



INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR “PRESIDENTE TANCREDO DE ALMEIDA
NEVES”

VITOR MAGNO BORGES NUNES COUTO

A ESTABILIDADE PARA OS EMPREGADOS PÚBLICOS

SÃO JOÃO DEL-REI

2014

VITOR MAGNO BORGES NUNES COUTO

A ESTABILIDADE PARA OS EMPREGADOS PÚBLICOS

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Msc. Antônio Américo de Campos Júnior.

SÃO JOÃO DEL-REI
2014

VITOR MAGNO BORGES NUNES COUTO

A ESTABILIDADE PARA OS EMPREGADOS PÚBLICOS

Monografia apresentada ao Curso de Graduação
em Direito do Instituto de Ensino Superior
Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN –
como requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Aprovada em ____/____/____

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Orientador Msc. Antônio Américo de Campos Júnior

Prof. Msc. Ciro Di Benatti Galvão

Prof. Esp. Fúlvio Jacowson Gomes

Dedico este trabalho à minha esposa Kely
e minha filha Ana Luiza, razão pela qual
ainda tento crescer.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por estar sempre presente em minha vida, mesmo nos momentos em que não consigo ver e nem mesmo merecer.

A minha esposa Kely, mulher da minha vida, pela dedicação, apoio incondicional e pela espera de cinco longos anos.

A minha filha Ana Luiza por me fazer uma pessoa mais feliz e por me dar a oportunidade de vê-la crescer.

Aos meus pais Paulo e Julia por terem me criado com a maior excelência possível, muitas vezes abdicando de si mesmos para me dar o necessário.

Aos meus irmãos Vinicius e Vicente pelo apoio e compreensão.

A todas as pessoas que de certa forma influenciaram de forma positiva para este trabalho.

RESUMO

O trabalho aborda o instituto da estabilidade direcionado aos empregados públicos. A problemática do tema consiste na divergência de entendimentos entre o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior do Trabalho. A ausência de normas sobre o assunto faz com que os entendimentos sobre o tema se baseiem em princípios e analogias. O entendimento do STF é consubstanciado em um julgado isolado pendente de decisão definitiva, enquanto o do TST é consubstanciado por meio de entendimento sumulado, Súmula de número 390/TST. Sendo assim, surge o escopo do presente trabalho, que é apresentar os entendimentos acerca do tema e analisar se a estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é aplicável aos empregados públicos, levando-se em consideração os entendimentos apresentados.

Palavras-chave: Estabilidade. Empregado Público. Administração Pública. Ato Motivado.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1. HISTÓRICO DA ESTABILIDADE NO BRASIL E CONCEITO DE AGENTES PÚBLICOS.....	10
1.1 Conceito de agentes públicos e suas espécies	10
1.2 A origem da estabilidade no Brasil.....	13
1.3 A origem do regime Celetista na Administração Pública.....	15
2. O REGIME JURÍDICO APLICÁVEL ÀS EMPRESAS ESTATAIS E A MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO.....	19
2.1 O Regime jurídico aplicável às Empresas Estatais.....	19
2.2 A motivação do Ato Administrativo	24
2.2.1 Posição Clássica: do dever de motivar somente os atos vinculados e da impossibilidade de o Judiciário controlar os atos discricionários	26
2.2.2 Teoria dos Motivos Determinantes.....	27
2.2.3 Posição majoritária: do dever de motivar todo ato administrativo e da legitimidade do Judiciário controlar os aspectos vinculados do ato discricionário e os contornos da discricionariedade.....	29
2.2.4 Quarta posição: da ausência de limites ao controle judicial do ato.....	31
3. A ESTABILIDADE PARA OS EMPREGADOS PÚBLICOS.....	34
3.1 Entendimento segundo o TST	34
3.2 Entendimento segundo o STF.....	35
3.3 Análise da estabilidade para os empregados públicos.....	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
REFERÊNCIAS.....	50

INTRODUÇÃO

O presente trabalho examinará o instituto da estabilidade direcionado aos empregados públicos. A estabilidade prevista no art. 41 da CRFB/88 é um dos objetivos mais desejado e buscado por nós hodiernamente, tendo em vista nossa busca incessante pela tão sonhada estabilidade financeira e profissional.

Esta estabilidade financeira e profissional pode ser alcançada por vários meios, e um destes é a aprovação em concurso público, que, nos termos do art. 41 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os servidores, após três anos de efetivo serviço que foram nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público atendido aos demais requisitos, adquirem a tão sonhada estabilidade.

A consequência ou benefício para o servidor público estável é que este só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado; mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa. Assim, o vínculo que o servidor público estável mantém com a Administração Pública é um vínculo forte e com hipóteses anteriormente previstas para a sua ruptura unilateral por parte da Administração Pública e, conseqüentemente, a perda do cargo pelo servidor, protegendo o servidor de arbitrariedades cometidas pelos Administradores.

Porém, conforme mencionado anteriormente, a estabilidade está prevista expressamente no Texto Constitucional somente para os servidores públicos deixando de fora da abrangência da norma os empregados públicos. Servidores e empregados são espécies de um mesmo gênero, os Agentes Públicos.

Daí parte a problemática do tema: pode a estabilidade prevista no art. 41 da CRFB/88 ser aplicada aos empregados públicos? E se sim, quais os limites de sua abrangência?

Ressalte-se que a problemática do tema se refere aos empregados públicos *stricto sensu*, ou seja, aos Agentes Públicos que mantém vínculo com o Estado sob o regime Celetista, diferentemente dos servidores públicos, que mantém vínculo com o Estado sob o regime Estatutário.

Aliado a esta problemática está um posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho TST consubstanciado na Súmula 390/TST que defende a aplicabilidade da estabilidade aos empregados da Administração Direta, Autárquica e Fundacional, excluindo todos os outros empregados; de outro lado está um recente julgado do Supremo Tribunal Federal (STF), sob o nº RE 655283/DF, onde se reconheceu a repercussão geral do tema, onde, de forma prévia, decidiu-se que nenhum empregado público faz jus à estabilidade, contudo, o ato demissional deve ser motivado, sob pena de invalidade da demissão. Ressalte-se que o recurso mencionado acima encontra-se pendente de julgamento.

Diante do exposto, este será dividido em três capítulos: o primeiro irá apresentar uma distinção e conceitualizar as espécies de Agentes Públicos, seguido de um breve histórico da estabilidade no Brasil, e, por fim, apresentar a origem do regime Celetista na Administração Pública. O segundo capítulo irá abordar o regime jurídico aplicável às empresas estatais e a motivação como elemento do ato administrativo. Por fim, o terceiro capítulo apresentará os entendimentos do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho, seguido de uma análise entre os entendimentos.

1. HISTÓRICO DA ESTABILIDADE NO BRASIL E CONCEITO DE AGENTES PÚBLICOS

Inicialmente, antes de adentrar no mérito do presente estudo, cabe aqui, fazer algumas considerações, bem como, conceituar alguns tópicos precursores do tema da presente monografia, conforme se segue os subtítulos:

1.1 Conceito de agentes públicos e suas espécies

Existe nas doutrinas inúmeros conceitos e divisões para os agentes públicos, porém, diante da infinidade de entendimentos entre os doutrinadores administrativistas, abordaremos apenas dois entre os principais, quais sejam: Celso Antonio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Di Pietro.

Di Pietro (2010) faz a distinção entre as espécies de agentes públicos de forma objetiva e superficial, de forma a ser compreendida facilmente, contudo, é necessária a complementação de suas idéias para aprofundarmos no assunto.

Assim, Di Pietro (2010, p.511), faz a divisão da seguinte forma:

1. Agentes políticos;
2. Servidores públicos;
3. Militares; e
4. Particulares em colaboração com o Poder Público.

Já Mello (2006), faz a distinção de forma mais minuciosa, detalhista e abrangente, sendo portanto, o doutrinador mais importante na abordagem do presente tema.

Dessa forma, Mello (2006 p. 226), faz a seguinte divisão:

- 1) Agentes políticos
- 2) Servidores estatais
- 3) Particulares em colaboração com a administração

Embora, sob uma análise superficial, as classificações anteriores pareçam ser semelhantes ou idênticas, estas não o são devido à subdivisão e às espécies adotadas por Mello.

De forma a dar mais didática e objetividade ao presente estudo, e ainda tendo em vista que este não é o tema central do estudo, daremos ênfase somente aos Servidores Públicos/Estatais.

Dessa forma, Di Pietro (2010, p.513) conceitua os Servidores Públicos da seguinte forma:

1. Os **servidores estatutários**, sujeitos ao regime estatutário e ocupantes de cargos públicos;
2. Os **empregados públicos**, contratados sob o regime da legislação trabalhista e ocupantes de **emprego público**;
3. Os **servidores temporários**, contratados por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX da Constituição); eles exercem **função**, sem estarem vinculados a cargo ou emprego público. (grifos do original).

Já Mello (2007), de forma mais abrangente, conceitua da seguinte forma:

SERVIDORES ESTATAIS

A designação *servidores estatais* – que ora se sugere em atenção à mudança constitucional – abarca todos aqueles que entretêm com o Estado e suas entidades da Administração indireta, independentemente de sua natureza pública ou privada (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista), relação de trabalho de *natureza profissional* e caráter não eventual *sob vínculo de dependência*.

[...]

Entre os *servidores estatais* são reconhecíveis os seguintes dois grupos: 1) *servidores públicos*; e 2) *servidores das pessoas governamentais de Direito Privado*.

Servidor Público (...)

Compreendem as seguintes espécies:

- a) *servidores titulares de cargos públicos* na Administração Direta (anteriormente denominados funcionários públicos) (...).
- b) *servidores empregados das pessoas supra-referidas*. Aí se incluem servidores que se encontrem sob vínculo empregatício por uma dentre as seguintes razões:
 - b.1. *haverem sido admitidos sob vínculo de emprego para funções subalternas (...)*;

b.2. remanescentes do regime anterior, no qual se admitia (ainda que muitas vezes inconstitucionalmente) amplamente o regime de emprego;

b.3. contratados, nos termos do art. 37, IX da Constituição, sob o vínculo trabalhista, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, sob regime jurídico específico previsto na Lei 8.745, de 9.12.93.

c) Particulares em colaboração com a Administração

Esta terceira categoria de agentes é composta por sujeitos que, sem perderem sua qualidade de particulares – portanto, de pessoas alheias à intimidade do aparelho estatal (com exceção única dos recrutados para serviço militar) -, exercem função pública, ainda que às vezes apenas em caráter episódico.

Na tipologia em apreço reconhecem-se:

a) *requisitados* para prestação de atividade pública, quais os jurados, membros de Mesa receptora ou apuradora de votos quando das eleições, recrutados para o serviço militar obrigatório etc.

Estes agentes exercem um *múnus* público;

b) os que *sponte própria* assumem a gestão da coisa pública como “gestores de negócios públicos”, perante situações anômalas, para acudir a necessidades públicas prementes;

c) *contratados por locação civil de serviços* (como, por exemplo, um advogado ilustre contratado para sustentação oral perante tribunais);

d) *concessionários e permissionários de serviços públicos, bem como os delegados de função ou ofício público*, quais os titulares de serventias da Justiça não oficializadas, como é o caso dos notários, *ex vi* do art. 236 da Constituição [...]. (grifos do original).

Verifica-se, portanto, que Mello, trata o assunto de forma mais aprofundada que Di Pietro, onde toda a classificação de Di Pietro se resume em apenas uma espécie da classificação feita por Mello.

Assim, de forma sucinta e objetiva, pode-se afirmar que os empregados públicos são aqueles detentores de emprego público vinculados à administração direta ou indireta (empresas públicas, às sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral, autarquias e fundações), regidos pela CLT.

1.2 A origem da estabilidade no Brasil

A estabilidade no emprego foi introduzida no Brasil a partir do Decreto nº 4.682 - de 24 de janeiro de 1923 - Lei Eloy Chaves, que limitava sua aplicação aos empregados ferroviários, conforme art. 42 do referido decreto a seguir:

Art. 42. Depois de 10 anos de serviços efetivos, o empregado das empresas a que se refere a presente lei só poderá ser demitido no caso de falta grave constatada em inquérito administrativo, presidido por um engenheiro da Inspetoria e Fiscalização das Estradas de Ferro.

Com a norma acima exposta, houve uma verdadeira revolução no instituto da estabilidade, que gerou inúmeras leis nos anos seguintes, visando a estender a estabilidade aos demais empregados, até que a CLT unificou e apaziguou o instituto, conforme exposição das normas a seguir:

Em 20 de dezembro de 1926, o decreto nº 5.109/26, ampliou a aplicação do Decreto nº 4.682/23, e estendeu a estabilidade para as empresas de navegação marítima ou fluvial e as de exploração de portos, conforme § 1º do art. 1º do decreto acima:

Art. 1º Todas as estradas de ferro do país, a cargo da União, dos Estados, dos Municípios, ou de particulares, terão Caixas de Aposentadoria e Pensões para os seus ferroviários, regidas pelas disposições da presente lei.

§ 1º Os dispositivos da presente lei são extensivos a todas as empresas de navegação marítima ou fluvial e às de exploração de portos pertencentes a União, aos Estados, aos Municípios e a particulares, em tudo quanto lhes possa ser aplicável. (Grifos nossos).

Em 1º de outubro de 1931, o decreto 20.465 estendeu a estabilidade aos empregados de transporte, luz, telefone, telégrafo, portos, água e esgoto, nos termos do seu art. 1º do referido decreto:

Art. 1º Os serviços públicos de transporte, de luz, força, telégrafos, telefones, portos, água, esgotos ou outros que venham a ser considerados como tais, quando explorados diretamente pela União, pelos Estados, Municípios ou por empresas, agrupamentos de empresas particularidades, terão, obrigatoriamente, para os

empregados de diferentes classes ou categorias, Caixas de Aposentadoria e Pensões, com personalidades jurídicas, regidas pelas disposições desta lei e diretamente subordinadas ao Conselho Nacional do Trabalho.

Logo após, aos 16 de novembro de 1932, o decreto nº 22.096 estendeu a estabilidade aos empregados dos serviços de mineração, conforme o art. 1º:

Art. 1º Fica extensivo aos serviços de mineração de toda especie, exploradas diretamente quer por empresas ou agrupamentos de empresas, quer por particulares, o regime de Caixas de Aposentadoria e Pensões, regulado pelo decreto n. 20. 465, de 1 de outubro de 1931, com as modificações constantes do de n. 21 .081, de 24 de fevereiro de 1932.

Aos 9 de julho de 1934, o Decreto nº 24.615, instituiu a estabilidade em favor dos empregados de banco ou casa bancária, estabelecendo prazo aquisitivo diverso dos demais, agora de 02 anos, conforme art. 15 do Decreto:

Art. 15. Ao empregado em banco ou casa bancária a partir da data da publicação do presente Decreto é assegurado o direito de efetividade, desde que conte dois ou mais anos de serviços prestados ao mesmo estabelecimento, e, salvo o caso de falência ou extinção do estabelecimento, só poderá ser demitido em virtude de falta grave, regularmente apurada em inquérito administrativo, de cuja abertura terá notificação, afim de ser ouvido pessoalmente, com ou sem a assistência de seu advogado ou do representante do sindicato da classe a que pertencer.

Enfim, no dia 5 de junho de 1935, a lei nº 62/35, estendeu a estabilidade a todos os empregados que ainda não haviam sido beneficiados pelos Decretos anteriores, conforme art. 10 da referida Lei:

Art. 10. Os empregados que ainda não gozarem da estabilidade que as leis sobre institutos de aposentadorias e pensões têm creado, desde que contem 10 annos de serviço effectivo no mesmo estabelecimento, nos termos desta lei, só poderão ser demittidos por motivos devidamente comprovados de falta grave, desobediencia, indisciplina ou causa de força maior, nos termos do art. 5º.

De acordo com a lei nº 62/35 e os Decretos supra citados, mesmo que todos os empregados tivessem direito à estabilidade, os bancários detinham uma

vantagem sobre os demais, qual seja, o prazo aquisitivo de direito, que lhes era de 02 anos, enquanto para todos os outros era de 10 anos.

Vale dizer, também, que a matéria foi introduzida nas constituições de 1937, em seu art. 137, f, e na de 1946, em seu art. 157, XII, que mantiveram o instituto da estabilidade.

Contudo, a CLT, aprovada pelo Decreto 5.452, de 01 de maio de 1943, uniformizou o instituto da estabilidade, abrangendo todos os empregados.

Posteriormente, a lei 5.107/66 (lei do FGTS), criou um sistema alternativo, em que o empregado poderia escolher entre os benefícios do FGTS ou o instituto da estabilidade.

Por fim, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 cumulada com o Decreto-lei 5.452/43 (CLT), extinguiu o instituto da estabilidade no âmbito privado, salvo hipóteses excepcionais, como, por exemplo, para a mulher em período de gestação, dirigentes da CIPA e outros.

De outro lado, foi na própria Constituição de 1988, em seu art. 41 que se instituiu a estabilidade para os servidores públicos, objeto do presente estudo.

1.3 A origem do regime Celetista na Administração Pública

Para a prestação de serviços inerentes ao Estado, a Administração Pública necessita de diversos meios e ferramentas. Um deles é o seu pessoal (agentes públicos), em suas diversas espécies.

Historicamente, a Administração Pública sempre manteve vínculo estatutário com seu pessoal, porém, as próprias constituições possibilitavam a contratação temporária de pessoal. Nesse sentido, Faria (2001, p. 191) diz:

A constituição de 1967, emendada em 1969, no art. 106, previa, mediante regime especial, a admissão para serviços temporários e a contratação para as funções técnicas especializadas, nos termos da lei. Cada ente da Federação deveria editar lei regulamentando a contratação. A válvula do art. 106 em referencia, deu margem a empreguismo no serviço público.

Assim, depreende-se que a Administração Pública sempre manteve vínculo estatutário com seus servidores, com poucas exceções ao caso.

No ano de 1967, com o decreto 200/67, passou-se a adotar o regime Celetista como secundário na Administração Pública, conforme diz Marques (2005):

Para contornar tais restrições, a par do regime estatutário, de caráter regular e prevalente, foram sendo admitidos servidores sob modalidades de vínculos diversos, dentre os quais se destacam os chamados extranumerários, que chegaram a ser mais numerosos que os servidores regulares. Entre as modalidades de contratações, no entanto, não era adotado o regime trabalhista. Somente a partir de 1946 é que começaram a surgir textos legais esparsos, reconhecendo a situação de empregado celetista a servidores não estatutários. E a partir do Decreto-lei n. 200/67, o que era apenas exceção, passou a ser a regra, assumindo, no âmbito federal, a primazia na formação do vínculo funcional.

Com a promulgação da Constituição de 1988, o art. 39 instituiu o regime geral único, obrigando os entes federados a optarem pelo regime estatutário ou Celetista para seus servidores, de modo a incompatibilizar a co-existência dos dois regimes em determinado órgão da Administração Pública, conforme se segue o texto original:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

§ 1º A lei assegurará, aos servidores da administração direta, isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhados do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho.

§ 2º Aplica-se a esses servidores o disposto no art. 7º, IV, VI, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII, XXIII e XXX.

Na região do Campo das Vertentes, em Minas Gerais, um município que optou pelo regime Celetista foi o município de São Tiago, regime este que perdura até a presente data.

Logo no ano de 1998, com a promulgação da Emenda Constitucional 19, o art. 39 da CRFB/88, foi alterado, possibilitando a Administração Pública criar vínculo com seus agentes sob o regime Celetista.

Assim, com a EC 19, foi possível que a Administração Pública contratasse concomitantemente agentes públicos em regimes diferentes.

Contudo, tal possibilidade durou pouco, pois, aos 27 de janeiro de 2000, o Partido dos Trabalhadores, Partido Democrático Trabalhista, Partido Comunista do Brasil e Partido Socialista do Brasil, ingressaram no STF com Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), de nº 2135, que resultou na suspensão liminar do art. 39 da CRFB/88, com redação dada pela EC 19, conforme informativo do STF a seguir:

Quinta-feira, 02 de agosto de 2007

Plenário suspende artigo da Constituição sobre contratações de servidores públicos (atualizada)

Ao retomar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2135 com o voto-vista do ministro Cezar Peluso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) resolveu hoje (2), por maioria, conceder liminar para suspender a vigência do artigo 39, caput, da Constituição Federal, em sua redação dada pela Emenda Constitucional (EC) 19/98. A norma, questionada pelo Partido dos Trabalhadores (PT), Partido Democrático Trabalhista (PDT), Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e Partido Socialista Brasileiro (PSB), eliminava a exigência do Regime Jurídico Único e planos de carreira para os servidores da Administração Pública Federal, das autarquias e fundações públicas. Com a decisão, volta a vigorar a redação anterior do artigo.

Antes do início da sessão já haviam votado para conceder a medida cautelar na ADI 2135 o relator, ministro Néri da Silveira (aposentado), a ministra Ellen Gracie e os ministros Sepúlveda Pertence, Eros Grau e Carlos Ayres Britto. Contra a concessão da liminar haviam votado os ministros Nelson Jobim (aposentado), Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa.

Voto-vista

Na sessão desta tarde, o ministro Cezar Peluso, em seu voto-vista, disse acreditar que o voto do ministro relator, Néri da Silveira (aposentado), teria dado uma solução correta à controvérsia. Ele ressaltou o fato de que a proposta de alteração do caput do artigo 39 da Constituição Federal não foi aprovada pela maioria qualificada (3/5 dos parlamentares) da Câmara dos Deputados, em primeiro turno, conforme previsto no artigo 60, 2º, da própria Constituição.

Ao elaborar o texto enviado para votação em segundo turno, relatou Cezar Peluso, a comissão especial de redação da Câmara dos Deputados teria deslocado o parágrafo 2º do artigo 39 – que havia sido aprovado, para o lugar do caput do artigo 39, cuja proposta de alteração havia sido rejeitada no primeiro turno. O ministro frisou que o próprio Regimento Interno da Câmara dos Deputados, em seu artigo 118, assenta que não há como se fazer essa transposição por mera emenda redacional.

Pela concessão da liminar votaram, ainda na sessão de hoje, os ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. Eles confirmaram o fato de que a Emenda Constitucional 19/98 teria sido aprovada sem a observância do regime bicameral, ou seja, o texto deveria ter sido analisado tanto pela Câmara dos Deputados quanto pelo Senado Federal.

Dessa forma, por oito votos a três, o Plenário deferiu medida cautelar para suspender o caput do artigo 39 da Constituição Federal, voltando a vigorar a redação anterior à EC 19/98. A ministra Ellen Gracie, ao proferir o resultado do julgamento, esclareceu que a decisão tem efeito ex-nunc, ou seja, passa a valer a partir de agora. Com isso, toda a legislação editada durante a vigência do artigo 39, caput, com a redação da EC 19/98, continua válida, explicou a ministra, ressaltando que, dessa forma, ficam resguardadas as situações consolidadas, até o julgamento do mérito. (Grifos nossos).

Ressalta-se que a ADIn acima ainda encontra-se pendente de julgamento.

A contratação sob o regime Celetista abordada neste sub-título não abrange os contratos temporários por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, prevista no art. 37, IX da CRFB/88, pois o presente estudo visa discutir a estabilidade dos agentes públicos regidos pela CLT (cargos efetivos).

2. O REGIME JURÍDICO APLICÁVEL ÀS EMPRESAS ESTATAIS E A MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

Neste capítulo abordaremos dois tópicos de suma importância para o desfecho do tema deste trabalho, quais sejam: O regime jurídico das Empresas Públicas e a motivação do Ato Administrativo. Tais tópicos estão diretamente ligados à estabilidade dos empregados públicos. O regime jurídico se faz necessário para se verificar as normas aplicáveis às empresas estatais e, por conseguinte, a incidência da estabilidade aos empregados públicos. Já a motivação do Ato Administrativo, é importante diante do entendimento que vem sendo adotado pelo STF, como requisito de validade do ato demissional dos empregados públicos. Portanto, para se chegar a qualquer conclusão sobre o tema, é necessário ter conhecimento dos referidos conteúdos.

2.1 O Regime jurídico aplicável às Empresas Estatais

É imprescindível ressaltar que, com o início do desenvolvimento do Brasil, com marco inicial em 1930, o Estado passou a desenvolver atividades que até então não desenvolvia, ou eram desenvolvidas pela iniciativa privada. Contudo, por meio de um raciocínio dedutível, percebe-se, desde logo, que tais atividades não eram prestadas satisfatoriamente devido ao fato de o Estado não estar preparado para o exercício de tais atividades.

Com o golpe militar de 1964, a situação passou a se agravar ainda mais, devido à burocratização da Administração Pública, articulada pelo Governo Militar. Nesse sentido, Ferro (2009, p. 22-23) diz que:

O golpe militar foi dirigido pelas forças armadas, que passaram a exercer o controle do aparelho de Estado. Elas passaram a exercer o Poder Político e o controle burocrático. O Estado passou a controlar as organizações de classe, os meios de comunicação e a expressão de oposição ao governo, assegurando uma política econômica que levava ao sacrifício a classe trabalhadora, mantendo a exclusão social e econômica já vigente. A Carta Política de 1967 criou meios para que tudo isso continuasse, obrigando a uma modernização do

aparelho estatal e à adoção de políticas econômicas claramente favoráveis à ação empresarial.

O Estado, para exercer estas novas atividades, necessitava, então, de criar novos mecanismos para agilizar a prestação dos serviços estatais. Foi então que em 25 de fevereiro de 1967, o Decreto n° 200 implantou a reforma administrativa tão esperada e necessária, visando a substituir a Administração Pública burocrática por uma administração gerencial, conforme bem explana Ferro (2009, p. 23):

O Decreto-Lei n. 200/67 significou um instrumento de reforma que visou a substituir a Administração Pública burocrática por uma administração gerencial. Desde esse normativo, a Administração Pública tentou superar a rigidez burocrática, dando ênfase à descentralização por meio da autonomia da Administração Indireta, do planejamento, do orçamento, da descentralização e do controle de resultados.

Frise-se, ainda, que o Decreto supracitado introduziu na Administração Pública e, no Direito Administrativo, as sociedades de economia mista e as empresas públicas, prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividade econômica, como integrantes da Administração Indireta, conforme ensina Ferro (2009, p. 23):

Verifica-se, destarte, que o Decreto-Lei n. 200/67, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências, teve o condão de introduzir na Administração Pública e no Direito Administrativo brasileiro as sociedades de economia mista e as empresas públicas como integrantes da Administração Indireta, cujo principal objetivo inicial é promover o desenvolvimento.

Para fins deste trabalho será usada a expressão *empresas estatais*¹, para se referir às sociedades de economia mista e empresas públicas, conforme classificação utilizada por Celso Antônio Bandeira de Mello.

Embora o art. 5º, do Decreto n° 200/67, e o art. 173, §1º, II da CRFB/88, tenham estabelecido a sujeição das empresas estatais ao regime de direito privado,

¹ Conceito utilizado por Mello para se referir às sociedades de economia mista e empresas públicas. (MELLO, 2003. p. 170).

é de se destacar que tais empresas existem com a finalidade de coadjuvar a Administração na prestação de serviços inerentes a este último. Nesse sentido, Ferro (2009, p. 24) diz que:

A despeito de possuírem personalidade jurídica de direito privado (art. 5º, Decreto-Lei n. 200/69 *sic*), essas empresas buscam interesses superiores aos meramente privatísticos. A finalidade precípua de sua instituição reside no fato de serem coadjuvantes da atuação estatal.

Pelo acima exposto, é que se faz necessária a abordagem do regime jurídico aplicável às empresas estatais, com o fito de se averiguar se na verdade tais empresas estão sujeitas ao regime privado ou ao administrativo ou aos dois. Nesse sentido, Ferro (2009, p. 24) afirma:

As pessoas jurídicas de direito privado instituídas pelo Poder Público se situam em ponto intermediário entre as entidades de direito público e as de direito privado instituídas por particulares, congregando características próprias do regime jurídico administrativo e outras de regime jurídico de direito comum.

Como dito anteriormente, as empresas estatais se sujeitam ao regime privado por força do art. 5º do DL 200/67 e do art. 173, § 1º, II da CRFB/88. Contudo, também se sujeitam ao regime administrativo por força dos dispositivos Constitucionais a seguir:

- Princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade e Eficiência (art. 37, *caput*).
- Contratação por concurso público (art. 37, II).
- Criação e extinção autorizada por lei específica (art. 37, XIX).
- Obrigatoriedade de licitar, salvo nos casos permitidos em lei (art. 37, XXI).
- Sujeição ao controle estatal (arts. 49, X, 70 e 71).
- Limitação de despesas de pessoal a dotações orçamentárias (art. 169, § 1º, I).

Os Princípios mais relevantes para o presente trabalho são o da Isonomia e Impessoalidade, pois em seu voto no Recurso Extraordinário 589.998/Piauí o então ministro do STF, hoje presidente da Suprema Corte, Min. Ricardo Lewandowski, assim disse:

Como exemplo de algumas das restrições aplicáveis a essas empresas, derivadas do próprio texto constitucional, tem-se, relativamente aos seus servidores, a submissão ao teto remuneratório, a proibição de acumulação de cargos, empregos e funções, e, ainda, a exigência de concurso para ingresso em seus quadros.

O fato de a CLT não estabelecer previsão quanto à realização de concurso para a contratação de pessoal destinado a integrar o quadro de empregados das referidas empresas, significa que há uma mitigação do ordenamento jurídico trabalhista, o qual se substitui, no ponto, por normas de direito público.

Aliado a esse posicionamento, Meireles (1999, p. 149), diz que:

Pelo concurso público afastam-se, pois, os ineptos e os apaniguados que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder leiloando cargos e empregos públicos. Assim, para o exercício de cargo ou emprego é imperiosa a aprovação em concurso público, o qual pode ser de provas ou de provas e títulos, conforme sua complexidade

A Isonomia e Impessoalidade são necessárias a fim de se evitar as inúmeras fraudes e possibilitar a isonomia nos acessos aos empregos públicos. Nesse sentido, Bruno e Del Omo (2006, p. 81) afirmam:

A isonomia e a impessoalidade na realização do concurso público são aspectos extremamente relevantes e que devem ser verificados e assegurados em todas as etapas do processo: desde a elaboração do edital; a publicação; a realização de provas; divulgação de resultados e do gabarito oficial; divulgação do resultado e classificação final dos aprovados e, ainda, a sua convocação para fins de posse no cargo ou emprego.

Aliás, a maior pertinência dos Princípios acima é que se a Administração Pública não pode escolher quem contrata não pode escolher quem demite. Se assim fosse possível, seria dada ao administrador a possibilidade de agir segundo seus

interesses pessoais e de se cometer todas as arbitrariedades. Nesse sentido, Mello (2008, p. 220), diz que:

Assim como não é livre a admissão de pessoal, também não se pode admitir que os dirigentes tenham o poder de desligar seus empregados com a mesma liberdade com que o faria o dirigente de uma empresa particular. É preciso que haja uma razão prestante para fazê-lo, não se admitindo caprichos pessoais, vinganças ou quaisquer decisões movidas por mero subjetivismo e, muito menos, por sectarismo (*sic*) político ou partidário.

Por todo o exposto acima, verifica-se que o regime jurídico das empresas estatais é uma mistura dos regimes administrativo e privado, não podendo admitir a aplicação, tão somente, do regime privado. Nesse sentido, Mello (2003, p. 101) diz:

É preciso, pois, aturarado precatório para não incorrer no equívoco de assumir fetichisticamente sua personalidade de direito privado (como costumava a ocorrer no Brasil) e imaginar que, por força dela, seu regime pode ensejar-lhes uma desenvoltura equivalente à dos sujeitos cujo modelo tipológico inspirou-lhes a criação. Deveras, a personalidade de direito privado que as reveste não passa de um expediente técnico cujo préstimo adscribe-se, inevitavelmente, a certos limites, já que não poderia ter o condão de embargar a positividade de certos princípios e normas de direito público cujo arrendamento comprometeria objetivos celulares do Estado de Direito

No mesmo sentido, Ferro (2009, p. 25) afirma:

Pode-se asseverar, portanto, o fato de que a personalidade jurídica de direito privado não tem o condão de impedir a aplicação de certos princípios e normas ínsitos ao regime jurídico administrativo, cuja não observância comprometeria objetivos basilares do Estado Democrático de Direito.

Assim, depreende-se que o regime jurídico das empresas estatais é híbrido, ou seja, a aplicação dos regimes administrativo e privado ao mesmo tempo, sendo aplicado sempre o direito privado desde que não haja norma administrativa em contrário, caso em que esta prevalecerá. Nesse sentido, Ferro (2009, p. 28) diz:

Em conclusão, pode-se garantir que se aplica às estatais o regime jurídico híbrido, porque o direito privado é parcialmente derogado

pelo direito público. O fato de gozarem de personalidade de direito privado retiraria a dúvida sobre qual legislação lhes é aplicável, daí por que – repete-se – o direito a elas aplicável “será sempre o direito privado, a não ser que se esteja na presença de norma expressa de direito público”.

Sendo assim, ao aplicar o regime híbrido, o administrador diante de conflito ou colisão entre os regimes administrativo e privado, deverá sempre se valer de métodos Constitucionais na solução do caso concreto. Nesse sentido, Ferro (2009, p. 31) diz:

E é, portanto, no âmbito dessa segunda categoria, princípios normativos, que se entende estar a solução do problema exposto. Com efeito, o art. 37 da Constituição Federal traz princípios constitucionais atinentes à Administração Pública direta, indireta e fundacional, enquanto a norma constante do art. 173, § 1º, inciso II, da Carta Política de 1988, é apenas uma regra jurídica, que, na sua interpretação, deve receber o influxo dos princípios constitucionais da Administração Pública, uma vez que se trata de norma respeitante às empresas públicas e às sociedades de economia mista, entidades integrantes, por definição, da Administração Pública Indireta.

No conflito entre uma e outra, há de prevalecer a primeira, uma vez que a última é uma regra jurídica, sem qualquer força vinculativa quando em choque com a principiologia constitucional brasileira.

Sendo assim, sempre prevaleceram os Princípios Constitucionais e Administrativos na solução do caso concreto.

2.2 A motivação do Ato Administrativo

Uma das preocupações do Direito Administrativo moderno é a busca de ferramentas capazes a substituir com eficiência o arbítrio dos administradores pela observância e sujeição dos atos administrativos ao ordenamento jurídico pátrio.

Tal observância e sujeição nada mais são do que a motivação do ato administrativo.

Sendo assim, Dutra *apud* Cintra (1979, p. 107-108) afirma que:

O que a doutrina denomina *motivação* do ato administrativo constitui-se em um discurso, isto é, “um conjunto de preposições ligadas entre

si e inseridas num contexto autonomamente identificável” tendo como finalidade “justificar racionalmente o ato motivado”.

Há ainda quem diga que **motivação** é diferente de **justificação**, conforme doutrina de Dutra (2005, p.89), citando Juso (1963):

Juso distingue entre pressupostos e motivos, procedendo, com base nisso, a diferenciação entre motivação e justificação. Motivos seriam os “elementos lógicos da formação da vontade”, ou, com outras palavras, “centros motores da vontade”, residindo, pois, sua natureza, nas representações psíquicas que determinam o querer do agente.(1963, p. 33-34). Pressupostos, por sua vez, seriam fatos jurídicos, estranhos ao procedimento administrativo em si, mas cuja ocorrência permite o aperfeiçoamento deste. Pressuposto seria, por exemplo, estado de fato preexistente ao procedimento, como a ocorrência de área infecta para a vedação de trânsito sob razões sanitárias.

Verifica-se, portanto, que **motivação** e **justificação** são termos muito próximos entre si, porém, com conceitos diferentes. Contudo, a maioria dos doutrinadores utiliza o termo **motivação** em sentido mais abrangente, incluindo tanto a justificação como o motivo dentro da motivação do ato administrativo. Nesse sentido, Dutra (2005, p. 90) diz que:

A maioria dos autores que utilizam do termo *motivação* atribui-lhe o sentido mais amplo, nele incluindo os pressupostos fáticos do ato e todas as circunstâncias e considerações capazes de justificá-lo, de demonstrar sua correspondência ao direito.
Em geral, usa-se o termo motivação apartado da idéia de motivo (no sentido de pressuposto fático que embasa a produção do ato, também chamado *causa*). Ou seja, o termo motivação é usado para designar não apenas a manifestação dos motivos, mas também a de todos os elementos que influem na legalidade e finalidade do ato, bem como a correspondência entre o motivo deste e seu conteúdo.

Sendo assim, adotaremos o conceito de **motivação** em seu sentido mais amplo, incluindo tanto motivo como justificação, conforme entendimento majoritário.

Ultrapassado o conceito acima, passaremos a explicar as correntes doutrinárias e jurisprudenciais sobre a motivação do ato administrativo.

2.2.1 Posição Clássica: do dever de motivar somente os atos vinculados e da impossibilidade de o Judiciário controlar os atos discricionários

Esta primeira corrente firma-se no sentido de que a obrigatoriedade de motivar o ato deve ocorrer somente aos atos vinculados. Tem-se como *aspectos vinculados do ato administrativo*², todo o ato praticado em observância a uma norma legal, tal ato decorre do Princípio da Legalidade, pelo qual a Administração só pode/deve praticar os atos estabelecidos em lei. Nesse sentido, Dutra (2005, p. 65) conceitua vinculação como se segue:

A vinculação caracterizará dado aspecto do ato administrativo, sempre que a norma de direito positivo regulá-lo de modo a transparecer que, na consideração axiológica do direito e das circunstâncias em que este se faz aplicável, deve o administrador, ao aplicar essa norma, fazê-lo da melhor maneira possível.

[...]

A norma confere ao seu aplicador um poder – que ao mesmo tempo é um dever (“dever-pode”, na expressão de Celso Antônio Bandeira de Mello) – de valorar seus dispositivos e as circunstâncias em que ela se torna aplicável.

Já o ato discricionário não é pura e simplesmente uma vontade/escolha do administrador, tal ato também decorre do Princípio da Legalidade, contudo a norma a ser observada possibilita ao administrador a escolha de um número determinado ou indeterminado de opções para o fato. No mesmo sentido, Dutra (2005, p. 85) conceitua a discricionariedade da seguinte forma:

Deixando de lado a noção tradicional da discricionariedade, já refutada supra, e contrapondo-se à formulada para vinculação, podemos dizer que a discricção caracterizará dado aspecto do ato administrativo sempre que a norma de direito positivo regulá-lo de modo a transparecer que, na apreciação do direito e das circunstâncias em que este se faz aplicável, está o administrador diante de um número determinado ou indeterminado de opções que se caracterizam como *indiferentes jurídicos*, pelo que a consideração

² Nomenclatura de *vinculação* dada por (Dutra 2005, p. 65).

axiológica da melhor alternativa se fará por meio de outros critérios que não de direito.

Assim, depreende-se que esta corrente defende que a motivação do ato administrativo só é obrigatória aos atos vinculados, e pasmem, ainda defende a impossibilidade de submeter os atos discricionários de interesses relativos à conveniência e oportunidade ao controle do Poder Público por meio do Poder Judiciário. Nesse sentido, Carvalho (s.d) afirma que:

Além de afastar a obrigatoriedade de motivação como regra vinculante dos atos discricionários, a impossibilidade de o Judiciário analisar o mérito administrativo surge como um limite ao controle do Poder Público neste primeiro momento. Entende-se não ser lícito ao Judiciário apreciar atos discricionários cujos interesses relativos à conveniência e oportunidade são privativos do administrador público. Seguindo tais paradigmas, têm-se decisões do Superior Tribunal de Justiça, tais como:

“A cessão de servidor público, sendo ato precário, confere à Administração, a qualquer momento, por motivos de conveniência e oportunidade, a sua revogação, sem necessidade de motivação, cujo controle escapa ao Poder Judiciário, adstrito unicamente a questões de ilegalidade.”

Tal posicionamento está ultrapassado, não existindo quase nenhum doutrinador que o defenda na atualidade, devido à evolução nas correntes seguintes.

2.2.2 Teoria dos Motivos Determinantes

Esta teoria teve seu avanço significativo na década de 70, e passou a flexibilizar a motivação dos atos administrativos, exigindo a motivação para os atos restritivos de direito, principalmente os de cunho disciplinar vistos principalmente nas punições disciplinares militares e de servidores públicos.

Passou também a ganhar espaço a sua idéia de que, em primeiro momento, não seria necessário motivar os atos discricionários; contudo, se o administrador optasse por motivá-los, as razões de fato e de direito condicionariam a validade do ato, sujeitando-os ao controle judicial sob o prisma da legalidade.

Nota-se que a presente teoria, como seu próprio nome sugere, tem como fundamento guardar compatibilidade entre o motivo do ato administrativo e a situação de fato que gerou a manifestação de vontade do administrador. Nesse sentido, Carvalho Filho (2010, p. 128-129), diz que:

Desenvolvida no Direito francês, a teoria dos motivos determinantes baseia-se no princípio de que o motivo do ato administrativo deve sempre guardar compatibilidade com a situação de fato que gerou a manifestação de vontade. E não de afigura estranho que se chegue a essa conclusão: se o motivo se conceitua como própria situação de fato que impele a vontade do administrador, a inexistência dessa situação provoca a invalidação do ato.

O ápice desta teoria é a aplicação da motivação aos atos discricionários, ainda que não seja obrigatória, quando motivado o ato esta motivação passa a vincular o administrador aos exatos termos da motivação, sob pena de vício de legalidade, conforme bem ensina Carvalho Filho (2010, p. 129):

A aplicação mais importante desse princípio incide sobre os atos discricionários, exatamente aqueles em que se permite ao agente maior liberdade de aferição da conduta. Mesmo que um ato administrativo seja discricionário, não exigindo, portanto, expressa motivação, esta, se existir, passa a vincular o agente aos termos em que foi mencionada. Se o interessado comprovar que inexistente a realidade fática mencionada no ato como determinante da vontade, estará ele irremediavelmente inquinado de vício de legalidade.

E, ainda, Medauar (2005, p. 168), explana de forma cristalina a vinculação dos motivos ao ato quando este é feito:

Segundo essa teoria, os motivos apresentados pelo agente como justificativas do ato associam-se à validade do ato e vinculam o próprio agente. Isso significa, na prática, que a inexistência dos fatos, o enquadramento errado dos fatos aos preceitos legais, a inexistência da hipótese legal embasadora, por exemplo, afetam a validade do ato, ainda que não haja obrigatoriedade de motivar.

Esta teoria foi um marco de suma importância na evolução da motivação do ato administrativo, ainda que defenda a motivação apenas para alguns casos, porém é muito positiva quando defende a motivação, que nas palavras de Carvalho Filho (2010, p. 129), “Acertada, pois, a lição segundo a qual tais motivos é que

determinam e justificam a realização do ato, e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade”. Em contrapartida, ao defender que o ato discricionário não tem obrigatoriedade de motivação, incentivava com que os administradores se quedassem inertes a fim de não ter seus atos vinculados as motivações.

2.2.3 Posição majoritária: do dever de motivar todo ato administrativo e da legitimidade do Judiciário controlar os aspectos vinculados do ato discricionário e os contornos da discricionariedade

Esta posição é uma evolução doutrinária da Teoria dos Motivos Determinantes, conforme explica Carvalho (s.d) “Certo é que as próprias questões resultantes da Teoria dos Motivos Determinantes conduziram à evolução da doutrina no tocante ao dever de motivar os atos administrativos”.

Este posicionamento vem se consolidando na Doutrina e Jurisprudência ao defender a motivação de todos os atos administrativos, vinculados ou discricionários, como elemento de validade do próprio ato, exigindo do administrador que sempre motive suas decisões. Assim afirma Carvalho (s.d):

Não se pode admitir que qualquer conduta da Administração, independentemente da sua natureza vinculada ou discricionária, possa tornar-se realidade sem a indicação do seu suporte fático e jurídico, principalmente em se tratando de um Estado que se pretende Democrático de Direito.

Em se tratando de motivação dos atos administrativos é impossível realizar qualquer estudo sem que seja citado Florivaldo Dutra de Araújo, um dos mais importantes doutrinadores sobre o tema, o qual defende a motivação de todos os atos administrativos, conforme a seguir:

A dispensa de motivação nos atos vinculados não deve ser cogitada, por duas razões principais: a necessidade de se conhecer a interpretação dada pelo administrador à lei, e a de tornar possível a verificação da correta incidência do ato na situação fática que o tenha motivado.

(...) Quanto à motivação para os atos discricionários, sua dispensa é de tal inconveniência, que quase não há quem não ponha exceções

a tal afirmação, reportando-se a algumas daquelas hipóteses em que a fundamentação se impõe pela natureza do ato. DUTRA (2005, p. 114-115).

Os que se opõem a esta obrigatoriedade, como Carvalho Filho, afirmam que o rol do art. 50, da Lei 9784, é taxativo (*numerus clausus*), “o que significa dizer que os atos não constantes da enumeração da lei dispensam a referência expressa da justificativa”, ou seja, para o autor acima e os que defendem o mesmo posicionamento, a obrigatoriedade de motivação é inexistente como regra, devido a CRFB/88 e a legislação vigente não ter incluído qualquer princípio de que decorresse a motivação, e ainda sustentam que a motivação obstaría a celeridade, decorrente do princípio da eficiência, insculpido no art. 37, da CRFB/88.

Contudo, tal posicionamento não deve prevalecer, pois, muito embora a celeridade decorra do princípio da eficiência, o Texto Constitucional é claro na intenção de prestigiar o controle como fundamento do Estado Democrático de Direito, controle este que seria impossível nos atos não motivados. Nesse sentido, Carvalho (s.d) afirma que:

Por fim, embora a celeridade decorra do princípio da eficiência proclamado no artigo 37 da Lei Magna, resulta clara do Texto Constitucional a intenção de prestigiar o controle como premissa fundante do Estado Democrático de Direito.

Referido controle somente é possível na hipótese de o administrador evidenciar, mediante indicações claras, congruentes, exatas e suficientes, ter adotado o comportamento adequado em face das normas de regência. De nada adiantaria a previsão de inúmeros instrumentos de controle, se os órgãos competentes para o seu exercício não tiverem acesso às razões de atuação estatal, aptas a demonstrar a legalidade e efetividade do direito na espécie.

O controle judicial para a presente corrente deve ser com o intuito de aferir a juridicidade que condiciona os limites do ato administrativo, ou seja, deve atuar exclusivamente na observância da legalidade do ato e nunca adentrar na decisão política reservada exclusivamente ao administrador, conforme ensina Carvalho (s.d):

Não se confunda tal evolução com a possibilidade de o Judiciário, substituindo o administrador, reavaliar o mérito do ato administrativo, para o fim de modificar a conveniência e a oportunidade que informaram a Administração ao editar o ato em tese. Afinal, nem sempre é possível definir objetivamente qual a única ação admitida

pelo ordenamento jurídico. Neste contexto, inadmissível que o magistrado pretenda, no exercício de juízo de valor, definir aquela que seria a escolha ótima, penetrando em um espaço de gestão privativo da Administração.

Isto porque a discricionariedade permanece circunscrita à esfera administrativa, malgrado a legitimidade do controle de juridicidade reconhecido ao Judiciário.

Observa-se, portanto que a presente corrente defende a intervenção jurisdicional nos casos em que haja afronta a legalidade, tornado-se impossível a intervenção com o fim de modificar a conveniência e a oportunidade em que se baseou o administrador, sob pena de usurpação de poder.

2.2.4 Quarta posição: da ausência de limites ao controle judicial do ato

Os doutrinadores adeptos desta corrente defendem que o fato de a moralidade e eficiência estarem consagradas no art. 37 da CRFB/88, como princípios informadores de toda atuação da Administração Pública, impede que o administrador tenha outro comportamento senão o melhor ao interesse público, devendo este ponderar a melhor opção mediante critérios objetivamente identificáveis, possibilitando ao Judiciário o controle de qualquer ato, modificando inclusive a decisão política, passando o magistrado a dar a palavra final.

Corroborando esse entendimento, Delgado (1993, p. 214-215) assevera:

A extensão do princípio da moralidade conduz ao entendimento de que a administração pública tem o dever de melhor administrar, que ultrapassa o conceito de bem administrar. Isso representa que, em face de quatro ou cinco hipóteses boas, o administrador público, ao contrário do particular, não tem o direito de escolher qualquer uma delas. É do seu dever adotar a melhor. Se não fizer, em face de como está posto na Constituição Federal o princípio da moralidade administrativa, o juiz tem mais do que o poder jurisdicional, tem o dever de, no exercício do controle da referida atividade administrativa, desfazer a decisão, por ser reflexo de uma ação que infringiu a obrigação de 'melhor administrar.

É de suma importância destacar que este posicionamento põe fim ao ato discricionário, pois todo ato administrativo teria um único enquadramento possível.

Louvável é este entendimento ao passo que tenta coibir os excessos nas decisões políticas do ato administrativo, contudo este posicionamento se mostra

inexequível ao caso concreto, pois a capacidade de administrar é individual de cada ser humano, não podendo simplesmente desconsiderar os motivos dos representantes que elegemos.

No mesmo sentido, Carvalho (s.d) diz que:

Permissa venia, embora seja certo que a intenção de ampliar o controle jurisdicional sobre a Administração Pública inspira-se no propósito de coibir excessos nessa seara, não se pode olvidar dos riscos de se atribuir ao magistrado a palavra final sobre todas as escolhas pertinentes à atuação administrativa. Com efeito, a autoridade administrativa, por se encontrar próxima à realidade em questão, por conhecer a estrutura estatal disponível e por lhe ser exigível conhecimento técnico específico de gestão pública, é o agente, em tese, melhor qualificado para eleger dentre as opções que lhe outorga o Direito.

Filiamo-nos à corrente majoritária, que ao presente trabalho se encaixa perfeitamente ao entendimento que vem sendo adotado pelo STF. Ainda que não fosse assim, o art. 50, inciso I da Lei 9.784/99, prevê a motivação do ato administrativo nos casos em que neguem, limitem ou afetem direito e interesses, conforme transcrição a seguir:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
[...].

Daí indaga-se se a Lei 9.784/99 teria incidência sobre os empregados públicos? Ferro (2009, p. 73-74) com grande maestria dispõe:

Ocorre que a própria lei conduz em si a subsidiariedade de sua aplicação, ensejando a necessidade de verificar se a Consolidação das Leis do Trabalho seria conjunto de leis específicas apto a afastar a sua incidência. Dispõe o art. 69 da Lei n. 9.794/99: “Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei”.

A subsidiariedade da aplicação da norma, conforme se entrevê da leitura do dispositivo, só ocorrerá se houver processo administrativo específico disciplinado por norma autônoma, como ocorre, como exemplo, com as normas que regem o procedimento licitatório (Lei n.

8.666/93) e o processo administrativo disciplinar atinente aos servidores públicos efetivos (Lei n. 8.112/90).

Constata-se, portanto, que não admitir a aplicação da Lei n. 9.784/99 aos empregados públicos significaria uma afronta ao princípio da igualdade substancial, o qual exige tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais. Os empregados públicos, como agentes públicos de entidade da Administração Pública Indireta e exercentes de função administrativa, não podem submetidos aos mesmos preceitos de um empregado de uma empresa particular – sem compatibilização com os princípios insertos no *caput* do art. 37 da Constituição.

Sendo assim, com fulcro na corrente majoritária aliada ao art. 50, inciso I da Lei 9.784/99, defendemos veementemente a necessidade de motivação do ato administrativo inerentes ao presente estudo.

Ultrapassado os esclarecimentos acima, passaremos a abordar o mérito do tema proposto neste trabalho levando em consideração todos os tópicos estudados no primeiro e neste segundo capítulo.

3. A ESTABILIDADE PARA OS EMPREGADOS PÚBLICOS

Neste capítulo, adentraremos no mérito do presente trabalho, abordando o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e do Supremo Tribunal Federal (STF) e, ainda, realizando um comparativo entre as jurisprudências dos Tribunais, levando em consideração todos os tópicos já estudados nos capítulos anteriores.

3.1 Entendimento segundo o TST

Primeiramente, faz-se necessário delimitar a competência jurisdicional para processar e julgar as questões relativas de relações de trabalho envolvendo a Administração Pública, seja ela Direta ou Indireta.

Nesse contexto, fazemos a transcrição do art. 114, e seu primeiro inciso, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:
I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Observa-se que a questão é pacífica desde a inclusão do supracitado artigo pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004.

Ressalte-se que antes da Emenda nº 45, a Emenda da reforma do Judiciário, a questão da competência não era pacífica, existindo vários entendimentos e Súmulas sobre o assunto, contudo, com a vigência da referida Emenda acabou-se as divergências e consequentes discussões.

Portanto, a aplicação da estabilidade prevista no art. 41, da CRFB/88, aos empregados públicos, é exclusivamente decidida pela Justiça do Trabalho, sendo que o entendimento da Corte é pacífico por meio de entendimento sumulado, conforme Súmula 390/05 do TST:

ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL.

APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 229 e 265 da SBDI-1 e da Orientação Jurisprudencial nº 22 da SBDI-2) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJs nºs 265 da SBDI-1 - inserida em 27.09.2002 - e 22 da SBDI-2 - inserida em 20.09.2000).

II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJ nº 229 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001).

A referida Súmula se originou por meio de Orientações Jurisprudenciais (OJs) do TST, conforme a seguir:

229. ESTABILIDADE. ART. 41, CF/1988. CELETISTA. EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL (cancelada em decorrência da sua conversão na Súmula nº 390) - DJ 20.04.2005

265. ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE (cancelada em decorrência da sua conversão na Súmula nº 390) - DJ 20.04.2005. O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal.

Como se observa das OJs acima, o entendimento das mesmas foi consolidado pela Súmula 390/05.

Ocorre que o entendimento do TST, exteriorizado através da Súmula acima referenciada, faz a distinção entre os empregados da Administração Pública Direta e Indireta, conferindo a estes primeiros o direito à estabilidade e aos últimos negando-lhes o direito à estabilidade.

3.2 Entendimento segundo o STF

Conforme já exposto, a matéria era exclusivamente decidida pelo TST. O assunto foi analisado pelo STF, por meio de Recurso Extraordinário 589998/PI, do qual se reconheceu repercussão geral e ainda encontra-se pendente de decisão

final, muito embora a Corte Superior já tenha dado seu posicionamento de mérito, conforme se segue:

Ementa: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. RE PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC nº 19/1998. Precedentes.

II - Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa.

III – A motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir.

IV - Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho.

Decisão

Após o voto do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Relator), que conhecia e negava provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelo Senhor Ministro Eros Grau, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Ausentes, licenciado, o Senhor Ministro Celso de Mello e, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Falou pela interessada o Dr. Cláudio Santos. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 24.02.2010.

Decisão: O Tribunal rejeitou questão de ordem do patrono da recorrente que suscitava fosse este feito julgado em conjunto com o RE 655.283, com repercussão geral reconhecida. Em seguida, colhido o voto-vista do Ministro Joaquim Barbosa (Presidente), o Tribunal deu provimento parcial ao recurso extraordinário para reconhecer a inaplicabilidade do art. 41 da Constituição Federal e exigir-se a necessidade de motivação para a prática legítima do ato de rescisão unilateral do contrato de trabalho, vencidos parcialmente os Ministros Eros Grau e Marco Aurélio. O Relator reajustou parcialmente seu voto. Em seguida, o Tribunal rejeitou questão de ordem do advogado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT que suscitava fossem modulados os efeitos da decisão. Plenário, 20.03.2013.

NA SESSÃO DO PLENÁRIO DE 20.3.2013 - Decisão: O Tribunal rejeitou questão de ordem do patrono da recorrente que suscitava fosse este feito julgado em conjunto com o RE 655.283, com repercussão geral reconhecida. Em seguida, colhido o voto-vista do Ministro Joaquim Barbosa (Presidente), o Tribunal deu provimento parcial ao recurso extraordinário para reconhecer a inaplicabilidade do art. 41 da Constituição Federal e exigir-se a necessidade de

motivação para a prática legítima do ato de rescisão unilateral do contrato de trabalho, vencidos parcialmente os Ministros Eros Grau e Marco Aurélio. O Relator reajustou parcialmente seu voto. Em seguida, o Tribunal rejeitou questão de ordem do advogado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT que suscitava fossem modulados os efeitos da decisão. Plenário, 20.03.2013. (Grifos nossos).

Conforme se depreende do julgado acima, o STF tem caminhado para não reconhecer a estabilidade aos empregados públicos; contudo, tal posicionamento fere os Princípios Constitucionais da Isonomia e Impessoalidade. Por outro lado, traz uma nova perspectiva sobre o assunto ao exigir como requisito do ato demissional a motivação.

Ainda existe outro recurso envolvendo a mesma matéria com repercussão geral, sob o nº RE 655283/DF, também pendente de julgamento.

Os referidos Recursos não transitaram em julgado, portanto, não possuem efeito *erga omnes*.

Ressalte-se que em recente julgado, datado de 05 de agosto de 2014, o STF manifestou posicionamento de que, para os empregados públicos admitidos sem concurso público, não é aplicada a estabilidade e muito menos sua dispensa está condicionada à motivação do ato demissional, conforme ementa a seguir:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EMPREGADO DO CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA DE MINAS GERAIS – CREA/MG. ESTABILIDADE NEGADA. ADMITIDO SEM CONCURSO PÚBLICO. DESNECESSÁRIA MOTIVAÇÃO PARA DISPENSA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – Impertinência das alegações de ausência de prequestionamento e incidência do óbice da Súmula 279 desta Corte. Recurso extraordinário interposto pelo agravante.

II - Os empregados do Conselho Regional de Engenharia e Agronomia de Minas Gerais – CREA/MG - não gozam da estabilidade assegurada aos servidores públicos da Administração direta, ainda que tivessem sido contratados por concurso público. Precedentes.

III – A despedida deverá ser motivada apenas quando o provimento do cargo ocorrer por concurso público, pois este ato administrativo é vinculado. Com esse entendimento visa-se assegurar que os princípios da impessoalidade e da isonomia, observados no momento da admissão por concurso público, sejam também respeitados por ocasião da dispensa. Precedentes.

IV - Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Teori Zavascki, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por votação unânime, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 5 de agosto de 2014.

RICARDO LEWANDOWSKI – RELATOR. (grifos nossos).

Nesse recente julgado, o STF contraria tanto a Lei 9.784/99, quanto a corrente majoritária da motivação do ato administrativo.

O entendimento foi no sentido de que nenhum empregado público tem direito à estabilidade, e para os que ingressaram no emprego público sem concurso público não seria necessário a motivação do ato demissional como requisito de validade.

3.3 Análise da estabilidade para os empregados públicos

A estabilidade para os servidores públicos está prevista no Texto Constitucional em seu art. 41, conforme segue *in verbis*:

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

O cerne da questão está no próprio Texto Constitucional acima, pois, o referido artigo limita a estabilidade aos servidores públicos, e, como já vimos no primeiro capítulo, *servidor público* é uma espécie dos *agentes públicos*, que por sua vez é o gênero.

Tal fato pode ter sido feito de forma intencional pelo Constituinte para de fato limitar a estabilidade, ou talvez este tivesse a intenção de abranger a todos os *servidores lato sensu*, ocorrendo apenas um erro material no texto.

Pois bem, a doutrina e jurisprudência são uníssonas quanto aos requisitos da estabilidade, tanto é que no presente trabalho não abordamos tais requisitos, mas a doutrina e principalmente a jurisprudência se divergem quanto à abrangência da estabilidade. Conforme entendimentos mencionados nos tópicos anteriores, o

TST entende que a estabilidade se estende aos empregados públicos da Administração Pública Direta, enquanto o STF, ainda que por posicionamento pendente de decisão final, entende que nenhum empregado público detém estabilidade, mas para a sua demissão é requisito a motivação do ato demissional.

Nesse sentido, Bruno e Del Omo (2006, p. 109) dizem:

Apesar de essas condições encontrarem-se assentadas de forma unânime na doutrina, principalmente no que tange à necessidade de que tenha havido regular nomeação para cargo de provimento efetivo, verifica-se que o Judiciário Trabalhista por meio de sua mais elevada Corte, já se manifestou em sentido oposto, estendendo o instituto da estabilidade a celetistas da Administração Direta.

Segundo o posicionamento do Judiciário Trabalhista, a estabilidade abrange tanto os agentes públicos estatutários como os Celetistas. Nesse sentido, afirmam Bruno e Del Omo (2006 p. 111):

Constata-se, portanto, que o instituto da estabilidade a partir do posicionamento do Judiciário Trabalhista abrange tanto os servidores ocupantes de cargos públicos, regidos por estatuto do servidor público, como também os empregados públicos, regidos pela CLT, beneficiários do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Já tratando do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), lembramos, como dito no primeiro capítulo, que tal instituto foi incluído no nosso ordenamento jurídico através da Lei 5.107/66, posteriormente modificada pela atual Lei do FGTS, sob o nº 8.036/90, com o intuito primeiramente de possibilitar aos trabalhadores da iniciativa privada a escolha de qual benefício iria reger seu contrato de trabalho, FGTS ou estabilidade.

Conforme se verifica da Lei 8.036/90, o FGTS é previsto apenas para os empregados da iniciativa privada, suscitando mais um ponto de divergência que poderia obstar a estabilidade para os empregados públicos.

Contudo, ao nosso entendimento em nada obstará a cumulação ou conjugação do FGTS com a estabilidade.

Nesse sentido é o entendimento jurisprudencial, conforme precedente do TRT 2ª Região que se segue:

Acórdão n. 02960538530
 TRT/SP – Processo n. 6.045/95
 Voto da Relatora – Anélia Li Cum

[...]

Do direito à estabilidade.

Data vênua do MM Juízo *a quo*, nada obsta a conjugação da estabilidade com o direito do FGTS. Sabidamente o direito à estabilidade estendido a empregados, optantes pelo regime do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, sendo de salientar, aliás, que o art. 19 do ADCT não faz qualquer distinção entre os que foram admitidos sem concurso, alcançando, pois, os celetistas a que, a toda evidência, são alcançados pelo Regime de Fundo de Garantia como já mencionado.

[...]

Nesse mesmo sentido, Bruno e Del Omo (2006, p 111), concluem:

Constata-se, portanto, que o instituto da estabilidade a partir do posicionamento do Judiciário Trabalhista abrange tanto os servidores ocupantes de cargos públicos, regidos por estatuto do servidor público, como também os empregados públicos, regidos pela CLT, beneficiários do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

A estabilidade prevista no art. 41, da CRFB/88, deve ser estendida aos empregados públicos por força do próprio Texto Constitucional, onde em seu art. 37 estabelece que a Administração Pública Direta ou Indireta deverá obedecer aos Princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, conforme se segue:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

Sendo assim, se negarmos a estabilidade aos empregados públicos estaremos ferindo o Princípio da isonomia, impessoalidade e eficiência.

Não há como a Administração Pública ser eficiente se seus agentes não gozarem de autonomia para exercer suas atividades, e esta autonomia está diretamente ligada à segurança de não ser coagidos no exercício de suas funções temendo a perda do emprego devido à influência de outros.

Ressalta-se ainda que por força do próprio Texto Constitucional, e como já mencionado no segundo capítulo, a Administração Pública Indireta está submetida ao regime jurídico híbrido, portanto está obrigada a observar as normas da Administração Pública.

Existe ainda outro ponto de extrema importância, que é a necessidade do ato demissional ser motivado.

Para os adeptos dessa corrente, os empregados públicos não possuem estabilidade, nem mesmo os da Administração Direta.

Nesse contexto, a Lei nº 9.962/00, que regulamenta o regime de emprego público no âmbito da Administração Federal, em seu art. 3º, cria de certa forma uma “estabilidade relativa”, instituindo a demissão por ato motivado, conforme se segue:

Art. 3 O contrato de trabalho por prazo indeterminado somente será rescindido por ato unilateral da Administração pública nas seguintes hipóteses:

I – prática de falta grave, dentre as enumeradas no art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT;

II – acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;

III – necessidade de redução de quadro de pessoal, por excesso de despesa, nos termos da lei complementar a que se refere o art. 169 da Constituição Federal;

IV – insuficiência de desempenho, apurada em procedimento no qual se assegurem pelo menos um recurso hierárquico dotado de efeito suspensivo, que será apreciado em trinta dias, e o prévio conhecimento dos padrões mínimos exigidos para continuidade da relação de emprego, obrigatoriamente estabelecidos de acordo com as peculiaridades das atividades exercidas.

Parágrafo único. Excluem-se da obrigatoriedade dos procedimentos previstos no caput as contratações de pessoal decorrentes da autonomia de gestão de que trata o § 8º do art. 37 da Constituição Federal. (Grifos nossos).

Ou seja, a Lei 9.962/00 em seu art. 3º ao implantar a dispensa por *ato motivado*³, cria o que chamamos de “estabilidade relativa”⁴, o que defendemos veementemente para o ato demissional, sendo de forma subsidiária no caso de

³ Adotamos Ato Motivado em seu sentido amplo, indicando tanto motivação como motivo.

⁴ Entende-se por estabilidade relativa ou estabilidade *sui generis* o ato demissional vinculado à necessidade de motivação ainda que não seja reconhecida a estabilidade plena prevista no art. 41 da CRFB/88.

reconhecimento da estabilidade para os empregados públicos, e de forma integral para o caso de não reconhecimento da estabilidade.

Nesse sentido, Lima Filho (2010, p. 70), ao citar Canaris:

A motivação da dispensa do empregado estatal - de qualquer das entidades pertencentes à Administração Pública - é, portanto, a partir de uma visão sistemática do arcabouço normativo constitucional, uma conclusão que se impõe, a partir da adoção dessa 'mesma premissa' da aplicação indistinta e ampla do art. 37 da Constituição às pessoas jurídicas mencionadas no art. 173. A diferença em relação à hipótese do concurso público é que a motivação da dispensa não está expressamente mencionada no art. 37, embora ela decorra insofismavelmente dos princípios da Administração Pública mencionados nesse dispositivo. E se esses princípios são extensíveis a todos os entes da Administração Pública, nada mais adequado do que interpretar a Constituição, nesse aspecto, imbuído da noção de que os empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista são regidos pelos mesmos preceitos aplicáveis aos empregadores privados comuns, mas com derrogações constitucionais inafastáveis, como a admissão de pessoal por concurso público e a dispensa com motivação expressa, em atendimento aos princípios constitucionais direcionados à Administração Pública.

Além disso, como expõe Dias Lima Filho (2010, p. 71), não defender a motivação nessas demissões significa:

Cometer, ao menos, três graves equívocos: o primeiro, que parte da Constituição deve ser aplicada e outra parte deve ser ignorada; o segundo, que a Constituição ficaria subjugada à CLT (pois a legislação não impõe expressamente a motivação da dispensa como requisito de validade do ato); e terceiro, que o administrador público teria total liberdade para afastar qualquer trabalhador, de acordo com o seu interesse pessoal, confundindo-se o interesse da Administração com o interesse do administrador, o que torna letra morta os princípios constitucionais da Administração Pública, em especial o da impessoalidade e o da moralidade. Essas três conclusões, diante do manifesto equívoco que apresentam, dispensam outros comentários.

Note-se ainda que a admissão, tanto para os servidores públicos como para os empregados públicos, tanto da Administração Pública Direta como da Indireta, se dá por meio de concurso público de provas ou provas e títulos. Ora, se a Administração não pode escolher quem admite, também não pode escolher quem demite, devendo, portanto, observar os mesmos critérios por ocasião da dispensa do

empregado público, aplicando o Princípio da Impessoalidade, motivando o ato demissional, sob pena de nulidade. Nesse sentido, Mello (2008, p. 220) diz que:

Assim como não é livre a admissão de pessoal, também não se pode admitir que os dirigentes tenham o poder de desligar seus empregados com a mesma liberdade com que o faria o dirigente de um a empresa particular. É preciso que haja uma razão prestante para fazê-lo, não se admitindo caprichos pessoais, vinganças ou quaisquer decisões movidas por mero subjetivismo e, muito menos, por sectarismo político ou partidário.

A ementa do Recurso Extraordinário 589998/PI, em seus itens II e III assim dispõe:

II - Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa.

III – A motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir.

Percebe-se que o posicionamento dos dois Tribunais, STF e TST, têm seus aspectos positivos e negativos, ao passo que o STF não reconhece o direito à estabilidade a nenhum empregado público tanto os da Administração Direta como os da Administração Indireta.

Tal posicionamento fere o princípio Constitucional da Isonomia, pois, tal princípio não se resume pura e simplesmente na aplicação da letra morta da lei em todos os casos de mesma forma, mas sim em aplicá-las na busca da equidade e dinâmica do Direito, como já definia Rui Barbosa “*A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem*”⁵.

⁵ Definição de igualdade que predomina em toda doutrina e jurisprudência que decorre do discurso escrito por Rui Barbosa quando paraninfo dos formandos da turma de 1920 da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco em São Paulo, conhecida como Oração aos Moços: “a regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos

No mesmo sentido, Nunes (s. d.) afirma:

o conceito de justiça ligado intimamente ao princípio da igualdade dentro da vertente de suas principais virtudes deve incutir no intérprete do direito não uma mecânica de inserção automática dos casos concretos a letra nua das normas escritas, a exemplo do que retendem alguns, mas sim concentrar essencialmente as virtudes da equidade, da dinâmica, da justiça de distribuição de méritos e deméritos.

O posicionamento adotado pelo TST de igual maneira fere o Princípio da Isonomia e Impessoalidade ao passo que difere os empregados públicos da Administração Direta e Indireta, conforme estabelece o inciso II da Súmula 390 do TST:

II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJ nº 229 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

Ao nosso entendimento, somente poderia ser afastada a estabilidade dos empregados públicos das empresas públicas, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica, por força do próprio Texto Constitucional no inciso II do parágrafo 1º do artigo 173:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”.

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). (Grifos nossos).

Uma das principais consequências e efeitos da estabilidade é a necessidade de um processo administrativo disciplinar (PAD) para a perda do cargo, conforme estabelece o inciso II do parágrafo 1º do art. 41 da CRFB/88:

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). (Grifos nossos).

Sendo assim, partindo do pressuposto que os empregados públicos detenham a estabilidade, faz-se necessário a observância do PAD em suas demissões, por se tratar de meio pelo qual os Administrados tenham maior segurança de prevenção às arbitrariedades praticadas pelos Administradores, conforme bem expõe Ferro (2009, p. 49):

Com a edição de uma lei reguladora do processo administrativo, vislumbrando-se meios mais efetivos de controle por parte dos administrados perante a atos expedidos pela Administração, ofertando-lhes mecanismos legais a fim de que sejam tomadas decisões calcadas pelos princípios constitucionais e por aqueles próprios do regime administrativo.

O processo administrativo é importante por ser meio apto a controlar o *modus operandi* formador da decisão (ato administrativo) da Administração, tornando mais segura a prevenção às arbitrariedades.

Contudo, a questão de ser necessária a submissão do empregado público ao PAD por ocasião de sua dispensa ainda gera discussões, mas no nosso modesto entendimento essa submissão é medida que se impõe por força do Texto Constitucional em seu artigo 5º, inciso LV, que por tratar de direito fundamental não

autoriza interpretação restritiva, devendo, portanto ser estendida aos empregados públicos. Nesse sentido, Ferro (2009, p. 69) diz:

A submissão ao processo administrativo encontra-se instalada na própria Constituição Federal (art. 5º, LV), o que não autoriza interpretação restritiva, por se tratar de direito fundamental. Deve ser compreendida com a maior extensão e razoabilidade possível, em prol de um exercício legítimo do poder estatal. Olvidar tal processo eivaria o ato de dispensa de nulidade insanável, ensejando a reintegração do empregado alijado de seus direitos.

Nesse mesmo sentido, Mello (2002, p. 198) afirma:

Assim como não é livre a admissão de pessoal, também não se pode admitir que os dirigentes da pessoa tenham o poder de desligar seus empregados com a mesma liberdade com que o faria o dirigente de uma empresa particular. É preciso que haja uma razão prestante para fazê-lo, não se admitindo caprichos pessoais, vinganças ou quaisquer decisões movidas por mero subjetivismo e, muito menos, pelo sectarismo político ou partidário. Com efeito, a empresa estatal é entidade preposta a objetivos do interesse de toda a coletividade. Quem tenha responsabilidade de geri-la exerce função, isto é, poder teleologicamente orientado para o cumprimento de fins que são impositivos para quem o detém. Em rigor, o que dispõe é de um dever poder. O dever de bem curar um interesse que não é próprio, mas da coletividade, e em nome do qual lhe foi atribuído o poder, meramente instrumental, de bem servi-la. Logo, para despedir um empregado é preciso que tenha havido um processo regular, com direito à defesa, para apuração da falta cometida ou de sua inadequação às atividades que lhe concernem. *Desligamento fora das condições indicadas é nulo*. O empregado, se necessário, recorrerá às vias judiciais trabalhistas, devendo-lhe ser reconhecido o direito à reintegração, e não meramente à compensação indenizatória por despedida injusta.

Sendo assim, o que se observa é que mesmo diante dos equívocos de ambos os entendimentos os dois são plausíveis em certos pontos, o ideal seria a aplicação de ambos ao mesmo tempo, aplicando-se a primeira parte da Súmula 390 do TST, onde se estenderia a estabilidade a todos os empregados públicos sejam da Administração Direta ou Indireta, ressalvados os empregados públicos das *empresas públicas, das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de*

*prestação de serviços*⁶, contudo estes últimos só podem ser demitidos por ato motivado, aplicando-se assim para estes o entendimento do STF.

⁶ Esta distinção não fere o princípio da Isonomia, pois, tal distinção encontra respaldo no Texto Constitucional em seu artigo 173, §1º, II, que prevê a sujeição destas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, percebe-se que em se tratando de estabilidade para os empregados públicos devemos sempre analisar o assunto com grande cautela, pois, não existe ainda um posicionamento uníssono e consolidado, nem na doutrina e nem na jurisprudência.

Vimos que a busca pela estabilidade econômica e profissional pode se dar por meio de aprovação em concurso público, onde a consequência é a possibilidade de alcançar a estabilidade prevista no art. 41 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Inicialmente, foi necessário diferenciar empregado público de servidor público que, constantemente de forma equivocada, tem sido tratados como expressões sinônimas, porém, como estudado, anteriormente, são espécies de um gênero comum qual seja Agentes Públicos.

Após, necessário se fez uma breve análise da origem do regime Celetista no Brasil.

Seguindo, apresentamos as teorias da motivação do ato administrativo, tendo em vista sua importância no presente trabalho, pois, o ato demissional da Administração Pública é um ato administrativo, no qual predomina a posição clássica que defende que todos os atos devem ser motivados, sendo passível de revisão pelo Judiciário, excetuando as decisões políticas em seu mérito, podendo, contudo, serem revisadas quanto à legalidade.

O último elemento estudado antes do tema propriamente dito foi o regime jurídico das *empresas estatais* que, conforme estudado no segundo capítulo, se submetem ora ao regime administrativo, ora ao regime privado, donde a doutrina a classifica como regime híbrido.

Sendo assim, após o desenvolvimento do presente trabalho, sobretudo do terceiro capítulo, têm-se que diante da jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho, ousamos dizer que a jurisprudência tende a não reconhecer a estabilidade para os empregados públicos, mas devendo ser aplicado a motivação do ato demissional, sob pena de ilegalidade do ato.

Contudo, no nosso modesto entendimento, deve ser reconhecida a estabilidade aos empregados públicos tanto da Administração Direta quanto Indireta, devido a todos os pontos demonstrados anteriormente, aplicando-se a Súmula 390/TST aos empregados públicos da Administração Direta e Indireta, ressalvados os empregados públicos das empresas estatais que explorem atividade econômica, aplicando-se a estes o posicionamento apontado como tendência que seria a demissão por ato motivado, sob pena de ilegalidade do ato.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 1988.

_____. (1923). *Decreto nº 4.682 - de 24 de janeiro de 1923* - Lei Eloy Chaves.

_____. (1999). *Lei nº 9.784 – de 29 de janeiro de 1999*.

_____. (2000). *Lei nº 9.962 – de 22 de fevereiro de 2000*.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ag.Reg. no Recurso Extraordinário 773.774/DF*. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Publicado no DJ de 05-08-2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula 390*: Dispõe sobre a estabilidade do artigo 41 da Constituição Federal.

_____. Tribunal Regional do Trabalho 2ª R. – *Acórdão 20050655196*. Relator: Eduardo de Azevedo Silva. Publicado no DJ de 04-10-2005.

_____. Tribunal Regional do Trabalho 2ª R – *Acórdão 02960538530*. Relatora: Anélia Li Chum. (s.d).

_____. Tribunal Regional do Trabalho 15ª R. – *Recurso Ordinário 1382-2004-007-15-00-3 – 52410/05*. Relator: Lorival Ferreira dos Santos. Publicado no DJ de 04-11-2005.

_____. Tribunal Regional do Trabalho 22ª R. – *Recurso Ordinário 00025-2004-003-22-00-4*. Relator: Manoel Edilson Cardoso. Publicado no DJ de 09-12-2004.

_____. Tribunal Regional do Trabalho 24ª R. – *Recurso Ordinário 01110/2002-005-24-00-0*. Relator: Abdalla Jallad. Publicado no DJ de 10-09-2003.

_____. Tribunal Regional do Trabalho 3ª R. – *Recurso Ordinário* 8166/02. Relator: José Marlon de Freitas. Publicado no DJ de 20-09-2002.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. – *Recurso de Revista* 104900-58.2004.5.09.0021. Relator: Douglas Alencar Rodrigues. Publicado no DJ de 03-06-2009.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. - *Recurso de Revista* 96200-66.2005.5.01.0026. Relator: Augusto César Leite de Carvalho. Publicado no DJ de 18-06-2010.

BRUNO, Reinaldo Moreira; DEL OMO, Manolo. *Servidor Público: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rei, 2006.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *O dever de motivar e o controle da Administração Pública*. (s.d) Disponível em: [http://www.escolamp.org.br/arquivos/ArtigoMotivoeControleAtoAdministrativo\[1\]Raquel.pdf](http://www.escolamp.org.br/arquivos/ArtigoMotivoeControleAtoAdministrativo[1]Raquel.pdf)>. Acesso em: 12 maio 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DELGADO, José Augusto, *Revista Trimestral de Direito Público*. v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERRO, Marlúcia Lopes. *O devido processo legal na dispensa do empregado público: com abordagem da Lei n. 9.784, de 29.01.1999*. São Paulo: LTr, 2009.

JUSO, Raffaele. *Motivi e Motivazione nel Provvedimento Amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1963.

LIMA FILHO, Cláudio Dias. A motivação da dispensa dos empregados dos Correios como sintoma da inconsistência da jurisprudência consolidada do TST. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, ano XX, n. 40, set. 2010.

MARQUES, Lorena de Magalhães Pereira. O Direito do Trabalho na administração pública. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, VIII, n. 21, maio 2005. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=622>. Acesso em: 5 fev. 2014.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

NUNES, Cláudio Pedrosa. *Monografia apresentada no Curso de Mestrado em Direito UFPE/IESP* (s.d).