendo al contratista de reparar los daños en el ámbito civil que pueda sufrir el contratista. Recurso conocido (RR 159300-09.2007.5.15.0099, sent. 14-11-12, ministra ponente: Maria de Assis Calsing, 4.ª Sala, publicación: DEJT 23-11-12) (traducción libre).

La indemnización de los daños morales y materiales resultantes de un acto lesivo del tomador de servicios, aunque sea en virtud de un contrato nulo, se encuentra fuera del ámbito laboral típico y su viabilidad jurídica no se ve obstaculizada en el entendimiento expresado en el precedente N.º 363 de este Tribunal. Recurso no conocido (RR- 7200-81.2008.5.09.0655, sent. 04-08-10, ministro ponente: Emmanoel Pereira, 5.ª Sala, publicación: DEJT 13-08-10) (traducción libre).

Se percibe que, a pesar de que la Constitución Federal contempla la valoración del trabajo como condición fundamental del Estado democrático de Derecho y establece que el orden económico debe basarse en la valoración humana del trabajo, según los dictados de la justicia social, cuando se trata de la nulidad del contrato de trabajo temporal, nos enfrentamos a una verdadera regresión social, considerando que los derechos laborales son dejados de lado con el fin de proteger a la entidad pública de las consecuencias de sus propios errores de gestión administrativa.

5. El valor social del trabajo y el principio de prohibición de la regresión

El valor social del trabajo es uno de los fundamentos del Estado democrático de Derecho, tal como lo establece la Constitución Federal de 1988:

Artículo 1.- La República Federativa del Brasil, formada por la unión indisoluble de estados y municipios y el Distrito Federal, es un Estado

democrático de Derecho y tiene como fundamento: (...) iv. los valores sociales del trabajo y la libre iniciativa (traducción libre).

Y en el título VII «Del orden económico y financiero», en el capítulo I que establece los principios generales de la actividad económica, el artículo 170 de la Constitución Federal establece que el orden económico está «basado en la valoración del trabajo humano». Esto demuestra la importancia de la relación laboral con la producción y circulación de la riqueza a través del pago pecuniario de la remuneración.

La Constitución Federal pretendía promover el rescate del valor del trabajo vinculándolo al orden social y, por lo tanto, haciendo de él un valor social fundamental, la primacía del trabajo expresada en el artículo 193 de la Constitución Federal, que establece que «el orden social se basa en la primacía del trabajo». Y, si el Estado existe desde el orden social, esto, a su vez, solo se logra si el trabajo es buscado y realizado prioritariamente no solo por los poderes constituidos, sino, sobre todo, por la sociedad²⁴.

Así, los derechos positivizados por el constituyente original se convierten en un verdadero derecho subjetivo, y el legislador infraconstitucional no puede revocar tales derechos, bajo pena de ser gravado de inconstitucionalidad por acción o, debidamente, por omisión.

En este punto, DA SILVA afirma que las normas constitucionales que definen los derechos sociales serían normas de eficacia limitada y vinculadas al principio programático que, a pesar de ser vinculante e imperativo, requieren la intervención legislativa infraconstitucional para su aplicación, vinculando a los organismos estatales y exigiendo la prohibición de retroceder en la aplicación de estos derechos, reconociendo, por tanto, la existencia del principio de prohibición de la regresión social²⁵. En este sentido, afirma CANOTILHO:

²⁴ Cfr. FINATI, Cláudio Roberto: «O valor social do trabalho». En: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15.ª Região*. N.º 8. LTr. São Paulo, 1996, pp. 28 y 39.

²⁵ DA SILVA, José Afonso: *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7.ª, Malheiros. São Paulo, 2007, p. 319.

La idea expresada aquí también ha sido denominada «prohibición de la contrarrevolución social» o «evolución reaccionaria». Esto significa que los derechos sociales y económicos (*exempli gratia*, derechos de los trabajadores, derecho a la asistencia, derecho a la educación), una vez alcanzado un cierto grado de cumplimiento, constituirán simultáneamente una garantía institucional y un derecho subjetivo. La «prohibición de la regresión social» no puede hacer nada contra las recesiones y las crisis económicas (reversibilidad fáctica), pero el principio en análisis limita la reversibilidad de los derechos adquiridos (por ejemplo, seguridad social, prestaciones por desempleo, prestaciones de salud), en clara violación del principio de proteger la confianza y la seguridad de los ciudadanos en el ámbito económico, social y cultural, y del núcleo esencial de la existencia mínima, inherente al respeto a la dignidad de la persona humana. El reconocimiento de esta protección de los «derechos de beneficio de la propiedad» adquiridos subjetivamente constituye un límite legal para el legislador y, al mismo tiempo, una obligación de seguir una política consistente con derechos concretos y expectativas basadas subjetivamente. La vulneración del núcleo esencial afectado justificará la sanción de inconstitucionalidad en relación con normas que aniquilan claramente la llamada justicia social²⁶.

Por lo tanto, el derecho social fundamental, una vez satisfecho por el legislador infraconstitucional, que busca satisfacer la voluntad de la Constitución, se incorpora al patrimonio social del ciudadano, en este caso un trabajador, y no puede ser totalmente revocado o extinguido, bajo pena de aniquilación del núcleo esencial de estos derechos y, en consecuencia, de violación del principio de dignidad humana, seguridad jurídica y protección de la confianza ciudadana.

Aunque no se expresa el principio de prohibición de la regresión social, este se deriva del ordenamiento jurídico constitucional, entendiéndose que, si existe un derecho ya garantizado por una norma constitucional, este

²⁶ CANOTILHO, José Joaquim GOMES: *Direito Constitucional*. 7.^a, Edições Almedina. Coimbra, 2003, pp. 338 y 339 (traducción libre).

quedará incorporado en el patrimonio jurídico y no podrá ser suprimido por otra norma. SARLET afirma lo siguiente:

En líneas generales, lo que se puede ver es que la noción de prohibición de regresión ha sido llevada por muchos a la noción que presenta José Afonso DA SILVA como un derecho subjetivo negativo, en el sentido de que es posible impugnar judicialmente cualquier medida que está en conflicto con el contenido de la Constitución (incluidos los objetivos establecidos en las normas programáticas), así como rechazar las medidas legislativas que vienen, pura y simplemente, a restar sobrevenidamente a una norma constitucional el anterior grado de implementación que le fue otorgado por el legislador²⁷.

La jurisprudencia brasileña ha reconocido en sentencias recientes la necesidad de aplicar el principio de prohibición de la regresión social como una forma de asegurar la acción progresiva del Estado con respecto a los logros laborales, de modo que las garantías indispensables ya implementadas constitucionalmente no puedan ser suprimidas con el fin de asegurar la efectividad de la dignidad humana.

El principio de prohibición de regresión social, previsto en los tratados internacionales de derechos humanos y en el sistema constitucional brasileño, impide la reducción del nivel de protección ya alcanzado a través de las leyes laborales. Para el electricista, de conformidad con la Ley N.º 7369/1985, artículo 1, la prima de riesgo se grava –sobre el salario que perciba–. El artículo 3 de la Ley N.º 12 740/2012, al reducir el nivel de protección ya alcanzado por el electricista a través del artículo 1 de la Ley N.º 7369/1985, no se aplica a los trabajadores ya contratados antes de su vigencia. En consecuencia, todas las cuotas de carácter salarial quedan como base para el cálculo de la prestación de riesgo del electricista para el trabajador contratado antes de la vigencia de la Ley N.º 12 740/2012, en

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang: *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.^a, Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2010, p. 445 (traducción libre).

la forma del precedente N.º 191 del Tribunal Superior de Trabajo. Recurso interlocutorio sin instrumento (TST-AIRR: 11573620135030101, relator: Arnaldo Boson Paes, sent. 19-11-14, 7.ª Sala, publicación: DEJT 28-11-14) (traducción libre).

Prohibición según el entendimiento del Supremo Tribunal Federal (...) La tercerización, fenómeno actual en la actualidad, debe ser enfrentada para evitar distorsiones del sistema que puedan perjudicar significativamente las conquistas sociales de los derechos laborales, en contravención al principio de prohibición del retroceso social y mejoramiento de la condición social del trabajador (art. 7, caput, de la CF/88). En ese sentido, el TST, a través del precedente 331, lanzó una interpretación compatible con el principio de protección en cuanto al tema de la responsabilidad en el marco de la tercerización, estableció que el incumplimiento de las obligaciones laborales, por parte del empleador, implica la responsabilidad subsidiaria del empleador, el prestador de servicios respecto de dichas obligaciones, siempre que hayan intervenido en la relación procesal y también estén incluidos en el auto de ejecución judicial. Por lo tanto, no cabe duda de que Claro S/A debe responder por las sumas laborales objeto de la condena. Al ser beneficiado por el trabajo realizado por el demandado, forma parte de la relación jurídica como tomador de servicios y, en esta condición, puede ser responsable, subsidiariamente, del incumplimiento de las obligaciones reconocidas judicialmente. Recurso de revisión conocido e improvisado (TST-RR: 11486420115010242, sent. 28-10-15, publicación: DEJT 18-12-15) (traducción libre).

Por lo tanto, la nulidad del contrato de trabajo temporal no puede servir de pretexto para que la Administración Pública viole el principio de prohibición de la regresión social, superando los derechos laborales conquistados con el establecimiento del Estado democrático de Derecho basado en la valoración del trabajo y la dignidad de la persona humana.

Conclusiones

Ante un escenario de contratación ilegal en la Administración Pública, se teme una regresión social con la consecuente amenaza a los derechos laborales conquistados durante la mejora del actual Estado democrático de Derecho, que se basó en la valoración del trabajo.

Así, la invalidez del acto administrativo que generó el contrato de servicio entre la entidad pública y el agente no debería, en modo alguno, tener efecto *ex tunc*, ya que una vez cumplida la obligación, resulta imposible volver al *statu quo ante*, ya que el empleado no puede devolver los salarios porque son fondos de carácter alimentario y, a su vez, el empleador no puede reembolsar la mano de obra gastada en la realización del trabajo. Por lo tanto, aunque el acto sea nulo, sus efectos son permanentes y, finalmente, permitir que el Poder Público se beneficie de su propia tortuosidad es, al menos, inaceptable.

Tal irreversibilidad de los efectos generados por la relación laboral se convierte en el mayor obstáculo para la resolución de los derechos laborales cuando se anula el acto administrativo de admisión de agentes públicos mediante contratos ilegales. Sin embargo, con la edición del precedente N.º 363 del Tribunal Superior de Trabajo se hizo unánime la posición de que, con la nulidad del contrato ilegal de servicio entre la Administración Pública y el agente, solo se adeudaría el pago de las horas trabajadas y los montos relacionados con los depósitos del FGTS.

Ahora bien, aunque la controversia fue resuelta, se cree que, de esta manera, el Poder Judicial aceptó un tremendo revés en el campo laboral, dejando atrás los derechos laborales derivados de la Constitución Federal y, en consecuencia, priorizando la mala gestión administrativa a favor del abuso de los derechos de los empleados temporales.

Esto se debe a que no hay discusión en el caso de un contratista temporal regido por una ley específica que regula el régimen especial, según lo dispuesto en el artículo 37, IX de la Constitución. No obstante, si la entidad pública

admite funcionarios en régimen especial sin haber promulgado la legislación que regule la relación contractual, estará celebrando, de forma encubierta, un simple contrato de trabajo, de modo que los futuros conflictos se decidan en el Tribunal Laboral y se garanticen todos los derechos derivados de la relación laboral.

Por lo tanto, la nulidad de los contratos de servicios ilegales debe ser considerada de tal manera que se eviten distorsiones en el sistema que puedan solapar los logros sociales de los derechos laborales, en violación del principio de prohibición de regresión social, de la dignidad de la persona humana y de la mejora de la condición social del trabajador.

* * *

Resumen: La contratación de servidores públicos por tiempo determinado para atender a la necesidad temporal de excepcional interés público (*cf.* artículo 37, 1x de la Constitución Federal de 1988 y Ley N.º 8745/93) dispensa la realización del concurso público, constituyéndose una excepción. En el caso de que se trate de un contrato de trabajo en esa coyuntura de ilegalidad de la contratación por la Administración Pública, ¿qué derechos deben ser asegurados a quien prestó el servicio? La presente investigación –haciendo uso de una metodología de análisis cualitativo, usando los métodos de abordaje hipotético-deductivos de carácter descriptivo y analítico– pretende demostrar qué garantías laborales previstas por el ordenamiento jurídico son aplicables al trabajador que desempeñó sus funciones insertado en un proceso contrato temporal ilegal.

Palabras clave: Empleado estatal, contrato temporal, garantía fundamental, Derecho laboral. Recibido: 28-06-22. Aprobado: 29-09-22.