



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO**

CLÁUDIO DIAS LIMA FILHO

**MOTIVAÇÃO E PROCESSUALIZAÇÃO DA DISPENSA
DOS EMPREGADOS ESTATAIS**

**SALVADOR
2011**



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO**

CLÁUDIO DIAS LIMA FILHO

**MOTIVAÇÃO E PROCESSUALIZAÇÃO DA DISPENSA
DOS EMPREGADOS ESTATAIS**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (PPGD-UFBA), como requisito para a obtenção da titulação de Mestre em Direito, na área de concentração *Direito Público* e na Linha de Pesquisa *Cidadania e Efetividade dos Direitos*.

Orientador: Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior

SALVADOR
2011

L698m Lima Filho, Cláudio Dias.

Motivação e processualização da dispensa dos empregados estatais /
Cláudio Dias Lima Filho. Salvador – 2011.
349 f.

Orientador: Professor Doutor Dirley da Cunha Júnior.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal da Bahia. Faculdade de
Direito, 2011.

1. Direito Constitucional. 2. Direito Administrativo. 3. Direito do Trabalho.
4. Administração Pública. 5. Dispensa do trabalhador. I. Cunha Júnior,
Dirley da. II. Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito. III.
Título.

CDD: 344.017 95
CDU: 342.98

CLÁUDIO DIAS LIMA FILHO

**MOTIVAÇÃO E PROCESSUALIZAÇÃO DA DISPENSA
DOS EMPREGADOS ESTATAIS**

TERMO DE APROVAÇÃO

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Aprovada em _____ de _____ de 2011.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior: _____

Doutor em Direito pela PUC/SP. Docente do PPGD/UFBA

Prof. Dr. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho: _____

Doutor em Direito pela PUC/SP. Docente do PPGD/UFBA

Prof. Dr. George Sarmiento Lins Júnior: _____

Doutor em Direito pela UFPE. Docente do PPGD/FDA/UFAL

Este trabalho é dedicado à minha família, em especial à minha amada esposa e aos meus igualmente amados pai, mãe e irmã. Nada do que conquistei foi mérito somente meu. E nada do que ainda conquistarei o será.

AGRADECIMENTOS

Não há como não agradecer àqueles que mais conviveram com um mestrando assoberbado de afazeres: minha esposa Gabriela, meu pai Cláudio, minha mãe Eliana e minha irmã Pâmela, esta uma nova mestranda a partir de 2011. Mais do que agradecer, eu dedico este texto a vocês. Ou o inverso. Ou as duas coisas.

Aos meus colegas e amigos da Procuradoria do Trabalho em Vitória da Conquista, que “seguraram as pontas” enquanto eu estava acompanhando as aulas do Mestrado, uma vez por semana, aqui em Salvador (550 quilômetros...): Luiz, Cida, Melina, Raymundo, Kléber, Lídia, Luã, Vítor, Edileuza, Sandra, “Caetano”, Osvaldo, Valter e Pedro. E mais alguém que porventura tenha esquecido.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal da Bahia, em especial àqueles que foram meus mestres nas disciplinas cursadas: Ricardo Mauricio, Saulo Casali (duas vezes), Heron Santana, Nelson Cerqueira, Rodolfo Pamplona Filho e Celso Castro. Espero encontrá-los no Doutorado!

Aos servidores do PPGD, em especial Luíza e Jovino, que aturaram pacientemente as muitas dúvidas que tive acerca das exigências do Mestrado.

Ao meu orientador Dirley da Cunha Júnior, sempre solícito, apesar da agenda carregada. E que felizmente não se aborreceu com esse seu orientando arredo...

Ao professor Rodolfo Pamplona Filho, que, por ocasião do Exame de Qualificação, dirigiu-me uma crítica (“você pode mais do que esse texto”), um elogio (“você pode mais do que esse texto”) e um estímulo (“você pode mais do que esse texto”). Mudei tudo o que tinha feito até então, na desesperada tentativa de que a dissertação cumprisse essa exigência. Ainda não sei se o esforço produziu o resultado esperado...

Por fim, a Deus. A Ele devo a existência dessas pessoas em minha vida. Obrigado!

RESUMO

Este texto aborda a necessidade de motivar e processualizar a dispensa dos empregados estatais, tendo em vista os princípios constitucionais direcionados à Administração Pública e a consagração constitucional do Estado Democrático de Direito, que refuta a arbitrariedade e exige a participação do cidadão na tomada de decisões estatais. Pretendeu-se, a partir desses princípios, estabelecer parâmetros constitucionalmente justificados para regular os critérios de dispensa dos empregados estatais, seja por justa causa, seja sem justa causa, tendo em vista que a legislação infraconstitucional não estipula critérios específicos a respeito do assunto. Em face desses critérios fundamentados na Constituição, é possível constatar que a dispensa do trabalhador estatal, vinculado a qualquer órgão ou ente estatal, independentemente da natureza jurídica do empregador, deve ser precedida de ato expressamente motivado. Firma-se ainda o entendimento segundo o qual esse ato, que é uma verdadeira decisão estatal, deve ser construído processualmente, de modo a permitir a participação dialética do trabalhador afetado pela dispensa. Finalmente, descortina-se a compreensão de que o processo administrativo para a dispensa do empregado estatal, mais do que uma exigência da democracia ou da Constituição da República, é veículo que transporta a dignidade da pessoa humana do trabalhador e a sua cidadania.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Direito Administrativo. Direito do Trabalho. Estado Democrático de Direito. Administração Pública. Motivação das decisões estatais. Processo administrativo. Dispensa do trabalhador.

ABSTRACT

This text addresses the need to motivate and submit the dismissal of state employees to administrative proceeding, in view of the constitutional principles addressed to the Public Administration and the constitutional enshrinement Democratic State of Law, which it rejects the arbitrariness and requires citizen participation in the procedure of taking of State decisions. It was intended, based on these principles, establish parameters constitutionally justified to adjust the criteria of termination of state employees, with or without cause, given that to ordinary laws does not stipulate specific criteria concerning the subject. Considering these criteria based on the Constitution, it possible to verify that the dismissal of state employee, linked to any agency or state entity, independently the legal nature of the employer, must be preceded by an act explicitly motivated. It sustains itself still understanding according to which this act that is a true State decision, must be constructed procedurally to allow to dialectic participation of the employee affected by termination. Finally, it disclose itself the understanding that the administrative proceeding to dismiss of the state employee, more than a requirement of democracy or the Constitution, is the vehicle that transports the human dignity of the employee and his citizenship.

KEYWORDS: Constitutional Law. Administrative Law. Labor Law. Democratic State of Law. Public Administration. Motivation of State decisions. Administrative process. Termination of the employee.

Capítulo I – Aspectos introdutórios	13
1.1 O problema e a solução proposta pelo presente estudo	13
1.2 Justificativas e objetivos correlatos.....	17
1.3 Estruturação do texto	19
Capítulo II – O Estado Democrático de Direito e seu impacto na atuação estatal.....	21
2.1 A passagem do Estado de Polícia para o Estado de Direito.....	21
2.2 Do Estado de Direito para o Estado Social de Direito	26
2.3 Do Estado Social de Direito para o Estado Democrático de Direito.....	28
2.4 A atuação estatal no Estado Democrático de Direito.....	32
2.5 A principal faceta do Estado Democrático de Direito: a cidadania	36
Capítulo III – Revendo o “princípio da supremacia do interesse público”	40
3.1 O interesse público e sua correlação com a vontade geral de Rousseau	40
3.2 O Estado titular do interesse público e sua atuação contra o indivíduo	43
3.3 Supremacia estatal como defesa do interesse público contra o indivíduo.....	45
3.4 Interesse público e concepções correlatas.....	49
3.5 O autoritarismo travestido de interesse público	53
3.6 A supremacia do interesse público não é princípio constitucional	57
Capítulo IV – Dever de motivação dos atos estatais	62
4.1 Motivação: conceito e concepções correlatas	62
4.2 Motivação adequada	65
4.3 Necessidade de motivação no Estado Democrático de Direito	66
4.4 Motivação e discricionariedade	69
4.5 Motivação e princípios constitucionais da Administração Pública.....	74
4.5.1 <i>Motivação como exigência do princípio da legalidade</i>	<i>75</i>
4.5.2 <i>Motivação como exigência do princípio da impessoalidade</i>	<i>77</i>
4.5.3 <i>Motivação como exigência do princípio da moralidade.....</i>	<i>77</i>

4.5.4	<i>Motivação como exigência do princípio da publicidade</i>	78
4.5.5	<i>Motivação como exigência do princípio da eficiência</i>	80
4.6	Obrigatoriedade de motivação das decisões estatais.....	81
Capítulo V – A processualização da atividade estatal		84
5.1	A concepção tradicional acerca do ato administrativo.....	84
5.2	Técnicas de democratização das decisões administrativas.....	86
5.3	A reconstrução processual do ato administrativo.....	89
5.4	A atuação administrativa centrada no processo.....	94
5.5	O processo administrativo como direito-garantia fundamental	97
5.6	Devido processo legal como princípio cardeal do Direito Administrativo	100
5.7	A processualização do “interesse público”	103
5.8	Devido processo legal e motivação das decisões estatais	107
5.9	Motivação, processualização e legitimidade da decisão administrativa ...	110
Capítulo VI – Disciplina jurídica dos trabalhadores estatais brasileiros		116
6.1	Cargo público e emprego público	116
6.2	Histórico constitucional dos trabalhadores estatais brasileiros.....	117
6.2	Disciplina genérica dos trabalhadores estatais na Constituição de 1988	123
6.3	Trabalhadores das empresas públicas e sociedades de economia mista	132
6.4	Prestação de serviços públicos <i>versus</i> exploração de atividade econômica. 135	
6.5	A preferência histórica pelo regime trabalhista – e as razões para tanto.....	140
6.5.1.	<i>Servidores que exercem atividades exclusivas de Estado</i>	144
6.5.2	<i>FGTS, estabilidades e estabilização</i>	153
6.6	A situação dos trabalhadores “estabilizados” pela Constituição de 1988	158
Capítulo VII – Situações controvertidas acerca da dispensa dos empregados estatais		163
7.1	A estabilidade do empregado estatal de pessoa jurídica de direito público . 163	
7.1.1	<i>Inexistência de estabilidade antes da Emenda Constitucional n. 19/98.</i> 163	
7.1.2	<i>Inexistência de estabilidade após a Emenda Constitucional n. 19/98...</i> 169	
7.1.3	<i>A tortuosa concepção jurisprudencial acerca da estabilidade</i>	174
7.2	Inaplicabilidade da regra do estágio probatório ao empregado estatal.....	176
7.3	A incompatibilidade do instituto da disponibilidade com o emprego estatal ..	179

7.4	A suposta autonomia jurídica do “regime de emprego público”	181
7.4.1	<i>O emprego público não é inovação da Emenda Constitucional n. 19/98</i>	182
7.4.2	<i>Não existem duas modalidades de empregados estatais</i>	185
7.4.3	<i>O alcance das disposições da Lei n. 9.962/2000</i>	187
7.5	A dispensa dos empregados das empresas estatais	195
7.6	Peculiaridades sobre a dispensa dos empregados das empresas estatais	200
7.6.1	<i>Os Correios e a sua “equiparação à Fazenda Pública”</i>	200
7.6.2	<i>Outras empresas estatais “equiparadas à Fazenda Pública”</i>	203
7.7	O cenário discriminatório estabelecido pela jurisprudência	208

Capítulo VIII – A processualização da dispensa do empregado estatal211

8.1	Natureza da decisão estatal que termina o vínculo de emprego público	211
8.2	Parâmetros legais para a processualização da dispensa	216
8.3	A reiteração legal da necessidade de motivar as decisões	218
8.4	Tramitação genérica do processo de dispensa do empregado estatal	221
8.5	Extinção do emprego estatal fundada em justa causa do empregado	224
8.6	Processualização da dispensa por justa causa do empregado estatal	229
8.6.1	<i>Gradação das sanções</i>	230
8.6.2	<i>Imediatidade (ou imedaticidade) e perdão tácito</i>	233
8.6.3	<i>O caso do abandono de emprego</i>	237
8.6.4	<i>Acumulação ilícita de cargos, empregos ou funções públicas</i>	241
8.6.5	<i>Despedida “a bem do serviço público”</i>	249
8.7	Dispensa do empregado estável e do empregado com garantia de emprego	254
8.7.1	<i>Estabilidade e garantia de emprego</i>	254
8.7.2	<i>Justa causa e falta grave</i>	256
8.8	Processualização da dispensa do empregado estável e do empregado com garantia de emprego	260
8.8.1	<i>Dispensas possíveis pela via do processo administrativo</i>	261
8.8.2	<i>Dispensas incompatíveis com a via do processo administrativo</i>	265
8.8.3	<i>Trabalhadores eleitos para a Comissão de Conciliação Prévia</i>	268
8.8.4	<i>Trabalhadores estabilizados pelo art. 19 do ADCT</i>	270
8.9	Dispensa sem justa causa do empregado estatal	273
8.9.1	<i>Dispensa discriminatória</i>	273
8.9.2	<i>Dispensa arbitrária</i>	275

8.9.3	<i>Dispensa sem justa causa, porém justificada</i>	282
8.9.4	<i>Situações de dispensa justificada sem justa causa</i>	283
8.10	Processualização da dispensa sem justa causa do empregado estatal	284
8.10.1	<i>Inaptidão ou insuficiência de desempenho do empregado</i>	285
8.10.2	<i>Anulação administrativa do concurso público</i>	289
8.10.3	<i>Retorno de outro trabalhador, reintegrado por decisão judicial</i>	292
8.10.4	<i>Extinção do emprego, ou declaração de sua desnecessidade</i>	296
8.10.5	<i>Dispensa fundada em excesso de despesa</i>	299
8.10.6	<i>Compatibilização do processo administrativo com o aviso prévio</i>	300
8.11	Expiração do prazo do contrato de experiência	302
8.12	Processualização do término do contrato de experiência	307
8.13	Invalidação do processo administrativo na Justiça do Trabalho	309
8.13.1	<i>Invalidação judicial da dispensa por justa causa</i>	312
8.13.2	<i>Invalidação da dispensa de empregado estável ou detentor de garantia de emprego</i>	315
8.13.3	<i>Invalidação da dispensa sem justa causa</i>	318
8.13.4	<i>Invalidação do término do contrato de experiência</i>	320
8.14	Por fim: um paralelo entre alienação de bens e dispensa do empregado estatal	321
	Capítulo IX – Conclusões	326
	Referências	335

Capítulo I – Aspectos introdutórios

1.1 O problema e a solução proposta pelo presente estudo

Costuma-se conceituar *servidores estatutários* como “titulares de cargos públicos, que mantêm com as entidades de direito público uma relação de trabalho de natureza institucional”¹. Essa *natureza institucional* do vínculo que liga o servidor ao Estado decorre de um regime “estabelecido por lei especial de cada entidade estatal, que fixa as atribuições e responsabilidades, os direitos e deveres do cargo, e que fica sempre sujeito à revisão unilateral por parte do Estado [...]”².

Assim, o trabalhador vinculado a uma pessoa jurídica de direito público interno, cujas regras de prestação de serviços são estabelecidas por lei editada pelo próprio ente estatal (União, Estado, Distrito Federal ou Município) é tido como “servidor estatutário”.

Já os trabalhadores estatais que travam “uma relação de trabalho de natureza contratual e se sujeitam ao regime da CLT”³ são denominados de “empregados públicos” ou “servidores públicos celetistas”. Seu traço característico é a disciplina jurídica por meio de um plexo de normas formado pela CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) e legislação esparsa complementar que foi moldado para reger, fundamentalmente, a contratação de mão-de-obra subordinada e permanente entre particulares. Essa modalidade de vinculação, que reserva o epíteto de *empregado* para quem presta o serviço e *empregador* para quem se beneficia desse serviço, pode ser utilizada também quando o contratante dessa força de trabalho for o Estado, por qualquer de seus entes, sejam eles pessoas jurídicas de direito público interno (entes federativos,

¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 230.

² *Ibidem*, loc. cit.

³ *Ibidem*, loc. cit.

autarquias e fundações⁴) ou pessoas jurídicas de direito privado pertencentes à estrutura constitucional da Administração Pública (empresas públicas e sociedades de economia mista).

O modo de *ingresso* desses servidores públicos é uniformemente apresentado pela Constituição da República: segundo o art. 37, II, “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego”. Assim, independentemente do regime – *estatutário* ou *celetista* – será exigida do postulante a uma ocupação profissional no Estado a prévia habilitação em concurso público, ressalvadas apenas as exceções constitucionalmente expressas⁵.

Não tão simples, contudo, é a disciplina jurídica a respeito do *desligamento* dos servidores públicos dos quadros estatais: a depender da natureza do vínculo adotado – *estatutário* ou *celetista* – os mecanismos e procedimentos para que o servidor não mais preste serviços regularmente ao ente estatal, máxime quando se tratar de *extinção do vínculo por iniciativa do Estado*, são sumamente diferentes num e noutro caso, o que exige do intérprete do Direito um conhecimento amplo e sistemático acerca das possibilidades e vedações que a Constituição da República, expressa ou implicitamente, contém a respeito do assunto.

Os contornos jurídicos acerca da disciplina funcional dos servidores ocupantes de cargo público não causam maiores controvérsias – o ente federativo a que se vincula o servidor edita uma lei, denominada de *estatuto*, cuja pretensão é consolidar a regulação dos direitos e obrigações do servidor. Esse

⁴ Este texto seguirá o entendimento segundo o qual as fundações públicas têm natureza jurídica de direito público, apesar das controvérsias sobre esse assunto. Invocam-se, nesse sentido, as formulações de Celso Antonio Bandeira de Mello: “É absolutamente incorreta a afirmação normativa de que as fundações públicas são pessoas de Direito Privado. Na verdade, são pessoas de Direito Público, consoante, aliás, universal entendimento, que só no Brasil foi contido. Saber-se se uma pessoa criada pelo Estado é de Direito Privado ou de Direito Público é meramente uma questão de examinar o regime jurídico estabelecido na lei que a criou. Se lhe atribuiu a titularidade de poderes públicos, e não meramente o exercício deles, e disciplinou-a de maneira a que suas relações sejam regidas pelo Direito Público, a pessoa será de Direito Público, ainda que se lhe atribua outra qualificação. Na situação inversa, a pessoa será de Direito Privado, mesmo inadequadamente nominada” (MELLO. Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 183).

⁵ As exceções constitucionais à regra do concurso público constam no próprio artigo 37 da Constituição: a ocupação de “cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração” (art. 37, II); e a “contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público” (art. 37, IX), sendo que foi delegada à lei a tarefa de estipular as formas de seleção dessas ocupações temporárias.

regramento da situação funcional do servidor público por meio de estatuto a ser editado pelo ente estatal correspondente, no âmbito da respectiva competência constitucional (da União, Estados, Distrito Federal e Municípios), conforme disposição do *caput* do art. 39 da Carta de 1988⁶, é tradição brasileira arraigada desde muito tempo, em face do entendimento, amplamente difundido⁷, de que a edição de um “regime jurídico diferenciado” atende de maneira mais harmônica aos anseios estatais e à consecução do fim público, vantagens que não seriam extensíveis ao regime trabalhista comum, melhor adaptado à contratação entre particulares, segundo entendimento doutrinário vigente⁸. Seriam “típicas” do servidor estatutário efetivo prerrogativas como a estabilidade, o estágio probatório e a disponibilidade, dentre outros benefícios.

As hipóteses que autorizam o desligamento do servidor estatutário efetivo encontram-se na própria Constituição, a saber:

- 1) sentença judicial transitada em julgado (art. 41 § 1º, I);
- 2) mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa (art. 41 § 1º, II);
- 3) mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa (art. 41 § 1º, III); e
- 4) por ato normativo motivado de cada um dos Poderes que especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal, nos casos de limitação de despesas públicas mencionados no art. 169 da Constituição, desde que a redução de cargos em comissão e funções de

⁶ A redação vigente desse dispositivo é a seguinte: “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”. Esse dispositivo tinha sido modificado pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998, passando a disciplinar que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes”. O texto original do art. 39, contudo, foi ripristinado pela decisão do STF na ADI n. 2135-MC/DF, que reconheceu a existência de *inconstitucionalidade* no procedimento de votação da Emenda. Prevalece, pois, o texto do art. 39 tal como ele fora redigido em 1988.

⁷ Nesse sentido: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime dos Servidores da Administração Direta e Indireta*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 20-21; DALLARI, Adilson Abreu. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 48-49; ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. *Regime Jurídico Único do Servidor Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1990, p. 59-63; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos na Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1991, p. 34; e NEVES, Sergio Luiz Barbosa. *Regime Jurídico Único e os Servidores Públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1991, p. 17.

⁸ Verificar nota anterior.

confiança e a exoneração de servidores não estáveis não se mostrem medidas suficientes para o cumprimento da determinação constitucional.

Já no que concerne ao *emprego público* a situação não se resolve de modo tão simplista: a Constituição não reserva dispositivos que abordem *exclusivamente* a situação do empregado estatal, ao contrário do ocorre com o servidor estatutário, destinatário de generosa quantidade de dispositivos constitucionais. Para agravar o problema, a legislação que trata da disciplina básica do emprego no Brasil (no caso, a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT) não traz disposições expressas que abordem a relação entre o Estado e o seu empregado.

E é exatamente em razão desse suposto “vácuo”, constitucional e legal, que se criou a problemática atualmente verificada acerca da dispensa dos empregados estatais. A doutrina e a jurisprudência formadas em torno do assunto ainda carecem de uma análise mais aguçada da estrutura normativa constitucional, cenário que será objeto de críticas no decorrer deste texto. E dessas análises a respeito do que atualmente se propaga a respeito do assunto surgiu a necessidade de destacar *quais são os parâmetros jurídicos e os procedimentos que devem nortear as diversas modalidades de terminação do vínculo de emprego estatal por iniciativa do Estado empregador*, que vem a ser o *problema* do qual parte a presente dissertação, ao qual se pretende oferecer respostas ao longo da abordagem.

A essa (suposta) ausência de normas que regulem, de forma homogênea, o emprego público nas diversas esferas federativas (e respectivos órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta), deve ser acrescido outro equívoco grave que permeia o (parco) estudo acerca da matéria: a *confusão entre conceitos e institutos do Direito Administrativo e do Direito do Trabalho*. Com efeito, é comum ouvir-se referências a servidor estatutário que está com o “salário atrasado” ou que “perdeu o emprego”, acontecendo circunstâncias semelhantes com o empregado público, não sendo raras, inclusive no meio jurídico, manifestações sobre “estágio probatório”, “disponibilidade” e “exoneração” desses empregados públicos, dentre outras impropriedades técnicas. Também esses equívocos serão enunciados e trabalhados ao longo do texto, de modo a delimitar adequadamente essas concepções.

Chega-se, então, à hipótese a ser abordada neste trabalho: existem *limitações constitucionais à extinção do emprego estatal por iniciativa do Estado empregador*. Essas limitações demarcam parâmetros de ação estatal no momento da dispensa do trabalhador, condicionando a interpretação das disposições da Consolidação das Leis do Trabalho e os preceitos da legislação trabalhista e administrativista correlata. Da conjunção das limitações constitucionais com as disposições legais constata-se ser imprescindível que a dispensa do empregado estatal, por iniciativa do Estado empregador, deve guiar-se pelas balizas da *necessária motivação do ato* e da *obrigatoriedade de processualização dessa decisão*. Esta, pois, a solução proposta, que será esmiuçada em momento oportuno.

1.2 Justificativas e objetivos correlatos

Dois fundamentos justificam a escolha do tema. E essas justificativas condicionam os objetivos desta dissertação.

A primeira dessas justificativas relaciona-se com o tratamento teórico até então existente acerca da extinção do vínculo empregatício na Administração Pública, o qual apresenta, em percentual significativo, noções inconsistentes do ponto de vista científico. Para ilustrar essa afirmativa, convém mencionar que uma dessas noções assenta-se na concepção de que o empregador público equipara-se ao empregador privado ao contratar trabalhadores pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho⁹. Outro posicionamento assenta-se na utilização indevida de institutos de Direito Administrativo no emprego público, especialmente por parte da jurisprudência e das legislações municipais, sem o

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 10. ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 447, e CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A Estabilidade do Servidor Público Regido pela CLT e o Artigo 41 da Constituição da República. In: SOARES, José Ronald Cavalcante. (Coord.). *O Servidor Público e a Justiça do Trabalho – Homenagem ao Ministro Ronaldo José Lopes Leal*. São Paulo: LTr, 2005, p. 187.

adequado estudo acerca das limitações constitucionais e legais que recaem sobre o Estado empregador¹⁰.

Em face disso, descortina-se o primeiro objetivo deste estudo: propõe-se apresentar a *defesa de um ponto de vista crítico e contraposto ao que sustenta significativa parcela da doutrina e da jurisprudência nacional*, esperando-se que os questionamentos trazidos nesta dissertação possam, juntamente com as respostas oferecidas, colaborar para a análise do tema sob outro enfoque.

A segunda justificativa alicerça-se no fato de que o assunto ora tratado atinge um número significativo de pessoas – afinal, são milhares de servidores vinculados ao Estado por uma relação contratual empregatícia, desconhecedoras das peculiaridades e limitações que regem a sistemática da extinção do vínculo de emprego público. Os prejuízos potenciais e efetivos para esses servidores são imensuráveis caso não haja uma abordagem precisa que vise a esmiuçar essas situações e estabelecer um panorama jurídico minimamente coerente a respeito.

O interesse social sobre o assunto atinge um universo significativo de indivíduos, os quais poderiam, de alguma forma, ser beneficiados (ou, ao menos, esclarecidos) em relação aos seus direitos e obrigações. Esse interesse social, contudo, não é correspondido pelo interesse jurídico sobre o assunto, haja vista a reduzida produção doutrinária sobre o tema. As poucas obras específicas sobre “emprego público” centram-se em estudar apenas a extensão de normas constitucionais esparsas a respeito do vínculo empregatício com o Estado, reproduzindo o entendimento jurisprudencial sobre o tema¹¹. Ou se esmeram na abordagem crítica – necessária, aliás – sobre a noção administrativista de “institucionalismo” ou “acontratualismo”, que se presta, até os dias atuais, para explicar a vinculação estatutária entre Estado e servidor ocupante de cargo público¹². Há ainda obras que abordam circunstâncias específicas do liame

¹⁰ NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Estabilidade e disponibilidade do servidor público celetista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. As decisões oriundas do Tribunal Superior do Trabalho consignam diuturnamente esse equívoco, e serão analisadas no Capítulo VII, adiante.

¹¹ CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. *O Emprego Público*. São Paulo: LTr, 2002.

¹² A concepção é cientificamente muito relevante – essas obras procuram desconstruir a ideia de que o vínculo estatutário baseia-se no acontratualismo, buscando apontar razões pelas quais essa vinculação seria de índole contratual, embora o contrato não fosse de natureza empregatícia. Conferir: VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Contrato de Trabalho com o Estado*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002; COELHO, Rogério Viola. *A Relação de Trabalho com o Estado*. São Paulo: LTr, 1994; e PINTO E NETTO, Luísa Cristina. *A Contratualização da Função Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

empregatício estatal (como a motivação da dispensa do empregado público¹³), ou aquelas mais abrangentes, tratando de critérios adotados no recrutamento e na disciplina jurídica dos servidores estatais¹⁴.

Não se conhece, porém, produção jurídico-científica que vise, especificamente, a traçar um panorama jurídico acerca das limitações estatais em relação à iniciativa de terminação do emprego estatal. Também se desconhece qualquer obra publicada que aborde de maneira específica as modalidades de extinção do vínculo empregatício estatal e/ou os procedimentos que devem ser seguidos nessa situação.

Existe, portanto, uma incômoda carência científica a respeito do assunto, que reflete um descompasso com o interesse social despertado pelo tema. Essa razão condiciona o segundo dos objetivos: o presente trabalho busca *suprir, pelo menos em parte, essa lacuna científica, pretendendo oferecer uma abordagem constitucionalmente respaldada e, ao mesmo tempo, pragmática*, com o intuito de que pelo menos algumas das soluções ora apresentadas tenham alguma utilidade no cotidiano das relações empregatícias envolvendo o Estado.

1.3 Estruturação do texto

O texto encontra-se dividido em nove capítulos e em três partes.

A primeira parte, reservada à abordagem das premissas fundamentais deste trabalho, congrega os cinco primeiros capítulos.

No primeiro deles (o atual), destinado à introdução, busca-se a explanação sucinta dos pressupostos deste trabalho, apresentando os fundamentos fáticos e teóricos que delimitaram a pesquisa e a confecção do texto.

O segundo capítulo centra-se no estudo da noção de Estado Democrático de Direito, com a conseqüente apresentação de fundamentos que se revelarão de extrema relevância para a abordagem final pretendida.

¹³ FREITAS, Ney José de. *Dispensa de Empregado Público e o Princípio da Motivação*. Curitiba: Juruá, 2002; FERRO, Marlúcia Lopes. *Sociedade de Economia Mista & Despedida Imotivada*. São Paulo: LTr, 2007; e FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *O Estado no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1996.

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos da Administração Direta e Indireta*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

O terceiro capítulo trata do chamado princípio da supremacia do interesse público, que será avaliado à luz dos questionamentos contemporâneos da atuação estatal em face da ordem constitucional estabelecida em 1988.

O quarto capítulo foi concebido com suporte na necessidade de o Estado motivar, sempre, as suas decisões administrativas, à vista do que estipula a Constituição de 1988.

O quinto capítulo, último da primeira parte, aborda a necessidade de processualização das decisões estatais, como forma de cumprir o dever de motivação das providências adotadas pelo Estado e de permitir a interação democrática dos cidadãos, repelindo-se, com essa exigência, a arbitrariedade.

A segunda parte, que trata dos trabalhadores estatais no ordenamento jurídico brasileiro, é composta de dois outros capítulos: o sexto e o sétimo.

O sexto capítulo dedica-se a estudar a configuração constitucional e infraconstitucional dos trabalhadores do Estado, de modo a permitir que o leitor, a partir da abordagem do gênero “trabalhadores estatais” possa compreender adequadamente a espécie “empregados estatais” e suas peculiaridades.

O sétimo capítulo visa a apresentar aspectos controvertidos acerca do emprego estatal, com farta indicação de doutrinadores e julgados, que serão trabalhados numa perspectiva crítica.

A terceira e última parte compõe-se de dois capítulos: o oitavo e o nono.

O oitavo capítulo, que consiste na abordagem específica e esmiuçada do tema proposto pelo título da dissertação, visa a apresentar e analisar o processo a ser seguidos na efetivação da saída do empregado estatal por iniciativa do Estado empregador, indicando especificidades processuais para cada modalidade de dispensa do trabalhador.

Por fim, o nono e último capítulo destina-se à apresentação das conclusões colhidas ao término da pesquisa e do texto.

Capítulo II – O Estado Democrático de Direito e seu impacto na atuação estatal

2.1 A passagem do Estado de Polícia para o Estado de Direito

Agustín Gordillo informa que o poder político, na época das monarquias absolutistas (entre os séculos XV e XVII), era destinado a um governante que poderia estipular, sem limitações previamente estabelecidas pela legislação, os fins que deveriam ser perseguidos pelo Estado e os meios para alcançá-los. O monarca detinha, pois, um direito ilimitado para administrar, e o indivíduo administrado, além de ser um objeto do poder estatal, não teria quaisquer direitos em face do Estado ou do governante¹⁵.

A essa configuração atribuiu-se o nome de *Estado de Polícia* ou *Estado-Polícia*, em que a vontade do soberano seria a “vontade estatal”.

Ainda de acordo com as observações do jurista argentino, o Estado de Polícia seria caracterizado por outros traços: a *irresponsabilidade civil* (que era privilégio tanto do Estado quanto do soberano), a “*indemandabilidade*” do soberano e do Estado (que não poderiam ter seus atos questionados judicialmente, estando imunes ao controle judicial), a *incontrastabilidade dos atos/fatos do príncipe* (característica que perdurou, mesmo depois do advento do Estado de Direito, recondicionada na figura dos “atos de império”), a existência de uma *jurisdição administrativa* (contendas decididas pelo próprio soberano ou por burocratas, sem a técnica e a independência próprias dos magistrados), e

¹⁵ No original: “El derecho administrativo en cuanto conjunto de normas que regula las relaciones del Estado con los particulares, puede decirse que ha existido siempre, desde el nacimiento del Estado. Pero ello no ha sido suficiente ab origine para la creación de una disciplina. Es probable que no existiera aceptación de que se tratara de una relación entre sujetos diferenciados. Esta época es la de las monarquias absolutas, dando origen a principios jurídicos idénticos en distintos países y momentos históricos: *quod regis placuit legis est, the King can do no wrong, le Roi ne peut mal faire*. En esos momentos el derecho administrativo se agota en un único precepto: un derecho ilimitado para administrar; no se reconocen derechos del individuo frente al soberano; el particular es un objeto del poder estatal, no un sujeto que se relaciona con él. Esta concepción ha sido denominada Estado de policía. En él, al reconocerse al soberano un poder ilimitado en cuanto a los fines que podía perseguir y los medios que podía emplear, mal podía desarrollarse un análisis metodológico de ese poder” (GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 1 – Parte General. 8. ed. Buenos Aires: F.D.A., 2003, p. II-1).

também de um *poder de polícia* (destinado à coerção dos indivíduos para que estes cumprissem as ordens ditadas pelo soberano)¹⁶.

Percebe-se, diante desses aspectos do Estado de Polícia, que o *autoritarismo* que o caracteriza fundamenta toda a sua disciplina jurídica. Esse ranço autoritarista contaminou, também, as concepções inicialmente formuladas sobre o sucessor pretensamente contraposto ao Estado de Polícia: o chamado *Estado de Direito*.

O surgimento da expressão “Estado de Direito” ainda gera controvérsias na doutrina. De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o termo “Estado de Direito” foi criado na Alemanha (*Rechtsstaat*) e sua confecção, numa obra publicada em 1813, deveu-se ao jurista alemão Karl Theodor Georg Philipp Welcker, que distinguiu três modalidades de governo: despotismo, teocracia e Estado de Direito. Ainda segundo Ferreira Filho, a teorização acerca do Estado de Direito também se desenvolveu primeiramente na Alemanha¹⁷. Já para o alemão Michael Stolleis, o pioneiro no uso da expressão *Rechtsstaat* foi Johann Christoph Freiherr von Aretin, na obra *Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie* (“Estado de Direito na Monarquia Constitucional”), o que ocorreu em 1824¹⁸. Alheio ao debate sobre quem teria sido o pioneiro no uso da expressão, o argentino Gregorio Badeni sustenta que o desenvolvimento teórico do conceito de Estado de Direito em contraposição ao Estado de Polícia deve-se a Robert Von Mohl, em 1832¹⁹.

Independentemente de quem seja o criador da expressão, tem-se, como certeza, que o termo *Estado de Direito* foi cunhado na Alemanha e foi colocado em oposição ao *Estado de Polícia*. Nessa concepção, de acordo com Gregório

¹⁶ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 1 – Parte General. 8. ed. Buenos Aires: F.D.A., 2003, p. II-4 – II-6.

¹⁷ Segundo Ferreira Filho, “[...] a locução Estado de Direito foi cunhada na Alemanha: é o *Rechtsstaat*. Aparece num livro de Welcker, publicado em 1813, no qual se distinguem três tipos de governo: despotismo, teocracia e *Rechtsstaat*. Igualmente foi na Alemanha que se desenvolveu, no plano filosófico e teórico, a doutrina do Estado de Direito. Nas pegadas de Kant, Von Mohl e mais tarde Stahl lhe deram a feição definitiva” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 05).

¹⁸ Ao tratar da importância da obra de Aretin, Stolleis afirma, em nota, que “the early use of the term *Rechtsstaat* came from Aretin [o uso pioneiro da expressão ‘Estado de Direito’ veio de Aretin]”. Cf. STOLLEIS, Michael. *Public Law in Germany – 1800-1914*. New York: Berghahn Books, 2001, p. 153.

¹⁹ No original: “La concepción del Estado de Derecho, como forma de manifestación del poder estatal opuesta al llamado Estado de Policía, es una creación doctrinaria formulada por la Escuela Alemana del Derecho Constitucional. Esta construcción doctrinaria y jurídica fue desarrollada en 1832 por Robert von Mohl [...]” (BADENI, Gregorio. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo I. 2. ed. Buenos Aires: La Ley, 2006, p. 41).

Badeni, “a atividade estatal deveria estar atrelada não ao arbítrio do detentor do poder político, mas sim às normas jurídicas editadas pelo próprio Estado, sendo-lhe vedado exorbitar a esfera de atuação demarcada pela legislação”²⁰, noção que pode ser entendida como “conceito tradicional” de Estado de Direito.

Essa concepção tradicional acerca do *Estado de Direito* qualifica-o, segundo Norberto Bobbio, como uma instituição em que os poderes seriam regulados por normas gerais (as leis fundamentais ou constitucionais). Mas a ideia subjacente da *superioridade do governo das leis sobre o governo dos homens*, pretensa inovação do conceito, não era nenhuma novidade: mesmo no Estado de Polícia a limitação aos poderes do soberano também emanava diretamente da lei, *mas de uma lei supostamente ditada pela própria divindade ou pela natureza*, ao passo que no Estado de Direito somente a *lei confeccionada pelos homens* limitaria esse poder²¹.

Desse conceito tradicional do Estado de Direito pode-se extrair a conclusão de que apenas o *autor da lei* seria um traço diferenciador entre essa forma de organização e o Estado de Polícia: de oriunda da divindade, passa a normatização a ser humana, o que, na prática, não chega a representar incremento efetivo na esfera de direitos e prerrogativas individuais. E isso porque tanto num caso quanto no outro a justificação legal do poder era de fácil manipulação discursiva, pois no Estado de Polícia bastaria ao soberano sustentar que o comando divino direcionava-se para determinado sentido, situação que era de impossível aferição objetiva, assim como no caso do Estado de Direito, em que a conformação da atuação do soberano aos moldes da lei passava ao largo

²⁰ No original: “[...] toda la actividad estatal se debe adecuar a las normas jurídicas dictadas por el propio Estado. La obligatoriedad de tales normas no se limita a los particulares, sino que se extiende al Estado, cuyo desenvolvimiento debe concretarse en el marco de la ley y nunca fuera de ella” (BADENI, Gregorio. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo I. 2. ed. Buenos Aires: La Ley, 2006, p. 41).

²¹ “Por Estado de direito entende-se geralmente um Estado em que os poderes públicos são regulados por normas gerais (as leis fundamentais ou constitucionais) e devem ser exercidos no âmbito das leis que os regulam, salvo o direito do cidadão de recorrer a um juiz independente para fazer com que seja reconhecido e refutado o abuso ou excesso de poder. Assim entendido, o Estado de direito reflete a velha doutrina — associada aos clássicos e transmitida através das doutrinas políticas medievais — da superioridade do governo das leis sobre o governo dos homens, segundo a fórmula *lex facit regem*, doutrina essa sobrevivente inclusive na idade do absolutismo, quando a máxima *princeps legibus solutus* é entendida no sentido de que o soberano não estava sujeito às leis positivas que ele próprio emanava, mas estava sujeito às leis divinas ou naturais e às leis fundamentais do reino” (BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 19).

da verdadeira questão: a lei limitaria a atuação estatal, mas quem limitaria a conformação da lei?

Não por acaso, essa noção tradicional de Estado de Direito tornou-se conhecida como *Estado de Direito formal*, em que a suposta limitação legal ao poder do soberano era apenas retórica, não efetiva. Nesse sentido, colhe-se manifestação de Gregorio Badeni, segundo a qual essa formulação deixava evidente o seu caráter inconcluso, já que qualquer detentor de poder político, ainda que com viés absolutista/autoritário, poderia elaborar leis que aparentemente subjugassem a sua atuação ao ordenamento jurídico²². A lei teria, nesse contexto, papel meramente justificador do arbítrio.

Para que se conheça a noção liberal – de maior repercussão – do Estado de Direito, é necessário acrescentar um relevante acontecimento: a *constitucionalização dos direitos naturais*, circunstância que os converteu em direitos humanos juridicamente protegidos. Esses direitos, que o indivíduo conserva tanto em face de outro indivíduo quanto em face do Estado, passam a representar verdadeira *limitação material aos excessos no exercício do poder*. A inviolabilidade desses direitos impede, ainda, a possibilidade de modificação ou restrição deles por meio de outra lei, evitando-se a manipulação casuística dos direitos do indivíduo²³.

²² No original: “El propósito perseguido por este enfoque jurídico fue el de dotar de seguridad a los derechos de los hombres para que ellos no fueran desnaturalizados a través de un ejercicio abusivo del poder que, como tal, se opone a la ley. Sin embargo, esta concepción resultó incompleta en cuanto al contenido personalista de los valores que se pretendían preservar con la creación del Estado de Derecho. En efecto, esa estructura formal, desprovista de una idea política dominante personalista, podía transformar en Estado de Derecho a cualquier régimen cuyo accionar se adecuara a la ley” (BADENI, Gregorio. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo I. 2. ed. Buenos Aires: La Ley, 2006, p. 41).

²³ Essa situação é adequadamente aquilatada por Bobbio: “Por outro lado, quando se fala de Estado de direito no âmbito da doutrina liberal do Estado, deve-se acrescentar à definição tradicional uma determinação ulterior: a constitucionalização dos direitos naturais, ou seja, a transformação desses direitos em direitos juridicamente protegidos, isto é, em verdadeiros direitos positivos. Na doutrina liberal, Estado de direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e portanto em linha de princípio ‘invioláveis’ (esse adjetivo se encontra no art. 2º da Constituição italiana). Desse ponto de vista pode-se falar de Estado de direito em sentido forte para distingui-lo do Estado de direito em sentido fraco, que é o Estado não-despótico, isto é, dirigido não pelos homens, mas pelas leis, e do Estado de direito em sentido fraquíssimo, tal como o Estado kelseniano segundo o qual, uma vez resolvido o Estado no seu ordenamento jurídico, todo Estado é Estado de direito (e a própria noção de Estado de direito perde toda força qualificadora). Do Estado de direito em sentido forte, que é aquele próprio da doutrina liberal, são parte integrante todos os mecanismos constitucionais que impedem ou obstaculizam o exercício arbitrário e ilegítimo do poder e impedem ou desencorajam o abuso ou o

São traços característicos dessa concepção de Estado de Direito: a supremacia da Constituição, a separação dos Poderes, a superioridade da lei e a garantia dos direitos individuais²⁴.

Pela *supremacia da Constituição* deve-se entender a sua compreensão como um conjunto fundamental de normas e princípios que condicionam a formação e a validade das demais regras jurídicas destinadas a regulamentar os seus preceitos. A *separação dos Poderes* visa a impedir que haja exercício abusivo do poder através de sua concentração num só órgão governamental. A superioridade da lei pressupõe que as práticas estatais que interfiram na liberdade do indivíduo devem estar fundamentadas numa norma legal que, ao tempo que limita a atuação do Estado, também assegure (e também limite, se necessário) a liberdade individual. E a garantia dos direitos individuais mostra-se como a finalidade suprema da organização política, transformando esses direitos em preceitos constitucionais, impedindo-se, assim, que os poderes públicos atuem – administrativamente ou legislativamente – para deturpá-los²⁵.

Embora essa visão *material* do Estado de Direito represente significativo avanço em relação à sua concepção meramente *formal*, percebe-se ainda a existência de um Estado caracterizado pelo abstencionismo, que evita adentrar no domínio econômico, limitando-se a ser árbitro das regras do jogo²⁶. Estando evidente a insuficiência desse modelo de Estado para suprir as necessidades dos cidadãos, ganha corpo a noção de *Estado Social de Direito*.

exercício ilegal do poder” (BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 19-20).

²⁴ Características apontadas em SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 40.

²⁵ Concepções extraídas de BADENI, Gregorio. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo I. 2. ed. Buenos Aires: La Ley, 2006, p. 48-49.

²⁶ “Do Estado liberal passa-se ao Estado social de direito, reflexo das mutações socioeconômicas e políticas ocorridas no primeiro pós-guerra (1914-1918). A intervenção do Estado nos domínios social e econômico, em ambiente político onde tem significação especial a doutrina social da Igreja e a radicalização da ideologia marxista como resposta às questões sociais do entreguerras, acarretou a crise do Estado liberal, que se revelou insuficiente para o atendimento das reivindicações sociais dos trabalhadores. O Estado absenteísta torna-se, então, atuante. De árbitro transforma-se em agente criador de serviços, mediante a prestação de inúmeras atividades sociais [...]. O Estado social de direito vem, portanto, ‘superar a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social’”. (CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 82).

2.2 Do Estado de Direito para o Estado Social de Direito

Noticia Paulo Bonavides que a atuação estatal de viés *reativo*, em que o Estado figurava apenas como garantidor da liberdade, tornava-se cada vez mais questionável pela sociedade, especialmente pela expressiva quantidade de indivíduos não abarcados pela propalada liberdade civil e alijados materialmente dos direitos que *formalmente* o Estado de Direito estendia a todos²⁷.

A configuração liberal do Estado de Direito caracterizava-se pela postura individualista estatal, em que se reconhecia que os indivíduos eram igualmente tratados pela lei, mas não se disponibilizava qualquer mecanismo que viesse a garantir materialmente essa pretensa igualdade. Em reação a esse cenário eclodiu o movimento que ficou conhecido como *constitucionalismo social*, segundo o qual mecanismos *assecuratórios da igualdade* deveriam estar previstos na Constituição, a fim de garantir-se a *independência social* dos indivíduos²⁸.

Para tanto, coube ao Estado assumir, segundo George Sarmiento, o *compromisso constitucional de assegurar a igualdade do ponto de partida*²⁹, de modo a reconhecer a insuficiência de seu papel exercido até então e a necessidade de implementar práticas que *materialmente* fossem eficazes. Consagra-se, assim, o

²⁷ “Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, [...] estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área da iniciativa individual, nesse instante o Estado pode com justiça receber a denominação de Estado social” (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 186).

²⁸ “Si bien originariamente en el seno del constitucionalismo prevaleció una tendencia individualista, a mediados del siglo XIX comenzó a operarse una ligera variación en esa línea por obra del liberalismo católico y del socialismo. Esa variación, que es consecuencia del carácter dinámico del constitucionalismo, quedó consolidada a comienzos del siglo XX en el fenómeno que Segundo V. Linares Quintana designó con el nombre de constitucionalismo social. Fue en ese momento cuando los textos constitucionales comenzaron a reconocer, no al ser humano en abstracto, sino inmerso en la convivencia social, y los derechos individuales fueron reglamentados en base al interés social o bien común. Se entendió que la organización política no debía limitarse al reconocimiento de la independencia jurídica del individuo, sino que además debía crear un mínimo de condiciones necesarias para asegurar su independencia social” (BADENI, Gregorio. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo I. 2. ed. Buenos Aires: La Ley, 2006, p. 44).

²⁹ “Nas primeiras décadas do século 20, o fosso entre ricos e pobres aprofundou-se. Operários e camponeses revoltaram-se contra o modelo econômico vigente e passaram a exigir justiça social na repartição das riquezas. Diante desse quadro, o Estado foi obrigado a sair da inércia e a intervir com firmeza nas atividades econômicas. Com a mudança de paradigma, passou a promover políticas públicas voltadas para realização do bem-estar social. E o principal: assumiu o compromisso constitucional de assegurar a *igualdade do ponto de partida*, democratizando, entre outros direitos sociais e econômicos, a educação, a saúde, o trabalho e a previdência pública” (SARMENTO, George. Apresentação. In: _____ (Org.). *Direitos Humanos e Bioética*. Maceió: EDUFAL, 2002, cap. 1, p. 07-08). Destaques conforme o original.

Estado Social de Direito, que incorporou os avanços verificáveis no Estado de Direito, e ainda acresceu novas obrigações ao Estado em face do cidadão.

Essa forma estatal mereceu grande repercussão nas Constituições que vieram a lume após a Primeira Guerra Mundial, a exemplo das Leis Fundamentais do México (1917), Weimar (1919), Finlândia (1919), Áustria (1920), Estônia (1920) e Polônia (1921), embora esse novo papel do Estado não fosse um fenômeno amplamente disseminado – na mesma época em que despontavam essas novas Constituições era possível verificar o ressurgimento de governos totalitários, que retomavam a noção de indivíduo como meio de ação do Estado, de modo semelhante ao que ocorria à época do Estado de Polícia³⁰.

O Estado Social de Direito, embora tenha trazido avanços significativos quando comparado ao seu antecessor, o *Estado de Direito* liberal, já que preservava as suas virtudes e supria muito de suas falhas³¹, ainda padecia de problemas: o Estado Social poderia ser implantado tanto em realidades políticas democráticas (caso em que se teria a *social democracia*) quanto em realidades políticas totalitárias. Neste último caso, o cenário viria a favorecer o populismo e

³⁰ “Ya no se concebía solamente al individuo como titular de derechos y objeto de la función protectora del poder, sino que fueron agregados los grupos sociales coordinando una relación armónica entre el hombre y la sociedad, sin que el amparo de los derechos sociales condujera al extremo de allanar las libertades individuales. A esta expresión del constitucionalismo respondieron, entre otras, las constituciones de México (1917), Weimar (1919), Finlandia (1919), Austria (1920), Estonia (1920) y Polonia (1921). [...] en forma casi simultánea y bajo nuevas modalidades y características, renacieron con singular energía las doctrinas totalitarias transpersonalistas, que consideran al hombre no como objeto final de la actividad política, sino simplemente como una herramienta o instrumento para alcanzar otros fines que son presentados como valores superiores a la dignidad humana. Así se inició un proceso de desconstitucionalización con el surgimiento de diversos sistemas autocráticos, cuyos máximos exponentes se asentaron en Rusia (1918), Italia (1922) y Alemania (1933), y cuya secuela se extendió al resto de Europa y al continente americano con la aparición de los regímenes neopresidencialistas” (BADENI, Gregorio. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo I. 2. ed. Buenos Aires: La Ley, 2006, p. 44-45).

³¹ “Se as revoluções liberais maximizaram os direitos individuais e supervalorizaram a liberdade pessoal, o Estado Social, por sua corrente moderada, tenta conviver com o capitalismo, de forma domesticada, e introduzindo elementos do socialismo, particularmente procurando uma mais justa distribuição de riquezas e socorrendo os mais necessitados, o que, evidentemente, teria que redundar numa restrição aos direitos fundamentais do indivíduo, numa concepção bastante inovadora a ser adotada por um diferente tipo de Estado. Interessante notar que, na seara do Direito, propriamente falando, poderíamos afirmar que a primeira leva dos assim chamados direitos humanos, trazida pelos ventos do liberalismo, de caráter negativo, teria surgido do combate dos liberais ao absolutismo. A segunda corrente de direitos humanos, de cunho social, surge em consequência da crítica originada por força do socialismo ao liberalismo. Em outro giro verbal, a segunda geração de direitos surgiu para implementar a primeira geração, ou seja, para dar condições ao indivíduo de exercer sua verdadeira liberdade, reconhecendo que a igualdade formal apregoada pelos liberais jamais se concretizaria pela mão do Estado neutro, não intervencionista, necessitando da força do Estado Social para trazer ao mesmo nível os desvalidos e faltos de oportunidade daqueles que se encontravam e se encontram em situação privilegiada, realizando a igualdade material” (SILVA, Ênio Morais da. Estado Democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*, v. 42, n. 167, p. 224-225, jul./set. de 2005).

o paternalismo, situação que, uma vez verificada, poderia significar a corrosão do Estado Social: a médio e longo prazo, a igualdade sustentada por políticas de efeitos efêmeros tende a agravar ainda mais a desigualdade social, com o agravante de as garantias mínimas de liberdade e propriedade correrem risco³².

Assim, resta mais um passo na evolução do Estado, aquele que congrega os direitos individuais (Estado de Direito), os direitos sociais (Estado Social de Direito) e a *soberania popular*. Essa combinação é possível no *Estado Democrático de Direito*.

2.3 Do Estado Social de Direito para o Estado Democrático de Direito

Em obra específica sobre a relação entre *liberalismo* (responsável pela conformação conceitual do Estado de Direito) e *democracia*, Norberto Bobbio aponta que esses conceitos não são interdependentes. Pelo contrário: surgem em momentos distintos – a democracia ainda na Antiguidade, entre os gregos, e o liberalismo apenas no século XVIII – e, originariamente, são colocados em trincheiras contrapostas³³.

³² “Não se pode negar que o passo dado em direção ao Estado social, na verdade, foi um pulo gigantesco para a evolução da sociedade. Entretanto, o caminho apenas se iniciou. A fragilidade desse tipo de Estado é desnudada quando a manifestação do seu aspecto social não passa de mero paternalismo e este se encontra imiscuído em uma estrutura política concentradora de poder, autocrática, ou mesmo carecedora de legitimidade popular. Esse, afirmamos, é – ou pode ser – o ponto fraco do Estado Social. Tendo em vista que ele se coaduna – ou se permite coadunar – com regimes políticos ilegítimos, antagônicos até aos objetivos fundamentais daquele, permitindo a introdução de comandos de poder de cunho totalitário ou despótico, resta fraturada a estrutura nuclear do Estado Social, o que anularia o seu escopo de justiça social” (SILVA, Ênio Morais da. Estado Democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*, v. 42, n. 167, p. 224-225, jul./set. de 2005).

³³ “Como teoria do Estado (e também como chave de interpretação da história), o liberalismo é moderno, enquanto a democracia, como forma de governo, é antiga. O pensamento político grego nos transmitiu uma célebre tipologia das formas de governo das quais uma é a democracia, definida como governo dos muitos, dos mais, da minoria, ou dos pobres (mas onde os pobres tomam a dianteira é sinal de que o poder pertence ao *pléthos*, à massa), em suma, segundo a própria composição da palavra, como governo do povo, em contraposição ao governo de uns poucos [...]. O que se considera que foi alterado na passagem da democracia dos antigos à democracia dos modernos, ao menos no julgamento dos que vêem como útil tal contraposição, não é o titular do poder político, que é sempre o ‘povo’, entendido como o conjunto dos cidadãos a que cabe em última instância o direito de tomar as decisões coletivas, mas o modo (mais ou menos amplo) de exercer esse direito [...]” (BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 31-32).

Na compreensão moderna dessas expressões, contudo, Bobbio esclarece haver uma relação de complementaridade entre *liberalismo* e *democracia*, desde que se entenda esta última como a distribuição efetiva do poder político entre os cidadãos, para que eles também tomem parte do “jogo democrático”. Ou seja, existe forte interação entre o ideal liberal e a chamada *democracia procedimental*³⁴, que se encontram conceitualmente na soberania popular, com a tomada de decisões por parte do povo, o que conduz à conclusão de que atualmente, portanto, não é mais possível pensar em *Estado de Direito* desvinculado de *Estado Democrático*, nem o inverso, haja vista a forte interação estabelecida entre *salvaguarda dos direitos fundamentais* e a *possibilidade de decisão popular acerca dos destinos do Estado*³⁵.

³⁴ “O liberalismo dos modernos e a democracia dos antigos foram freqüentemente considerados antitéticos, no sentido de que os democratas da Antigüidade não conheciam nem a doutrina dos direitos naturais nem o dever do Estado de limitar a própria atividade ao mínimo necessário para a sobrevivência da comunidade. De outra parte, os modernos liberais nasceram, exprimindo uma profunda desconfiança para com toda forma de governo popular, tendo sustentado e defendido o sufrágio restrito durante todo o arco do século XIX e também posteriormente. Já a democracia moderna não só não é incompatível com o liberalismo como pode dele ser considerada, sob muitos aspectos e ao menos até um certo ponto, um natural prosseguimento. Com uma condição: que se tome o termo ‘democracia’ em seu significado jurídico-institucional e não no ético, ou seja, num significado mais procedimental do que substancial. É inegável que historicamente ‘democracia’ teve dois significados prevaletentes, ao menos na origem, conforme se ponha em maior evidência o conjunto das regras cuja observância é necessária para que o poder político seja efetivamente distribuído entre a maior parte dos cidadãos, as assim chamadas regras do jogo, ou o ideal em que um governo democrático deveria se inspirar, que é o da igualdade. A base dessa distinção costuma-se distinguir a democracia formal da substancial, ou, através de uma outra conhecida formulação, a democracia como governo do povo da democracia para o povo. Não é o caso, aqui, de repetir ainda uma vez que nessas duas acepções a palavra ‘democracia’ é usada em dois significados diversos o suficiente para produzirem inúteis e intermináveis discussões, como a dedicada a saber se é mais democrático um regime em que a democracia formal não se faz acompanhar de uma ampla igualdade ou o regime em que uma ampla igualdade é obtida através de um governo despótico. Desde que na longa história da teoria democrática se combinam elementos de método e motivos ideais, que apenas se encontram fundidos na teoria rousseauiana, na qual o ideal fortemente igualitário que a move só encontra realização na formação da vontade geral, ambos os significados são historicamente legítimos. Mas a legitimidade histórica de seu uso não permite nenhuma ilação sobre a eventual presença de elementos conotativos comuns. Dos dois significados, é o primeiro que está historicamente ligado à formação do Estado liberal. No caso de se assumir o segundo, o problema das relações entre liberalismo e democracia torna-se muito complexo, tendo já dado lugar, e há motivos para crer que continuará a dar lugar, a debates inconclusivos” (BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 37-38).

³⁵ “Nenhum dos princípios de igualdade, acima ilustrados, vinculados ao surgimento do Estado liberal, tem a ver com o igualitarismo democrático, o qual se estende ao ponto de perseguir o ideal de uma certa equalização econômica, estranha à tradição do pensamento liberal. Este se projetou até a aceitação, além da igualdade jurídica, da igualdade das oportunidades, que prevê a equalização dos pontos de partida, mas não dos pontos de chegada. Com respeito, portanto, aos vários significados possíveis de igualdade, liberalismo e democracia estão destinados a não se encontrar, o que explica, entre outras coisas, a contraposição histórica entre eles durante uma longa fase. Em que sentido, então, a democracia pode ser considerada como o prosseguimento e o aperfeiçoamento do Estado liberal, ao ponto mesmo de justificar o uso da expressão ‘liberal-democracia’ para designar um certo número de regimes atuais? Não só o liberalismo é

Essa interação desencadeou a formação do *Estado Democrático de Direito*, que é categorizado como *princípio fundamental* que “reúne os princípios do *Estado de Direito* e do *Estado Democrático*, não como simples reunião formal de seus respectivos elementos, tendo em vista que revela um *conceito novo* que os supera”³⁶. Essa superação conceitual do Estado Democrático de Direito em relação aos conceitos que, combinados, o originou, fundamenta-se na sua “providência de transformação do *status quo* e garantia de uma sociedade pluralista, livre, justa e solidária, em que todo o poder emane do povo e seja exercido em benefício do povo”³⁷. Diante disso, pois, pode-se constatar a existência de uma feição *proativa* no Estado Democrático de Direito, em que a soberania popular é canalizada não só para decidir os rumos estatais, mas também para efetivamente consagrar direitos e garantias a serem respeitadas e implementadas, na prática, pelo Estado.

compatível com a democracia, mas a democracia pode ser considerada como o natural desenvolvimento do Estado liberal apenas se tomada não pelo lado de seu ideal igualitário, mas pelo lado da sua fórmula política, que é, como se viu, a soberania popular. O único modo de tornar possível o exercício da soberania popular é a atribuição ao maior número de cidadãos do direito de participar direta e indiretamente na tomada das decisões coletivas; em outras palavras, é a maior extensão dos direitos políticos até o limite último do sufrágio universal masculino e feminino, salvo o limite da idade (que em geral coincide com a maioridade). Embora muitos escritores liberais tenham contestado a oportunidade da extensão do sufrágio e no momento da formação do Estado liberal a participação no voto fosse consentida apenas aos proprietários, a verdade é que o sufrágio universal não é em linha de princípio contrário nem ao Estado de direito nem ao Estado mínimo. Ao contrário, deve-se dizer que se foi formando uma tal interdependência entre um e outro que, enquanto no início puderam se formar listados liberais que não eram democráticos (a não ser nas declarações de princípio), hoje Estados liberais não-democráticos não seriam mais concebíveis, nem Estados democráticos que não fossem também liberais. Existem, em suma, boas razões para crer: a) que hoje o método democrático seja necessário para a salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa, que estão na base do Estado liberal; b) que a salvaguarda desses direitos seja necessária para o correto funcionamento do método democrático” (BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 42-43).

³⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 509-510. Os destaques constam no texto original. No mesmo sentido: “[...] o famoso Estado Democrático de Direito seria, então, a soma do Estado Liberal e do Estado Social? O Estado contemporâneo, que observamos mundialmente, deve prezar direitos individuais e direitos sociais e, assim, ser qualificado como Democrático de Direito? Não, essa não é a concepção que podemos verificar com a expressão. A expressão Estado Democrático de Direito vai além do somatório das duas abordagens verificadas durante os séculos XVIII e XIX. Trata-se de um modelo que, obviamente, respeita os direitos proclamados pelos dois momentos históricos abordados, mas, mais do que isto, permite uma interpretação do Direito que ainda precisa de muito amadurecimento em uma sociedade como a brasileira, que continua buscando a democracia social. Isso porque a democracia política, ou seja, a participação do cidadão na vida pública é apenas um dos aspectos do conceito de democracia hodiernamente” (XIMENES, Júlia Maurmann. Reflexões sobre o conteúdo do Estado Democrático de Direito. *Revista Científica Eletrônica ATENA*, v. 2, 2007. Disponível em: <http://www.iesb.br/ModuloOnline/Atena/arquivos_upload/Julia%20Maurmann%20Ximenes.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2010).

³⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 509.

Assim, também não é possível, modernamente, desvincular o Estado Democrático do Estado Social, pois somente se tem igualdade social na medida em que todos possam participar do processo de escolha dos mandatários do Estado, situação que impacta diretamente a formulação de políticas e práticas estatais destinadas ao atendimento dos anseios de cada vez mais cidadãos. Por outro lado, a disseminação da igualdade socioeconômica, ideal do socialismo, favorece a inserção política de cada vez mais indivíduos, o que contribui para a consolidação da democracia. Percebe-se, pois, que a interação entre Estado Social e Estado Democrático estabelece, hodiernamente, verdadeira complementaridade³⁸.

O Estado Democrático de Direito é princípio expressamente adotado pelo art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil – “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]” – o que sinaliza, após anos de ditadura militar, a necessidade de reconstrução democrática da sociedade política brasileira, pautada pelo respeito aos direitos individuais e sociais, e garantindo aos cidadãos o efetivo direito de participação e comunicação³⁹.

³⁸ “Para reforçar o nexo de compatibilidade (melhor: de complementaridade) entre socialismo e democracia, foram sustentadas duas teses: antes de tudo, o processo de democratização produziria inevitavelmente, ou pelo menos favoreceria, o advento de uma sociedade socialista, fundada na transformação do instituto da propriedade e na coletivização pelo menos dos principais meios de produção; em segundo lugar, apenas o advento da sociedade socialista reforçaria e alargaria a participação política e, portanto, tornaria possível a plena realização da democracia, entre cujas promessas — que a democracia liberal jamais seria capaz de cumprir — estava também a de uma distribuição igualitária (ou ao menos mais igualitária) do poder econômico e do poder político. Com base nessas duas teses, a indissolubilidade de democracia e socialismo passou a ser demonstrada, por parte das correntes principais do socialismo, como uma condição necessária do advento da sociedade socialista e, por parte das correntes democráticas, como uma condição do desenvolvimento da própria democracia” (BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 81).

³⁹ “[...] em um Estado Democrático de Direito, o ordenamento jurídico está vinculado ao poder democrático da transformação da realidade social, muito embora a força transformadora do direito seja impedida de perfazer intervenções ilegítimas na esfera das liberdades públicas. Afinal, o compromisso da democracia com o Estado de Direito está pautado, para a sua própria sobrevivência, no respeito aos direitos negativos de primeira geração, onde os indivíduos se reconhecem precipuamente como livres e iguais em direitos fundamentais e responsabilidades cívicas. O Estado Democrático de Direito acredita na importância das normas jurídicas para a sólida construção de uma democracia legitimamente institucionalizada. Apóia-se, ademais, na idéia de autonomia individual e direitos sociais, onde os cidadãos exercitam ativamente os seus direitos de participação e comunicação. Por conseguinte, conclui-se então que o legislador constituinte buscou com esta nova expressão, Estado Democrático de Direito, restaurar a força do direito vinculando-o à necessidade de uma efetiva legitimação democrática das normas jurídicas. Fundamentalmente, enfim, a criação desta nova expressão denominada Estado Democrático de Direito se deve ao simples fato de nós termos atravessado duas décadas de um regime militar autoritário, onde tanto o

Nesse sentido, assevera, com propriedade, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, para quem “não mais basta que o Estado se submeta ao Direito conformado pelas leis, que é seu próprio produto; é necessário que essas leis se submetam ao Direito, que é produto da sociedade”⁴⁰.

Pode-se afirmar, pois, que o Estado Democrático de Direito, consagrado expressamente no art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, incorpora tanto os avanços liberais quanto os avanços sociais. Não por acaso há quem o denomine de “Estado Social e Democrático de Direito”⁴¹. Neste texto, porém, em observância ao termo positivado na Constituição, e tendo em vista a noção de que a compreensão contemporânea de *Estado Democrático de Direito* já inclui, em seu âmago, a concepção de Estado Social, a preferência será atribuída à expressão *Estado Democrático de Direito*.

2.4 A atuação estatal no Estado Democrático de Direito

valor Estado de Direito bem como o da democracia foram absolutamente desprezados. Agora, mais do que nunca, parece que a força do direito associa-se ao processo de reconstrução democrática da sociedade política” (ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 231).

⁴⁰ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo: novas considerações, avaliação e controle das transformações. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, jun./jul./ago. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-2-junho-2005-diogo%20figueiredo.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2010.

⁴¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 54-55 e OHLWEILER, Leonel. A concepção dogmática do direito administrativo: contributo para uma (re)construção hermenêutica. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 42, n. 167, p. 171-189, jul./set. 2005. Há quem utilize a expressão com a ordem dos termos alterada. É o caso do venezuelano Allan-Randolph Brewer-Carías, que prefere empregar o termo *Estado Democrático e Social de Direito*: “[...] está planteada la necesidad de que se produzca un proceso de democratización del propio derecho o del ejercicio de los controles jurisdiccionales de la acción del Estado, pues en la realidad y sobre todo en los países latinoamericanos, muchos los ignoran, muy pocos los ejercen, y en los pocos casos en que se producen, la efectividad de los mismos es relativa, debido a la lentitud de los procesos. Los recursos jurisdiccionales, por otra parte, a pesar de su relativa efectividad, todavía siguen siendo ejercidos por minorías generalmente de carácter económico. Por ello, frente al reto de la consolidación de un Estado Democrático y Social de Derecho, en el esquema formal del Estado de Bienestar de Derecho debe incorporarse un proceso de democratización del control judicial de la Administración, de manera que la sumisión de ella a la legalidad sea efectiva y pueda exigirse su responsabilidad por todas las actuaciones que lesionen ilegítimamente los derechos económicos y sociales” (BREWER-CARIÁS. Allan-Randolph. *Derecho Administrativo*. Tomo I – Los Supuestos Fundamentales del Derecho Administrativo. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1975, p. 55).

Já ficou assentado, desde a formulação do Estado de Direito, que a atuação estatal deveria ser limitada. Esse limite significava, num primeiro momento, a adoção de uma postura *negativa* pelo Estado, que não deveria interferir arbitrariamente na liberdade dos indivíduos⁴². Depois, com a necessidade de implementação de diversos direitos a um número cada vez maior de indivíduos, por meio da atuação *positiva* do Estado, este ganhou a qualificação de “social”. E incorporando essas premissas, hoje se tem no Brasil um Estado que, além de garantir a liberdade e a propriedade, bem como a efetiva fruição de direitos sociais, necessita, ainda, assegurar a *participação democrática dos cidadãos nos destinos do Estado brasileiro*.

Invoca-se, mais uma vez, as formulações de Agustín Gordillo, para quem “a democracia não é somente uma forma de alcançar o poder, mas também um modo de exercê-lo”⁴³. Assim, a democracia não fica adstrita apenas à adoção do sufrágio universal como meio de escolha dos representantes do povo. Mais do que isso: deve-se entender a expressão *democratizar o poder* como meio de assegurar efetivamente a *participação popular* (no caso, dos indivíduos diretamente afetados por determinada providência estatal) *por ocasião do exercício do poder cometido aos agentes públicos*. Não se pode conceber *democracia sem participação*⁴⁴. Atos estatais que se fecham num sombrio aspecto unilateral, praticados às escondidas e sem a possibilidade de participação do cidadão no seu controle (prévio e posterior ao ato) não se

⁴² No original: “El centro de la cuestión radica siempre, como se advierte, en que los derechos individuales no sean transgredidos por parte de los poderes públicos. Ahora bien, esta magnífica concepción del Estado de Derecho es ante todo negativa: ponerle vallas a los poderes públicos para que éstos no puedan actuar arbitrariamente en relación a los particulares” (GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 1 – Parte General. 8. ed. Buenos Aires: F.D.A., 2003, p. III-22).

⁴³ No original: “[...] la democracia es no sólo un modo de alcanzar el poder, sino también un modo de ejercicio de él” (*Ibidem*, p. II-15).

⁴⁴ “Infere-se também que a participação ocupa, aí, um lugar decisivo na formulação do conceito de Democracia, em que avulta, por conseguinte, o povo – povo participante, povo na militância partidária, povo no proselitismo, povo nas urnas, povo elemento ativo e passivo de todo o processo político, povo, enfim, no poder. Eis, descrita genericamente, a essência da democracia abraçada com a dinâmica do movimento e da ação, ou materializada em aspectos que presumem já sua manifestação concreta ou objetiva, posto que em dimensão fugaz, de contornos ainda por definir, na esfera conceitual. Não há democracia sem participação. De sorte que a participação aponta para as forças sociais que vitalizam a democracia e lhe assinam o grau de eficácia e legitimidade no quadro social das relações de poder, bem como a extensão e abrangência desse fenômeno político numa sociedade repartida em classes ou em distintas esferas e categorias de interesses” (BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 50-51).

coadunam com o Estado Democrático de Direito referido expressamente no art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Denuncia Agustín Gordillo que, apesar da repercussão do conceito de democracia na conformação de diversos princípios e normas jurídicas, especialmente na configuração e na atuação do Estado e seus agentes, há quem se apegue – e não são poucos os administradores públicos e mesmo teóricos do Direito Administrativo que o fazem – a *hipóteses jurídico-políticas que foram erigidas à época do Estado de Polícia e que, por representarem uma modalidade totalmente antidemocrática de compreensão do exercício do poder político e da atividade administrativa, devem ser descartadas cientificamente*⁴⁵.

Assim, todas as notas típicas do Estado de Polícia devem ter sua importância limitada ao estudo histórico: são relevantes para a informação sobre determinado momento e para a compreensão acerca da evolução da teoria político-jurídica do Estado. E só: não se deve compreender qualquer desses aspectos como prerrogativa estatal contemporânea, visto que, com o advento do constitucionalismo, o Estado deixou de ser “de Polícia”, passando a ser “de Direito”, circunstância que fulmina qualquer possibilidade de serem mantidas formulações construídas sob a égide do absolutismo e que somente a ele se atrelam. A incorporação de princípios voltados para o autoritarismo mostrava-se absolutamente incompatível à época do Estado de Direito, concepção já bicentenária. E deve ser rechaçada com ainda mais veemência no Estado Democrático de Direito.

O fato é que ainda se verifica, de maneira disseminada, a defesa de preceitos e práticas estatais fundadas no *unilateralismo*, na *apriorística*

⁴⁵ Lo expuesto en el § 2 [o autor argentino dedicou esse parágrafo à exposição das circunstâncias caracterizadoras do Estado de Polícia, que foram também abordadas no presente estudo, no tópico 2.1, neste capítulo] es para advertir que si realmente nos ubicamos en la era constitucional y abandonamos el sistema de la monarquía absoluta, *no podemos de ningún modo mantener las hipótesis jurídico-políticas que se construyeron para esta última y que sólo con ella tienen sentido y fundamento empírico*. Ninguna justificación, ni jurídica ni política y menos aun ética, puede haber para pretender aplicar al Estado moderno los criterios con los cuales funcionaron los gobiernos absolutistas del pasado. Con todo, son numerosas las doctrinas que no pocos autores siguen manteniendo hoy, como un legado espurio del pasado, incluso del pasado reciente que muchos tratan de “olvidar” pero que otros recuerdan vívidamente. La irrenunciable labor del jurista es estar atento para detectarlas como erróneas, denunciar su filiación histórico-política y su falsedad en el confronto con los hechos y en función de ello suprimirlas cuando corresponda, para dar verdadera vigencia a los principios del Estado de Derecho. La tarea no es fácil; talvez nunca llegue plenamente la madurez política y el carácter científico pleno del derecho administrativo; que siempre quede en él algún resto de autoritarismo, de absolutismo, o de cualquier tendencia de fuerza” (GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 1 – Parte General. 8. ed. Buenos Aires: F.D.A., 2003, p. II-11). Os destaques constam no texto original.

supremacia do Estado em face do particular e na manipulação frequente da *concepção de interesse público como interesse do governo ou do ente estatal*. Todas elas nada mais são do que formas de diminuir o cidadão e minimizar os seus direitos em face do Estado. Não é necessário muito esforço para constatar que essa prática inverte a lógica jurídica do Estado moderno: ao invés de *prestador de serviços públicos* (e assim, o Estado *serviria ao público*, o cidadão), o cidadão é que se encontra *servindo ao Estado* (quando não representando “obstáculo” à atuação do Estado e seus agentes). Lógica esta totalmente alinhada ao Estado de Polícia, como se percebe. E que não tem qualquer aplicabilidade num Estado Democrático de Direito.

É nesse sentido que Diogo de Figueiredo Moreira Neto informa que o Brasil – no que está acompanhando de boa parte dos demais Estados soberanos – vem atravessando a chamada *Idade da Democracia*, que, com seu apelo pela *participação*, mostra-se incompatível com as formas autocráticas e concentradoras de poder que dominaram as ideologias preponderantes há não muito tempo⁴⁶.

Em face disso, sustenta Agustín Gordillo que não mais se aceitam práticas como a crença cega nas palavras do governante ou na voz de comando de quem está no poder. Impõe-se, pois, a necessidade de instituir-se novos mecanismos de participação popular, ampliando-se o espectro democrático do Estado para além do processo de escolha dos governantes⁴⁷.

⁴⁶ “Abre-se esta época, que se poderia definir como uma *Idade da Democracia*, afirmando-se simbolicamente com a queda do muro de Berlim e se expressando pelo progressivo isolamento das ditaduras, pela crítica às formas autocráticas e concentradoras de poder e por um insopitável anseio de *participação* difícil de ser ignorado por parte das estruturas políticas tradicionais que haviam sido desenvolvidas sob as premissas do estatismo e das ideologias estatizantes, que dominaram a primeira metade do século XX” (MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo: novas considerações, avaliação e controle das transformações*. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, jun./jul./ago. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-2-junho-2005-diogo%20figueiredo.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2010). Destaques constam no texto original.

⁴⁷ No original: “Se ha ido poco a poco creando conciencia de que hay numerosos problemas sociales que tienen directa relación con la forma en que funcionan los poderes públicos y en especial la administración pública, que tienen adecuado encuadramiento por medio de reformas en el derecho administrativo. Ya no basta el imperio de la autoridad de quien ejerce ocasionalmente el poder; ya no satisface la voz de mando, sea quien fuere el que manda y mucho menos si no es una autoridad electiva. Ahora se intenta conseguir una sociedad cada vez más participativa. Los esquemas clásicos de la democracia representativa no se rechazan, pero se postulan como insuficientes: *hay que crear nuevas y adicionales formas de participación del pueblo en el poder*, de modo tal que su influencia en él no se limite a la elección de candidatos electorales” (GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 1 – Parte General. 8. ed. Buenos Aires: F.D.A., 2003, p. II-13 – II-14). Os destaques constam no texto original.

2.5 A principal faceta do Estado Democrático de Direito: a cidadania

Ao abordar a cidadania, afirma Dirley da Cunha Júnior que esse direito tem por objetivo “qualificar todas as pessoas como titulares de direitos frente ao Estado, reconhecendo o indivíduo como parte integrante e indissociável da sociedade”⁴⁸.

Deve-se interpretar de maneira ampla a expressão “titularização de direitos frente ao Estado”: a cidadania não apenas concede ao indivíduo direitos *em face do Estado*, mas *também dentro dele*, pressupondo-se o *amplo exercício da cidadania* à medida que se assegura *ampla participação democrática nas decisões estatais*. Cidadania é, pois, *imagem* do verdadeiro Estado Democrático de Direito⁴⁹, sendo correto também conceber o contrário: o Estado Democrático de Direito só se realiza se houver efetivação da cidadania⁵⁰. Ambos os conceitos estão, pois, umbilicalmente atrelados.

Não por acaso a Constituição reconhece a *cidadania como fundamento do Estado Democrático de Direito* (art. 1º, *caput*, e inciso II), um dos sustentáculos do exercício da democracia e da efetivação dos preceitos constitucionais.

Na ordem jurídico-positiva há respaldo expreso para reforçar essa intrínseca interligação entre *democracia, participação e cidadania*, com base no texto do Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992, que traz em anexo o texto do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembléia-Geral das Nações Unidas, ocorrida em 16 de dezembro de 1966.

⁴⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 527.

⁴⁹ “Tomada por imagem da cidadania, e propugnada com virtude e lealdade, a democracia de participação guardará, sempre, a pureza de suas linhas mestras e conceituais, e, pela correção de seus traços, não há de pertencer, nunca, àquele fascículo de palavras vãs que não formam idéias nem conceitos, por serem de todo estéreis e vazias” (BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 65).

⁵⁰ “Democracia é igualdade e, em razão disso, princípio social de justiça, que transcende, ao mesmo passo, a natureza meramente política de sua gestação na ciência de Aristóteles. É na idade contemporânea a alma das Constituições. Forma de governo e regime político também. Mas, acima de tudo, direito fundamental da cidadania, direito da quarta geração, que sobe ao cume da hierarquia normativa e pela sua natureza e substância assume a identidade de um princípio. Quem transgride esse direito perpetra uma inconstitucionalidade material, ficando, assim, incurso nas sanções do ordenamento” (*Ibidem*, p. 132-133).

Essa norma internacional, definitivamente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, consigna, no seu art. 25, alínea “a”, que “todo *cidadão* terá o direito e a possibilidade [...] de *participar da condução dos assuntos públicos*, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos”.

Assegura-se, portanto, que a *participação dos cidadãos* não se limita ao período eleitoral. Cidadania não é apenas contar com direitos políticos *stricto sensu*, restrição que condiciona a tradicional divisão em *cidadania ativa* (direito de votar) e *cidadania passiva* (direito de ser votado). Uma compreensão mais ampla da concepção de cidadania e de seu verdadeiro papel num Estado Democrático de Direito passa pela ampliação da noção de cidadania passiva para *ter direito a ter direitos* e da noção de cidadania ativa para *o direito a influenciar o destino do Estado*, com a participação do cidadão nas decisões estatais. Somente compreendendo a noção de *cidadania* de forma ampla será possível realizar o ideal da soberania popular, em que os cidadãos são titulares e destinatários do poder cometido do Estado⁵¹, devendo o ente estatal *prestar contas* do exercício desse poder aos cidadãos.

Na construção de uma concepção ampla de cidadania, convém mencionar a ideia desenvolvida por Boaventura de Sousa Santos, que correlaciona a *cidadania bloqueada* com o *assimilacionismo*.

Segundo essa construção teórica, *cidadania bloqueada* é aquela em que se verifica a existência de preceitos assecuratórios da participação democrática, mas não se implementam as condições materiais para tanto. Essas condições seriam três: 1) assegurar a sobrevivência dos cidadãos, provendo-se as suas necessidades básicas; 2) assegurar a liberdade, de modo a reprimir as restrições a esse direito; 3) o direito de *acesso à informação*. Sem essas condições, cria-se o cenário propício para a consolidação do *assimilacionismo*, que é a participação limitada pela ausência de liberdade de discutir *como se dará essa abertura*⁵².

⁵¹ “Introduzir, de conseguinte, o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental na consciência, na vida e na práxis dos que exercitam a governação e dos que, enquanto entes da cidadania, são, do mesmo passo, titulares e destinatários da ação de governo, representa uma exigência e imperativo de elevação institucional e de melhoria qualitativa das bases do regime. É o que se preconiza numa sociedade açoitada de inumeráveis lesões aos direitos fundamentais e de freqüente desrespeito às garantias mais elementares do cidadão livre, aquele que se prepara para compor os quadros da democracia participativa do futuro” (BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 232).

⁵² “A situação da qual partimos, realmente muito difícil, tem essas características gerais: uma cidadania bloqueada, na medida em que a muita gente – que é a característica do sistema democrático representativo – não se garantem as condições de participação, ou seja, uma

No mesmo sentido, sustenta Jürgen Habermas que a cidadania deve ser assegurada na forma de *especificação das possibilidades de atuação do cidadão em face do Estado*. Assim, para cada atuação estatal que se exija um determinado sacrifício de direitos de uma ou mais pessoas, é absolutamente necessário que a elas sejam asseguradas amplas liberdades, no sentido de conhecer *previamente* o alcance da providência estatal e *influir* na definição do alcance dessa ação do Estado⁵³.

Permitir que o Estado decida mantendo práticas como “julgamentos sigilosos”, “ampla discricionariedade” e “indeferimento em face da ausência dos pressupostos legais” é o mesmo que *negar a informação ao cidadão*, circunstância que *bloqueia o amplo exercício da cidadania*: o cidadão não recebe, quando e como deveria, a efetiva prestação de contas acerca do exercício do poder político. E também é uma prática *assimilacionista*, já que não há qualquer abertura, em casos que tais, para que se discuta acerca dos *procedimentos* adotados para a tomada de decisão, situação absolutamente contrária à democracia.

Esse *déficit* de cidadania não pode ser suprido pelas singelas soluções da *impugnação administrativa* ou do *questionamento judicial*. Em ambos os casos, a “participação” somente se verifica *depois que a decisão já fora previamente tomada*, o que equivale a dizer que existe, nesse caso, uma “democratização diferida”, noção que é uma *contraditio in terminis*: ou há *participação efetiva*, realizando-se os fundamentos da democracia e da cidadania consagrados na

cidadania que se baseia na idéia de participação mas não garante suas condições materiais. Por exemplo, três condições são fundamentais para poder participar: temos de ter nossa sobrevivência garantida, porque se estamos morrendo de fome não vamos participar; temos de ter um mínimo de liberdade para que não haja uma ameaça quando vamos votar; e finalmente temos de ter acesso à informação. Parece-me que com essa cidadania bloqueada está se banalizando a participação; participamos cada vez mais do que é menos importante, cada vez mais somos chamados a ter uma opinião sobre coisas que são cada vez mais banais para a reprodução do poder. E isto é algo que também me parece importante: há um novo processo de ‘assimilacionismo’, que se exerceu em relação aos indígenas e agora se expande a toda a sociedade, e consiste em participar sem poder discutir as regras de participação. Então, a partir disso, temos de desenvolver outro modelo democrático que consiga de fato vencer essa situação” (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. Tradução Mouzar Benedito. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 92).

⁵³ “O princípio segundo o qual todo o poder do Estado emana do povo tem que ser *especificado*, conforme as circunstâncias, na forma de liberdades de opinião e de informação, de liberdades de reunião e de associação, de liberdades de fé, de consciência e de confissão, de autorizações para a participação em eleições e votações políticas, para a participação em partidos políticos ou movimentos civis, etc.” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume 1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 165. Destaques conforme o original).

Constituição *durante a construção do processo de tomada de decisão estatal*, ou há puro e simples *arbítrio*, incompatível com a democracia, que obriga o cidadão, em face do Estado, a “participar” somente se defendendo das atitudes estatais.

Apenas possibilitar o questionamento das decisões estatais, administrativa ou judicialmente, *depois que elas são unilateralmente impostas* pode parecer, à primeira vista, uma relevante conquista. E é, quando se considera que nem mesmo essa possibilidade era factível no Estado de Polícia. Mas é *muito* menos do que é possível conceber num Estado Democrático de Direito.

A dimensão do quão incrementado ainda deve ser o papel do cidadão no Estado Democrático de Direito brasileiro é dada por Jürgen Habermas:

Uma participação democrática que se impõe passo a passo cria com o *status* da cidadania uma nova dimensão da solidariedade mediada juridicamente; ao mesmo tempo, ela revela para o Estado uma fonte secularizada de *legitimação*. Por certo, o Estado moderno já vinha regulando desde o início seus limites sociais sobre os direitos de nacionalidade, isto é, os direitos de integrar o Estado. Mas *integrar* o Estado, no início, não significava mais do que a submissão ao poder estatal. É só com a transição ao Estado democrático de direito que deixa de prevalecer esse caráter de concessão que se faz ao indivíduo, de que ele possa integrar uma organização, para então prevalecer a condição de membro integrante do Estado conquistada agora (ao menos pela anuência implícita) por cidadãos participantes do exercício da autoridade política⁵⁴.

E daí surge o principal desafio hodierno da cidadania: ser respeitada num cenário de democratização das decisões estatais, superando a condição de *integrante submissa ao Estado*, passando a ser *integrante partícipe do Estado*.

⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro – Estudos de Teoria Política*. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 128-129.

Capítulo III – Revendo o “princípio da supremacia do interesse público”

3.1 O interesse público e sua correlação com a *vontade geral* de Rousseau

As prerrogativas que autorizariam a Administração Pública a agir de maneira impositiva, independentemente da aquiescência do particular e pretensamente respaldada pela legitimação concedida por lei, decorrem de uma formulação teórica que permeia todo o estudo atual do Direito Administrativo: a concepção de *interesse público*.

Em decorrência desse *interesse público*, toda uma estrutura político-jurídica foi montada para que o Estado não estivesse sujeito aos anseios dos indivíduos, de modo a preservar a busca do bem comum. Deve-se também ao *interesse público* grande parcela da diferenciação jurídica estabelecida entre a pessoa jurídica do Estado e as demais pessoas físicas e jurídicas.

Essas formulações tornam possível traçar um paralelo entre a noção de *interesse público* e a concepção de *vontade geral*, que é trabalhada na obra *O Contrato Social*, de Jean-Jacques Rousseau. Embora seja discutível a afirmação de que as formulações de Rousseau teriam sido inspiradoras do Direito Administrativo⁵⁵, muitos teóricos administrativistas ainda o reconhecem como

⁵⁵ “O direito administrativo não surgiu da submissão do Estado à vontade heterônoma do legislador. Antes, pelo contrário, a formulação de novos princípios gerais e novas regras jurídicas pelo Conseil d’État em França, que tornaram viáveis soluções diversas das que resultariam da aplicação mecanicista do direito civil aos casos envolvendo a Administração Pública, só foi possível em virtude da postura ativista e insubmissa daquele órgão administrativo à vontade do Parlamento. A conhecida origem pretoriana do direito administrativo, como construção jurisprudencial do Conselho de Estado derogatória do direito comum, traz em si esta contradição: a criação de um direito especial da Administração Pública resultou não da vontade geral, expressa pelo Legislativo, mas de decisão autovinculativa do próprio Executivo. [...] a atribuição do poder legislativo em matéria administrativa à jurisdição administrativa não se coaduna com as noções clássicas de legalidade como submissão à vontade geral expressa na lei (Rousseau) e partilha de funções entre os poderes (Montesquieu). Nenhum cunho garantístico dos direitos individuais se pode esperar de uma Administração Pública que edita suas próprias normas jurídicas e julga soberanamente seus litígios com os administrados” (BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel. (Org.) *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 118).

fonte inspiradora desse ramo jurídico⁵⁶. Independentemente da notícia histórica, o fato é que há bastante similitude entre o conceito rousseauiano fundamental (a “vontade geral”) e o conceito tido como fundamental do Direito Administrativo, o *interesse público*⁵⁷, similitude que, se não tem identidade histórica, certamente contribui para que diversos autores administrativistas ainda tomem um conceito pelo outro.

Consigne-se, por oportuno, que a apropriação da noção de “interesse público”, tal como tradicionalmente reconhecido pela doutrina administrativista, traz em si uma *fundamental diferença em relação ao conceito de “vontade geral”*, apesar dos diversos aspectos similares. E o efeito dessa deturpação faz-se sentir até os dias atuais, com notório prejuízo ao cidadão. Daí porque a importância de fazer-se esse paralelo.

O Estado, na visão de Rousseau, é uma pessoa pública moral, cuja vida consiste na união de seus membros, que, associados, constituem um corpo coletivo destinado a realizar a *vontade geral*, ou seja, o interesse comum⁵⁸ que confere unidade ao corpo social. Difere, assim, da soma das vontades individuais, que Rousseau denominou de *vontade de todos*⁵⁹.

⁵⁶ “[...] as bases ideológicas do Direito Administrativo são as que resultam das fontes inspiradoras do Estado de Direito, e neste se estampa a confluência de duas vertentes de pensamento: a de Rousseau e a de Montesquieu” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 47-48).

⁵⁷ “[...] Rousseau passa a preocupar-se com a existência e a vida do corpo político, ou seja, a dinâmica social. Para isto é preciso dar a este corpo político movimento e vontade pela legislação. Dar movimento consiste em dotar o corpo político de um governo cuja tarefa é zelar pelo cumprimento da cláusula essencial do contrato. Dar vontade significa dotá-lo de um sistema de leis fundamentais que fixem o conteúdo concreto da vontade geral. As leis são, desta maneira, para Rousseau, ‘atos da vontade geral’ que são expressos pelo conjunto dos cidadãos no exercício do interesse público. As leis não sendo, mais do que as condições da associação civil, o povo a elas submetido deve ser o seu efetivo autor”. (VIEIRA, Luiz Vicente. *A democracia em Rousseau – A recusa dos pressupostos liberais*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 75).

⁵⁸ “Deve-se compreender, nesse sentido, que o que generaliza a vontade é menos o número de votos que o interesse comum que os une, pois, nessa instituição, cada qual se submete necessariamente às condições que impõe aos demais: admirável acordo entre o interesse e a justiça, que dá às deliberações comuns um caráter de equidade que vemos desaparecer na discussão de qualquer negócio particular, pela falta de um interesse comum que una e identifique a regra do juiz com a da parte (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 41).

⁵⁹ “Via de regra, há muita diferença entre a vontade de todos e a vontade geral; esta se refere somente ao interesse comum, enquanto a outra diz respeito ao interesse privado, nada mais sendo que uma soma das vontades particulares. Quando, porém, se retiram dessas mesmas vontades os mais e os menos que se destroem mutuamente, resta, como soma das diferenças, a vontade geral. Se, quando o povo suficientemente informado delibera, os cidadãos não tivessem nenhuma comunicação entre si, do grande número de pequenas diferenças haveria de resultar sempre a vontade geral, e a deliberação seria sempre boa. Mas, quando se estabelecem facções, associações parciais a expensas da grande, a vontade de cada uma dessas associações se faz geral em relação aos seus membros, e particular em relação ao Estado; pode-se, então, dizer que

Assim, na base da noção de Estado existe a *salvaguarda da vontade geral*, que seria a finalidade precípua da instituição estatal.

Rousseau ainda afirmava que “só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado em conformidade com o objetivo de sua instituição, que é o bem comum”⁶⁰. Trabalhava o filósofo com a noção de que o Estado teria por objetivo alcançar/implementar o bem comum, o que, em sua teorização, faz todo o sentido: para que os homens convivam em sociedade seria necessária a existência de interesse comum entre os membros de certa comunidade, interesses que deveriam estar acima dos anseios particulares, sob pena de completa aniquilação da vida em sociedade, visto que o fortalecimento da vontade particular favoreceria as predileções, enquanto o predomínio da vontade geral objetivaria a igualdade⁶¹.

O conceito tradicional de *interesse público* incorporou essa formulação rousseauiana, identificando a atuação estatal como respaldada aprioristicamente nesse interesse público. Nesse sentido, cabe afirmar que Hely Lopes Meirelles, um dos principais expoentes do Direito Administrativo no Brasil, já conceituava *interesse público* como sendo “aquelas aspirações ou vantagens lícitamente almejadas por toda a comunidade administrada, ou por uma parte expressiva de seus membros”⁶². Em decorrência da necessidade de preservação do interesse público, para salvaguardá-lo contra interesses privados caberia ao Estado um plexo de poderes – *poderes administrativos* – que seriam necessários à defesa do interesse público⁶³.

Essa formulação do Direito Administrativo nunca foi exclusiva do Brasil: em outros países da América Latina também sempre foi possível coletar entendimentos semelhantes. Nesse sentido, cabe mencionar a posição do venezuelano Allan-Randolph Brewer-Carías, para quem a “Administração Pública tem por finalidade a satisfação do interesse público concretizado em qualquer dos

já não há tantos votantes quantos são os homens, mas apenas tantas quantas são as associações. As diferenças tornam-se menos numerosas e dão um resultado menos geral. E, por fim, quando uma dessas associações é tão grande que sobrepuja todas as demais, já não se tem por resultado uma soma de pequenas diferenças, senão uma diferença única; então, já não há vontade geral, e a opinião vencedora não passa de uma opinião particular” (*Ibidem*, p. 37-38).

⁶⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 33.

⁶¹ *Ibidem*, p. 34.

⁶² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 77.

⁶³ “[...] o poder administrativo, portanto, é atribuído à autoridade para remover os interesses particulares que se opõem ao interesse público” (*Ibidem*, p. 85).

fins do Estado”⁶⁴. Assim também se posiciona o nicaraguense Armando Rizo Oyanguren, ao entender que “a satisfação do interesse público é uma tarefa de exclusiva incumbência da Administração Pública [...], sendo necessário reconhecer-lhe um necessário poder de iniciativa”⁶⁵. No mesmo sentido, o mexicano Andrés Serra Rojas aponta que “o Estado não deve prescindir de sua condição privilegiada de poder público em nenhum dos casos, pois o interesse geral deve prevalecer sobre qualquer interesse privado”⁶⁶. Todos esses exemplos demonstram que essa sacralização do interesse público como cerne do Direito Administrativo não seria fenômeno exclusivo da doutrina administrativista brasileira.

Haveria, pois, semelhança entre o “Estado realizador da vontade geral” de Rousseau e “Estado defensor do interesse público” da doutrina administrativista tradicional, concepções que, nesse processo de apropriação conceitual, foram tratadas como sinônimas. Indevidamente, como se verá.

3.2 O Estado titular do interesse público e sua atuação contra o indivíduo

Na visão de Rousseau, uma das grandes tensões relacionadas à existência do Estado seria a *atuação incessante da vontade particular contra a vontade geral*⁶⁷, devendo haver mecanismos que a protegesse dos anseios

⁶⁴ No original: “En todo caso, una de las consecuencias de mayor interés que ha resultado de los intentos por independizar y despolitizar a la Administración Pública ha sido la pretendida asimilación de la Administración Pública a la Administración Privada, tan difundida por las ciencias administrativas norteamericanas desde principios de este siglo. Una y otra, sin embargo, son imposibles de identificar debido a sus insalvables diferencias. Baste señalar que los fines, en una y otra, son absolutamente distintos: la Administración Pública tiene por finalidad la satisfacción del interés público concretizado en cualquiera de los fines del Estado; la Administración Privada tiene por finalidad primordial, la obtención de una ganancia o provecho personal para los particulares” (BREWER-CARÍAS. Allan-Randolph. *Derecho Administrativo*. Tomo I – Los Supuestos Fundamentales del Derecho Administrativo. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1975, p. 351).

⁶⁵ No original: “[...] la satisfacción del interés público es una tarea de la exclusiva incumbencia de la Administración Pública: siendo ella la única responsable de que el plan previsto en las normas tenga éxito o fracase, a ella habrá de reconocerse un necesario poder de iniciativa” (OYANGUREN, Armando Rizo. *Manual Elemental de Derecho Administrativo*. León: Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, 1991, p. 58).

⁶⁶ No original: “El estado no debe prescindir de su condición privilegiada de poder público en todos a los casos, pues el interés general debe predominar sobre cualquier interés privado” (ROJAS, Andrés Serra. *Derecho Administrativo – Primer Curso*. Cidade do México: Porrúa, 2001, p. 146).

⁶⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 103.

particulares, se possível utilizando a força para tanto: “[...] quanto menos as vontades particulares correspondem à vontade geral, isto é, os costumes às leis, tanto mais a força repressiva deve aumentar”⁶⁸.

Não é difícil conceber que a vontade geral necessitaria ser preservada em face dessa “ameaça”. Essa necessidade foi replicada pela doutrina administrativista tradicional: também o interesse público deveria ser privilegiado em face do interesse privado, aniquilando-o em caso de confronto⁶⁹.

A incorporação dessas ideias de Rousseau ao Direito Administrativo foi efetuada não sem antes consolidar uma deturpação grave: Rousseau contrapunha a vontade geral à vontade particular, consignando que, se esta abalroasse aquela, haveria repressão do *soberano instrumentalizado pelo aparato do Estado*, e não *repressão por parte do Estado*. E isso faz toda a diferença: para Rousseau, não haveria a *personificação estatal da soberania*, que somente se realizaria a partir do ato de associação dos indivíduos em busca do bem comum, realizando a *vontade geral*. Este ato de associação formaria, no dizer de Rousseau, um ser coletivo denominado de *soberano*⁷⁰, que *não deve ser compreendido no sentido de “governante”, mas sim na acepção de “povo”*.

Assim, o soberano – ou seja, o povo – seria dotado de uma posição político-jurídica superior se comparada ao cidadão individualmente considerado. O Estado seria apenas o *vetor instrumental* que viabilizaria, institucionalmente, a busca do bem comum com base nas determinações superiores da *vontade geral*.

⁶⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 74.

⁶⁹ “A cláusula exorbitante não seria lícita num contrato privado porque desigualaria as partes na execução do avençado, mas é absolutamente válida no contrato administrativo, desde que decorrente da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa, porque visa a estabelecer uma prerrogativa em favor de uma das partes *para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares*” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 190). Destaques não constam no original.

⁷⁰ “[...] esse ato de associação produz um corpo moral e coletivo composto de tantos membros quantos são os votos da assembléia, o qual recebe, por esse mesmo ato, sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade. Essa pessoa pública, assim formada pela união de todas as demais, tomava outrora o nome de *Cidade*, e hoje o de *República* ou de *corpo político*, o qual é chamado por seus membros de *Estado* quando passivo, *soberano* quando ativo e *Potência* quando comparado aos seus semelhantes. Quanto aos associados, eles recebem coletivamente o nome de *povo* e se chamam, em particular, *cidadãos*, enquanto participantes da autoridade soberana, e *súditos*, enquanto submetidos às leis do Estado [...]. Vê-se, por essa fórmula, que o ato de associação encerra um compromisso recíproco do público com os particulares, que cada indivíduo, contratando, por assim dizer, consigo mesmo, acha-se comprometido numa dupla relação, a saber: como membro do soberano em face dos particulares e como membro do Estado em face do soberano” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 22-23). Destaques conforme o original.

Até pela sua posição *estática* na organização social (o coletivo *dinâmico* era o soberano), o Estado somente faria uso do poder nos limites ditados pelo soberano para satisfazer a vontade geral. Percebe-se que, em Rousseau, a *vontade geral não é apriorística, nem é propriedade do Estado*: pelo contrário, este existe para satisfazer a vontade geral determinada pelo soberano.

A interpretação que prevaleceu em relação à obra *O Contrato Social*, contudo, consagrou conclusão diversa. Haveria um silogismo segundo o qual a vontade geral deveria ser perseguida pelo Estado, com vistas ao bem comum; o Estado deveria atuar no sentido de preservar a vontade geral contra a atuação das vontades particulares; logo, cabendo ao Estado evitar/repelir essa ameaça, tem-se que *o Estado deve colocar-se contra as vontades privadas*. Esse silogismo – na verdade, um sofisma, pois ao Estado não caberia, *sponte propria*, perseguir a vontade geral, que é ditada apenas no interesse do soberano – viria a justificar a necessidade de contraposição entre o Estado e os “súditos”, uma ideia *que não existe no texto de O Contrato Social*.

Tem-se, no entanto, que *O Contrato Social*, embora não pretendesse dotar o Estado de prerrogativas exacerbadas em face do indivíduo, acabou por ser utilizado como base ideológica para tanto. Assim, supostamente a partir das concepções de Rousseau, ganhou força a noção segundo a qual haveria a *titularização do interesse público por parte do Estado*. Afirme-se, aqui, que ao Estado, em razão dessa titularização, incumbiria a defesa desse interesse em face da ameaça representada pelos interesses privados, de modo que seria responsabilidade estatal a tutela do interesse público, o que *não significa que o interesse público deveria ser confundido com o interesse “próprio” do Estado*⁷¹.

Em face disso se construiu a teorização que respaldaria a *blindagem* elaborada para proteger o interesse público, que recebeu a denominação de *supremacia estatal em face do indivíduo*.

3.3 Supremacia estatal como defesa do interesse público contra o indivíduo

⁷¹ Essa distinção será abordada adiante, no tópico 3.4, neste capítulo.

Hely Lopes Meirelles afirmava que o direito público era pautado pela necessária desigualdade entre o indivíduo e o Estado: o ente estatal deveria contar com especial regulação jurídica, já que *titularizaria o interesse público*. Em razão disso, estariam justificadas determinadas prerrogativas estatais, para que o Estado pudesse preservar o interesse público em face dos interesses privados⁷². Essas prerrogativas seriam *poderes instrumentais* que representariam o exercício da *supremacia do Estado em face dos cidadãos*.

Essa posição de inferioridade do indivíduo em face da “vontade geral defendida pelo Estado” (e, conseqüentemente, em face do Estado, constituído para salvaguardá-la) também teria sido inspirada em Jean-Jacques Rousseau. Em sua formulação, essa supremacia em face do particular atingiria, especificamente, os direitos tidos como “tipicamente individuais”, como o de *liberdade* (“cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos, coletivamente, cada membro como parte indivisível do todo”⁷³) e o de *propriedade* (“o direito de cada particular sobre seus próprios bens está sempre subordinado ao direito da comunidade sobre todos, sem o que não teria solidez o vínculo social, nem força real o exercício da soberania”⁷⁴).

A esse respeito, um dos mais conhecidos estudiosos da obra de Rousseau, o inglês Charles Edwyn Vaughan, entendia que “a partir do contrato social o indivíduo deixa de ser seu próprio mestre [...]. Ele não tem mais valor independente enquanto unidade [...], tornando-se uma mera fração cujo valor é determinado unicamente por sua relação com o todo”⁷⁵. Também coube a Vaughan afirmar que Rousseau é “o inimigo jurado, não só do individualismo, mas da individualidade. O indivíduo é, para ele, absolutamente sufocado na

⁷² “[...] enquanto o Direito Privado repousa sobre a igualdade das partes na relação jurídica, o Direito Público assenta em principio inverso, qual seja o da supremacia do Poder Público sobre os cidadãos, dada a prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais. Dessa desigualdade, originária entre a Administração e os particulares, resultam inegáveis privilégios e prerrogativas para o Poder Público, privilégios e prerrogativas que não podem ser desconhecidos nem desconsiderados pelo intérprete ou aplicador das regras e princípios desse ramo do Direito” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 33).

⁷³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 22.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 29.

⁷⁵ No original: “From the moment the Contract is concluded, the individual ceases to be his own master. [...] He has no longer the independent value of an unit. He has become a mere fraction whose worth is determined solely by its relation to the whole” (VAUGHAN, C. E. *The political writings of Jean-Jacques Rousseau*. v. 1. Oxford: Basil Blackwell, 1915, p. 21).

comunidade, a sua liberdade perde-se totalmente na soberania do Estado”⁷⁶. Mais: segundo Vaughan, haveria contradição entre as ideias com as quais Rousseau inicia *O Contrato Social* e as conclusões que foram estabelecidas, pois o teórico genebrino, partindo do individualismo, teria chegado, de maneira contraditória, a *uma forma extrema de coletivismo*, em que pretendia “incorporar o indivíduo a cidade e absorvê-lo no Estado à maneira de Platão”⁷⁷.

As críticas, porém, não procedem. É certo que Rousseau, de fato, contrapunha a vontade geral à vontade particular. Mas disso não decorre que o *Estado deve ser contraposto ao cidadão*, nem que o *cidadão deveria ser colocado numa postura de inferioridade em face do ente estatal*.

Rousseau não concebia a cessão da soberania popular ao Estado nem ao governante, ao contrário do que ocorria nas obras de outros teóricos do poder político, como Thomas Hobbes, que pressupunha a instituição do Estado pela atribuição do poder ao soberano⁷⁸ e John Locke, que pressupunha a renúncia da parcela individual de poder em prol da comunidade social, a qual, por sua vez,

⁷⁶ No original: “If we press his words, he is, in fact, the sworn foe not only of individualism, but of individuality. The individual is, for him, absolutely merged in the community, his freedom utterly lost in the sovereignty of the State” (VAUGHAN, C. E. *The political writings of Jean-Jacques Rousseau*. v. 1. Oxford: Basil Blackwell, 1915, p. 59).

⁷⁷ No original: “In his presentment of that theory, as we have seen, there are two stages which must be held carefully apart: the abstract form in which it is originally presented to us, and the more concrete and qualified form which it ultimately assumes. The former, the defiantly abstract presentation, is a theory of pure collectivism: a collectivism as uncompromising as that of Plato and, thanks to the doctrine of popular sovereignty, far more consistently carried out” (*Ibidem*, p. 69).

⁷⁸ “A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de os defender das invasões dos estrangeiros e dos danos uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante o seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda a sua força e poder a um homem, ou a uma assembléia de homens, que possa reduzir todas as suas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. Isso equivale a dizer: designar um homem ou uma assembléia de homens como portador de suas pessoas, admitindo-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que assim é portador de sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo o que disser respeito à paz e à segurança comuns; todos submetendo desse modo as suas vontades à vontade dele, e as suas decisões à sua decisão. Isto é mais do que consentimento ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de um modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: *Autorizo e transfiro o meu direito de me governar a mim mesmo a este homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição de transferires para ele o teu direito, autorizando de uma maneira semelhante todas as suas ações [...]*. É nele que consiste a essência da república, a qual pode ser assim definida: *uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por todos como autora, de modo que ela pode usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comuns*. Àquele que é portador dessa pessoa chama-se soberano, e dele se diz que possui poder soberano. Todos os demais são súditos” (HOBBS, Thomas. *Leviatã – Ou matéria, forma e poder de uma República eclesiástica e civil*. Organizado por Richard Tuck. Tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva e Claudia Berliner. Revisão da tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 147-148). Destaque conforme o original.

concedia ao governo a prerrogativa de comandá-la⁷⁹. A diferença na teorização de Rousseau é que, em sua visão, não haveria a *personalização da soberania*, que somente se realizaria a partir do ato de associação dos indivíduos em busca do bem comum, realizando a *vontade geral*. Este ato de associação *não* implicava a dação da vontade geral ao Estado e/ou ao governante.

Não é, pois, correto afirmar que o indivíduo estaria “aniquilado” no Estado, pois esta instituição, na visão rousseuniana, seria apenas *instrumento de realização da vontade do soberano, ou vontade geral*. Haveria, sim, submissão do indivíduo ao *soberano*, mas essa submissão corresponderia ao que hoje se conhece como *soberania popular*, em que *todo o poder emana do povo* (art. 1º, Parágrafo Único, da Constituição de 1988). A esse respeito, Rousseau afirmava que “a soberania, sendo apenas o exercício da vontade geral, nunca pode alienar-se, e que o soberano, não passando de um ser coletivo, só pode ser representado por si mesmo; pode transmitir-se o poder – não, porém, a vontade”⁸⁰.

Além disso, Rousseau pugnava pela *preservação dos direitos individuais em face do soberano* (“o pacto social estabelece tal igualdade entre os cidadãos que todos eles se comprometem sob as mesmas condições e devem gozar dos

⁷⁹ “Se o homem é tão livre no estado de natureza como se tem dito, se ele é o senhor absoluto de sua própria pessoa e de seus bens, igual aos maiores e súdito de ninguém, por que renunciaria a sua liberdade, a este império, para sujeitar-se à dominação e ao controle de qualquer outro poder? A resposta é evidente: ainda que no estado de natureza ele tenha tantos direitos, o gozo deles é muito precário e constantemente exposto às invasões de outros. Todos são tão reis quanto ele, todos são iguais, mas a maior parte não respeita estritamente, nem a igualdade nem a justiça, o que torna o gozo da propriedade que ele possui neste estado muito perigoso e muito inseguro. Isso faz com que ele deseje abandonar esta condição, que, embora livre, está repleta de medos e perigos contínuos; e não é sem razão que ele solicita e deseja se unir em sociedade com outros, que já estão reunidos ou que planejam-se unir, visando a salvaguarda mútua de suas vidas, liberdades e bens, o que designo pelo nome geral de propriedade. Por isso, o objetivo capital e principal da união dos homens em comunidades sociais e de sua submissão a governos é a preservação de sua propriedade. [...] Assim, apesar de todos os privilégios do estado de natureza, a humanidade desfruta de uma condição ruim enquanto nele permanece, procurando rapidamente entrar em sociedade. É muito raro encontrarmos homens, em qualquer número, permanecendo um tempo apreciável nesse estado. As inconveniências a que estão expostos pelo exercício irregular e incerto do poder que cada homem possui de punir as transgressões dos outros faz com que eles busquem abrigo sob as leis estabelecidas do governo e tentem assim salvaguardar sua propriedade. É isso que dispõe cada um a renunciar tão facilmente a seu poder de punir, porque ele fica inteiramente a cargo de titulares nomeados entre eles, que deverão exercê-lo conforme as regras que a comunidade ou aquelas pessoas por ela autorizadas adotaram de comum acordo. Aí encontramos a base jurídica inicial e a gênese dos poderes legislativo e executivo, assim como dos governos e das próprias sociedades” (LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Introdução de J. W. Gough, tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 156-157).

⁸⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 33.

mesmos direitos”⁸¹), pela *proteção contra o autoritarismo* (“o soberano, de sua parte, não pode onerar os súditos com nenhuma pena inútil à comunidade; não pode sequer desejá-lo, pois, sob a lei da razão, não menos que sob a da natureza, *nada se faz sem causa*”⁸²) e pela *liberdade de expressão* (“importa, pois, para se chegar ao verdadeiro enunciado da vontade geral, que não haja sociedade parcial no Estado e que cada cidadão só venha a opinar de acordo com seu próprio ponto de vista”⁸³).

Percebe-se, pois, que Rousseau não pretendia colocar o Estado como *aprioristicamente monopolizador da força em face dos cidadãos*. Essa supremacia, em sua formulação, cabe ao *soberano*. Em decorrência, porém, do fato de ter sido tomado o Estado como titular do interesse público (sucedâneo da noção de *vontade geral*), a instituição estatal, por conseguinte, seria beneficiária da “prerrogativa” da supremacia em face do indivíduo. E essa ideia impregnou boa parte das formulações da doutrina tradicional do Direito Administrativo, como se constata.

3.4 Interesse público e concepções correlatas

A noção de *interesse público*, excessivamente fluida e indeterminada, permite que se façam elucubrações das mais variadas a respeito do seu alcance. Por isso se torna necessário, de imediato, afastar concepções que aparentemente se amoldam a essa noção, mas que dela se dissociam na essência.

Primeiramente, deve ser ressaltado que *interesse público não é interesse do Estado*. O fato de o Estado supostamente defendê-lo não implica afirmar, necessariamente, que o interesse público gravita em torno da entidade estatal. Até porque o Estado teria sido concebido para realizar o “bem comum” (leia-se: *interesse público*), sendo instrumento dessa missão. Ora, se o Estado mostra-se com papel instrumental destinado a satisfazer o interesse público, *logicamente*

⁸¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 41.

⁸² *Ibidem*, p. 39 (destaques não constam no texto original).

⁸³ *Ibidem*, p. 38.

este interesse precede o Estado, e não o contrário. Daí porque se afigura equivocada a afirmação de que o interesse público seria “propriedade” do Estado – trata-se de uma inversão tão atentatória à lógica quanto confundir os papéis de criador e criatura. Em idêntico sentido é o posicionamento de Marçal Justen Filho, ao sustentar que “não é possível definir interesse público a partir da identidade do seu titular, sob pena de inversão lógica e axiológica. [...] o interesse é público não por ser de titularidade do Estado, mas é atribuído ao Estado por ser público”⁸⁴.

Depois, cabe ressaltar que o *interesse público também não corresponde ao interesse do aparato administrativo.* Essa noção confunde-se com a difundida ideia da bifurcação entre “interesse público primário” e “interesse público secundário”, situação abordada na doutrina italiana que foi incorporada à doutrina brasileira a partir dos escritos de Celso Antonio Bandeira de Mello. Segundo suas lições, o interesse público primário seria aquele “resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem”⁸⁵. Já o secundário, que não seria propriamente um “interesse público”, seria o interesse do Estado enquanto pessoa jurídica reconhecida pelo ordenamento, que realizaria um interesse seu, estatal, mas sem descuidar da premissa de que, conjuntamente, deve realizar um interesse primário. Assim, o interesse secundário recebe essa qualificação não só porque fica num “segundo escalão” de importância em relação ao interesse dito “primário”, mas também pelo fato de que esse interesse secundário só pode estar presente se o primário, na atuação estatal específica, igualmente estiver configurado, *não havendo, pois, como o interesse secundário realizar-se autonomamente, desvinculado do interesse público dito “primário”*⁸⁶.

⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 35.

⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 61.

⁸⁶ “[...] o Estado, tal como os demais particulares, é, também ele, uma pessoa jurídica, que, pois, existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito. Assim, independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Estes últimos *não são interesses públicos*, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito. Similares, mas não iguais. Isto porque a generalidade de tais sujeitos pode defender estes interesses individuais, ao passo que o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos

Embora a construção seja bastante engenhosa, tendo, inclusive, influenciado a recente jurisprudência relacionada ao Direito Administrativo⁸⁷, não há porque mantê-la, já que ela não agrega cientificidade ao estudo da matéria. Veja-se que a própria concepção de interesse público secundário, *que não*

propriamente ditos, coincidam com a realização deles. Tal situação ocorrerá sempre que a norma donde defluem os qualifique como *instrumentais* ao interesse público e na medida em que o sejam, caso em que sua defesa será, *ipso facto*, simultaneamente a defesa de interesses públicos, por concorrerem indissociavelmente para a satisfação deles. Esta distinção a que se acaba e aludir, entre interesses públicos propriamente ditos – isto é, interesses primários do Estado – e interesses secundários (que são os últimos a que se aludiu), é de trânsito corrente e moente na doutrina italiana, e a um ponto tal que, hoje, poucos doutrinadores daquele país se ocupam em explicá-los, limitando-se a fazer-lhes menção, como referência a algo óbvio, de conhecimento geral” (MELLO. Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 65-66).

⁸⁷ Nesse sentido é possível citar alguns arestos oriundos do Superior Tribunal de Justiça: “ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. ASSINATURA DE ADITIVOS QUE CONFIGURARAM FRAUDE À LICITAÇÃO. [...] 6. No caso concreto, o Ministério Público noticiou que pode ter havido conluio entre agentes públicos e particulares para fins de burlar licitação, com conseqüente nulidade do contrato e recomposição do erário. 7. Como se nota, o benefício ao interesse público secundário é mera decorrência de providências tomadas como medidas que dizem com interesse público primário (inclusive de status constitucional). Daí porque o Ministério Público não atua como advogado do Estado, mas como promotor do interesse público primário [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 723.296/SP*. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, DF, 27 de abril de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=9754998&sReg=200500191036&sData=20100519&sTipo=5&formato=html>. Acesso em: 29 nov. 2010). “PROCESSUAL CIVIL – MINISTÉRIO PÚBLICO – LEGITIMIDADE PARA PROMOVER EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL ORIUNDO DO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL – CONCEITO DE PATRIMÔNIO PÚBLICO QUE NÃO COMPORTA SUBDIVISÃO APTA A ATRIBUIR EXCLUSIVAMENTE À FAZENDA PÚBLICA A LEGITIMIDADE PARA PROMOVER A EXECUÇÃO. [...] 2. O Tribunal de origem, após subdividir o conceito de patrimônio público em patrimônio público-privado e patrimônio do povo, entendeu que o direito tratado no caso é meramente patrimonial público, cujo exclusivo titular é a Fazenda Municipal. Segundo a decisão recorrida, em tais condições, não tem o Ministério Público legitimidade processual para promover ação civil pública de caráter executório já que a legitimidade exclusiva seria da Fazenda Pública Municipal. 3. A subdivisão adotada pela Corte de origem é descabida. Não existe essa ordem de classificação. O Estado não se autogera, não se autocria, ele é formado pela união das forças e recursos da sociedade. Desse modo, o capital utilizado pelo ente público com despesas correntes, entre elas a remuneração de seus agentes políticos, não pode ser considerado patrimônio da pessoa política de direito público, como se ela o houvesse produzido. 4. Estes recursos constituem-se, na verdade, patrimônio público, do cidadão que, com sua força de trabalho, produz a riqueza sobre a qual incide a tributação necessária ao estado para o atendimento dos interesses públicos primários e secundários. 5. A Constituição Federal, ao proibir ao Ministério Público o exercício da advocacia pública, o fez com a finalidade de que o *parquet* melhor pudesse desempenhar as suas funções institucionais – dentre as quais, a própria Carta Federal no art. 129, III, elenca a defesa do patrimônio público – sem se preocupar com o interesse público secundário, que ficaria a cargo das procuradorias judiciais do ente público. 6. Por esse motivo, na defesa do patrimônio público meramente econômico, o Ministério Público não poderá ser o legitimado ordinário, nem representante ou advogado da Fazenda Pública. Todavia, quando o sistema de legitimação ordinária falhar, surge a possibilidade do *parquet*, na defesa eminentemente do patrimônio público, e não da Fazenda Pública, atuar como legitimado extraordinário [...]. Recurso especial provido”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.119.377/SP*. Relator: Ministro Humberto Martins. Órgão julgador: Primeira Seção. Brasília, DF, 26 de agosto de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=907787&sReg=200900123050&sData=20090904&formato=html>. Acesso em: 29 nov. 2010).

poderia estar presente em determinada atuação estatal dissociado do interesse primário, já é defensiva em excesso, como se pretendesse sustentar-se apesar das previsíveis críticas que viriam.

Mas o caráter defensivo do conceito não é o bastante para aceitá-lo cientificamente. Perceba-se que o interesse público secundário não pode estar presente numa atuação estatal sem que haja o correspondente interesse primário *exatamente porque ele, na condição de “acessório”, não tem como se configurar autonomamente*. E a razão disso não é difícil desvelar: essa circunstância ocorre porque *não existe interesse puro do Estado a realizar-se em plano diverso do interesse público dito “primário”*. Se a própria estrutura administrativa é moldada para, idealmente, veicular providências tendentes à realização do interesse público – o aparato da Administração Pública tem, pois, um caráter *instrumental* – não há porque se conceber *outro* interesse dito “instrumental” para supostamente “instrumentalizar o instrumento”.

Ora, se não existe interesse “público” distinto do Estado nem do aparato administrativo – eles deveriam realizar o *interesse público* apenas, sem bipartição conceitual – é forçoso reconhecer que essa concepção de *interesse público secundário* somente pode ser cientificamente encarada de duas formas: se o cientista do Direito trata-a como apenas “instrumental”, a noção mostra-se *inútil*, porque, na medida em que se realiza apenas se houver interesse público primário, ela acaba sendo diluída na concepção deste, não havendo porque tomá-la como instituto jurídico distinto. Se, porém, faz-se a opção por estudar essa noção de maneira autônoma, tem-se que a formulação é patentemente *anacrônica*, pois, ao se tomar o suposto interesse público “secundário” como instituto jurídico autônomo, o cientista do direito depara-se com o retorno às formulações historicamente anteriores ao Estado de Direito e ao próprio Direito Administrativo, em que o Estado deteria interesse distinto e contraposto ao interesse dos cidadãos, situação que, contemporaneamente, é inadmissível.

Por qualquer dos ângulos que se o enxergue – ou pela *inutilidade* ou pelo *anacronismo* – o conceito de *interesse público secundário* ainda padece de outro vício: a *ilicitude*. Isso porque ao Estado, ao aparato administrativo ou ao gestor não é atribuído o direito de invocar direitos particulares em face do interesse público, pois “a tentativa de obter a maior vantagem possível é válida e lícita [...] apenas para os sujeitos privados. Essa conduta não é admissível para o Estado,

que somente está legitimado a atuar para realizar o bem comum e a satisfação geral”⁸⁸.

Quanto à possibilidade de tomar-se *o interesse público como interesse do agente público*, o que é pouco provável, cabe ressaltar que o agente não está alijado de ter seus próprios interesses (seria impossível que isso não ocorresse). Seu interesse é legítimo como qualquer outro interesse privado, *mas não pode afetar o desempenho da função pública e a tomada de decisões estatais*⁸⁹. Ultrapassada essa fronteira, tem-se a violação ao *princípio da moralidade* enunciado expressamente no art. 37, *caput*, da Constituição, caso o agente público utilize o aparato administrativo para obter proveito pessoal, e/ou a violação ao *princípio da impessoalidade*, previsto no mesmo dispositivo constitucional, se o agente público pretender usar o aparato administrativo para favorecer ou prejudicar indivíduos, de forma a configurar, pois, uma conduta discriminatória⁹⁰.

3.5 O autoritarismo travestido de interesse público

As noções de *titularização do interesse público por parte do Estado*, em contraponto aos interesses privados, e da *supremacia do Estado em face dos particulares*, a permitir que o Estado tivesse privilégios para melhor exercer a “defesa” do interesse público em face do indivíduo, consolidaram-se na fórmula da *supremacia do interesse público sobre o interesse particular*.

Essa noção de supremacia do interesse público influenciou decisivamente a doutrina administrativista tradicional, a ponto de permanecer praticamente incólume mesmo com o advento, em 1988, de uma Constituição que impunha uma completa releitura de várias práticas estatais então consolidadas, seja pela consagração do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*), seja pela enumeração de diversos direitos fundamentais irrevogáveis (arts. 1º a 17, dentre

⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 39.

⁸⁹ “Também é necessário distinguir o interesse público do interesse privado do sujeito que exerce função administrativa. O exercício da função pública não pode ser afetado pelos interesses privados e egoísticos do agente público. Eles continuam a ser interesses privados, submetidos às regras comuns, que disciplinam a generalidade de interesses dos integrantes da comunidade” (*Ibidem*, p. 47).

⁹⁰ Tanto o princípio da moralidade quanto o da impessoalidade serão abordados adiante, no Capítulo IV, tópico 4.5 e subtópicos.

outros), seja pelo reconhecimento de diversos deveres à Administração Pública (quase todos consolidados no art. 37).

Nessa contraposição entre Estado *versus* indivíduo, o interesse privado, de maneira *apriorística*, sempre cederia à força do interesse público. Como o Estado era tido como *defensor* do interesse público, também ele, em razão dessa pretensa tutela, suplantaria os anseios dos particulares que “ousassem” figurar em posição contraposta àquela em que se encontrava o ente estatal.

A ideia de “supremacia do interesse público” moldou – e ainda molda – grande parte das construções sobre o Direito Administrativo em sedes doutrinária e jurisprudencial. Caracterizou-se como verdadeiro axioma⁹¹, incutindo no intérprete a crença de que somente a caracterização prévia do interesse público é que implicaria o funcionamento da engrenagem administrativa. Tornou-se pressuposto⁹² de toda atividade administrativa, de modo que não se poderia conceber a atuação estatal dissociada desse fundamento, sob pena de invalidade⁹³.

Assim, o interesse público consolidou-se como *ponto de partida* da atuação administrativa: sem a sua presença, as práticas estatais seriam tidas como ilícitas.

Um relevante entrave, contudo, foi ignorado nessa prática: a *ausência de mínima uniformidade conceitual acerca do que seria o interesse público que respaldaria a atuação estatal*.

É certo que o Direito não é uma ciência exata e sofre forte carga de ideologias tanto na sua construção quanto na sua aplicação. Também são conhecidas as limitações de linguagem e a heterogeneidade das perspectivas pessoais dos legisladores quando da formulação de normas. Mas, no caso especial do interesse público essa *abertura conceitual* é inimaginavelmente

⁹¹ Axioma é “princípio evidente que não precisa ser demonstrado”, de acordo com BORBA, Francisco S. (Coord.). *Dicionário UNESP do português contemporâneo*. São Paulo: UNESP, 2004, p. 147.

⁹² Utiliza-se aqui o termo *pressuposto* tal como empregado pela doutrina administrativista italiana: “trata-se de uma circunstância que, embora não impactando no efeito jurídico definitivo [do ato], deve existir para que o poder seja legitimamente exercido” (CASSETTA, Elio. *Manuale di Diritto Amministrativo*. 7. ed. rev. e aum. Milano: Giuffrè, 2005, p. 385). No original: “*Si tratta di una circostanza che, pur non influendo sull'effetto giuridico finale, deve sussistere affinché il potere sia legittimamente esercitato*”.

⁹³ “[...] a finalidade terá sempre um objetivo certo e inafastável de qualquer ato administrativo: o interesse público. Todo ato que se apartar desse objetivo sujeitar-se-á à invalidação por desvio de finalidade [...]” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 81).

perigosa, ainda mais no caso brasileiro, pois os princípios e direitos constitucionalmente reconhecidos, quando não contam com definição precisa, ao menos se sustentam num *núcleo essencial incontestável*⁹⁴, situação que, definitivamente, não ocorre aqui: *não há um conceito nuclear de interesse público que lhe assegure a posição de supremacia em face dos cidadãos.*

Esse alerta não é desprovido de alicerce fático: o risco à cidadania provocado pela manipulação e indeterminação do conceito de interesse público provêm das mais variadas fontes.

Uma das ameaças pode ser invocada da doutrina: não é difícil encontrar entendimentos no sentido de que o interesse público seria um “princípio”⁹⁵, indissociável da atuação do Estado, embora não haja nenhuma norma que o consagre expressamente na Constituição. Já antevendo essa objeção, houve ainda quem pugnasse pelo reconhecimento da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como um “princípio implícito”⁹⁶.

Sendo um “princípio constitucional implícito”, não é difícil concluir que o interesse público, efetivamente, *seria posicionado num grau de superioridade jurídica incontestável em relação aos interesses privados.* Assim, o interesse público teria o condão de suplantar os interesses dos particulares, independentemente da legitimidade destes, pelo simples fato de que estes seriam “juridicamente inferiores” ou “não-fundamentados em princípios constitucionais”, ao contrário do que ocorreria com o interesse público. Tem-se, pois, que, pelo aspecto objetivo (advindo do próprio ordenamento jurídico), essa concepção entende que o interesse público seria inatingível pelos anseios particulares, pois superior a eles⁹⁷.

⁹⁴ A expressão é CUNHA JÚNIOR, Dirley. Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do Estado Constitucional de Direito: um suporte axiológico para a efetividade dos direitos fundamentais sociais. In: _____; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Temas de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 92.

⁹⁵ “[...] o princípio do interesse público está intimamente ligado ao da finalidade. A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral. Em razão dessa inerência, deve ser observado mesmo quando as atividades ou serviços públicos forem delegados aos particulares” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 105).

⁹⁶ “O princípio da supremacia do interesse público é um princípio implícito. Embora não se encontre enunciado no texto constitucional, ele é decorrência das instituições adotadas no Brasil” (ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 17. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 190).

⁹⁷ “[...] presume-se que toda atuação do Estado seja pautada pelo interesse público, cuja determinação deve ser extraída da Constituição e das leis, manifestações da ‘vontade geral’. Assim

No respeitante ao aspecto subjetivo, os indivíduos não vislumbrariam melhor sorte: exatamente pelo fato de tutelar o inatingível “interesse público”, o Estado também seria alocado numa posição juridicamente superior quando confrontado com os administrados. Estabelecer-se-ia, pois, uma discrepância jurídica no tratamento entre as diversas pessoas regidas pelo Direito (pessoas físicas e jurídicas privadas, de um lado, e o Estado, pessoa jurídica de direito público, do outro), uma verdadeira *discriminação* que beneficiaria o ente estatal e inferiorizaria o indivíduo e seus “supostos direitos” em face do Estado.

A natureza “principlológica” do interesse público conduz a outro grave problema: *a apropriação, pelo Estado, da prerrogativa de delimitar esse conceito.*

Quanto a essa situação, deve-se assinalar que o manejo inadequado do conceito de interesse público, que é um *conceito jurídico indeterminado*⁹⁸, transformou-se num exemplo cristalino de manipulação discursiva, sendo utilizado como fórmula para a justificação de todas as condutas estatais, lícitas ou não.

Nesse sentido alerta Marçal Justen Filho que “a solução do prestígio ao ‘interesse público’ é tão perigosa para a democracia quanto todas as fórmulas semelhantes adotadas em regimes totalitários (o espírito do povo alemão ou o interesse do povo soviético)”⁹⁹. De fato, a fórmula pouco refinada do “fundamento no interesse público” é espaço para as mais detestáveis práticas estatais, que invocam o Estado de Polícia, alijando do cidadão o direito de conhecer as razões de decidir do Estado.

sendo, lógico é que a atuação do Estado subordine dos interesses privados” (ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 17. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 190).

⁹⁸ “Por conceito indeterminado entendemos um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos. Os conceitos absolutamente determinados são muito raros no Direito. Em todo o caso devemos considerar como tais os conceitos numéricos (especialmente em combinação com os conceitos de medida e os valores monetários: 50 km, prazo de 24 horas, 100 marcos). Os conceitos jurídicos são predominantemente indeterminados, pelo menos em parte. É o que pode afirmar-se, por exemplo, a respeito daqueles conceitos naturalísticos que são recebidos pelo Direito, como os de ‘escuridão’, ‘sossego nocturno’, ‘ruído’, ‘perigo’, ‘coisa’. E com mais razão se pode dizer o mesmo dos conceitos propriamente jurídicos, como os de ‘assassinato’ (‘homicídio qualificado’), ‘crime’, ‘acto administrativo’, ‘negócio jurídico’, etc. [...] podemos distinguir nos conceitos jurídicos indeterminados um *núcleo* conceitual e um *halo* conceitual. Sempre que temos uma noção clara do conteúdo e da extensão dum conceito, estamos no domínio do núcleo conceitual. Onde as dúvidas começam, começa o halo do conceito” (ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 208-209). Destaques e ortografia conforme o original.

⁹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 35.

Radicalmente contrário à utilização do conceito corrente de *interesse público* apriorístico para fundamentar a ação estatal, Agustín Gordillo esboça sua indignação quando atesta que “se trata do absolutismo, monárquico ou pseudo-democrático, que invoca expressões dotadas de um aroma com poderes [...] em qualquer caso extrarracionais, em que algo *indefinido* e *indefinível* é posto como ‘fundamento’ do seu poder”¹⁰⁰.

Também assim é a posição de Alexandre Santos de Aragão, no sentido de não haver “um interesse público abstratamente considerado que deva prevalecer sobre os interesses particulares eventualmente envolvidos”¹⁰¹.

Assim sendo, verifica-se não haver razão jurídica minimamente razoável para aceitar essas práticas diante da atual realidade constitucional brasileira, caracterizada por ser um Estado Democrático de Direito. Afirma-se, pois, que *não existe interesse público que fundamente e legitime, aprioristicamente, a atuação do Estado*. Disso decorre que *também não há como se conceber a “supremacia” – seja do interesse público, seja do próprio Estado – em face do cidadão*.

3.6 A supremacia do interesse público não é princípio constitucional

Após submeter o “princípio da supremacia do interesse público” a diversos testes fundados na Teoria dos Princípios, Humberto Bergmann Ávila chegou à conclusão de que esse princípio não existe na Constituição, explícita ou implicitamente¹⁰².

Essa “supremacia” não pode, na formulação do autor acima citado, ser considerada um princípio por três razões: 1) não contém fundamento jurídico-

¹⁰⁰ No original: “Se trata del absolutismo, monárquico o seudo-democrático, que invoca frases dotadas de un aroma a poderes extranormativos o incluso extraterrenos, en todo caso extra racionales, en que algo indefinido e indefinible es puesto como ‘fundamento’ de su poder” (GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2 – La Defensa del Usuario y del Administrado. 8. ed. Buenos Aires: F.D.A., 2006, p. VI-32).

¹⁰¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A supremacia do interesse público no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público Contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel. (Org.) *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 04.

¹⁰² ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARMENTO, Daniel. (Org.) *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 188.

positivo de validade; 2) não conta com premissas nem conteúdo determináveis, o que atenta contra a segurança jurídica; 3) não se sustenta numa posição de contraposição em face dos interesses privados, os quais não só se harmonizam com o interesse público como também *são indissociáveis deste*¹⁰³.

Quanto ao primeiro aspecto, impende destacar que, no texto constitucional, não há nenhuma referência expressa ou implícita a esse “princípio”. Ainda que se tratasse de princípio implícito, seus contornos jurídicos deveriam ser evidenciados em outras normas ou, ao menos, serem deduzidos da sistemática constitucional. Nada disso ocorre: pelo contrário, se a Constituição tivesse feito realmente essa opção por suposta “supremacia” ou “prevalência”, essa situação ocorreria em proveito dos *interesses individuais*, com cerne na *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III) em qualquer dos ramos do Direito, inclusive no Direito Público. Basta, para que se conclua pelo acerto dessa conclusão, conferir os diversos direitos fundamentais reconhecidos na Constituição na esfera individual (art. 5º), social (arts. 6º a 11), da nacionalidade (art. 12) e dos direitos políticos (arts. 14 a 17).

A Constituição, além disso, não reconhece nenhum “direito” do Estado contra o cidadão”. Sempre que afirma algum direito ou garantia, a Constituição reconhece prevalência aos direitos fundamentais do indivíduo, ou da coletividade, não o fazendo em relação ao Estado. Sempre que determinado direito ou garantia encontrar alguma restrição, a Constituição enuncia expressamente essa circunstância, como ocorre com o *direito à inviolabilidade do domicílio* (que pode ser relativizado, segundo o art. 5º, XV, da Constituição, nas hipóteses de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial) ou o *direito de reunião* (que é livre, desde que haja comunicação prévia à autoridade e que não frustre outra reunião, nos termos do art. 5º, XVI), dentre outros. Constata-se, a partir desses e de outros numerosos exemplos no texto constitucional, que *a proteção aos direitos individuais e coletivos é a regra, e não a exceção*. Esse é mais um argumento para refutar a “prevalência” ou “supremacia” apriorística do interesse público em contraposição aos interesses privados.

¹⁰³ ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARMENTO, Daniel. (Org.) *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, *passim*.

É atentatório à Constituição, pois, conceber que qualquer dos direitos fundamentais seja “inferiorizado” em face de um pretense “interesse público” que sequer é reconhecido pelo texto constitucional. Pelo contrário, deve-se reconhecer que “para um Estado que tem como tarefa mais fundamental, por imperativo constitucional, a proteção e promoção dos direitos fundamentais dos seus cidadãos, a garantia desses direitos torna-se também um autêntico interesse público”¹⁰⁴.

A indeterminação do conteúdo e das premissas desse “princípio da supremacia” é outro entrave à pretensão de sua autonomia jurídica. Admitir-se esse princípio sem a compreensão ao menos aproximada do seu conteúdo significa expor o cidadão ao ranço autoritário do Estado brasileiro, desacostumado com os preceitos democráticos. E mais do que isso: essa situação significa a transferência do poder de controlar o alcance de cada direito fundamental à Administração Pública, reservando-se ao Estado a prerrogativa de fixar em que medida um direito individual deve ou não ceder para “adequar-se” aos ditames do “interesse público”. Daí porque é inadmissível conceber que a “supremacia do interesse público” funcione como *norma de contingenciamento dos direitos fundamentais*, o que se torna ainda mais gravoso ao se constatar que essa prática – inconstitucional – permite que a demarcação dos limites dos direitos do cidadão fique ao alvedrio do agente estatal¹⁰⁵.

A noção de interesse público como contraposta ou dissociada dos interesses privados também é argumento que deve ser rejeitado. Com o advento do Estado Democrático de Direito, realidades como o *direito de provocar a atuação estatal*, o direito de *participar da formação das decisões estatais* e mesmo o *direito de ser ouvido*, seja para defesa administrativa (ampla defesa e contraditório), seja previamente à atuação estatal (consultas populares e audiências públicas), tem-se que *os interesses privados compõem a formação do interesse público, respaldando-o quanto à legitimidade*.

¹⁰⁴ SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: _____. (Org.) *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 83.

¹⁰⁵ “Na verdade, a admissão de cláusulas muito gerais de restrição de direitos fundamentais – como a da supremacia do interesse público – implica também em violação dos princípios democráticos e da reserva de lei, em matéria de limitação de direitos, já que transfere para a Administração a fixação concreta dos limites ao exercício de cada direito fundamental” (*Ibidem*, p. 96).

Assim, o interesse privado também é um interesse público, estabelecendo-se uma simbiose de interesses que se modifica a depender dos direitos envolvidos¹⁰⁶. E, desse modo, não há como sustentar a existência de um suposto “princípio da supremacia do interesse público”, especialmente se essa pretensa norma for utilizada para permitir que os direitos fundamentais fiquem à mercê das determinações estatais¹⁰⁷, nem sempre pautadas por práticas fundadas na democracia¹⁰⁸.

Não há, pois, “o” interesse público, mas sim uma pluralidade de interesses que contam com respaldo constitucional próprio e que devem ser realizados de modo a maximizar a eficácia da Constituição¹⁰⁹, buscando-se sempre “o melhor interesse público”, o qual somente pode ser obtido, no dizer de Gustavo Binenbojm, “a partir de um procedimento racional que envolva a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como um juízo

¹⁰⁶ “A democracia contemporânea externa-se numa espécie de interminável reorganização dos interesses individuais e coletivos. As composições entre os diferentes grupos de interesses assemelham-se a um processo caleidoscópico, em que cada arranjo é distinto do existente em momentos anteriores e posteriores. Isto tudo conduz à impossibilidade de aludir à maioria senão como força de expressão, indicando composições temporárias e limitadas entre os diversos segmentos da sociedade” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 11).

¹⁰⁷ “[...] não existe cláusula geral de restrição dos direitos fundamentais, pois do contrário eles substanciarium benesses políticas do Parlamento e se condicionariam às suas oscilações. Assim, os direitos, liberdades e garantias fundamentais não são compreendidos como ‘concessões’ estatais e nem tampouco podem ser vistos como um ‘resto’ de direitos que só podem ser afirmados quando não estejam presentes outros interesses mais ‘nobres’, quais sejam, os públicos. Ao contrário, os direitos fundamentais ‘privados’ devem integrar a própria noção do que seja o interesse público e este somente se legitima na medida em que nele estejam presentes aqueles. A regra, portanto, é de que não se excluem, pois compõem uma unidade normativa e axiológica” (SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel. (Org.) *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 229).

¹⁰⁸ “[...] todas as aludidas prerrogativas da Administração, vistas como desequiparações entre o Poder Público e os particulares, não podem ser justificadas à luz de uma regra de prevalência apriorística e absoluta dos interesses da coletividade sobre os interesses individuais” (BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel. (Org.) *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 155).

¹⁰⁹ “Chamado a realizar um interesse de índole difusa, para cuja implementação se depare, frontalmente, com um interesse particular juridicamente protegido, deve o administrador, à luz das circunstâncias peculiares ao caso concreto, bem como dos valores constitucionais concorrentes, alcançar solução ótima que realize ao máximo cada um dos interesses públicos em jogo. Como resultado de um tal raciocínio de ponderação, tem-se aquilo que convencionamos chamar de melhor interesse público, ou seja, o fim legítimo que orienta a atuação da Administração Pública” (*Ibidem*, p. 151).

de ponderação que permita a realização de todos eles na maior extensão possível”¹¹⁰.

Se, portanto, há *interação* entre Estado e cidadão, obtendo-se um “interesse público ponderado” e viabilizador dos direitos fundamentais, não há espaço para “contraposição” ou “supremacia”. Somente assim é possível entender a noção de *interesse público* no Estado Democrático de Direito.

¹¹⁰ BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel. (Org.) *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 167.

Capítulo IV – Dever de motivação dos atos estatais

4.1 Motivação: conceito e concepções correlatas

A expressão *motivação*, graças à falsa cognação com *motivo*, pode conduzir a uma conclusão açodada: a de que esses termos seriam sinônimos. Essa impressão, contudo, deve ser desfeita de imediato, haja vista que *motivo* e *motivação*, conquanto juridicamente se relacionem, não têm o mesmo significado.

O conceito de *motivo* não conta com unanimidade: é possível mencionar a noção, defendida por Marçal Justen Filho, de que “o motivo consiste na circunstância interna do agente, integrante do processo psicológico que conduz à prática do ato administrativo”¹¹¹. Faz-se, outrossim, referência a essa *vontade do agente* como sendo o *móvel* do ato, sendo reservada a expressão *motivo* para outra circunstância: nessa segunda concepção, sustentada por Celso Antonio Bandeira de Mello, enquanto o *móvel* corresponde à “representação subjetiva, psicológica, interna do agente e correspondente àquilo que suscita a vontade do agente (intenção)”¹¹², o *motivo* “é realidade objetiva e externa ao agente. É um antecedente, exterior ao ato, que transcorre na realidade empírica, servindo de suporte à expedição do ato”¹¹³. A essa noção calcada em circunstâncias fáticas, acrescenta Maria Sylvia Zanella di Pietro que o *motivo* “é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo”¹¹⁴.

Deve ser rejeitada a ideia de “motivo” fundado em vontade do agente. Se é certo que o agente público, por ser humano, está indissociavelmente atrelado às suas apreciações individuais, também é correto afirmar que *somente existe ato administrativo quando houver exercício de função do Estado*. A vontade individual do agente não se insere na órbita estatal, de modo que não há como amparar,

¹¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 374.

¹¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 393.

¹¹³ *Ibidem*, loc. cit.

¹¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 174.

lícita e legitimamente, qualquer aspecto dos atos estatais apenas na subjetividade do agente, embora essa subjetividade *realmente influencie a captação das circunstâncias fáticas pelo filtro da sua perspectiva pessoal*¹¹⁵. Portanto, adota-se o conceito de *móvel* para expressar essa vontade.

Também é questionável o entendimento segundo o qual o *motivo* seria, também, um “pressuposto de direito”. Se *motivo* pode ser tomado pela acepção de *causa*¹¹⁶, daí decorre que a *causa* da decisão não pode ser uma norma. Não é o princípio ou a regra jurídica que desencadeia o ato, mas sim o fato, a situação ocorrida no mundo real.

Assim, este texto trabalhará com a noção de que o *motivo* é a *circunstância material que alicerça a decisão externada pelo ato administrativo*. Motivo, pois, é a *causa* do ato.

Quanto à motivação, também é possível verificar certa disparidade entre os diversos conceitos formulados pela doutrina. Marçal Justen Filho adota um conceito que alude à *motivação* como “*exposição formal* dessa circunstância interna que conduziu à prática do ato. A motivação consiste, portanto, em um requisito quanto à formalização material do ato administrativo”¹¹⁷. Já no entender de Maria Sylvia Zanella di Pietro, a motivação é “a exposição dos motivos, ou seja, é a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato realmente existiram”¹¹⁸. Ampliando sobremaneira essa concepção, Celso Antonio Bandeira de Mello concebe *motivação* como sendo a *exposição dos motivos*, devendo ser

¹¹⁵ Cabe ao agente analisar as circunstâncias fáticas trazidas ao seu conhecimento, e, sabendo que suas apreciações individuais são inafastáveis do seu ser, procurar uma solução “compreensiva”, no sentido de ter consciência do alcance de sua subjetividade para, se possível, não tomar como universal uma solução pessoal e procurar não adotar condutas arbitrárias e/ou discriminatórias. Nesse sentido, Boaventura de Sousa Santos aborda com propriedade essa impossível cisão entre o sujeito o objeto, enfatizando que todas as investigações científicas, interpretações, resultados e silogismos estão imersos em subjetividade, o que evidencia a inviabilidade prática de adotar o discurso científico de neutralidade: “Hoje sabemos ou suspeitamos que as nossas trajetórias de vida pessoais e colectivas (enquanto comunidades científicas) e os valores, as crenças e os preconceitos que transportam são a prova íntima do nosso conhecimento, sem o qual as nossas investigações laboratoriais ou de arquivo, os nossos cálculos ou os nossos trabalhos de campo constituiriam um emaranhado de diligências absurdas sem fio nem pavio. No entanto, este saber das nossas trajetórias e valores, do qual podemos ou não ter consciência, corre subterrânea e clandestinamente, nos pressupostos não-ditos do nosso discurso científico” (SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente: Contra o Desperdício de Experiência – Para Um Novo Senso Comum: A Ciência, o Direito e a Política na Transição Paradigmática*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007, p. 84).

¹¹⁶ BORBA, Francisco S. (Coord.). *Dicionário UNESP do português contemporâneo*. São Paulo: UNESP, 2004, p. 943.

¹¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 374.

¹¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 174.

indicados “(a) a regra de Direito habilitante, (b) os fatos em que o agente se estribou para decidir e, muitas vezes, obrigatoriamente, (c) a enunciação da *relação de pertinência lógica* entre os fatos ocorridos e o ato praticado”¹¹⁹.

A concepção de “exposição da circunstância externa” de Marçal Justen Filho é falha. Esse problema decorre da sua concepção de *motivo*, já refutada anteriormente: a motivação não se destina a explicitar a vontade do agente, mas sim *as razões que o levaram a subscrever a decisão administrativa*.

A proposta de Maria Sylvia Zanella di Pietro é contraditória. Seu conceito de *motivo* abarca “pressupostos fáticos e jurídicos”. Mas sua concepção de *motivação* cinge-se aos “pressupostos de fato”, embora também se faça alusão à explicitação dos motivos (no seu conceito, seriam “fáticos e jurídicos”). Assim, da análise sistemática de suas formulações sobre “motivo como pressuposto fático e jurídico” e motivação como “explicitação apenas do pressuposto fático”, conclui-se que o conceito formulado pela autora pressuporia que *a motivação seria sempre a revelação parcial do motivo*, já que os pressupostos jurídicos, que comporiam o conceito de *motivo*, estão excluídos da noção de “motivação”. Sua formulação também é falha pelas mesmas razões que comprometem o conceito de “motivação” de Marçal Justen Filho: a concepção indevida acerca do que viria a ser “motivo”.

O conceito de Celso Antonio Bandeira de Mello conta com diversas qualidades, mas peca ao ressaltar que nem sempre seria obrigatório enunciar a relação de pertinência entre os fatos ensejadores da decisão e a medida adotada na decisão. Essa enunciação, como se verá, é obrigatória num Estado Democrático de Direito.

A concepção de Celso Antonio Bandeira de Mello, embora represente contribuição relevante para aclarar a diferenciação entre esses conceitos, e estabelecer uma relação entre eles, ainda é insuficiente: aponta Florivaldo Dutra de Araújo que a expressão *motivação* é utilizada para designar “não apenas a manifestação dos motivos, mas também a de todos os elementos que influem na legalidade, oportunidade e finalidade do ato, bem como a correspondência entre o motivo deste e o seu conteúdo”¹²⁰. Constata-se, pois, que *a motivação deve*

¹¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 394-395.

¹²⁰ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e Controle do Ato Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 93.

enunciar fundamentos fáticos (motivos) e também fundamentos jurídicos, além de correlacionar adequadamente ambos os fundamentos no sentido de esclarecer os parâmetros utilizados para a tomada de decisão. Sem exceções: sempre que houver uma decisão estatal, os três aspectos (o motivo, a norma jurídica invocada e a correlação entre o motivo e o conteúdo da providência adotada) devem estar presentes.

Essa noção corresponde ao conceito amplo de motivação, a ser utilizado no restante deste texto.

4.2 Motivação adequada

Tratou-se acima da motivação como providência necessária à prática dos atos estatais, sob pena de inconstitucionalidade – a ser abordada nos tópicos seguintes, ainda neste capítulo – dessa atitude do Estado. Mais do que enunciar obrigatoriamente a motivação, no entanto, esta deve mostrar-se ainda como *adequada* ao ato decisório.

A adequação da motivação deve levar em conta, segundo Agustín Gordillo, “não uma mera enunciação de fatos, mas sim uma *argumentação* a respeito deles, ou seja, deve apresentar as razões pelas quais foi emitido, as quais possam direcionar o intérprete para a conclusão do ato”¹²¹.

Tem-se que a adequação da motivação estará presente se houver o preenchimento de quatro requisitos: a *congruência*, a *exatidão*, a *suficiência* e a *clareza*¹²².

A *congruência* é requisito segundo o qual o motivo e as demais razões de decidir figurem como premissas lógicas da conclusão exposta. A *exatidão* reporta-se às bases fáticas e jurídicas utilizadas para a decisão – será *exata* a decisão que indique fato realmente ocorrido e que manuseie norma que

¹²¹ No original: “La fundamentación o motivación del acto [...] debe incluir no una mera enunciación de hechos, sino además una argumentación de ellos, o sea, debe dar las razones por las que se dicta, lo cual puede orientar al intérprete hacia el fin del acto” (GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 3 – El Acto Administrativo. 8. ed. Buenos Aires: F.D.A., 2004, p. X-15).

¹²² ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e Controle do Ato Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 121-124.

realmente exista e seja aplicável ao caso concreto. Será *suficiente* a motivação que expuser concretamente o *iter* adotado desde o fato ensejador até a tomada de decisão, evitando-se tanto a ausência de esclarecimentos quanto a utilização de termos vagos para fundamentar a tomada de posição. Por fim, a *clareza* da motivação destina-se à recepção da mensagem: será *clara* a motivação que elimine, tanto quanto possível, dúvidas a respeito do alcance e das razões da decisão.

Por motivação adequada deve-se entender, ainda, aquela que é enunciada *contemporaneamente* ao ato decisório, no mesmo documento (*motivação contextual*) ou *antecedente* à decisão, caso em que a motivação não constará no mesmo documento (*motivação não contextual*), mas deverá indicar as bases em que se apoiou para que as razões de decidir direcionassem-se em determinado sentido, que pode ser um parecer ou um relatório prévio, o que se conhece como motivação *aliunde* ou *per relationem*¹²³.

Percebe-se, portanto, que a *motivação adequada* é uma exigência mais elaborada que a mera *motivação*: enquanto a enunciação da *motivação* pressupõe a demonstração e a divulgação inequívoca das razões de decidir, a *motivação adequada* relaciona-se com o *conteúdo* da decisão motivada. Tem-se, a partir disso, que: 1) a decisão *sem a presença de motivação* possibilita ao prejudicado a reversão do prejuízo pela simples demonstração de que não houve a expressa enunciação das razões de decidir; 2) a decisão *sem a motivação adequada* exigirá do interessado que demonstre o vício, relacionado a fato ou a direito, da decisão atacada, sendo inevitável o debate acerca do conteúdo explicitado; e 3) nem sempre a decisão com motivação inadequada será inconstitucional ou nula, o que já não ocorre com a decisão *imotivada*, que é patentemente violadora da Constituição, como se passa a demonstrar.

4.3 Necessidade de motivação no Estado Democrático de Direito

¹²³ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e Controle do Ato Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 119-120.

Como já foi abordado em diversas passagens deste texto, o Estado Democrático de Direito é absolutamente incompatível com a arbitrariedade, que é traço característico do Estado de Polícia. Tem-se, pois, que na formulação e aplicação do direito positivo estatal, *todas as normas que se mostrem incompatíveis com a democracia devem ser reconhecidas como inválidas*.

A democracia, assim, impregna-se de tal maneira nas normas jurídicas que condiciona a própria validade delas, e conseqüentemente a própria aptidão para disciplinar acerca de direitos e obrigações.

O que explica essa circunstância é o fato de *todo o poder emanar do povo*, expressão que significa o exercício do poder pela soberania popular, não só na escolha dos representantes políticos, mas também no *controle das atuações estatais*. Ora, se o poder político pertence ao povo, e em seu nome será exercido, não há porque *alijá-lo de influenciar no modo como esse poder está sendo manejado pelos agentes estatais*.

Nesse cenário é que surge a necessidade de motivação como *técnica de democratização das decisões estatais*.

Num primeiro aspecto, cabe ressaltar que a *natureza jurídica da motivação* amolda-se à perfeição em relação ao que foi exposto anteriormente: a motivação tem natureza de *requisito procedimental* das decisões estatais, sem a qual as providências administrativamente adotadas pelo Estado serão tidas por *inválidas*¹²⁴. De fato, a motivação é um antecedente lógico da decisão estatal, que será enunciada a partir do que se obteve no processo administrativo. O antecedente (motivação) consistirá num ato estatal que condensará as bases jurídico-normativas, a causa de decidir e o nexó entre os fatos ocorridos e a decisão; e o conseqüente (decisão) será outro ato, negando ou afirmando algum direito ou providência, ainda que veiculadas, motivação e decisão, num único instrumento.

Em outra perspectiva, a motivação também se apresenta como *garantia do administrado*, pois amplia ao cidadão a possibilidade de impugnar eventual

¹²⁴ “[...] resta afirmar a natureza de *requisito procedimental* da motivação. Esta é, pois, ato jurídico da Administração Pública que deve preceder aos atos administrativos, como pressuposto sem o qual ficam estes sem validade. Quanto a isso, pode-se afirmar, com SUNDFELD, que a motivação se constitui em ‘um ato de administração diverso do ato motivado; um ato não autônomo, umbilicalmente ligado ao ato administrativo, mas diverso dele’, ainda que contidos num mesmo instrumento” (ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e Controle do Ato Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 96).

decisão contrária aos seus interesses: a demonstração de *como* o poder é exercido robustece a possibilidade de o cidadão controlar o ato, se a motivação for incongruente com o motivo ou a decisão. Também a motivação pode ser tida como um *benefício para o Estado*, na medida em que, conhecendo o administrado as razões pelas quais o seu pleito fora negado, haja maior possibilidade de resignação com a decisão estatal contrária a seus interesses. Em qualquer dos casos, sobressai o dever de motivação como *dever de prestar contas acerca do exercício do poder advindo da soberania popular*, razão pela qual, em qualquer Estado Democrático de Direito, a motivação é exigência inafastável das decisões estatais.

Corroborando a importância do dever de motivação para as bases sócio-políticas e jurídicas que consolidam a democracia, sustenta Agustín Gordillo que a fundamentação da decisão não é uma questão secundária, instrumental, dispensável ou cuja falta é convalidável: a decisão administrativa imotivada é abuso de poder, é arbitrariedade, de modo que essa prática deve ficar sob o direito e não acima dos homens¹²⁵.

Com efeito, a ausência da motivação implica o retorno ao Estado de Polícia, devendo ser tida como nula a decisão estatal que não esteja acompanhada da explicitação das razões de decidir – essa prática acarreta a nulidade do ato porque, furtando-se o Estado ao dever de motivar, estará configurada a presunção de que a decisão fora *baseada na “autonomia da vontade estatal” ou na “autonomia da vontade do agente”*, as quais, pela formulação tradicional do direito privado, não necessitariam de justificação, o que, obviamente, não acontece no direito público.

Em decorrência do dever de explicitação das ações estatais por parte da consagração constitucional do Estado Democrático de Direito, caberá ao ente estatal a assunção de um *ônus argumentativo diferenciado* ao decidir administrativamente. Ou seja: incumbirá ao Estado, especialmente nas decisões contrárias ao interesse do administrado, trabalhar a fundamentação de maneira

¹²⁵ No original: “La garantía de la fundamentación del acto no es una cuestión secundaria, instrumental, prescindible, subsanable. Así como una sentencia no es tal si no está fundada en los hechos y en el derecho, la decisión administrativa inmotivada es abuso de poder, es arbitrariedad, sistema autoritario de gobierno, si no tiene la simple y humilde explicación que la coloca por debajo del derecho y no por encima de los hombres” (GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 3 – El Acto Administrativo. 8. ed. Buenos Aires: F.D.A., 2004, p. X-13).

mais acurada do que a possível argumentação sustentada pelo cidadão¹²⁶. Por isso, a decisão sem fundamentação ou motivada inadequadamente é insubsistente juridicamente, visto que o Estado não teria se desincumbido do ônus de demonstrar que a sua decisão estaria respaldada argumentativamente. Em sentido reverso, a decisão adequadamente motivada acarreta, para o administrado, o ônus argumentativo de, ao questioná-la administrativa e/ou judicialmente, demonstrar algum vício na motivação, tarefa que será pouco proveitosa caso o cidadão não logre desvencilhar-se desse ônus, assim como o Estado o fez ao decidir de modo adequadamente motivado.

Vê-se, pois, por diversas perspectivas, que decisão estatal sem motivação é completamente incompatível com a dinâmica do Direito Administrativo contemporâneo. E também – e principalmente – com o Estado Democrático de Direito.

4.4 Motivação e discricionariedade

Tradicionalmente se diferencia *vinculação* e *discricionariedade*. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, verifica-se a *vinculação* “quando a lei estabelece a única solução possível diante de determinada situação de fato; ela fixa todos os requisitos, cuja existência a Administração deve limitar-se a constatar, sem qualquer margem de apreciação subjetiva”¹²⁷. Já a discricionariedade ocorre nas hipóteses em que “a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito”¹²⁸.

¹²⁶ “[...] tanto as normas que concedem direitos fundamentais ao indivíduo como as que ordenam a persecução de interesses da comunidade, podem ser concebidas como princípios. É possível introduzir uma carga de argumentação em benefício dos princípios do primeiro tipo e contra os do segundo, é dizer, uma carga de argumentação em benefício dos bens individuais e contra os bens coletivos” (ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 101). No original em espanhol: “[...] tanto las normas que conceden derechos fundamentales al individuo como las que ordenan la persecución de intereses de la comunidad, pueden ser concebidas como principios. Es posible introducir una carga de argumentación en beneficio de los principios del primer tipo y en contra de los del segundo, es decir, una carga de argumentación en beneficio de los bienes individuales y en contra de los bienes colectivos”.

¹²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 177.

¹²⁸ *Ibidem*, loc. cit.

A concepção tradicional entende que nos atos vinculados a motivação seria um dever da autoridade administrativa, pois, nesses casos, a atuação estatal estaria conformada “estritamente pela lei ou pelo regulamento, impondo ao administrador a obrigação de demonstrar a conformação de sua atividade com todos os pressupostos de direito e de fato que condicionam a eficácia e validade do ato”¹²⁹. Ao revés, “nos atos oriundos do poder discricionário, a justificação será dispensável, bastando apenas evidenciar a competência para o exercício desse poder e a conformação do ato com o interesse público”¹³⁰. É curioso notar que, ao mesmo tempo em que a motivação nos atos baseados na discricionariedade seria “dispensável”, o mesmo conceito aduz que “bastaria apenas evidenciar”: essa “evidenciação” não teria outra função que não apresentar a *motivação* do ato, ainda que se lhe atribua outro *nomen juris*.

Tanto no caso dos atos expedidos no exercício de competência vinculada quanto naqueles em que se vislumbraria uma competência discricionária, o controle do Judiciário seria permitido. Esse controle, no entanto, embora pudesse atingir o “ato vinculado” em sua totalidade (já que ele decorreria diretamente de uma imposição legal concretizada), não poderia afetar o “ato discricionário” em sua totalidade, já que vedado ao Judiciário o poder de avaliar a “conveniência e oportunidade”, ou seja, os traços característicos da competência discricionária. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles enfatizava não ser possível ao Judiciário “pronunciar-se sobre o mérito administrativo, ou seja, sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato, porque, se assim agisse, estaria emitindo pronunciamento de administração, e não de jurisdição”¹³¹.

Atualmente, todavia, essas três noções – a concepção de discricionariedade, a amplitude da motivação apenas para os atos ditos “vinculados” e a limitação do controle jurisdicional – são ideias que se mostram insuficientes para explicar a atividade administrativa no Estado Democrático de Direito.

A concepção tradicional de discricionariedade foi significativamente alterada nos últimos anos. Em obra já antiga, Diogo de Figueiredo Moreira Neto

¹²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 174-175.

¹³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 174.

¹³¹ *Ibidem*, p. 605.

sustentava que discricionariedade seria a qualidade da competência cometida por lei à Administração Pública “para definir, abstrata ou concretamente, o resíduo de legitimidade necessária para integrar a definição de elementos essenciais à prática de atos de execução, necessária para atender a um interesse público específico”¹³². Dessa noção decorre que, na verdade, discricionariedade não deve ser encarada como a possibilidade de escolha entre várias opções aprioristicamente válidas, *mas sim para que se tenha a oportunidade de, avaliando o caso concreto, escolher-se a solução mais razoável*. É a tentativa de redução da amplitude de possibilidades para uma situação que se denominou de *discricionariedade zero*. Trabalhando essa ideia, Agustín Gordillo sustenta haver a possibilidade de que, ao analisar os fatos, em uma questão que ensejaria o uso da discricionariedade, “chegue-se à conclusão de que não existe senão uma única possível solução justa e razoável para o caso, situação em que a solução deixa de ser discricionária e passa a ser vinculada”¹³³.

Perceba-se que, com a noção da *discricionariedade zero*, não se está a defender a inexistência jurídica das escolhas discricionárias. Mas sim a possibilidade de *controlá-las e ponderá-las*, tendo em vista a *melhor* escolha, e não qualquer delas aleatoriamente ou ao alvedrio do agente público. O “zero”, na verdade, deve ser entendido como “tendente a zero”, reduzindo-se a esfera de arbitrariedade do Estado.

No lugar da “liberdade de escolha do agente” deve-se preencher o *vazio conteudístico*, pressuposto de todo exercício de competência discricionária, com a utilização de princípios constitucionais e de técnicas de ponderação desses princípios, franqueando-se, sempre, a participação do administrado, com vistas a maximizar o papel do Estado como *realizador de direitos constitucionalmente fundamentados*¹³⁴. Desnecessário dizer que os princípios constitucionais

¹³² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 22.

¹³³ No original: “En tales supuestos es posible que la conclusión del examen de los hechos, en una cuestión aparentemente discrecional, lleve a la determinación de que no existe sino una única posible solución justa y razonable al caso, situación en la cual la solución deja de ser discrecional y se transforma en reglada” (GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 1 – Parte General. 8. ed. Buenos Aires: F.D.A., 2003, p. X-17).

¹³⁴ “[...] a discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para convolar-se em um resíduo de legitimidade, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa. Por sua importância no contexto democrático e de implementação dos direitos fundamentais, tem-se dado ênfase à participação e à eficiência como mecanismos de legitimação das escolhas discricionárias da Administração Pública” (BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do

invocados e as técnicas utilizadas na busca da melhor solução só podem estar evidenciados se houver a enunciação da *motivação da decisão*.

O alcance da exigência da motivação, em decorrência desse *contingenciamento constitucionalizado das opções de decisão*, também afeta os atos exercidos no exercício da competência discricionária. Isso gera a obrigação do agente de “demonstrar que sua escolha foi a mais correta e a mais satisfatória. Equivale à ausência de motivação a invocação formal à competência do agente ou à existência em abstrato de uma norma legal”¹³⁵. Com efeito, a “livre” escolha do agente estatal, sem que se houvesse qualquer indicação das razões de decidir a favor de uma solução e não de outra é providência que significa o retorno ao Estado de Polícia, deixando ao administrador a definição *unilateral e não controlável* da solução. Tem-se, pois, que conceber a decisão administrativa advinda do exercício da competência discricionária sem a necessária e adequada motivação é um atentado ao Estado Democrático de Direito¹³⁶.

A amplitude do controle judicial dos atos exercidos na competência discricionária também deve observar os parâmetros estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito e pela *constitucionalização* do Direito Administrativo. Com efeito, a inibição do controle jurisdicional quanto ao *mérito* do ato implica também um regresso ao Estado de Polícia, situação em que a “discricionariedade plena” estava amparada nas ideias de irresponsabilidade e indemandabilidade do príncipe, realidades totalmente dissociadas da atual ordem constitucional brasileira, seja pela consagração do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da Constituição), seja pelas expressas previsões que impõem a responsabilidade

interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel. (Org.) *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 129).

¹³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 373.

¹³⁶ A essa conclusão também chegou Marçal Justen Filho: “Na hipótese de discricionariedade, a atribuição pela norma de autonomia de escolha para o agente não significa ausência de controle ou limite. Para que a decisão seja válida, é indispensável que o agente exponha de público as razões que conduziram a uma dentre as diversas escolhas possíveis, inclusive indicando a ponderação entre os possíveis resultados. Decisão discricionária não motivada é ato arbitrário, desconforme ao direito, incompatível com a democracia republicana. Não pode ser legitimado com o argumento de que o agente tinha liberdade de escolher, porque essa liberdade não corresponde à autonomia privada. A autonomia do agente, existente na hipótese de discricionariedade, destina-se ao melhor desempenho possível da função administrativa” (*Ibidem, loc. cit.*).

estatal (art. 37 § 6º) e a inafastabilidade do controle realizado pelo Poder Judiciário (art. 5º, XXXV).

Diante disso, é possível estabelecer algumas premissas acerca do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, no sentido de que a *oportunidade* seja a *integração dos motivos com a finalidade buscada pelo ato*¹³⁷ e que a *conveniência* seja a *integração dos resultados previstos com a finalidade pretendida pela prática do ato*¹³⁸. E esses procedimentos de integração são, sim, passíveis de controle jurisdicional. Nesse caso, não há pura e simples “substituição do administrador pelo juiz”, mas sim a possibilidade de aferição da viabilidade jurídica dos critérios selecionados, sendo possível que, mesmo sem violar qualquer regra legal, o ato expedido no exercício da competência discricionária seja revisto judicialmente, conforme sustenta Agustín Gordillo:

A decisão “discricionária” do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir qualquer norma concreta e expressa, se for “desarrazoada”, situação que pode ocorrer especialmente quando: a) não existam os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam; b) não levem em conta os fatos apurados no procedimento, ou ainda os públicos e notórios; c) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e os fins que a lei deseja serem alcançados, ou seja, que se trate de uma medida desproporcional, excessiva em relação ao que se pretende obter¹³⁹.

Essa revisão, somente viabilizada na plenitude com a *motivação* da decisão estatal, avaliará a escolha do administrador na medida em que os

¹³⁷ “[...] requisitos mínimos exigíveis de valoração lógica que devem estar satisfeitos para que o motivo, discricionariamente integrado a partir dos pressupostos de fato e de direito, atenda ao interesse público específico estabelecido pelo legislador como finalidade do ato administrativo” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 41).

¹³⁸ “[...] requisitos mínimos de escolha de conteúdo que devem estar satisfeitos para que o objeto, discricionariamente definido tendo em vista os resultados jurídicos a serem produzidos, possa atender ao interesse público específico estabelecido pelo legislador como finalidade do ato administrativo” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 51-52).

¹³⁹ No original: “La decisión ‘discrecional’ del funcionario será ilegítima, a pesar de no transgredir ninguna norma concreta y expresa, si es ‘irrazonable’, lo cual puede ocurrir fundamentalmente cuando: a) no de los fundamentos de hecho o de derecho que la sustentan, o b) no tenga en cuenta los hechos acreditados en el expediente, o públicos y notorios; o se funde em hechos o pruebas inexistentes; o c) no guarde una proporción adecuada entre los medios que emplea y el fin que la ley desea lograr, o sea, que se trate de una medida desproporcionada, excesiva en relación con lo que se quiere lograr” (GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 1 – Parte General. 8. ed. Buenos Aires: F.D.A., 2003, p. X-21).

motivos (oportunidade) e os resultados (conveniência) mostrem-se falseados ou desarrazoados. Daí porque a “competência discricionária” não deve ser interpretada como “arbitrariedade”, sob pena de malferir os fundamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito.

4.5 Motivação e princípios constitucionais da Administração Pública

Dispõe o art. 37 da atual Constituição da República Federativa do Brasil que “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”.

Nesse contexto, *todas* as entidades que compõem a Administração Pública, sem exceção, deverão seguir esses princípios constitucionais expressos. Assim, qualquer dos entes federativos, e respectivas autarquias¹⁴⁰, fundações¹⁴¹,

¹⁴⁰ “[...] as autarquias devem ser compreendidas como pessoas jurídicas de direito público, com capacidade exclusivamente administrativa, criadas por lei específica para exercerem, em caráter especializado e com prerrogativas públicas, atividades típicas referentes à prestação de certos serviços públicos” (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 162). Na legislação (art. 5º, I, do Decreto-Lei n. 200/67): “I – Autarquia – o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”.

¹⁴¹ “O Estado pode criar, quando autorizado por *lei específica*, uma fundação, a partir da personalização de um patrimônio público que destaca e afeta a um determinado fim público. Cuida-se da fundação pública ou governamental, porquanto instituída e mantida pelo Poder Público” (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 165). Na legislação (art. 5º, IV, do Decreto-Lei n. 200/67): “IV – Fundação Pública – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes”. O conceito legal, contudo, peca ao assinalar que essas entidades têm conformação jurídica de direito privado. Nesse sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello: “É absolutamente incorreta a afirmação normativa de que as fundações públicas são pessoas de Direito Privado. Na verdade, são pessoas de Direito Público, consoante, aliás, universal entendimento, que só no Brasil foi contendido. Saber-se se uma pessoa criada pelo Estado é de Direito Privado ou de Direito Público é meramente uma questão de examinar o regime jurídico estabelecido na lei que a criou. Se lhe atribuiu a titularidade de poderes públicos, e não meramente o exercício deles, e disciplinou-a de maneira a que suas relações sejam regidas pelo Direito Público, a pessoa será de Direito Público, ainda que se lhe atribua outra qualificação. Na situação inversa, a pessoa será de Direito Privado, mesmo inadequadamente nominada” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 183).

empresas públicas¹⁴² e sociedades de economia mista¹⁴³ estão atreladas ao cumprimento desses princípios, em toda a densidade normativa neles prevista.

4.5.1 Motivação como exigência do princípio da legalidade

O primeiro desses princípios constitucionais da Administração Pública, a *legalidade*, impõe, num plano genérico, que todos devem observar a lei ao fazer ou deixar de fazer algo (Constituição, art. 5º, II). Em Direito Administrativo, com base na *reafirmação da legalidade* prevista no *caput* do art. 37 da Carta Magna, costuma-se afirmar que “a atividade administrativa deve ser desenvolvida nos termos da lei. *A Administração só pode fazer o que a lei autoriza*: todo ato seu há de ter base em lei, sob pena de invalidade”¹⁴⁴.

Essa concepção, tida por “clássica”, não subsiste mais nos termos em que fora formulada. Com o advento da *constitucionalização do Direito Administrativo*, o centro normativo delimitador das condutas administrativas passa da lei para a *ordem jurídica constitucionalizada*. Caberá ao administrador público, assim, levar

¹⁴² “Deve-se entender que empresa pública federal é a pessoa jurídica criada por força de autorização legal como instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes de ser coadjuvante da ação governamental, constituída sob quaisquer das formas admitidas em Direito e cujo capital seja formado unicamente por recursos de pessoas de Direito Público interno ou de pessoas de suas Administrações indiretas, com predominância acionária residente na esfera federal” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 186). Na legislação (art. 5º, II, do Decreto-Lei n. 200/67): “II – Empresa Pública – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito”. Embora essas menções doutrinária e legal refiram-se às empresas *federais*, é possível a constituição dessas pessoas jurídicas em âmbito estadual e municipal.

¹⁴³ “Sociedade de economia mista federal há de ser entendida como a pessoa jurídica cuja criação é autorizada por lei, como um instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes desta sua natureza auxiliar da atuação governamental, constituída sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou entidade de sua Administração indireta, sobre remanescente acionário de propriedade particular.” (*Ibidem*, p. 190-191). Na legislação (art. 5º, III, do Decreto-Lei n. 200/67): “III – Sociedade de Economia Mista – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta”. Cabem aqui os mesmos comentários da nota anterior quanto à possibilidade de outros entes da federação constituírem sociedades de economia mista.

¹⁴⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 159.

em consideração que a conduta estatal não se prende às amarras da lei, e sim à Constituição, podendo deflagrar a atuação administrativa independentemente de lei ou até mesmo contra as normas infraconstitucionais, desde que se valha de conduta respaldada numa ponderação de princípios constitucionais, concretizando a Constituição na atuação estatal a partir do que se deve compreender como *juridicidade administrativa*¹⁴⁵.

Em relação à motivação, o princípio da legalidade (hoje com a roupagem de *juridicidade administrativa*) exerce forte impacto: ao administrador caberá demonstrar, expressamente, quais as razões legais/constitucionais que alicerçam a decisão adotada. Do contrário, ter-se-ia a possibilidade de “ocultação” da motivação, de modo a permitir, indevidamente, que o ato supostamente da Administração fosse, na verdade, uma manifestação volitiva do agente, carente de justificação legal.

No mesmo sentido segue Celso Antonio Bandeira de Mello, para quem, sem a motivação, não se teria como saber se a decisão “atendeu ou não ao princípio da legalidade, se foi deferente com a finalidade normativa, se obedeceu à razoabilidade e à proporcionalidade, a menos que enuncie as razões em que se embasou [...]”¹⁴⁶.

¹⁴⁵ “A idéia de *juridicidade administrativa*, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da *legalidade administrativa*, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição). Toda a sistematização dos poderes e deveres da Administração Pública passa a ser traçada a partir dos lineamentos constitucionais pertinentes, com especial ênfase no sistema de direitos fundamentais e nas normas estruturantes do regime democrático, à vista de sua posição axiológica central e fundante no contexto do Estado democrático de direito. A *filtragem constitucional* do direito administrativo ocorrerá, assim, pela superação do dogma da onipotência da lei administrativa e sua substituição por referências diretas a princípios expressa ou implicitamente consagrados no ordenamento constitucional. Em tempos de *deslegalização* e proliferação de autoridades administrativas, sobreleva a importância dos princípios e regras constitucionais na *densificação* do ambiente decisório do administrador e amenização dos riscos próprios da normatização burocrática” (BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar./maio 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-13-mar%c7o-2007-gustavo-binenbojm.pdf>>. Acesso em: 31 dez. 2010).

¹⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 80.

Ante a inadmissibilidade jurídica dessa situação, tem-se que a negação da motivação é uma negação ao princípio da legalidade, o que torna o ato estatal imotivado uma prática inconstitucional.

4.5.2 Motivação como exigência do princípio da impessoalidade

A *impessoalidade* exige que a atuação estatal esteja fundada em critérios objetivos, desvinculado do *animus* do agente público. Nesse sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello sustenta que “nele se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimetosas. [...] O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia”¹⁴⁷.

O interesse do agente público não pode pretender tomar a sua subjetividade como “interesse público”. Daí porque, para que haja o devido resguardo da licitude da atuação estatal, é necessário que se enuncie expressamente as razões pelas quais se decide.

Destaque-se que a motivação provém do *ente* ou *órgão* estatal, *não da pessoa do agente*. Por isso mesmo, a ele é defeso praticar ato administrativo em proveito próprio, de modo que a *motivação* é garantia necessária para o controle interno e externo do ato, além de possibilitar a verificação do efetivo cumprimento do princípio constitucional da *impessoalidade*. Negar a obrigatoriedade de motivação corresponde a permitir que o uso privado da coisa pública seja feito sem qualquer controle, o que, à evidência, é inadmissível.

4.5.3 Motivação como exigência do princípio da moralidade

A moralidade administrativa deve ser entendida como “um conjunto de valores éticos que fixam um *padrão de conduta* que deve ser necessariamente

¹⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 114.

observado pelos agentes públicos como condição para uma honesta, proba e íntegra gestão da coisa pública”¹⁴⁸.

A moralidade, pois, tem íntima conexão com a boa-fé e a lealdade dos agentes públicos. Em razão disso, a motivação apresenta-se como exigência que permite o exercício do *controle* dessa moralidade, permitindo averiguar a licitude (ou não) do ato.

Como já se afirmou anteriormente¹⁴⁹, é necessário um *motivo* para que a decisão estatal seja proferida. Esse motivo, identificado com a *causa* do ato, não se confunde com o *móvel*, a intenção do agente. E é exatamente nesse ponto que a motivação revela a sua importância: por meio da enunciação das razões de decidir (motivação), é possível ao administrado identificar a presença de verdadeiro motivo, objetivamente aferível, ou apenas do *móvel*, da *intenção* do agente, caso em que o ato será tido por inválido.

Assim, havendo discrepância entre *motivo* e *decisão*, a decisão estará baseada no *móvel* do agente público, aspecto que, além de não se prestar para motivar adequadamente a decisão administrativa, acaba por fulminá-la juridicamente, pois presente circunstância que denuncia a *imoralidade* do ato.

O dever de íntegra gestão da coisa pública é incompatível com o manejo do aparato administrativo para atender a fins pessoais. A decisão estatal imotivada não permite seccionar a diferença entre o que é efetivo *motivo* e o que é apenas o *móvel*. Por isso, impõe-se a *necessidade de motivação* dos atos estatais para resguardar a moralidade administrativa.

4.5.4 Motivação como exigência do princípio da publicidade

É notório que a publicidade correlaciona-se diretamente com a transparência da atuação administrativa, com vistas à salvaguarda jurídica do indivíduo em face do Estado. É, além de princípio constitucional voltado à Administração, um verdadeiro *direito fundamental do administrado*. A

¹⁴⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 42. Destaques conforme o original.

¹⁴⁹ Conferir tópico 4.1, neste capítulo.

Constituição impõe a necessidade de publicidade da atuação administrativa em diversos incisos do art. 5º, a exemplo do inciso XXXIII (“todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade...”), do inciso XXXIV (que, em sua alínea “b” consagra o direito de “obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal”), além do inciso LXXII, alínea “a”, que se refere à impetração do *habeas data* “para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público”.

A motivação, como várias vezes já assinalado, significa a demonstração das razões de decidir, de modo que sua relação com a publicidade é umbilical. Em reforço a essa tese, cabe transcrever o entendimento de Carlos Ari Sunfeld, para quem o povo, titular do poder, “tem o *direito* de conhecer tudo o que concerne ao Estado, de controlar passo a passo o exercício do poder [...] seja em nome da limpidez da atividade estatal, seja para garantia de direitos individuais, o Estado tem o dever da publicidade”¹⁵⁰.

Não bastasse essa incisiva exigência destinada a *desnudar* o Estado diante do cidadão, a Constituição ainda estabelece que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (art. 5º, LX). Sabendo-se que o Estado, hodiernamente, atua por meio de *processos administrativos*, apenas nos casos em que a *defesa da intimidade* ou o *interesse social* assim o exijam, haverá restrições à publicidade.

O dever de transparência perfaz, assim, toda a atividade estatal, especialmente a decisória. Por isso, não há como negar a necessidade de motivação para *tornar públicas as razões de decidir*. A publicidade constitucionalmente estabelecida é ampla: perceba-se não haver qualquer restrição quanto a atos decisórios ou de expediente – *todos devem ser públicos*, em decorrência não só do art. 37, *caput*, da Constituição, mas também do que consta no inciso XXXIII (“todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei...”).

¹⁵⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 177.

Assim, se o dever de publicidade é a regra, somente por meio da *motivação da decisão* é que se garantirá a amplitude da publicidade nos moldes exigidos constitucionalmente.

Há, por certo, hipóteses de *restrição à publicidade*, caso da *defesa da intimidade* ou do resguardo do *interesse social*. Mas essa situação deve ser interpretada de modo a evitar constatações açodadas: a Constituição, nesses casos, *restringe mas não elimina* o dever de publicidade. Por isso, essa restrição deve ser entendida como uma publicidade de *menor alcance popular, com número reduzido de destinatários*, mas não uma *publicidade menos transparente*. E até mesmo nessas situações o dever de motivação faz-se presente: *é necessário motivar também a decisão que restringe a publicidade*.

Diante dessas considerações, seja para ampliá-la, seja para restringi-la, a publicidade não sobrevive dissociada da motivação das decisões estatais.

4.5.5 Motivação como exigência do princípio da eficiência

Egon Bockmann Moreira conceitua o princípio da eficiência como “a necessidade de a Administração atingir e produzir o efeito útil ou adequado [...]. É o cumprimento da finalidade normativa, adequada a gerar os efeitos esperados pelo ordenamento”¹⁵¹.

Assim, não se trata de alcançar resultados visando ao “custo-benefício”, tal como se compreende a eficiência empresarial na iniciativa privada. A eficiência administrativa será cumprida sempre que as práticas estatais caminharem-se ao encontro dos fins previstos, o resultado administrativo. No mesmo sentido, aponta Egon Bockmann Moreira que a aferição da eficiência será obtida “do contraste entre os resultados atribuíveis à ação administrativa em vista das previsões normativas; relação entre o concretamente realizado e a perspectiva ideal da atividade pública”¹⁵².

¹⁵¹ MOREIRA, Egon Bockmann. O princípio da eficiência e a Lei nº 9.784/99. *Revista da Procuradoria Geral do INSS*, Brasília, DF, v. 7, n. 3, p. 45-60, out./dez. 2000.

¹⁵² *Ibidem*, loc. cit.

Numa abordagem mais açodada, seria possível afirmar que a eficiência e a necessidade de motivação seriam escopos dissociados na atividade administrativa – afinal, a motivação representa *mais uma formalidade* da decisão estatal, o que consome tempo e recursos. Mais eficiente seria, assim, uma decisão desprovida dessa “burocracia”, que permitiria ao Estado a obtenção de resposta de maneira mais ágil.

Não é, contudo, dessa forma que se deve conceber a interação entre *eficiência e motivação*. No sentido constitucional, *eficiência não deve ser tomada como pretexto para o atropelo de direitos e garantias fundamentais do cidadão*. Afinal, como já se expôs, a eficiência administrativa não significa lucratividade nem economia de tempo, mas sim a *obtenção de resultado dentro dos parâmetros juridicamente esperados*.

Essa abordagem vem ao encontro do entendimento sustentado por Egon Bockmann Moreira, para quem esse princípio relaciona-se não apenas com o alcance de metas, “mas especialmente com o *modo de execução* de tais fins. Num Estado Democrático de Direito não vale a regra do atingimento da eficácia a qualquer custo, mas é essencial que tal objetivo seja alcançado em respeito ao cidadão”¹⁵³.

Por isso, a eficiência necessita da motivação para ser plenamente configurada no desempenho da função administrativa. Oferecer uma *resposta fundamentada ao cidadão é uma das realizações do princípio da eficiência*, já que alcançado plenamente o resultado esperado da atuação estatal. Negar essa fundamentação é atitude duplamente contrária ao princípio: primeiro, por não atingir o resultado juridicamente esperado (o cidadão tem direito a uma decisão administrativa motivada); depois, pelo desperdício de tempo, visto que, certamente, a ausência de fundamentação aumenta a insatisfação do administrado com a decisão, o que, em decorrência, maximiza os riscos de impugnação e, pois, de mais demora no atendimento à sua demanda.

4.6 Obrigatoriedade de motivação das decisões estatais

¹⁵³ MOREIRA, Egon Bockmann. O princípio da eficiência e a Lei nº 9.784/99. *Revista da Procuradoria Geral do INSS*, Brasília, DF, v. 7, n. 3, p. 45-60, out./dez. 2000.

O Estado Democrático de Direito é incompatível com a arbitrariedade. Exige-se, pois, que o exercício do poder seja desvinculado das pessoas que eventualmente estejam dirigindo o destino do Estado, de modo que a decisão estatal não fique ao alvedrio do agente estatal responsável. Assim, tendo em vista as contingências impostas pela democracia, não há porque se conceber a prática de ato administrativo desprovido de motivação.

A *cidadania* também acarreta a obrigatoriedade da motivação. Sua concepção exige a *prestação de contas* acerca do exercício do poder, de modo que a cidadania somente se apresentará como *plena* se o cidadão puder conhecer os fundamentos pelos quais determinada providência foi adotada pelo Estado em desfavor do seu interesse.

Viu-se, ainda, que todos os princípios constitucionais expressos da Administração Pública fundamentam a noção de que a motivação deve ser parâmetro constante da atuação estatal, atentando contra aqueles princípios a formulação segundo a qual haveria a possibilidade de expedição de decisões administrativas sem motivação ou – o que é ainda mais grave – que somente haveria necessidade de motivação quando a lei assim expressamente o exigisse.

A motivação, longe de ser burocrática formalidade, é uma das garantias fundamentais do administrado, parte da *luta para a racionalização do exercício do poder e para a completa abolição do absolutismo que ainda permeia boa parte das práticas estatais*¹⁵⁴.

Por isso mesmo, é requisito obrigatório das decisões estatais. Mesmo nas situações em que alguns atos devam ser mantidos *em sigilo* (restringe-se a publicidade, mas não a existência da motivação, também – e principalmente – obrigatória nessa hipótese), e nos casos em que se reporta a fundamento *não*

¹⁵⁴ “A luta pela devida motivação do ato administrativo é parte da luta pela racionalização do poder e da abolição do absolutismo, pela forma republicana de governo e a defesa dos direitos humanos. Outros autores também têm advertido contra esse fenômeno de manter os vestígios do absolutismo, radicados agora no Poder Executivo, da clandestinidade (chame-se ‘reserva’, ‘discrição’, ‘segredo’, etc., mas há clandestinidade enfim), sob pretexto de proteger ou tutelar o bem comum ou o interesse público” (GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 3 – El Acto Administrativo. 8. ed. Buenos Aires: F.D.A., 2004, p. X-13 – X-14). No original em espanhol: “La lucha por la debida fundamentación del acto administrativo es parte de la lucha por la racionalización del poder y la abolición del absolutismo, por la forma republicana de gobierno y la defensa de los derechos humanos. Otros autores también han advertido contra ese fenómeno de mantener los vestígios del absolutismo, radicados ahora en el Poder Ejecutivo, de la clandestinidad (llámese reserva, discreción, secreto, etc., pero clandestinidad al fin), so pretexto de proteger o tutelar el bien común o el bienestar general”.

transcrito no próprio ato (circunstância em que existe motivação na modalidade *aliunde* ou *per relationem*), a motivação é dever inafastável da atividade administrativa. A diminuição dessa exigência acarreta a negação do dever de prestar contas da atuação do Estado ao cidadão. Viola o postulado básico da soberania popular, segundo o qual “todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido”. Numa palavra: decisão estatal desprovida de motivação consagra clara *inconstitucionalidade*.

Capítulo V – A processualização da atividade estatal

5.1 A concepção tradicional acerca do ato administrativo

No ensinamento de Hely Lopes Meirelles, ato administrativo seria conceituado como “toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria”¹⁵⁵. O autor esclarece que “esse conceito é restrito ao ato administrativo unilateral, ou seja, aquele que se forma com a vontade única da Administração, e que é o ato administrativo típico [...]. Os atos bilaterais constituem os contratos administrativos”¹⁵⁶.

O ato administrativo, assim, decorreria de uma vontade *unilateral* da Administração Pública, dispensando-se qualquer tipo de participação prévia na confecção desse ato, que poderia *impor obrigações aos particulares (administrados)* sem a necessidade de pronunciamento judicial específico a respeito. Qualquer outra manifestação concertada de indivíduos que não compunham a chamada *vontade administrativa* desnaturaria esse conceito – estar-se-ia, se isso ocorresse, diante do *contrato administrativo*, não mais do ato administrativo.

Essa concepção, como é fácil perceber, parte do conceito legal de *ato jurídico* constante no art. 81 do então vigente Código Civil de 1916, segundo o qual “todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico”. Fez-se, no entanto, as devidas adaptações para que fossem enxertados nesse conceito certos caracteres que corresponderiam às *prerrogativas da Administração Pública*, quais sejam: a *presunção de legitimidade*, a *imperatividade* e a *autoexecutoriedade*,

¹⁵⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 126.

¹⁵⁶ *Ibidem*, loc. cit.

espécies de *atributos do ato administrativo*¹⁵⁷. São esses atributos que embasam a parte final do conceito supramencionado de *ato administrativo*, ao abordar a prerrogativa estatal de “impor obrigações aos administrados ou a si própria”.

A *presunção de legitimidade* “autoriza a imediata execução ou operatividade dos atos administrativos, mesmo que arguidos vícios ou defeitos que os levem à invalidade”¹⁵⁸. Os atos, portanto, mesmo irregulares, persistiriam no mundo jurídico e seriam tidos como “válidos e operantes, quer para a Administração, quer para os particulares sujeitos ou beneficiários de seus efeitos”¹⁵⁹.

Essa presunção de legitimidade estabeleceria, ainda, “a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca. [...] a prova do defeito apontado ficará sempre a cargo do impugnante, e até a sua anulação o ato terá plena eficácia”¹⁶⁰.

Como se verifica, em decorrência dessa circunstância seria estabelecida uma *verdade apriorística*, que prevalece enquanto não invalidada e que agrava a atividade probatória da parte interessada em impugná-lo, pois ao interessado incumbiria o *onus probandi* de demonstrar as inconsistências fáticas e/ou jurídicas do que teria fundamentado a confecção do ato administrativo.

A justificativa invocada para esse atributo do ato sustenta que a presunção de legitimidade dos atos administrativos responderia “a exigências de celeridade e segurança das atividades do Poder Público, que não poderiam ficar na dependência da solução de impugnação dos administrados, quanto à legitimidade de seus atos, para, só após, dar-lhes execução”¹⁶¹.

A *imperatividade* seria o atributo segundo o qual o ato administrativo imporá “a coercibilidade para seu cumprimento ou execução”¹⁶². Ela decorreria “da só existência do ato administrativo, não dependendo da sua declaração de validade ou invalidade”¹⁶³.

Por fim, a autoexecutoriedade consistiria na possibilidade de certos atos administrativos ensejarem “imediata e direta execução pela própria

¹⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 134-139.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 174.

¹⁵⁹ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁶⁰ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁶¹ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁶² *Ibidem*, p. 137.

¹⁶³ *Ibidem*, loc. cit.

Administração, independentemente de ordem judicial”¹⁶⁴. Vê-se, pois que a Administração empregaria meios diretos de coerção, compelindo materialmente o administrado a fazer ou desfazer algo.

Todos esses atributos revelam que o ato administrativo seria a mais límpida expressão do monopólio do poder conferido ao Estado. Esse poder subjugaria os particulares a meros súditos da autoridade central constituída, sem lhes possibilitar qualquer providência no sentido da preservação dos direitos individuais, a não ser recorrendo ao Poder Judiciário.

Essa postura “defensiva” do particular em face da Administração Pública é, contudo, baseada em teorização anacrônica, flagrantemente inadequada ao Estado Democrático de Direito brasileiro. Como já se analisou anteriormente¹⁶⁵, essas formulações, que ainda grassam em boa parte da teoria e da jurisprudência voltadas para o Direito Administrativo, datam do Estado de Polícia, de modo que não há mais como concebê-las na atual conformação constitucional do Estado brasileiro. Há, pois, que se reformular essas noções com base em técnicas que assegurem a efetiva democratização da atividade administrativa.

5.2 Técnicas de democratização das decisões administrativas

Agustín Gordillo aponta a existência de alguns critérios que ampliam o exercício democrático na atuação estatal e que, embora não sejam adotados por muitas das legislações nacionais existentes, devem ser incorporados no decorrer do tempo às diversas ordens jurídicas, até mesmo para privilegiar o afirmado caráter democrático reconhecido por esses ordenamentos¹⁶⁶. São eles: 1) *consenso/adesão*; 2) *motivação/explicação*; 3) *participação administrativa*.

¹⁶⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 137.

¹⁶⁵ Capítulo II, tópicos 2.4 e 2.5.

¹⁶⁶ “Surgem assim múltiplos canais de participação política, nem todos aceitos nem introduzidos nos sistemas políticos e administrativos vigentes, mas que necessariamente haverão de sê-lo no decorrer do tempo [...]. Temos defendido há tempos esse conjunto de aspectos e insistido com eles por meio de artigos científicos e livros, mas sua aceitação é lenta e difícil” (GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 1 – Parte General. 8. ed. Buenos Aires: F.D.A., 2003, p. II-13 – II-14). No original: “Aparecen así múltiples canales de participación política, no todos los cuales se han aceptado ni introducido en los sistemas políticos y administrativos vigentes, pero que necesariamente habrán de serlo con el correr del tiempo [...]. Hemos planteado desde hace tiempo

Em relação ao *consenso/adesão*, o jurista argentino sustenta que as decisões estatais não podem basear-se no ideal de serem “unilaterais e (auto)executórias”, sendo necessário pensar que “a execução das decisões exige cada vez mais a adesão do indivíduo que será afetado por elas, bem como do agente estatal encarregado de executá-la”¹⁶⁷.

Sob o prisma da *motivação/explicação*, a explicitação dos fundamentos do ato torna-se um dever jurídico, político, social e cultural, de explicar ao administrado a razão de impor determinada decisão, “devendo convencê-lo com essa explicação, pois, se não a explica satisfatoriamente, faltará consenso a seu respeito, que é a base essencial da concepção democrática atual e futura acerca do exercício do poder”¹⁶⁸.

Já no que concerne à *participação administrativa*, reforça-se a ideia de que o administrado deve participar da decisão administrativa, através da “multiplicação das técnicas consultivas, tanto no que se refere aos setores interessados quanto ao público em geral [...] e a gestão participativa de diversos serviços públicos”¹⁶⁹.

Diante dessas construções, é possível traçar um sucinto panorama acerca das atitudes da Administração Pública em face do administrado em geral e do trabalhador estatal, no particular, destacando uma circunstância de inquestionável relevância: *cada um dos aspectos destinados à democratização*

este conjunto de temas, e insistido en ellos a través de artículos y libros, pero su aceptación es lenta y dificultosa”.

¹⁶⁷ No original: “Ya no basta ni satisface la decisión ‘unilateral ejecutoria’ de la administración, semejante a la relación jerárquica castrense: ahora se tiende a un liderazgo fundado en el consenso de los liderados, en el cual la ejecución de las decisiones exige cada vez más la adhesión del que será objeto de su aplicación, como así también del funcionario que será el órgano ejecutor” (GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 1 – Parte General. 8. ed. Buenos Aires: F.D.A., 2003, p. II-14).

¹⁶⁸ No original: “Del mismo modo, lo que fue en el pasado sólo exigencia jurídica, que el acto administrativo contuviera una “motivación” o explicitación de sus fundamentos, es hoy *también* una exigencia política; ahora hay un deber jurídico y político, social y cultural, de *explicar* al ciudadano o habitante por qué se le impone una norma y hay que *convencerlo* con la explicación; pues si no se le explica satisfatoriamente, faltará su consenso, que es base esencial del concepto democrático actual y futuro del ejercicio del poder y de la eficacia en el cumplimiento de la decisión” (*Ibidem*, p. II-14 – II-15). Os destaques constam no texto original.

¹⁶⁹ “Pero aun más, se va advirtiendo que la administración no puede ni debe administrar sola: *el pueblo administrativo debe participar en la decisión administrativa misma*. [...] Aparece así la multiplicación de las técnicas consultivas, tanto a los sectores interesados como al público en general (las audiencias públicas previas a la emisión de una nueva norma reglamentaria o a la adopción de un proyecto importante) y la gestión participativa de los diversos servicios públicos” (*Ibidem*, p. II-15). Os destaques constam no texto original.

dos atos administrativos influencia profundamente a reconfiguração dos chamados “atributos do ato administrativo” apontados pela doutrina tradicional.

Assim, tem-se que o atributo da *presunção de legitimidade* deve ser influenciado pela *motivação/explicação*: para o primeiro aspecto, o fato de o Estado supostamente atuar no sentido da legalidade pode dispensá-lo de fundamentar expressamente as suas decisões, ao passo que a necessidade de *motivação/explicação*, num Estado Democrático de Direito, condiciona a própria legitimidade do ato, o qual, sem enunciação expressa da motivação, torna-se inválido.

Já a *imperatividade* também deve ser fortemente impactada pela *participação do administrado*: enquanto a primeira, isoladamente considerada, reflete a prerrogativa de coercibilidade imediata, impondo *unilateralmente* obrigações ao administrado, possibilitando apenas o questionamento *a posteriori*, a *participação* viabiliza a abertura de diálogo com o administrado, no sentido de consultá-lo, antes de serem adotadas medidas de coerção.

Também se vislumbra que a *autoexecutoriedade*, encarada sob um viés democrático, pode ser entendida como algo mais do que meramente “execução material direta da decisão pela própria Administração”: a necessidade de *consenso/adesão* reclamaria, nesse caso, a prévia manifestação do cidadão acerca do seu teor, visando ao acertamento de interesses, de modo a permitir, sempre que possível, o cumprimento espontâneo, por parte do administrado, de determinada providência de interesse do ente estatal.

Estabelecidas, assim, as devidas mitigações – *presunção de legitimidade* compreendida a partir da *motivação/explicação*; *imperatividade* encarada sob o prisma da *participação do administrado*; e *autoexecutoriedade* compreendida a partir do filtro da necessidade de *consenso/adesão* – pode-se afirmar que esses atributos do ato administrativo *necessitam de urgente releitura da maioria da doutrina brasileira e da jurisprudência*. Somente assim é que se teria a efetivação do Estado Democrático de Direito, expressamente referido no art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, também nas práticas e rotinas da Administração Pública.

Essa releitura também colabora para privilegiar a *máxima efetividade das normas constitucionais*¹⁷⁰: o processo de elaboração dos tradicionais *atributos do ato administrativo* ocorreu em momento histórico bem anterior à Constituição de 1988. Aliás, ocorreu em momento bem anterior também à concepção do Estado Democrático de Direito (sendo ele o brasileiro ou não). Assim, é inadmissível que se continue a sustentar premissas dogmáticas que foram forjadas em outra realidade político-jurídica. É necessário adequar esses “atributos” do ato administrativo (bem como todo o estudo do Direito do Estado, aliás) ao que a Constituição consagra como Estado Democrático de Direito. Não adotar essa providência significa ler a Constituição vigente com o filtro da lei – quando o adequado seria adotar a providência inversa. Ou pior: essa postura implica compreender a lei e a atual Constituição tendo em vista o que estipulavam normas constitucionais (de 1967, 1969...) de realidades já soterradas juridicamente.

5.3 A reconstrução processual do ato administrativo

Agustín Gordillo, ao tempo em que teoriza acerca da democratização das decisões estatais, reconhece a dificuldade de implementar, na prática e nas legislações, os mecanismos típicos de decisão estatal no Estado Democrático de Direito¹⁷¹. Seus critérios do *consenso/adesão*, *motivação/explicação* e *participação administrativa*, conquanto bem elaborados, são de difícil aplicação no âmbito da doutrina tradicional relacionada ao ato administrativo e em realidades jurídicas pouco acostumadas às mudanças de conceitos jurídicos, como a brasileira. Para que esses critérios tornem-se viáveis e eficazes, tendo em vista o ordenamento jurídico brasileiro, torna-se necessário *reconstruir* a noção conceitual de ato administrativo, de modo a afastá-la da ideia assentada de “manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que tenha por

¹⁷⁰ “Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais [...] sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 227).

¹⁷¹ Ver, a respeito, nota de rodapé n. 166.

fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria”¹⁷².

Como se viu anteriormente¹⁷³, o conceito tradicional de ato administrativo supramencionado parte da antiga redação do art. 81 do Código Civil de 1916¹⁷⁴. É paradoxal apontar essa característica, já que o fato de o ato administrativo, concebido no âmago do direito público, vir a ser dotado de determinadas peculiaridades que o distinguiriam do ato jurídico “privado” (descrito e conceituado pelo Código Civil) não permitiriam a adoção dessa providência – adotar-se um conceito “privatista” adaptado. Contraditoriamente, porém, essa foi a prática adotada pela doutrina tradicional acerca do ato administrativo.

O paradoxo, porém, é conveniente para mascarar um grave problema nessa formulação: *ao adotar um conceito de direito privado adaptado, a formulação tradicionalista acerca do ato administrativo não permitia que se questionasse o procedimento de elaboração desse ato*. Assim, a concepção tradicional sobre o ato administrativo, construída sobre uma formulação baseada no Código Civil, fechou as portas para a publicização do *iter* de sua confecção, numa verdadeira contramão do que se espera de um *regime jurídico-administrativo pautado pela realização do interesse público*. E que vem ao encontro das anacrônicas práticas vislumbradas à época do Estado de Polícia, totalmente incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

Curiosamente, foram muitos os esforços para que houvesse nítida e rígida separação entre “direito público” e “direito privado”. Disseminou-se essa dicotomia como categorias jurídicas estanques, que não poderiam ser misturadas nem combinadas. Por isso, causa estranheza constatar a existência de certa simbiose conceitual entre “ato jurídico privado” e “ato administrativo”, nos termos em que foi formulada pela doutrina tradicional. Essa aproximação de conceitos, porém, não era incoerente, ao contrario do que, à primeira vista, poderia transparecer.

Carlos Ari Sundfeld denuncia a inviabilidade de manutenção dessa concepção de “ato administrativo” com base num ensinamento que se destaca

¹⁷² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 126.

¹⁷³ Conferir tópico 5.1, neste capítulo.

¹⁷⁴ Como já mencionado, o art. 81 do Código Civil de 1916 estipulava que “todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico”.

pela simplicidade e didatismo. Segundo o autor, o ato jurídico privado, tal como concebido pelo Código Civil de 1916, não tem regulação jurídica no que concerne ao seu processo de formação: o direito privado não se interessa pelo procedimento de confecção do ato, já que esse itinerário de formação seria um *indiferente jurídico*¹⁷⁵.

Prossegue o jurista afirmando que os particulares, no âmbito dos atos jurídicos privados, não podem ter a vontade sujeita a interferências externas, sob pena de afetar a vontade do agente e, em decorrência disso, também a validade do ato. Os particulares também não necessitam justificar a finalidade a ser atingida pelo seu ato. Em decorrência dessas duas características do ato jurídico privado, os particulares também não podem constranger outros indivíduos a cumprir obrigações impostas unilateralmente¹⁷⁶.

A partir dessas premissas fundadas no direito privado, Sundfeld passa a confrontá-las com o direito público. E, a partir desse exercício dialético, afirma que no direito público o fenômeno verificado é exatamente o inverso do que ocorre no direito privado: no Estado Democrático de Direito exige-se a observância do processo de confecção dos atos estatais, sejam eles a edição de normas jurídicas (ter-se-ia, no caso, o *processo legislativo*), a decisão do Poder Judiciário (*processo judicial*) ou a edição de atos administrativos (*processo administrativo*)¹⁷⁷.

O autor conclui seu raciocínio afirmando que “o processo é o modo normal de agir do Estado”¹⁷⁸. E esmiúça essa conclusão ao aduzir que o processo é a “contrapartida assegurada aos particulares pelo fato de serem atingidos por atos estatais unilaterais”¹⁷⁹, de modo que a produção de uma decisão estatal deveria estar condicionada, sob pena de invalidade do ato, a um processo do qual o particular pudesse participar.

¹⁷⁵ “[...] o direito privado não se ocupa do procedimento a ser adotado pelo indivíduo para produzir seu ato. [...] O direito privado ignora o comportamento do sujeito anterior ao contrato: o itinerário, o caminho, o procedimento até a contratação é um indiferente jurídico” (SUNDFELD. Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 90).

¹⁷⁶ “O poder jurídico de o indivíduo produzir atos, decorrendo do direito à liberdade, é um valor em si mesmo; não se justifica por qualquer finalidade a atingir. Por isso, ninguém interfere na formação da vontade de outrem: seria imiscuir-se na intimidade alheia. Contudo, os particulares não criam obrigações uns para os outros, através de atos unilaterais. Inadmissível, por exemplo, alguém ser constrangido, pelo simples querer de terceiro, a alienar seu imóvel; a compra e venda depende de contrato. O acordo de vontades é o veículo de compatibilização das liberdades” (*Ibidem*, p. 91).

¹⁷⁷ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁷⁸ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 94.

Nada mais adequado a um Estado Democrático de Direito: a restrição à publicidade e a inexistência de processualização dos atos estatais mostram-se situações incompatíveis com a possibilidade de *participação popular nos destinos do Estado* e de *controle dos cidadãos em relação aos atos dos administradores que contrariem os anseios da coletividade*. Admitir essas restrições significaria o retorno ao Estado de Polícia, em que o Estado era colocado contra o cidadão.

Daí porque se exige que as funções estatais sejam exercidas não através de atos, mas sim por meio de *processos administrativos*, que passariam a ser, desse modo, a categoria central no estudo do Direito Administrativo contemporâneo. Afinal o Estado Democrático de Direito, como já se afirmou em outras passagens deste texto, mostra-se incompatível com condutas unilaterais que imponham obrigações sem justificativas por parte dos administradores públicos. E é também incompatível com a falta de controle no exercício das atribuições e competências estatais.

No que denominou de *definição mínima de democracia*, Norberto Bobbio sustenta que como “regime democrático entende-se primariamente um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados”¹⁸⁰. Essa concepção pode, portanto, ser decomposta em dois caracteres fundamentais: 1) a democracia é pautada pela *procedimentalização das decisões*, noção que será tomada, neste texto, como *processualização* das decisões, pois, juridicamente, procedimento é somente a forma de manifestação extrínseca do processo¹⁸¹; 2) as decisões passam, antes de sua definição, pela participação do interessado no decurso do processo que as antecedem.

Essas características interpenetram-se de maneira indissociável.

A *processualização das decisões estatais* decorre do fato de que não se pode, na realidade democrática, conceber que apenas um dos lados da relação

¹⁸⁰ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 12.

¹⁸¹ “O procedimento é, nesse quadro, apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo. É a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível. A noção de processo essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício do poder (no caso, jurisdicional). A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem. Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 295).

jurídico-administrativa (o Estado) possa impor as soluções unilateralmente. A ideia do ato administrativo unilateral, que moldou o Direito Administrativo desde suas formulações iniciais, não se mostra adequada ao Estado Democrático de Direito por uma simples razão: *é incompatível com a democracia a postura somente defensiva do cidadão em face do Estado, como se o processo administrativo somente pudesse ser deflagrado para podar os excessos e abusos governamentais*¹⁸². A democracia impõe que o cidadão também possa tomar parte da construção das decisões estatais, *participando dos destinos do Estado*, o que somente pode ser feito *antes* da tomada de decisão. E o exercício tempestivo desse direito de *participação do interessado no decurso do procedimento*, inclusive *instaurando processos administrativos em face do Estado para obter pronunciamentos favoráveis a seus interesses particulares*¹⁸³ somente

¹⁸² Nesse sentido é o ensinamento de Egon Bockmann Moreira: “A compreensão contemporânea do Direito Administrativo exige uma radical mudança de ângulo em sua abordagem científica. Isso porque não se pode defender uma postura que prestigie um só dos lados na relação jurídico-administrativa, a ponto de celebrar a possibilidade de uma só das personagens ela envolvidas (a Administração) impor as soluções. Por mais adequados que possam ser os atos assim emanados e por mais obedientes ao princípio da legalidade que eles sejam, não se pode permanecer insistindo na lógica da ‘declaração unilateral da vontade administrativa, visando a produzir efeitos de direito’. [...] Em vista à celebração, tanto na Constituição como nas leis ordinárias, de preceitos que asseguram a participação democrática das pessoas privadas quando da elaboração dos provimentos administrativos (tanto aqueles que as beneficiem diretamente como aqueles nos quais elas sejam apenas interessadas), exige-se que se abra mão do culto (ou mito) ao ato unilateral. Inverteu-se a óptica primordial: de provimentos emanados unicamente das entranhas da Administração Pública, tornaram-se os atos administrativos (individuais e concretos; gerais e abstratos) decisões oriundas da cooperação entre as pessoas privadas e a Administração. Aos particulares se firmou o direito e a garantia de participar da elaboração dos atos administrativos a ser futuramente emanados pelo Estado-Administração”. Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. O Processo Administrativo no Rol dos Direitos e Garantias Individuais. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 185-186.

¹⁸³ Novamente Egon Bockmann Moreira: “Por outro lado, os particulares têm o direito de instalar seus próprios processos administrativos, visando à consagração de seus direitos e interesses frente à Administração. Já não se trata da defesa contra abusos cometidos pelo Estado ou de responsabilização dele pelos desvios porventura ocorridos. Trata-se da possibilidade de dar início a processos administrativos que resultem em resultados positivos para as pessoas envolvidas. Não há um litígio, não há um conflito: o que se dá é a formulação de um pleito que gere vantagens que o ordenamento jurídico legitimamente outorga às pessoas privadas. A Administração tem o dever de bem receber, processar, instruir e decidir tais pedidos. [...] Por fim, as pessoas privadas têm o direito de participar da elaboração de normas que digam respeito aos seus direitos e aos seus interesses (pessoais, coletivos ou cívicos). Mais do que isso: têm o direito de inaugurar processos administrativos nesse sentido e deles participar mesmo sem deter um vínculo de legitimidade imediato — exercitando direitos de participação. Se os dois primeiros ângulos sob os quais se pode examinar o processo administrativo trazem consigo uma essencial subjetividade nos pleitos das pessoas privadas, este terceiro caracteriza-se precipuamente pela respectiva objetividade. Não é imprescindível um vínculo pessoal a legitimar a instalação do processo como meio de produção normativa (participação e controle). O que assume uma dimensão ainda mais relevante em razão do surgimento das novas autoridades administrativas independentes, as quais regulam alguns dos setores mais importantes da economia nacional e contam com a participação popular na formação de seus atos (a maior parte deles com efeitos normativos)” (*Ibidem*, p. 187-188).

é concebível se houver a *processualização das decisões estatais*, sem a qual o indivíduo ficaria alijado de exercer a sua cidadania em face do Estado.

Processualização e participação são, pois, duas exigências democráticas que modificam profundamente o panorama tradicional sobre a teoria do ato administrativo.

O exercício da competência decisória da Administração Pública *sem a observância das garantias da processualização e da participação* será tida como incompatível com o Estado Democrático de Direito, pois contraposta à democracia¹⁸⁴. E essa providência autoritária acarreta a *inconstitucionalidade da decisão administrativa*, que não pode, assim, ter qualquer repercussão em face dos cidadãos: afinal, se a decisão não foi proferida em conformidade com as exigências básicas da democracia, não há fundamento jurídico para sustentá-la, haja vista que o Estado Democrático de Direito é princípio expressamente enunciado no art. 1º, *caput*, da Constituição de 1988.

5.4 A atuação administrativa centrada no processo

A superação das construções teóricas fundadas no ato administrativo unilateral, à vista de sua incompatibilidade com a democracia, implica a adoção da conclusão de que, tomando o lugar reservado ao ato administrativo pela doutrina tradicional, o processo passa a ser o *instrumento padrão de atuação* do Estado-Administração na realidade do Estado Democrático de Direito. O processo administrativo, pois, revela-se como *categoria jurídica essencial ao Direito Administrativo contemporâneo*.

¹⁸⁴ “Afirmo preliminarmente que o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem *quem* está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*. Todo grupo social está obrigado a tomar decisões vinculatórias para todos os seus membros com o objetivo de prover a própria sobrevivência, tanto interna como externamente. Mas até mesmo as decisões de grupo são tomadas por indivíduos (o grupo como tal não decide). Por isto, para que uma decisão tomada por indivíduos (um, poucos, muitos, todos) possa ser aceita como decisão coletiva é preciso que seja tomada com base em regras (não importa se escritas ou consuetudinárias) que estabeleçam quais são os indivíduos autorizados a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo, e à base de quais procedimentos” (BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 18).

Não há mais espaço para que a Administração Pública atue unilateralmente sem que essa providência atinja o Estado Democrático de Direito. Assim, *toda decisão administrativa, para ser democraticamente legitimada, deve ser precedida do respectivo processo administrativo*. Firma-se, aqui, conclusão idêntica àquela que chegou Carlos Ari Sunfeld, quando sustentou que “decidir é fazer processos – isto é, toda a atividade decisória é condicionada por princípios e regras de índole processual”¹⁸⁵.

Desse modo, não pode mais subsistir a ideia de ato administrativo isolado e unilateral. O processo administrativo consagra-se como eixo central do Direito Administrativo à medida que, por um lado, inviabiliza a dissipação de atribuições no exercício das competências administrativas, colaborando com a estabilização das regras e condições para a decisão que afete o administrado e, por outro lado, previne o cidadão contra o exercício arbitrário do poder, já que a processualização das decisões viabiliza a intervenção do administrado com vistas ao aperfeiçoamento da atuação administrativa¹⁸⁶. Reafirma-se, por meio dessas duas características, o quanto *processo* e *democracia* estão interligados: a estabilização das condições da decisão vem ao encontro da concepção de “democracia assecuratória das regras do jogo”, tão ardorosamente defendida por Norberto Bobbio¹⁸⁷; e a prevenção contra o arbítrio, viabilizando a participação do

¹⁸⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. Processo e Procedimento Administrativo no Brasil. In: _____; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coords.). *As leis de processo administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 19.

¹⁸⁶ “O que é uma lei geral de procedimento (ou processo) administrativo? Em termos singelos, trata-se de um conjunto de normas objetivando, de um lado, limitar os poderes dos administradores públicos, desde os Chefes do Executivo e seus auxiliares diretos até as autoridades de menor escalão, com a fixação de prazos e condições adjetivas para o exercício de todas as suas competências; e de outro, proteger os indivíduos e entidades contra o poder arbitrário exercido por autoridades, ao dar-lhes instrumentos legais para que apresentem, à Administração, suas defesas, impugnações, recursos, e, mais amplamente, peticionem com suas reivindicações, denúncias, sugestões, críticas, e daí por diante. Relativamente ao controle judicial, a relevância dessas leis é, essencialmente, a de instituir regras estruturais quanto ao regime dos atos administrativos – casos de invalidade, casos de preservação, prazo para produção, etc. – cuja ausência, se não inviabiliza esse controle em tese, em muito o dificulta, na prática da vida quotidiana” (*Ibidem*, p. 18).

¹⁸⁷ “O discurso sobre as regras do jogo é extremamente importante, e não pode ser eliminado se não se deseja cair diante de um problema mal posto e, nesta medida, insolúvel. E isto ao menos por duas razões. Antes de mais nada, porque o que distingue um sistema democrático dos sistemas não democráticos é um conjunto de regras do jogo. Mais precisamente, o que distingue um sistema democrático não é apenas o fato de possuir as suas regras do jogo (todo sistema as tem, mais ou menos claras, mais ou menos complexas), mas sobretudo o fato de que estas regras, amadurecidas ao longo de séculos de provas e contraprovas, são muito mais elaboradas que as regras de outros sistemas e encontram-se hoje, quase por toda parte, constitucionalizadas, como acontece por exemplo na Itália. Já tive a oportunidade de dizer, e não me canso de repetir, que quem não se deu conta de que por sistema democrático entende-se hoje preliminarmente um conjunto de regras procedimentais, das quais a regra da maioria é a principal mas não a única, não

cidadão no processo de formação da chamada “vontade administrativa”, reforça a necessidade de se rechaçar o autoritarismo, sendo esta noção absolutamente incompatível com a atuação administrativa no Estado Democrático de Direito.

Além disso, o fato de serem processualizadas as decisões estatais viabiliza, também, seu maior grau de controlabilidade, de modo a inibir que eventuais decisões, que eventualmente não sejam precedidas de controle mais intenso quanto ao seu procedimento, venham a materializar-se como forma de exercício arbitrário do poder cometido ao administrador público¹⁸⁸.

Ressalte-se, no entanto, que as vantagens advindas com a processualização das decisões administrativas não amparam apenas o administrado: a própria Administração é beneficiada com a processualização de suas condutas. Nesse diapasão, invoca-se a lição de Niklas Luhmann, segundo a qual a dispersão de informações e de pontos de vista dos agentes públicos na estrutura burocrática estatal podem ocasionar falta de coerência e perda de agilidade nos processos decisórios: a *padronização* dos processos decisórios na Administração Pública deve ser buscada tanto no aspecto procedimental (adotando-se regras que diminuam a falta de uniformidade nas tramitações processuais e a ocorrência de improvisos) quanto no aspecto substancial (havendo o cuidado de criar uma base de precedentes que possam ser aplicados em casos análogos, evitando decisões díspares para casos que reclamem idêntica solução jurídica)¹⁸⁹.

compreendeu nada e continua a não compreender nada a respeito da democracia” (BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 65).

¹⁸⁸ “[...] é sobretudo na esfera do poder administrativo que a programação condicional é mais intensa: em linguagem dogmático-jurídica, os atos administrativos dispõem de maior grau de vinculatoriedade do que os atos políticos ou de governo, caracterizados, portanto, por possuir um espaço mais amplo de ‘discrecionabilidade’. Enfatize-se que se trata de uma questão de grau: o ato discricionário (ao contrário do arbitrário) também é, em parte, programado condicionalmente por normas jurídicas. O Estado de Direito não comporta a noção de poder *arbitrário* e, por isso mesmo, está sempre a enfrentar o problema do poder *ilícito*” (NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 94-95).

¹⁸⁹ “Não é apenas a automatização crescente dos métodos administrativos que leva a um exame cuidadoso do progresso na decisão. A diferenciação especializada de inúmeros contributos isolados e a forte dispersão das informações relevantes e dos contatos externos exigem, igualmente, a organização dentro das repartições implicadas do decurso do processo de decisão segundo teores e estruturas temporais, de tal forma que se abranja o maior número possível de informações sem sobrecarga para o portador isolado de informações ou para o entroncamento isolado da rede de comunicações; que se pondere o maior número possível de alternativas e, portanto, que as decisões sejam tomadas o mais rapidamente possível. Para isso a administração tem de ser planejada como sistema de processos de decisão, com o objetivo de só ativar as informações relevantes possivelmente onde e quando desempenhem uma função seletiva. Isto pressupõe, em

O processo administrativo, assim, cresce em importância dentro do estudo do Direito Administrativo. Mais ainda: converte-se em verdadeiro *direito-garantia constitucional fundamental do cidadão*, sendo impossível ao Estado negar o seu manejo por parte dos administrados¹⁹⁰.

5.5 O processo administrativo como direito-garantia fundamental

O processo administrativo, compreendido contemporaneamente, deve ser elevado a um patamar acima da mera noção de “instrumento”, ou de “garantia adjetiva”. Sua natureza de *direito-garantia fundamental* impõe mudanças no entendimento tradicional a seu respeito, de modo a entendê-lo numa perspectiva

compensação, que a relação das decisões parciais isoladas se organiza no sentido dum reforço mútuo de seletividade, de tal forma que uma repartição possa utilizar, como premissa, trabalhos de seleção doutras repartições. Perante a complexidade deste problema, um planejamento racional do procedimento apresenta exigências para cujo domínio não houve, até hoje, progressos nem na teoria, nem na prática. A saída típica e provisoriamente indispensável consiste, pois, em prosseguir as diligências de decisão e a coordenação das contribuições isoladas para fixar o processo *ad hoc* e para coordenar os diversos processos isolados, unicamente através de alguns ‘princípios’ de ordem geral – por exemplo, de que todas as repartições, cuja esfera de atividade é afetada, têm de intervir. É evidente que dessa forma se implicam consideráveis desvantagens. Sobretudo distorce-se a decisão sobre o caminho que um assunto tem de tomar, em caso isolado, mediante razões de competência específica e mediante estratégias de poder. A ‘correspondência’ converte-se em problema de poder, pois implica a decisão sobre o projeto a seguir em cada caso. Hoje procura-se, sobretudo, combater na burocracia motivos incontroláveis e preferências mediante a ampliação da garantia legal no interesse do representante legítimo. Mas desta forma nada se lucra com o estabelecimento de alguns poucos princípios e condições mínimas. No fundo, trata-se de um problema de racionalização interna do método de decisão da administração. Muito provavelmente, só se tornará racional uma padronização, que abranja o próprio processo de decisão num elevado grau de especialização, permitindo uma freqüente revisão do mesmo. Ela abre, simultaneamente, a possibilidade de automatização dos processos de decisão” (LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília, Universidade de Brasília, 1980, p. 167-168).

¹⁹⁰ “Não será demais afirmar, portanto, que estamos diante de um novo processo administrativo, de uma novel configuração jurídica do processo – o que tem firmes repercussões igualmente quanto ao cerne de todo o Direito Administrativo contemporâneo. O processo administrativo hodierno assume o feitio de um *direito-garantia*, uma realidade jurídica a integrar a esfera individual dos particulares, que podem dele dispor sem ser necessariamente na defesa de algum direito ofendido. Não se depende da prévia agressão e da respectiva defesa para que se entenda qual é a natureza jurídica do processo. Essa confluência de direitos e garantias ínsitas ao processo administrativo, essa união de instrumentos processuais de tutela à liberdade e bens [...] passam integrar a esfera subjetiva da pessoa. Por isso que ele se aproxima dos *direitos individuais*, configurando um *direito-garantia*” (MOREIRA, Egon Bockmann. O Processo Administrativo no Rol dos Direitos e Garantias Individuais. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 189).

multifacetada, como “simultaneamente um direito de defesa, um direito de participação e um direito a prestações”¹⁹¹.

O processo administrativo mostra-se como *direito de defesa* na medida em que viabiliza a reação do cidadão contra condutas arbitrárias da Administração, de modo a não permitir a intromissão indevida do Estado na sua esfera jurídica particular. É *direito de participação*, pois viabiliza a interferência do indivíduo no processo decisório da Administração Pública, colaborando com a formação da decisão e da “vontade administrativa”. E se mostra também como *direito à prestação*, na medida em que ao Estado incumbe o dever de atuar no sentido de avaliar as ponderações suscitadas pelo cidadão e oferecer-lhe, obrigatoriamente e em lapso temporal razoável, uma resposta.

Esse caráter de *fundamentalidade multifacetada* do processo administrativo (ou da processualização da atividade decisória da Administração Pública), que o torna um *direito-garantia*, somente se verifica a partir do momento em que se vislumbra a participação privada na elaboração dos atos administrativos, pois é a “interação das pessoas privadas na intimidade da atividade administrativa do Estado, prévia ou simultânea à própria criação do ato administrativo, que explica e determina o processo administrativo como *direito-garantia*”¹⁹².

O processo administrativo conta com disciplina constitucional muito assemelhada ao processo judicial. Há casos em que a Constituição refere-se genericamente a “processo”, por exemplo, nas menções feitas pelo art. 5º, incisos LIII (“ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”), LIV (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”) e LVI (“são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”). Nessas situações, os princípios acima referidos são aplicáveis

¹⁹¹ “[...] o processo não é apenas um instrumento de defesa dos direitos da pessoa privada; uma garantia a que esses direitos sejam protegidos devido à reação de seu titular. Trata-se de algo mais significativo do que o encarnado na concepção exclusivista de uma garantia acessória ou adjetiva. O processo administrativo tem dignidade toda própria, constituindo um direito individual do qual todos os particulares dispõem [...]. O processo administrativo é simultaneamente um direito de defesa, um direito de participação e um direito a prestações. A riqueza desse caleidoscópio permite ao intérprete avançar na investigação da natureza jurídica do processo administrativo” (MOREIRA, Egon Bockmann. O Processo Administrativo no Rol dos Direitos e Garantias Individuais. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 190).

¹⁹² MOREIRA, Egon Bockmann. O Processo Administrativo no Rol dos Direitos e Garantias Individuais. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 191.

tanto ao processo administrativo quanto ao judicial. Em outras situações a Constituição disciplina o processo judicial e o administrativo em expressões distintas, embora lhes deem idêntico regramento, como ocorre, também no art. 5º, no inciso LV (“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”) e no inciso LXXVIII (“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”). Também nesse caso os princípios referidos aplicam-se a ambas as modalidades de processo.

Sendo assim, qual o traço característico *próprio* do processo administrativo em face do judicial? As peculiaridades de tramitação, instauração, formalização e autoridade que profere a decisão implica diferenciações quanto ao alcance e à aplicabilidade dos princípios supramencionados a uma ou a outra modalidade de processo, judicial ou administrativo. Mas essas circunstâncias não os diferenciam *na essência*, limitando-se a um determinado aspecto pontual do desenvolvimento de cada um deles.

O traço distintivo fundamental entre o processo judicial e o administrativo – que confere a este uma dignidade diferenciada dentro do Estado Democrático de Direito e que ainda necessita ser efetivamente respeitada – é a circunstância de “trazer os particulares ao momento (lógico e jurídico) mais próximo possível da condição de co-autores do ato a ser proferido pela Administração – seja ele favorável ou contrário aos interesses deles”¹⁹³.

Essa interação dialética possibilita a interferência positiva do cidadão na formação da “vontade administrativa”, intervindo no exercício do poder do Estado, o que maximiza o princípio constitucional segundo o qual “todo o poder emana do povo” (art. 1º, Parágrafo Único). Não por acaso, as regras relacionadas ao processo administrativo “são consideradas instrumentos fundamentais do Estado de Direito e da cidadania, na generalidade dos Estados democráticos”¹⁹⁴. Não poderia ser diferente no Brasil, constitucionalmente caracterizado como Estado Democrático de Direito.

¹⁹³ MOREIRA, Egon Bockmann. O Processo Administrativo no Rol dos Direitos e Garantias Individuais. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 191-192.

¹⁹⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. Processo e Procedimento Administrativo no Brasil. In: _____; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coords.). *As leis de processo administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 18.

5.6 Devido processo legal como princípio cardinal do Direito Administrativo

O devido processo legal, princípio previsto expressamente no art. 5º, LIV, da Constituição (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”) consagrou-se, no dizer de Ada Pellegrini Grinover, como “conjunto de garantias objetivas do próprio processo, como fator legitimante do exercício da jurisdição e do poder”¹⁹⁵.

Embora o devido processo legal possa ser invocado sem mitigações tanto no processo judicial quanto no processo administrativo, no campo do Direito Administrativo esse princípio pode ser concebido de forma diferente: diferentemente da decisão judicial, que deve buscar uma “solução normativa” para o caso a ser julgado, outros aspectos influenciam a tomada de decisão administrativa (a oportunidade, a conveniência, o “interesse público”, etc.), que concedem “maior liberdade” ao Estado¹⁹⁶. Em contrapartida a essa maior “liberdade decisória”, deve o Estado arcar com o ônus respectivo: *a exigência de observância ao devido processo legal por parte do Estado-Administração deve ser controlada de maneira ainda mais intensa*. E é o que deve acontecer: enquanto a validade da decisão judicial que não foi originada do devido processo legal conta com controle revisional do próprio Poder Judiciário, a decisão administrativa padecente do mesmo vício é passível de controle dentro da própria estrutura do “Estado-Administração” e também de controle judicial, *sem que aquele condicione o exercício deste*.

¹⁹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito à prova no âmbito administrativo. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. (Org.). *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. São Paulo: Método, 2009, p. 1.

¹⁹⁶ “El principio de la defensa es frecuentemente olvidado en el ámbito administrativo [...], justamente donde nunca debe serlo, precisamente porque la decisión administrativa, a diferencia de la judicial, no sólo debe tener en cuenta la solución normativa del caso, sino también los criterios ya mencionados de oportunidad, conveniencia, interés público, etc. Si en el ámbito judicial, donde solamente se juzgan los hechos y su encuadre normativo, no se concibe – salvo los casos de arbitrariedad manifiesta ya recordados – una decisión tomada sin oír a los interesados, mucho menos se puede concebir una decisión tomada de esa manera cuando además de la legitimidad del acto ha de evaluarse, indispensablemente, su mérito y conformidad al interés público” (GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2 – La Defensa del Usuario y del Administrado. 8. ed. Buenos Aires: F.D.A., 2006, p. IX-15)

Em apoio a essa maior exigência do devido processo legal no Direito Administrativo, Carlos Ari Sunfeld afirma que, mais do que se limitar aos quadrantes do direito processual, o devido processo legal é verdadeira *garantia dos particulares frente ao Estado*, “*garantia ao mesmo tempo passiva, isto é, dirigida à pessoa enquanto sofre o poder estatal, e ativa, destinada a propiciar o acionamento da máquina estatal pelos membros da sociedade e a obtenção de decisões*”¹⁹⁷.

Vê-se, pois, que o devido processo legal está na base da principiologia do direito público. Esse *status* diferenciado e relevante no estudo da disciplina juspublicista não é por acaso: se o Direito Administrativo, recebendo os influxos advindos com a constitucionalização expressa do Estado Democrático de Direito, tende a *processualizar* as práticas estatais, então cerradas no unilateralismo dos atos administrativos, nada mais adequado do que, *pari passu* com a elevação do processo administrativo como categoria central do Direito Administrativo, seja também conferida ao *devido processo legal* a condição de *princípio central do Direito Administrativo*.

Após caracterizar o devido processo legal como *princípio cardeal do direito público (constitucional e administrativo)*, o argentino Agustín Gordillo afirma que o devido processo deve ser entendido, também no que diz respeito ao direito público, “em sua face adjetiva e substantiva: como direito a ser ouvido tanto individual como coletivamente, antes que se tome uma decisão adversa a seus direitos ou interesses [...] e como o direito a que a decisão seja intrinsecamente razoável”¹⁹⁸.

A expressão *devido processo legal* possui, assim, duas perspectivas: o sentido *adjetivo* e o sentido *substantivo*. A perspectiva dúplice, no entanto, não permite que se cinda o conceito em duas concepções diferentes: qualquer das perspectivas de devido processo legal que se adote (adjetiva ou substantiva) deve estar, necessariamente, acompanhada da perspectiva que foi, *a priori*,

¹⁹⁷ SUNDFELD. Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 174.

¹⁹⁸ No original: “Si se quisiera puntualizar el principio cardinal del derecho público constitucional y administrativo, él es así el principio del debido proceso en su doble faz adjetiva y sustantiva: como derecho a ser oído tanto individual como colectivamente antes de que se tome una decisión adversa a sus derechos o intereses – incluidos los derechos de incidencia colectiva – y como el derecho a que la decisión sea intrínsecamente razonable” (GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 1 – Parte General. 8. ed. Buenos Aires: F.D.A., 2003, p. VI-27 – VI-28).

“desconsiderada” (substantiva ou adjetiva). *Não se cumpre a garantia do devido processo legal se qualquer das perspectivas estiver ausente ou cumprida parcialmente*. Daí porque essa divisão, embora tenha relevância histórica e didática, não pode conduzir à conclusão de que há “dois tipos” de devido processo legal ou de que “um dos tipos” pode ser tomado isoladamente sem que o outro lho acompanhe¹⁹⁹.

Por *devido processo legal adjetivo*, no âmbito do processo administrativo, deve-se entender, dentre outras circunstâncias: 1) o direito a ser ouvido *antes* da prolação da decisão administrativa; 2) o direito a conhecer o teor do processo, igualmente *antes* da decisão administrativa; 3) o direito ao cumprimento das formalidades e procedimentos administrativos; e 4) o direito a uma decisão suficientemente motivada. Tudo sem prejuízo da possibilidade de controle da decisão administrativa pelo Poder Judiciário²⁰⁰.

Já no que diz respeito ao *devido processo legal substantivo*, este deve pautar-se pela decisão calcada em bases *razoáveis e proporcionais*. Para tanto, é necessário que haja: 1) substrato fático suficiente (causa/motivo), e corretamente invocados, desconsiderando-se fatos irrelevantes e analisando-se todos os fatos relevantes para a solução da questão; 2) o fim perseguido deve ser proporcional aos meios utilizados no sentido de apurar as ocorrências suscitadas; 3) os meios empregados devem também ser adequados, tanto ao fim perseguido quanto aos fatos relevantes que fundamentam o pleito do administrado²⁰¹.

Ambas as perspectivas – *adjetiva* ou *substantiva* – consolidadas na fórmula única do *devido processo legal*, fornecem ainda mais elementos que permitem, em reforço ao Estado Democrático de Direito, combater e coibir a

¹⁹⁹ “Reafirmando o já consignado: o aspecto processual do *due process of law* é indissociável de sua superfície substancial. Não se pode compreender a cláusula, depois de toda a evolução histórica por ela transposta, como realidade passível de cisão. Ao contrário: a interpretação parcial só tem utilidade histórica e/ou didática. A dicotomia perdeu sentido, e caso não existisse todo o passado medieval da cláusula a discussão substancial-processual nem sequer seria posta. Em suma, e irremediavelmente, a garantia do art. 5º, LIV, da CF, engloba incindíveis aspectos ‘processuais’ e ‘substanciais’. Isso porque (a) a compreensão genérica do *due process of law* assim o impõe; (b) a evolução histórica da cláusula não permite a exclusão na dicção genérica da garantia; (c) não foi feita a diferenciação no corpo do texto constitucional, o que vedaria ao intérprete estabelecê-la *sponte propria*; e (d) o princípio da máxima eficácia proíbe a interpretação restritiva de normas constitucionais que estabelecem direitos e garantias” (MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99*. 2. ed. at. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 260-261).

²⁰⁰ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 1 – Parte General. 8. ed. Buenos Aires: F.D.A., 2003, p. VI-32.

²⁰¹ *Ibidem*, p. VI-34 – VI-35.

arbitrariedade administrativa, resguardando-se dos direitos dos cidadãos: o arbítrio pode manifestar-se não só na ausência (efetiva ou não) de determinadas normas, mas também na manipulação e no uso desvirtuado do arcabouço normativo. Por isso mesmo, a exigência de *controle sobre os procedimentos administrativos* (devido processo adjetivo) e a necessidade de *controle sobre o conteúdo da decisão administrativa* (devido processo substantivo) preservam as bases formais e substanciais da democracia no Estado brasileiro e permite o regular exercício da competência dos agentes públicos.

Essa possibilidade de controle viabilizada pelo *devido processo legal*, ao tempo que resguardam os direitos dos cidadãos quanto ao alcance e aos limites das providências estatais, também colabora para aproximar os indivíduos da Administração Pública e para superar a falsa contraposição “indivíduo *versus* Estado”. Deve-se afirmar, contudo, que muito do ranço autoritário que caracterizou boa parte do histórico do Direito Administrativo no Brasil ainda persiste, o que impõe a necessidade de abordar um dos conceitos mais difundidos acerca da atuação estatal – o “interesse público” – e a sua processualização, de modo a adequá-la aos preceitos que resguardam os direitos fundamentais do indivíduo.

5.7 A processualização do “interesse público”

Reconhecido constitucionalmente como *Estado Democrático de Direito*, o Estado brasileiro deve pautar-se pela possibilidade de *participação do administrado e, se possível, de consenso*, como já se analisou anteriormente²⁰². Assim sendo, se o Estado *necessita propiciar essa participação para a obtenção de um possível consenso*, é ilógico aceitar que essa abertura democrática seja compatível com qualquer supremacia – do contrário, qual seria a finalidade da participação do administrado se ele já soubesse que a solução seria inquisitoriamente imposta pelo Estado ao final?

A existência efetiva do *interesse público* como legitimador da atuação estatal – conceito aqui tomado como *síntese dos interesses individuais e*

²⁰² Verificar tópico 5.2 do capítulo anterior.

*coletivos após procedimento de ponderação entre eles*²⁰³ – só estará presente se esse interesse resultante vier a ser realizado *processualmente, condicionando-se a construção da atividade estatal em alinhamento com a participação do cidadão na formação da decisão*, de modo que “somente seria possível aludir a ‘interesse público’ como resultado de um longo processo de produção e aplicação do direito. Não há interesse público prévio ao direito ou anterior à atividade decisória da Administração pública”²⁰⁴.

Por isso mesmo, o interesse público realiza-se, no Estado Democrático de Direito, a partir do *pluralismo*, em que as partes envolvidas tenham o direito de fundamentar suas pretensões. Obviamente, o ideal é que dessa interação pluralista sobressaia um conteúdo decisório de cunho consensual, em sentido aproximado ao que entendia Hegel, que vislumbrava a *possibilidade de manutenção do interesse particular em face do “interesse geral”*, devendo ser adotadas medidas que visem à *concordância entre o interesse geral e o interesse particular*²⁰⁵.

Ocorre, no entanto, que a obtenção desse consenso nem sempre é possível. Esse consenso quanto ao teor da decisão estatal em face do

²⁰³ “O que se está a afirmar é que o interesse público comporta, desde a sua configuração constitucional, uma imbricação entre interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares, não se podendo estabelecer a prevalência teórica e antecipada de uns sobre outros. Com efeito, a aferição do interesse prevalecente em um dado confronto de interesses é procedimento que reconduz o administrador público à interpretação do sistema de ponderações estabelecido na Constituição e na lei, e, via de regra, o obriga a realizar seu próprio juízo ponderativo, guiado pelo dever de proporcionalidade” (BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel. (Org.) *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 150).

²⁰⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 45. Em idêntico sentido é o posicionamento de Benjamin Zymler: “[...] mostra-se difícil, na prática, a caracterização do elemento objetivo do interesse público. [...] a nova forma de atuação do Poder Público, que enfatiza o processo administrativo como método prevalente, dificulta a pressuposição de um interesse público *a priori*. Ao contrário, o interesse público deve-se revelar no caminhar do processo” (ZYMLER, Benjamin. Questões de controle, controle das finanças públicas no Brasil: visão atual e prospectiva. *Revista do Tribunal de Contas da União*, v. 29, n. 76, p. 15-42, abr./jun. 1998, p. 19).

²⁰⁵ “Ao procurar cumprir o seu dever, o indivíduo deve encontrar também o que é seu interesse pessoal e sua satisfação, de modo que, da sua situação no Estado, lhe advém um direito que da coisa pública faz sua coisa particular. Na verdade, não deve o interesse particular ser menosprezado e banido, mas sim conservado em concordância com o interesse geral para que, assim, um e outro sejam assegurados. O indivíduo que pelos deveres está subordinado, no cumprimento deles como cidadão obtém a proteção da sua pessoa e da sua propriedade, o respeito pelo seu bem particular e a satisfação da sua essência substancial, a consciência e o orgulho de ser membro de um todo. No cumprimento do dever com a forma de prestação de serviço para o Estado, assegura também a sua conservação e subsistência” (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Tradução Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 228).

administrado *não é pressuposto da processualização do interesse público*, sendo ainda possível ao Estado exercer o poder de imposição em casos de resistência indevida do cidadão em face de alguma decisão estatal. Nesse caso, porém, “o uso da força deverá refletir um devido processo legal, sendo acompanhado da observância de todas as formalidades comprobatórias necessárias e das garantias inerentes ao processo”²⁰⁶.

A solução impositiva adotada pelo Estado deve ser, pois, uma providência ponderada em face de cada situação posta à sua frente, e não uma concepção apriorística. A limitação da atuação do cidadão à mera defesa em face do Estado, sem a possibilidade de que ele atue *ativamente no sentido de que o Estado promova a verificação, em providência processualmente regulada, da existência dos seus direitos individuais a serem providos*, significaria *também* uma lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana, que, além de ser também fundamento da República (art. 1º, III), é “simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais”²⁰⁷.

Constata-se, pois, que haverá *efetivo interesse público* (“melhor interesse público” ou “interesse público ótimo”) se a decisão estatal for produzida dentro de procedimento que realize a garantia do devido processo legal, respeitando-se os direitos do cidadão e seus legítimos interesses. Não mais se admite a noção vaga de “interesse público” como antecedente das práticas estatais, não podendo o Estado arrogar-se no papel de detentor ou delineador da concepção (abstrata ou concretizada) de “interesse público”²⁰⁸.

²⁰⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 207.

²⁰⁷ “É justamente neste sentido que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplce esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade. Como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de a dignidade gerar direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças. Como tarefa, da previsão constitucional (explícita ou implícita) da dignidade da pessoa humana, dela decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção” (SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*. São Paulo: ESDC, n. 09, p. 378, jan./jun. 2007).

²⁰⁸ “Uma decisão produzida por meio de procedimento satisfatório e com respeito aos direitos fundamentais e aos interesses legítimos poderá ser reputada como traduzindo o ‘interesse público’. Mas não se legitimará mediante a invocação a esse ‘interesse público’, e sim porque compatível com os direitos fundamentais” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 45).

Deve ser assinalado, ainda, que a processualização do interesse público também atende ao aspecto *político* no exercício do poder, pois um governo que se preocupe com sua imagem frente à opinião pública não pode agir de modo a afastar o administrado: quanto mais o cidadão participa da formulação da decisão administrativa, buscando o “interesse público”, mais a decisão terá a capacidade de convencê-lo²⁰⁹.

Realiza o Estado o “interesse público”, portanto, à medida que assegura *processualmente* a interação dialética entre as perspectivas estatais e as perspectivas particulares. Essa situação reflete a importância, dentro do processo administrativo decisório estatal, dos direitos do indivíduo como *antecedentes processuais* – afinal, é em função deles que se devem construir procedimentos assecuratórios de sua efetiva fruição – e também como *consequentes processuais* – os resultados advindos podem não ser consensuais, mas a perspectiva dialética na construção do resultado do processo administrativo que reconhecerá o “interesse público” limita a *possibilidade de existência de conteúdo arbitrário*²¹⁰, limitação que se amolda perfeitamente às bases estruturais do Estado Democrático de Direito brasileiro, tal como reconhecido pelo art. 1º da Constituição de 1988.

²⁰⁹ “Un gobierno que se preocupe por su imagen en la opinión pública y por sus electores, haría bien en no maltratarlos privándoles de la audiencia previa a la decisión. [...] la voz de los afectados potenciales, incluso en el más ‘claro’ de los casos, aporta siempre más elementos de juicio a tener en cuenta para el juzgamiento del mérito u oportunidad del acto y su grado de satisfacción del interés público comprometido” (GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2 – La Defensa del Usuario y del Administrado. 8. ed. Buenos Aires: F.D.A., 2006, p. IX-14).

²¹⁰ “No Estado de Direito, a Constituição fixa direitos fundamentais que não se referem diretamente ao procedimento ou à organização, como a liberdade de locomoção, de reunião, de associação e de consciência. Isso implica, é verdade, uma limitação da ‘arbitrariedade do conteúdo’. Diversamente, segundo a formulação já referida de Maus, esses preceitos constitucionais consistiriam em ‘nada mais do que os princípios e condições do irrevogável processo democrático de legislação’. Sem se limitar à legislação, pode-se afirmar que os direitos fundamentais não relacionados imediatamente à organização e aos procedimentos (eleitoral, legislativo, jurisdicional e político-administrativo) são requisitos da legitimação procedimental no Estado Democrático de Direito. Apresentam-se como regras preliminares à realização do jogo. Sem os direitos fundamentais referentes à liberdade e à igualdade não se construiria uma esfera pública pluralista, nem haveria as condições de emergência do dispêndio. Portanto, não só a destruição das regras procedimentais que possibilitam a intermediação do dissenso está excluída no Estado de Direito, mas também a supressão das regras materiais que constituem precondições dos procedimentos abertos à diversidade de valores, expectativas, interesses e discursos presentes na esfera pública. Nesse sentido, a igualdade e as liberdades fundamentais tornam-se princípios do Estado Democrático de Direito” (NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 153-154).

5.8 Devido processo legal e motivação das decisões estatais

Consequência do Estado Democrático de Direito, a *participação* do administrado nos rumos do exercício do poder político é um direito que pode ser exercido independentemente de previsão expressamente positivada. Não se concebe Estado Democrático de Direito sem participação do titular da soberania, daí porque é desnecessária a existência de qualquer regra expressa nesse sentido, haja vista o fato de que a *participação cidadã* é aspecto intrínseco à democracia.

Também decorrência da ordem democrática, a *estabilização das regras do jogo* – no caso, dos procedimentos estatais para a tomada de decisão – é mais um direito a integrar a esfera jurídica do administrado. E a participação na decisão de forma processualmente regulada configura o exercício do *devido processo legal*.

O devido processo legal, para fins didáticos, pode ser compreendido de duas maneiras, como já visto²¹¹: *em sentido material (devido processo legal substancial)* e *em sentido formal (devido processo legal adjetivo)*. O primeiro deles “impõe a justiça e a razoabilidade das decisões restritivas a direitos”²¹², ao passo que o segundo “se satisfaz com a exigência de abertura de regular processo como condição para restrição de direitos”²¹³.

A intrínseca relação entre *devido processo legal* e *motivação* surge a partir da correlação entre os conceitos. De acordo com Florivaldo Dutra de Araújo, a *motivação* pode ser compreendida em dois sentidos: *motivação em sentido material* e *motivação em sentido formal*. Segundo sua concepção, tem-se que o ato será *materialmente* motivado quando “possuir pressuposto fático que tenha autorizado ou obrigado o administrador a emití-lo e corresponder às outras exigências legais impostas para sua prática”²¹⁴. E *formalmente* motivado quando

²¹¹ Conferir tópico 5.6, neste capítulo.

²¹² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 699.

²¹³ *Ibidem*, loc. cit.

²¹⁴ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e Controle do Ato Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 93.

houver a “demonstração, pelo administrador, da existência de motivação substancial”²¹⁵.

Pode-se, pois, estabelecer o paralelo: a presença de motivação em sentido *material* atende à exigência do *devido processo legal substantivo*, alinhando-se os pressupostos (motivo/causa) com a consequência (razoabilidade/justiça da decisão). Já a presença da motivação em sentido *formal* segue as diretrizes impostas pelo *devido processo legal adjetivo*, de demonstrar o cumprimento das *regras procedimentais* para a decisão relacionada aos direitos do administrado.

No mesmo sentido posiciona-se Agustín Gordillo, ao entender que a presença de motivação adequada e suficiente na decisão é uma exigência decorrente do *devido processo legal em sentido adjetivo*²¹⁶. E prossegue afirmando que a existência do *motivo*, da *congruência entre o fato ocorrido e a decisão* e da *proporcionalidade* dos *meios* adotados pela Administração para decidir cumpre a exigência do *devido processo legal em sentido substantivo*²¹⁷, o que robustece o acerto da conclusão que ora se adota.

A correlação entre *motivação* e *devido processo legal* também é especialmente visível ao se conceber que a interação processual do administrado tem dupla finalidade: *influenciar a formação da decisão* e/ou *propiciar o seu questionamento*. Essa interação “não é somente um princípio de justiça. É também um importante critério de eficácia política e administrativa, e até mesmo de boas relações públicas e boas maneiras por parte do Estado. É, por que não, um princípio e um dever ético”²¹⁸. Além disso, a decisão motivada “assegura um melhor conhecimento dos fatos e colabora para uma melhor administração e para uma decisão mais justa, com menor custo político”²¹⁹.

Esse aspecto *político* da motivação – propiciar que o administrado participe das razões de decidir e que, caso não atendido, resigne-se com mais facilidade a

²¹⁵ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e Controle do Ato Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 93.

²¹⁶ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 1 – Parte General. 8. ed. Buenos Aires: F.D.A., 2003, p. VI-32.

²¹⁷ *Ibidem*, p. VI-34 – VI-35.

²¹⁸ No original: “El principio de oír al interesado y al público antes de decidir algo que los va a afectar no es solamente un principio de justicia. Es también un importante criterio de eficacia política y administrativa, hasta de buenas relaciones públicas y buenas maneras. Y por qué no, un principio y un deber ético” (GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2 – La Defensa del Usuario y del Administrado. 8. ed. Buenos Aires: F.D.A., 2006, p. IX-14).

²¹⁹ No original: “[...] asegura un mejor conocimiento de los hechos y ayuda a una mejor administración y a una más justa decisión, con menor costo político” (*Ibidem*, *loc. cit.*).

respeito da medida estatal adotada – é reforçado a partir do momento em que se analisa o viés *discursivo/argumentativo* dessa providência. Segundo as regras da fundamentação racional do discurso, a aceitabilidade da decisão é tanto maior quanto se tenha a exposição *dos fundamentos de validade que condicionaram a sua elaboração*²²⁰. Em outras palavras: a Administração estará menos sujeita a questionamentos se a sua decisão não se apoiar em bases obscuras, fornecendo sempre a justificação racional que ensejou a adoção da medida.

O reconhecimento do devido processo legal no processo administrativo desloca o eixo de controle das decisões estatais. Segundo Agustín Gordillo, a doutrina “tinha partido da ideia de controle *de* legalidade e deve agora encarar o fenômeno do controle *da própria legalidade*: a norma legal ou regulamentar, de um dos modos de controle, passa a constituir-se num dos *objetos* a ser controlados”²²¹. Não mais se admite, portanto, que a lei venha a dispensar a decisão administrativa de seguir o devido processo legal. Nem, em decorrência disso, dispensar o ato administrativo de ser adequadamente motivado, sob pena de inconstitucionalidade.

O devido processo legal, que desemboca na formalização da decisão administrativa *devidamente motivada*, funciona, pois, “não somente como um freio à *discricionariedade administrativa*, mas também um limite à *arbitrariedade normativa*, tanto do legislador como do administrador”²²².

Diante disso, o devido processo legal, não por acaso, passa a ser o princípio cardeal do Direito Administrativo: ele é o *médium* entre democracia e motivação da

²²⁰ “O discurso, como nível reflexivo que emerge da prática cotidiana e, ao mesmo tempo, constrói-se recorrendo ao mundo da vida como pano de fundo, introduz-se exatamente quando se questiona uma das pretensões de validade na interação concreta. Nessa hipótese, os agentes são compelidos a apresentar argumentos que fundamentem a pretensão de validade que estava implícita no seu ato de fala. Conforme o princípio formal-pragmático da fundamentação, só são admitidas racionalmente como válidas as assertivas ou prescrições que poderiam ser aceitas por qualquer um que se encontrasse idealmente na mesma situação dos participantes do discurso. Tanto no campo da verdade como no da normatividade, o consenso racional, entendido como capacidade de generalização a partir das condições ideais do discurso, é o critério de determinação da validade” (NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 76-77).

²²¹ No original: “La doctrina ha partido en el pasado de la idea de control *de* legalidad y debe ahora encarar el fenómeno del control *de la legalidad*: la norma legal o reglamentaria, de ser uno de los modos de control, pasa a constituirse en uno de los *objetos* a ser controlados” (GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 1 – Parte General. 8. ed. Buenos Aires: F.D.A., 2003, p. VI-35). Destaques conforme o original.

²²² No original: “El criterio de razonabilidad no es solamente un freno a la *discrecionalidad administrativa*, sino también un límite a la *arbitrariedad normativa* tanto del legislador como del administrador o incluso, desde luego, de los órganos jurisdiccionales en la medida que tengan funciones normativas” (*Ibidem*, p. VI-35).

decisão administrativa. Com efeito, o Estado Democrático de Direito, caracterizado pela *processualização das decisões* e pela participação do interessado no decurso do procedimento que as antecedem²²³, somente se mantém incólume se, no exercício das prerrogativas democráticas, o cidadão estiver amparado pelo *devido processo legal*. E esse devido processo legal somente pode ser adequadamente configurado se a decisão administrativa indicar os meios de que se valeu para a adoção de determinada conclusão (*devido processo adjetivo*) e assegurar um provimento dotado de razoabilidade em face do cidadão (*devido processo substantivo*), circunstâncias que serão observadas com o cumprimento de uma exigência indispensável: a *motivação*.

Tem-se, portanto, que a atividade estatal deve estar calcada em decisões *processualizadas*, todas elas *motivadas* – não se restringe a motivação apenas à decisão definitiva do processo administrativo, mas a qualquer outro ato, no curso do processo, que se revista da característica de decisão. Essa prática, infelizmente dissociada da realidade administrativa brasileira, possibilita o respeito da atuação estatal aos princípios constitucionais do art. 37 da Constituição, ao tempo que promove a democracia, a cidadania e a dignidade da pessoa do administrado.

5.9 Motivação, processualização e legitimidade da decisão administrativa

A decisão estatal seria obviamente rápida, eficaz e infensa a contestações se fosse possível, sempre, harmonizar os interesses do indivíduo com o “interesse do Estado”. Essa harmonização, seguindo a teorização formulada por Hegel, poderia ocorrer de maneira *espontânea*, alinhando-se os interesses conflitantes²²⁴, ou de forma *impositiva*, devendo os particulares conciliarem os

²²³ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 12.

²²⁴ “[...] a liberdade concreta consiste em a individualidade pessoal, com os seus particulares, de tal modo possuir o seu pleno desenvolvimento e o reconhecimento dos seus direitos para si (nos sistemas da família e da sociedade civil) que, em parte, se integram por si mesmos no interesse universal e, em parte, consciente e voluntariamente o reconhecem como seu particular espírito substancial e para ele agem como seu último fim. Daí provém que nem o universal tem valor e é realizado sem o interesse, a consciência e a vontade particulares, nem os indivíduos vivem como pessoas privadas unicamente orientadas pelo seu interesse e sem relação com a vontade

seus anseios com os “direitos do Estado”, para que, nas dependências estatais, o indivíduo pudesse encontrar a sua “liberdade pessoal”²²⁵.

Essa teorização hegeliana, no entanto, embora seja até possível de vislumbrar-se numa situação esporádica, não pode ser tomada como regra. Quanto à *imposição*, em que, *aprioristicamente*, os indivíduos somente encontram a liberdade no cumprimento dos deveres em face do Estado, não há porque aceitá-la, nem admiti-la juridicamente, ante a consagração constitucional do Estado Democrático de Direito, que é absolutamente refratário a qualquer arbitrariedade estatal ou autoritarismo do governante. No que concerne à harmonização *espontânea* de interesses não haveria vedação jurídica alguma; o problema, aqui, desloca-se para a abordagem sociológica: é extremamente difícil, na complexidade da sociedade atual, adotar essa *espontaneidade* como regra. O conhecimento empírico, aliás, induz a acreditar, ao revés, numa *exceção*.

E aqui o surge o papel mais que relevante da *motivação da decisão administrativa*: impossibilitado de impor o “seu interesse” ao particular, e não tendo razões para considerar que sempre o consenso decisório será obtido, o *Estado Democrático de Direito necessita utilizar mecanismos que incutam a aceitação da providência estatal no particular afetado pela decisão*, desconsiderando tanto a fórmula da *generalização do consenso*, utópica, quanto

universal; deste fim são conscientes em sua atividade individual. O princípio dos Estados modernos tem esta imensa força e profundidade: permitirem que o espírito da subjetividade chegue até a extrema autonomia da particularidade pessoal ao mesmo tempo que o reconduz à unidade substancial, assim mantendo esta unidade no seu próprio princípio” (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Tradução Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 225-226).

²²⁵ “Como, porém, ao mesmo tempo acontece que no Estado os momentos diversos obtêm a figura e a realidade que lhes são próprios, assim reaparece, portanto, a distinção entre direito e dever, que, continuando a ser em si, isto é, continuando a ser formalmente idêntica, significa que direito e dever são diferentes quanto ao conteúdo. À esfera do direito privado e da realidade subjetiva falta a necessidade real da relação, e mantém-se abstrata a igualdade de conteúdo obtida. O que nestes domínios abstratos é justo para um também o tem de ser para o outro, o que é dever para um será dever para o outro. Esta identidade absoluta do direito e do dever só se realiza como similitude do conteúdo e com a condição de que o conteúdo seja completamente universal, isto é, seja o único princípio do direito e do dever: a liberdade pessoal do homem. É assim que os escravos não têm deveres porque não têm direitos, e inversamente (não se trata aqui dos deveres religiosos). Mas na ideia concreta que em si mesma se desenvolve, os momentos distinguem-se e as suas determinações trazem consigo uma diversidade de conteúdo. Na família, não tem o filho direitos com um conteúdo que seja o mesmo do dos seus deveres para com o pai, e os direitos do cidadão para com o Estado, para com o príncipe e para com o governo não são de natureza igual à dos seus deveres. Este conceito da união do direito e do dever é uma das condições mais importantes para a força interna dos Estados, que nela está contida” (*Ibidem*, p. 227).

a fórmula da *institucionalização da coação*, ilícita²²⁶. Torna-se necessário, pois, *aproximar o administrado do Estado, de modo a garantir o reconhecimento popular e a eficácia da decisão estatal*, o que se viabiliza por meio da *motivação* das decisões estatais, como veículo da *legitimidade*.

Nesse sentido, Jürgen Habermas afirma que “o direito não consegue o seu sentido normativo pleno *per se* através de sua forma, ou através de um *conteúdo* moral dado *a priori*, mas através de um *procedimento* que instaura o direito, gerando legitimidade”²²⁷. Esse *procedimento* é o que legitima e robustece o exercício da democracia. Decisões estatais impostas unilateralmente, sem que se observe a viabilidade de participação (*legitimação democrática*) e que permitam uma construção discursiva (*abertura procedimental*) não se coadunam com o Estado Democrático de Direito.

Ainda no dizer de Jürgen Habermas, a abertura à participação *também é uma forma de assegurar a autonomia privada dos indivíduos*. Segundo sua construção teórica, até o momento em que os indivíduos reconhecem-se como *destinatários* da ordem jurídica, estão estabelecidas as condições para que eles possam *pretender ter direitos*. Para que se criem condições ideais de *efetiva fruição desses direitos*, é necessário facultar aos indivíduos, também, a possibilidade de *serem autores da ordem jurídica*, participando *do processo de confecção das normas e decisões estatais*. Além da maior identificação entre o direito criado nessas condições e os indivíduos cuja conduta o direito irá regular, há, indubitavelmente, um ganho de legitimidade, um *direito legítimo*²²⁸.

²²⁶ “[...] nenhum sistema político se pode apoiar apenas sobre uma força física de coação, mas antes deve alcançar um consenso maior para permitir um domínio duradouro. Como também é certo que um consenso atual, baseado na coerência ‘casual’ dos interesses, não constitui apoio suficiente da soberania; os rebeldes têm de poder ser dominados em caso de necessidade. Ambos, coação e consenso, têm, portanto, de existir sob qualquer forma de relação de associação. Com certeza isto é exato, mas tem pouca importância quanto aos processos efetivos que produzem o fenômeno espantoso e surpreendente duma aceitação geral das decisões do governo e as garantem. Consenso e coação, ambos constituem ‘recursos escassos’ do sistema político” (LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília, Universidade de Brasília, 1980, p. 29-30).

²²⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume 1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 172. Destaques conforme o original.

²²⁸ “[...] direitos fundamentais garantem a autonomia *privada* de sujeitos jurídicos somente na medida em que esses sujeitos se reconhecem mutuamente em seu papel de *destinatários* de leis, erigindo destarte um *status* que lhes possibilita a pretensão de obter direitos e de fazê-los valer reciprocamente. Somente no próximo passo os sujeitos do direito assumem também o papel de *autores* de sua ordem jurídica, através de [...] direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e*

Esse *direito legítimo* somente se manifesta a partir da disponibilização de condições, por parte do Estado Democrático de Direito, para que os cidadãos participem, colaborando para a formação *participativa* e *discursiva* da atuação estatal²²⁹.

Embora nem sempre o consenso quanto ao conteúdo da decisão estatal seja exigível para caracterizar-lhe a licitude, o *consenso procedimental* é necessário à formação da decisão, mesmo que a providência estatal não seja aceita espontaneamente pelo cidadão. Assim, a legitimação das decisões administrativas no Estado Democrático de Direito é caracterizada por um *consenso procedimental que respalda, discursivamente, o dissenso conteudístico*²³⁰. A discordância do indivíduo quanto ao cumprimento da decisão do Estado é tanto menos recorrente quanto mais forem observadas as regras procedimentais instituídas anteriormente ao processo de formação da decisão estatal²³¹.

democracia: entre facticidade e validade. Volume 1. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 159. Destaques conforme o original).

²²⁹ “[...] não haverá direito algum, se não houver liberdades subjetivas de ação que possam ser juridicamente demandadas e que garantam a autonomia privada de pessoas em particular juridicamente aptas; e tampouco haverá direito legítimo, se não houver o estabelecimento comum e democrático do Direito por parte de cidadãos legitimados para participar desse processo como cidadãos livres e iguais. Quando esclarecemos de tal maneira o projeto do Direito, é fácil notar que a substância normativa dos direitos à liberdade já está contida no instrumento que é ao mesmo tempo necessário à institucionalização jurídica do uso público da razão por parte de cidadãos soberanos. O objeto central da análise a seguir é formado então pelos pressupostos da comunicação e pelos processos de uma formação discursiva da opinião e da vontade, em que o uso público da razão se manifesta” (*Ibidem*, p. 87).

²³⁰ “[...] o dissenso conteudístico em face de valores e interesses torna os procedimentos democráticos do Estado de Direito, que implicam o princípio da legalidade, não só uma exigência sistêmico-funcional, mas também uma imposição normativa da sociedade moderna. Por um lado, tais procedimentos não podem legitimar-se sem uma esfera pública pluralista que lhes dê fundamentação discursiva. Por outro, a inserção da discussão pública no direito é impossível sem a correspondente estruturação ‘sistêmico-legal’ deles. Por fim, cabe observar que os procedimentos do Estado de Direito não servem, geralmente, à construção do consenso jurídico-político em torno de valores e interesses. O consenso em relação aos procedimentos possibilita a convivência com o dissenso político e jurídico sobre valores e interesses no Estado Democrático de Direito, tornando-a suportável na sociedade complexa de hoje. Isso porque é no âmbito deste que se pode construir e desenvolver uma esfera pública pluralista constitucionalmente estruturada, cujos procedimentos estão abertos aos mais diferentes modos de agir e vivenciar políticos, admitindo inclusive os argumentos e as opiniões minoritárias como probabilidades de transformação futura dos conteúdos da ordem jurídico-política, desde que respeitadas e mantidas as regras procedimentais. Intermediando consenso quanto ao procedimento e dissenso com relação ao conteúdo, o Estado Democrático de Direito viabiliza o respeito recíproco às diferenças no campo jurídico-político da sociedade supercomplexa contemporânea e pode, ao mesmo tempo, atuar como fator construtivo e dinâmico para a reprodução autônoma das esferas plurais de comunicação” (NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 143-144).

²³¹ “[O Estado Democrático de Direito] se justifica enquanto constrói procedimentos abertos à pluralidade ética e ao antagonismo dos interesses, como também à autonomia das diferentes esferas sociais, absorvendo e intermediando equitativamente o dissenso estrutural, sem a pretensão de eliminá-lo ou evitá-lo. De acordo com isso, a Constituição do Estado Democrático de

A partir dessas constatações se revela a interação entre motivação, processualização e legitimidade das decisões estatais. No mesmo sentido é a constatação de Jürgen Habermas a respeito:

É bem verdade que o direito positivo só exige comportamentos *legais*, no entanto, ele precisa ser *legítimo*: embora dê margem aos motivos da obediência jurídica, deve ser constituído de maneira que também possa ser cumprido a qualquer momento por seus destinatários, pelo simples respeito à lei. Uma ordem jurídica é legítima quando assegura por igual a autonomia de todos os cidadãos. E os cidadãos só são autônomos quando os destinatários do direito podem ao mesmo tempo entender-se a si mesmos como autores do direito. E tais autores só são livres enquanto participantes de processos legislativos regrados de tal maneira e cumpridos sob tais formas de comunicação que todos possam supor que regras firmadas desse modo mereçam concordância geral e motivada pela razão. Do ponto de vista normativo, não há Estado de direito sem democracia. Por outro lado, como o próprio processo democrático precisa ser institucionalizado juridicamente, o princípio da soberania dos povos exige, ao inverso, o respeito a direitos fundamentais sem os quais simplesmente não pode haver um direito legítimo: em primeira linha o direito a liberdades de ação subjetivas iguais, que por sua vez pressupõe uma defesa jurídica individual e abrangente²³².

Assim, a *motivação* colabora para que as decisões estatais sejam cumpridas, o que repercute no incremento da *legitimação da decisão*. Por outro lado, a *construção da motivação deve ser processualizada*, para que os cidadãos sintam-se partícipes do Estado e se vejam na condição de autores-destinatários das decisões estatais que ajudaram a construir. E essa construção processualizada com a participação do cidadão ocasionará a emissão de uma *decisão administrativa motivada*, sopesando-se as contribuições dadas pelos administrados no processo de formação da decisão. Como se constata, o Estado Democrático de Direito viabiliza e exige um roteiro cíclico envolvendo as decisões

Direito não se apresenta como 'fundamento do consenso', mas sim como 'um fundamento consentido do dissenso'" (NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 146-147).

²³² HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro – Estudos de Teoria Política*. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 242-243 (destaques conforme o texto original). É certo que Habermas refere-se, nesse trecho, à participação democrática na confecção de atos *legislativos*. Mas suas colocações podem ser aplicadas *in totum* à formação das decisões administrativas, dada a percuciência de suas formulações diante das premissas jurídico-políticas que alicerçam o Estado Democrático de Direito.

estatais. E é o *processo administrativo* o protagonista desse roteiro, o *locus* em que se darão as decisões estatais legitimadas pelos cidadãos.

Capítulo VI – Disciplina jurídica dos trabalhadores estatais brasileiros

6.1 Cargo público e emprego público

O presente capítulo destina-se a traçar linhas gerais acerca dos trabalhadores estatais no ordenamento jurídico brasileiro. A fim de que se tenha a aquilatação exata das expressões a serem manejadas daqui por diante, é necessário apresentar breves definições.

Será denominado como “servidor estatutário” o trabalhador estatal que se vincula ao Estado por um liame de natureza institucional, consolidado em lei específica para reger sua ocupação (o “estatuto”), independentemente do ente federativo a que se vincule (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

Já a expressão “empregado estatal” será reservada aos trabalhadores estatais que se vinculam ao Estado por um contrato de emprego regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), independentemente do órgão ou ente que compõe a Administração Pública, se pessoa jurídica de direito público ou direito privado, já que, como se demonstrará no curso deste capítulo, não há distinção constitucional – ao menos no que concerne ao regime jurídico das dispensas dos empregados estatais – entre o trabalhador vinculado aos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios), a entidades descentralizadas de direito público (autarquias e fundações públicas) ou a pessoas jurídicas de direito privado componentes da estrutura da Administração Pública (empresas públicas e sociedades de economia mista).

Como, para fins de estudo da dispensa do empregado do Estado, não há qualquer diferença entre “empregador estatal pessoa jurídica de direito público” e “empregador estatal pessoa jurídica de direito privado”, será utilizada, como sinônima da expressão “empregado estatal” o termo “empregado público”, até porque esta é a preferência do legislador e da Constituição.

6.2 Histórico constitucional dos trabalhadores estatais brasileiros

O Estado brasileiro jamais se lançou à tarefa de instituir um arcabouço jurídico-normativo minimamente coerente em relação aos servidores públicos, circunstância que, até hoje, não foi solucionada de maneira satisfatória. Sempre houve, nos diversos textos constitucionais, a convivência entre os “cargos públicos” e os “empregos públicos”, sem que houvesse, porém, contornos definitivos a respeito dessa diferenciação.

A Constituição de 1824 dispunha, conforme sua redação original²³³, que “todo cidadão pode ser admittido aos Cargos Publicos Civis, Politicos, ou Militares, sem outra differença, que não seja dos seus talentos, e virtudes” (art. 179, XIV); na mesma Carta, consignava-se que era atribuição da Assembleia Geral (equivalente, hoje, ao Congresso Nacional, mas que não detinha independência em relação ao Imperador) “crear, ou supprimir Empregos Públicos (art. 15, XVI), enquanto ao Imperador cabia a função de “prover os Empregos Civis e Politicos” (art. 102, IV). O texto constitucional tratava ambas as expressões como sinônimas.

As demais Constituições que lhe sucederam – todas republicanas – mantiveram a bipartição das ocupações estatais entre “cargo público” e “emprego público”, com progressivas diferenciações entre os conceitos.

De acordo com a Constituição de 1891, caberia ao Congresso Nacional “crear e supprimir empregos publicos federaes, fixar-lhes as attribuições e estipular-lhes os vencimentos;” (art. 34, item “25”). Além disso, incumbiria à Câmara e ao Senado “nomear os empregados de sua Secretaria” (art. 18, Parágrafo Único) e aos Presidentes dos Tribunais “a nomeação e a demissão dos empregados da Secretaria” (art. 58 § 1º). Asseverava-se, no entanto, que “os funcionarios publicos são extrictamente responsaveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercicio de seus cargos” (art. 82, *caput*) e que “o funcionario publico obrigar-se-ha por compromisso formal, no acto da posse, ao desempenho dos seus deveres legaes” (art. 82, Parágrafo Único). Percebe-se,

²³³ Todas as referências a textos constitucionais constantes neste capítulo foram transcritas conforme texto originalmente publicado.

portanto, que a utilização indiscriminada das expressões “funcionário”, “cargo” e “emprego” não permitia outra conclusão se não a de que essas expressões eram constitucionalmente sinônimas, à semelhança do que ocorria com a Constituição de 1824, principalmente porque, até então, não havia legislação sistematizada que disciplinasse o “emprego” (seja ele público ou provado) em contraponto ao “cargo”.

A Constituição de 1934 também trouxe disposições que evocavam as duas expressões. Segundo seu texto, competiria privativamente ao Poder Legislativo, com a sanção do Presidente da República, “crear e extinguir empregos publicos federaes, fixar-lhes e alterar-lhes os vencimentos, sempre por lei especial” (art. 39, item “6”). Aos Tribunais caberia propor ao Legislativo “a criação ou supressão de empregos e a fixação dos vencimentos respectivos” (art. 67, alínea “a”). Nessa Constituição destacou-se a iniciativa de organizar um estatuto dos funcionários públicos, correlacionando a expressão “cargo público” a “funcionário público” (art. 170, item “1”: “o quadro dos funcionarios publicos comprenderá todos os que exerçam cargos publicos, seja qual fôr a fórmula do pagamento”). Nesse texto verificou-se o surgimento da regra do concurso público, exigência, porém, somente aplicável ao “funcionário público” (art. 169) na primeira investidura (art. 170 § 2º). Essas regras constituíram o embrião constitucional da diferenciação jurídica – que se aprofundaria nos anos seguintes – entre os *cargos* e os *empregos* estatais.

A Constituição de 1934 foi a primeira a estabelecer, em sede constitucional, um sistema de garantias à dispensa sumária dos funcionários públicos, trazendo essa inovação no art. 169, que lhes concedia *estabilidade* (embora o texto não utilizasse esse vocábulo) circunscrita às seguintes situações: 1) os nomeados após aprovação em concurso de provas, caso ultrapassassem dois anos de serviço, somente perderiam o cargo em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo em que lhes fosse assegurada ampla defesa; 2) os não concursados adquiriam idênticas garantias após dez anos de serviço público; 3) se não contassem com esse tempo, os não concursados somente poderiam ser destituídos do cargo se houvesse justa causa ou motivo de interesse público. Além disso, concedia-se inamovibilidade e vitaliciedade aos professores dos institutos oficiais de ensino nomeados por concurso (art. 158 § 2º).

A Constituição de 1937 praticamente eliminou o uso da expressão “emprego” da disciplina da organização estatal. Dentre as instituições do Estado, apenas o Poder Judiciário remanesceu com “empregados” em sua estrutura funcional: de modo idêntico ao que disciplinava o seu antecessor, esse texto constitucional estipulava caber aos Tribunais a proposição, ao Poder Legislativo, acerca da “reação ou supressão de empregos e a fixação dos vencimentos respectivos” (art. 93, alínea “a”). Todas as demais menções ao pessoal funcionalmente vinculado ao Estado utilizavam-se da expressão “cargo público”.

Assim como ocorria com a Constituição de 1934, somente para a “primeira investidura nos cargos de carreira” é que se exigia o concurso público (art. 156, “b”). Também foram mantidas as regras básicas da “estabilidade” concedida pela Constituição anterior: os nomeados após aprovação em concurso de provas, caso ultrapassassem dois anos de serviço, somente perderiam o cargo em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo em que lhes fosse assegurada ampla defesa; e os não concursados adquiriam idênticas garantias após dez anos de serviço público (art. 156, “c”). No texto de 1937 foram retiradas, contudo, a proteção contra a destituição do funcionário público não concursado que contasse com menos de dez anos de serviço e as garantias de vitaliciedade e inamovibilidade conferidas aos professores dos institutos oficiais de ensino nomeados por concurso. Com o novo texto constitucional, essas garantias ficaram adstritas apenas aos juízes.

Na Constituição de 1946 ficou estabelecida a premissa de que “cargo” seria de “funcionário público” enquanto “emprego” seria expressão destinada a entidade autárquica, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público (art. 181 § 3º e art. 209, Parágrafo Único, IV). Somente se exigia concurso público para investidura em “cargo de carreira e em outros que a lei determinar” (art. 186). Também se previa a existência de um *tertium genus*: os *extranumerários*, trabalhadores admitidos a título precário para o desempenho de atribuições previamente determinadas²³⁴, cuja disciplina jurídica construiu-se à

²³⁴ Os servidores ditos “contratados” eram classificados pelo art. 1º do Decreto n. 871/36 em três categorias: 1) os que prestavam serviços transitórios ao Estado, limitando-se o período a um ano; 2) os que desempenhavam atribuições de cargos técnicos que não pudessem ser incluídos no quadro do funcionalismo; e 3) os demais trabalhadores que exerceriam funções permanentes ou não, que fossem admitidos por portaria de Ministro ou por diretores e chefes de serviço, mediante autorização escrita do titular da respectiva pasta. Essa disciplina de contratação estatal foi alterada pelo Decreto-Lei n. 240/38, que disciplinou o pessoal da Administração Pública em dois

margem das normas constitucionais precedentes: somente no ADCT da Constituição de 1946 é que se disciplinou, em sede constitucional, algo a respeito desses trabalhadores, e, mesmo assim, a normatização destinava-se apenas a efetivá-los no serviço público, desde que exercessem funções de caráter permanente há mais de cinco anos (contados, retroativamente, a partir da promulgação desse texto constitucional). Essa efetivação, promovida pelo art. 23 do ADCT, equiparava os extranumerários a funcionários públicos.

A Constituição de 1946 foi a primeira a utilizar, expressamente, o vocábulo “estáveis” para os funcionários públicos, estendendo essa estabilidade a duas situações: 1) para os funcionários efetivos nomeados por concurso, depois de dois anos de exercício (art. 188, I); e 2) para os funcionários efetivos nomeados sem concurso, depois de cinco anos de exercício (art. 188, II). Já a garantia da vitaliciedade foi estendida aos magistrados, aos Ministros do Tribunal de Contas, aos titulares de ofício de justiça e aos professores catedráticos (art. 187). Se fossem vitalícios, os funcionários públicos somente perderiam o cargo em virtude de sentença judiciária (art. 189, I); se estáveis, estariam sujeitos à perda do cargo se este fosse extinto (não haveria, contudo, desligamento do funcionário dos quadros estatais, permanecendo este em disponibilidade remunerada até o seu aproveitamento em outro cargo); se houvesse condenação judicial; ou na ocorrência de processo administrativo em que se lhes tenha assegurado ampla defesa (art. 189, II). Nada se tratou a respeito da perda do emprego dos trabalhadores em entidade autárquica, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público (referidos como “empregados” pelos arts. 181 § 3º e 209, Parágrafo Único, IV).

A Constituição de 1967 avançou um pouco mais na diferenciação entre o “emprego” e o “cargo”. Foi a primeira Constituição brasileira a utilizar o vocábulo “servidor” para fazer referência ao pessoal do serviço público²³⁵, mantendo a

grandes grupos: os servidores ocupantes de cargo (“funcionários públicos”) e os extranumerários, que eram divididos em quatro subgrupos: os contratados (para o desempenho de funções técnicas especializadas em relação às quais houvesse carência de funcionários públicos na mesma repartição); os mensalistas (admitidos temporariamente para suprir carência de pessoal permanente, sendo trabalhadores “substitutos”); os diaristas (para o desempenho de funções auxiliares ou transitórias) e os tarefeiros (que exerciam funções estipuladas pelo diretor da repartição e recebiam remuneração baseada na produção por unidade). Os extranumerários foram disciplinados constitucionalmente, pela primeira vez, na Constituição de 1946.

²³⁵ A Constituição de 1946 detém o pioneirismo na utilização da expressão “servidor” ao determinar que “as empresas industriais, comerciais e agrícolas, em que trabalhem mais de cem pessoas, são obrigadas a manter ensino primário gratuito para os seus *servidores* e os filhos

diretriz da Constituição anterior segundo a qual o ocupante do “cargo público” seria “funcionário público” (arts. 94 e 99). Os demais “servidores”, no entanto, seriam regidos pela legislação trabalhista: essa determinação dirigia-se aos “servidores admitidos temporariamente para obras, ou contratados para funções de natureza técnica ou especializada” (art. 104) e também aos trabalhadores de autarquias²³⁶, empresas públicas e sociedades de economia mista (art. 163 § 2º). A exigência de concurso somente seria imposta para o funcionário público postulante a um cargo efetivo (art. 95 § 1º), dispensando-se todos os demais trabalhadores estatais dessa forma de seleção.

Esse texto constitucional promoveu nova redução no alcance da vitaliciedade, que abarcaria somente os magistrados e os Ministros do Tribunal de Contas (art. 98). Quanto à estabilidade, conferiu-a aos funcionários nomeados após aprovação em concurso público e que contassem com dois anos de serviço (art. 99). Os agentes públicos vitalícios somente seriam destituídos do cargo em virtude de sentença judiciária (art. 103, I); se estáveis, perderiam o cargo apenas em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, em que se lhe tenha assegurado ampla defesa (art. 103, II). Assim como na Constituição anterior, o constituinte de 1967 nada mencionou a respeito de garantias aos trabalhadores regidos pela legislação trabalhista – os “servidores admitidos temporariamente para obras, ou contratados para funções de natureza técnica ou especializada” (art. 104) e os trabalhadores de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista (art. 163 § 2º) – embora o art. 158, XIII, estipulasse o direito à estabilidade no emprego, nos termos da legislação infraconstitucional.

A Emenda Constitucional n. 1, de 1969, alterou profundamente a Constituição de 1967. E essas modificações também atingiram a disciplina acerca

destes” (art. 168, III). Percebe-se, contudo, que o sentido da expressão “servidores”, nesse caso, foi nitidamente o de “empregados”, em nada se correlacionando com o pessoal estatal, tanto assim que essa expressão foi suprimida em regra semelhante estipulada no texto constitucional seguinte, o de 1967 (art. 170, *caput*: “as emprêsas comerciais, industriais e agrícolas são obrigadas a manter, pela forma que a lei estabelecer, o ensino primário gratuito de seus *empregados* e dos filhos dêstes”). Esclarece-se que, em ambos os casos, os destaques não constam no texto original.

²³⁶ A Lei n. 1.711/52, o então vigente estatuto dos funcionários públicos civis da União, estipulava que os servidores das autarquias seriam estatutários, “no que couber” (art. 252, II). Assim, embora houvesse a opção política de enquadrar os servidores autárquicos como estatutários, a manutenção de empregados em autarquias não era vedada pela Constituição. Nem pela lei.

dos trabalhadores estatais. As principais mudanças referiram-se à disciplina dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada, que não mais seriam enquadrados compulsoriamente na legislação trabalhista, mas sim em lei especial (art. 106) e a tendência de restrição da aplicação da legislação do trabalho ao pessoal estatal, sendo nítido o direcionamento do texto de 1969 a restringir os empregos estatais apenas às empresas públicas e sociedades de economia mista (art. 170 § 2º), embora não houvesse vedação expressa à admissão de empregados no serviço público²³⁷. Quanto à seleção por meio de concurso público, manteve-se a diretriz evidenciada no texto constitucional de 1967, segundo a qual apenas os ocupantes de cargo efetivo é que necessitariam da submissão ao concurso público de provas ou de provas e títulos (art. 97 § 1º). Quanto às regras de estabilização do funcionário no serviço público, não houve mudança significativa, remanescendo as disposições já estabelecidas pela Constituição de 1967, à exceção da possibilidade de lei federal vir a estipular “as condições para aquisição de estabilidade” (art. 109, III), inovação que pretendia esmiuçar as hipóteses de estabilização do servidor, constitucionalmente limitadas apenas ao cumprimento de duas condicionantes genéricas: aprovação em concurso e exercício do cargo por dois anos.

Esse, portanto, foi o percurso trilhado pela disciplina jurídica dos servidores estatais até a Constituição de 1988. Como se pôde constatar, o regramento impreciso e muitas vezes lacônico não permitiu a adoção de soluções seguras diante dos questionamentos e problemas que surgiram quanto aos direitos e deveres dos servidores e do Estado, notadamente nos casos em que a vinculação era regida pela legislação trabalhista. E a solução dessa balbúrdia administrativa foi uma das muitas missões cometidas ao texto constitucional de 1988.

²³⁷ Essa tendência à restrição do regime trabalhista – sem vedação expressa, contudo, à sua utilização – ficava ainda mais nítida nas normas infraconstitucionais. A esse respeito disciplina o Decreto-Lei n. 200, de 1967, que “nos casos dos incisos II [empresas públicas] e III [sociedades de economia mista] do art. 5º e no do inciso I do mesmo artigo [autarquias], quando se tratar de serviços industriais, o regime de pessoal será o da Consolidação das Leis do Trabalho; nos demais casos, o regime jurídico do pessoal será fixado pelo Poder Executivo”. Esse regime de pessoal fixado pelo Poder Executivo poderia ser, também, o regime trabalhista.

6.2 Disciplina genérica dos trabalhadores estatais na Constituição de 1988

Em sua redação original, o *caput* do art. 37 da Constituição de 1988 dispunha que 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”.

Essa norma, que impunha o “regime jurídico único” a todas as pessoas de direito público interno, representou uma tentativa de solucionar, definitivamente, a discrepância de tratamento entre os servidores públicos, além de significar um passo decisivo à racionalização da gestão de pessoal do Estado, já que os servidores públicos seriam, todos, no âmbito de cada ente federativo, regidos pelo mesmo conjunto de regras jurídicas.

Em âmbito federal, a disciplina do “regime jurídico único” adveio com a promulgação da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que pretendeu unificar a disciplina jurídica do pessoal da Administração Direta, autárquica e fundacional da União²³⁸. Outros entes federativos também editaram suas leis específicas, de maneira simétrica à legislação federal sobre o tema.

Os objetivos pretendidos pela norma do art. 39 da Constituição – homogeneidade de tratamento e racionalização da gestão de pessoal – não foram alcançados a contento, e isso ocorreu especialmente por causa da ausência de mecanismos efetivos destinados a minimizar ou neutralizar a multiplicidade de regimes, que tanto colaborou para o descalabro na gestão de recursos humanos do Estado brasileiro, em todas as esferas da Administração Pública. Esse fato, constatável facilmente na prática (ainda hoje, aliás, é perceptível, especialmente em Municípios, a coexistência de estatutários e celetistas), aliado aos ventos da “flexibilização” que grassavam ao final da década de 90 do século passado, culminou na promulgação da Emenda Constitucional n. 19, de 1998, que permitiu a pluralidade de regimes jurídicos funcionais, abolindo a exigência de um “regime jurídico único”.

²³⁸ A Ementa da Lei é expressa nesse sentido: “dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais”.

Curiosamente, o pretexto para a abolição do regime jurídico único por essa Emenda Constitucional era o mesmo que ensejou a redação original do art. 39 da Constituição: a “racionalização da gestão de pessoal”. Alterou-se, no entanto, o discurso a respeito: enquanto em 1988 a busca dessa racionalização pautava-se pela simplificação da gestão de pessoal (a uniformização do regime jurídico funcional colaboraria com essa política), dez anos depois essa racionalização somente seria obtida com a “flexibilidade” do regime jurídico, superando-se, pois, o “engessamento” imposto pela redação original do texto constitucional.

A “flexibilização” pretendida pela Emenda Constitucional n. 19/98 buscava atingir, especialmente, o alcance da estabilidade dos servidores públicos. Para tanto, seriam utilizados mecanismos como “flexibilização de gestão das fundações e autarquias, avaliação de desempenho dos órgãos e dos servidores públicos, novos métodos de gestão e valorização do servidor”²³⁹. Dentre outros meios utilizados para tanto, chamou a atenção o fato de que deixaria de ser obrigatória “a adoção de um regime jurídico único para todos os servidores. Cada esfera de Governo – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – poderá, se quiser, adotar mais de um regime, que poderá ser, inclusive, o regime celetista”²⁴⁰.

A pluralidade de regimes funcionais, porém, não duraria muito: em decisão na ADIn n. 2135-MC/DF, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de inconstitucionalidade procedimental²⁴¹ na votação e promulgação dessa Emenda

²³⁹ BRASIL. *A Proposta de Reforma Administrativa*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/publi_04/colecao/proadm1.htm>. Acesso em: 14 nov. 2010.

²⁴⁰ *Ibidem*, loc. cit.

²⁴¹ A doutrina constitucionalista brasileira clássica costuma reconhecer duas espécies de inconstitucionalidades: a material e a formal. A inconstitucionalidade material estaria caracterizada nos casos em que o conteúdo da lei “pelo sentido de seus mandamentos, pelos valores que encarna, pelos comportamentos que ordena ou proíbe, se mostra adversa, contraditória ou infringente da Constituição, quer dos seus dispositivos expressos, quer dos princípios e direitos nela implicitamente consagrados” (TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 389). Já a inconstitucionalidade formal atingiria uma norma “quando não forem observados todos os requisitos, todas as exigências que a Constituição estabelece para a sua elaboração [...] ou ainda quando o ente ou o órgão, do qual emana, ora incompetente, frente aos dispositivos da Constituição” (*ibidem*, p. 385). No presente estudo, optou-se por utilizar a seguinte classificação das inconstitucionalidades: a inconstitucionalidade material atrela-se ao conteúdo do ato normativo, contrastando com as normas e princípios da Constituição; a inconstitucionalidade formal incide sobre a forma da exteriorização do ato normativo; a inconstitucionalidade orgânica revela-se quando há um desvio de competências: o órgão ou o agente criador da norma infraconstitucional não detinha a prerrogativa de fazê-lo; e a inconstitucionalidade procedimental reporta-se à violação aos preceitos reguladores da formação da norma (denominado de “processo legislativo” pela Constituição da República Federativa do Brasil). Nesse sentido:

Constitucional, fulminando, pouco menos de dez anos depois da retirada do regime jurídico único do texto constitucional, a pretendida ressurreição da pluralidade de regimes funcionais²⁴².

Essa decisão do STF revitalizou, com eficácia *ex nunc*, o teor do *caput* do art. 39 da Constituição, que estabelecia a obrigatoriedade do regime jurídico “único” para as entidades federativas. Preservou-se, contudo, as situações já consolidadas no período de vigência da redação do *caput* do art. 39 que foi atribuída pela Emenda Constitucional n. 19/98. Também as normas jurídicas editadas sob a égide dessa Emenda (em especial a Lei n. 9.962/2000, que disciplina o “regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências”) foram preservadas, apesar de manifestações no sentido de que elas deixariam de subsistir juridicamente²⁴³.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 227, p. 1.013-1.014.

²⁴² “MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PODER CONSTITUINTE REFORMADOR. PROCESSO LEGISLATIVO. EMENDA CONSTITUCIONAL 19, DE 04.06.1998. ART. 39, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SERVIDORES PÚBLICOS. REGIME JURÍDICO ÚNICO [...]. 1. A matéria votada em destaque na Câmara dos Deputados no DVS n. 9 não foi aprovada em primeiro turno, pois obteve apenas 298 votos e não os 308 necessários. Manteve-se, assim, o então vigente *caput* do art. 39, que tratava do regime jurídico único, incompatível com a figura do emprego público. 2. O deslocamento do texto do § 2º do art. 39, nos termos do substitutivo aprovado, para o *caput* desse mesmo dispositivo representou, assim, uma tentativa de superar a não aprovação do DVS n. 9 e evitar a permanência do regime jurídico único previsto na redação original suprimida, circunstância que permitiu a implementação do contrato de emprego público ainda que à revelia da regra constitucional que exige o *quorum* de três quintos para aprovação de qualquer mudança constitucional. 3. Pedido de medida cautelar deferido, dessa forma, quanto ao *caput* do art. 39 da Constituição Federal, ressaltando-se, em decorrência dos efeitos *ex nunc* da decisão, a subsistência, até o julgamento definitivo da ação, da validade dos atos anteriormente praticados com base em legislações eventualmente editadas durante a vigência do dispositivo ora suspenso. 4. Ação direta julgada prejudicada quanto ao art. 26 da EC 19/98, pelo esgotamento do prazo estipulado para sua vigência. 5. Vícios formais e materiais dos demais dispositivos constitucionais impugnados, todos oriundos da EC 19/98, aparentemente inexistentes ante a constatação de que as mudanças de redação promovidas no curso do processo legislativo não alteraram substancialmente o sentido das proposições ao final aprovadas e de que não há direito adquirido à manutenção de regime jurídico anterior. 6. Pedido de medida cautelar parcialmente deferido”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2135-MC/DF*. Relator: Ministro Néri da Silveira. Relatora para o acórdão: Ministra Ellen Gracie. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Brasília, DF, 02 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=513625>>. Acesso em: 29 nov. 2010).

²⁴³ “[...] se a nova redação do art. 39 foi suspensa, também deveriam tê-lo sido as leis com base nela promulgadas. Uma lei [...] tem fundamento de validade na Constituição. Se desaparece (ao menos transitoriamente) a norma-parâmetro, não pode subsistir a norma-objeto, daquela derivada. Entendemos, portanto, *concessa venia*, que também deveriam ter sido suspensa a validade de todas as leis promulgadas com base na nova redação do art. 39, *caput*. Segundo decidiu o Supremo, porém, as leis que instituíram os regimes plúrimos de admissão de pessoal continuam válidas até a decisão sobre o mérito da ADIn n. 2.135 [...]. Por fim, ressalte-se que, segundo entendemos, mesmo ainda em vigor a Lei n. 9.962/00, não pode a Administração Direta,

Além da importância da decisão do STF a respeito da Emenda Constitucional n. 19/98, outra circunstância chamou a atenção: o Supremo Tribunal posicionou-se claramente no sentido de que o “regime jurídico único” seria “incompatível com a figura do emprego público”, o que novamente traz à tona o debate acerca de um dos aspectos mais controversos a respeito da unificação de regimes funcionais: afinal, o “regime jurídico único” é *sinônimo de regime jurídico estatutário*?

A doutrina dividiu-se a respeito, sendo possível perceber claramente que o posicionamento modificava-se de acordo com a “formação acadêmica” do jurista: se o autor fosse tido como “administrativista”, sua conclusão seria no sentido de que esse regime unificado *somente poderia ser o estatutário*²⁴⁴. Já se o autor fosse enquadrado como “juslaboralista”, invariavelmente a conclusão seria de que o regime poderia ser o estatutário ou o trabalhista, desde que não houvesse pluralidade²⁴⁵.

Para a corrente “administrativista”, as razões pelas quais a adoção do vínculo empregatício para os trabalhadores estatais seria vedada poderiam ser resumidas nas seguintes assertivas²⁴⁶:

1) a Constituição diferencia o regime jurídico dos trabalhadores das sociedades de economia mista e empresas públicas, necessariamente

Autárquica e Fundacional admitir servidores sob o regime celetista. Isso porque a redação original do art. 39, *caput*, agora em vigor, determina ainda a obrigatoriedade do regime jurídico único. Impedida está, portanto, a admissão pelo regime celetista, sob pena de inconstitucionalidade. Vazia, então, a ressalva estabelecida pelo Supremo, já que, na prática, a lei não pode ser aplicada” (CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *A volta do regime jurídico único*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10621/a-volta-do-regime-juridico-unico>> Acesso em: 04 set. 2010).

²⁴⁴ No rol dos autores que podem ser denominados, no particular, de “administrativistas” – todos advogando o entendimento de que o regime único somente poderia ser o estatutário –, temos: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime dos Servidores da Administração Direta e Indireta*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 20-21; DALLARI, Adilson Abreu. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 48-49; ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. *Regime Jurídico Único do Servidor Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1990, p. 59-63; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos na Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1991, p. 34; e NEVES, Sergio Luiz Barbosa. *Regime Jurídico Único e os Servidores Públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1991, p. 17.

²⁴⁵ Entre os autores que podem ser, *in casu*, tidos como “juslaboralistas”, que admitem a possibilidade de esse regime jurídico único também ser baseado na legislação trabalhista, é possível destacar os seguintes nomes e obras a respeito do assunto: VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Contrato de Trabalho com o Estado*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 19-20; COELHO, Rogério Viola. *A Relação de Trabalho com o Estado*. São Paulo: LTr, 1994, p. 27-30; e MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Contratação temporária por excepcional interesse público: aspectos polêmicos*. São Paulo: LTr, 2005, p 53-54.

²⁴⁶ Esses argumentos são cuidadosamente compilados – e repelidos – por FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *O Estado no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1996, p. 49-68.

contratados pela legislação trabalhista (art. 173 § 1º, II) daquele previsto para os servidores públicos (art. 39, com a redação “repristinada” pelo STF);

2) o art. 39 § 2º reportava-se a alguns dos direitos previstos, no art. 7º da Constituição, para os trabalhadores empregados²⁴⁷ – se se admitisse outro regime funcional que não o estatutário, não haveria necessidade dessa referência;

3) a estabilidade prevista no art. 41 da Constituição é incompatível com o regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS);

4) a aposentadoria e o regime de previdência dos servidores públicos, prevista no art. 40 da Constituição, não se aplica aos celetistas, o que afasta a possibilidade de o Estado admitir trabalhadores sob essa forma de vinculação;

5) a imposição do concurso público é exigência aplicável apenas ao estatutário, já que a contratação trabalhista pressupõe a liberdade de contratação de pessoal, haja vista a inexistência de restrições na CLT;

6) ao estipular que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, *no âmbito de sua competência*, regime jurídico único” (art. 39, *caput*, com a redação revitalizada pelo STF), a Constituição exclui a possibilidade de contratação trabalhista, em especial nos Estados e Municípios, visto que a competência para legislar sobre Direito do Trabalho é privativa da União (art. 22, I) e estes entes não poderiam contratar trabalhadores sob o vínculo empregatício pois não poderiam legislar a respeito “no âmbito de sua competência”;

7) somente no vínculo estatutário seria possível estipular planos de carreira aos servidores públicos, o que atenderia a uma imposição constitucional (art. 39, *caput*: “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão [...] planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas”).

Esses argumentos, conquanto bem elaborados, não impressionaram os teóricos da corrente ora denominada de “juslaboralista”, que contra-argumentaram da seguinte maneira:

²⁴⁷ Na redação original da Constituição o art. 39 § 2º consignava: “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” (destaques não constantes no texto). Com a Emenda Constitucional n. 19/98, o § 2º foi reenumerado para § 3º e reescrito para dispor o seguinte: “aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir” (destaques não constantes no texto).

1) embora a Constituição restrinja o alcance do art. 39 aos servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas, excluindo os trabalhadores das empresas públicas e sociedades de economia mista, não há nada que conduza à conclusão de que a diferenciação implica, necessariamente, incompatibilidade de “regime jurídico único” com “legislação trabalhista”;

2) a referência do antigo art. 39 § 2º, ao reportar-se a alguns dos direitos previstos, no art. 7º da Constituição, para os trabalhadores empregados, reflete apenas uma cautela do constituinte: se se adotasse, infraconstitucionalmente, outro regime que não o trabalhista, esses trabalhadores ainda assim teriam um rol mínimo de direitos assegurados constitucionalmente;

3) o argumento de que “a estabilidade prevista no art. 41 da Constituição é incompatível com o regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)”, mostra-se falacioso na medida em que não há qualquer proibição constitucional a respeito da coexistência – tanto assim que o art. 7º, I, da Constituição estipula ser direito do trabalhador a “proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa” e mesmo assim, no art. 7º, III, não hesita em consignar o FGTS como direito do trabalhador; além disso, conforme será desenvolvido em capítulo próprio neste texto, a Constituição *não estendeu a estabilidade do art. 41 ao servidor regido pela legislação trabalhista, seja na redação anterior à Emenda Constitucional n. 19/98, seja posteriormente a ela*, o que conduz à insubsistência jurídica deste argumento;

4) a aposentadoria e o regime de previdência dos servidores públicos, previstos no art. 40 da Constituição, somente não se aplicaria aos celetistas porque a legislação infraconstitucional (Lei n. 8.213/91, art. 12) expressamente excluiu o “servidor civil ou militar da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, bem como o das respectivas autarquias e fundações”, desde que estivessem amparados por regime próprio de previdência social, o que implica considerar que, se não houvesse essa disposição, outra lei poderia enquadrar os servidores celetistas em regime próprio de previdência, como hoje ocorre, em sentido inverso, com os estatutários municipais, que são, em sua maioria, inscritos como segurados do INSS, haja vista a incapacidade financeira de os Municípios instituírem, às suas expensas, regime próprio de previdência;

5) o concurso público de forma alguma pode ser critério diferenciador ou definidor do regime funcional: tanto assim que o art. 37 da Constituição aplica-se

à “administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, incluindo, em seu âmago, a norma constitucional que impõe a obrigatoriedade do concurso público (art. 37, II), de forma que *nenhum* ente da Administração Pública está infenso a essa determinação;

6) quanto ao fato de a Constituição supostamente excluir a possibilidade de contratação trabalhista, em especial nos Estados e Municípios, visto que a competência para legislar sobre Direito do Trabalho é privativa da União (art. 22, I), caberia ressaltar que essa situação em nada afeta a possibilidade de legislação estadual e/ou municipal para disciplinar alguns direitos de seus servidores trabalhistas (caso em que *formalmente* essas normas seriam *leis*, mas, materialmente seriam *regulamentos de empresa*²⁴⁸); é certo que a amplitude dessa legislação seria limitada pelos contornos definidos pela legislação nacional sobre Direito do Trabalho – advindo daí uma restrição *política*, mas nunca *jurídica* para a escolha da legislação trabalhista como regime funcional;

7) quanto à organização em quadros ou planos de carreira, essa possibilidade é referida expressamente pela CLT (art. 461 § 2º), que estipula ainda que nesse caso “as promoções deverão obedecer aos critérios de antiguidade e merecimento”. É, portanto, insustentável o argumento de que o vínculo trabalhista não se compatibiliza com a organização em carreira dos trabalhadores estatais.

Além dessas duas posições, expostas acima, há quem afirme não ser impossível a adoção de um ou outro regime, embora se assevere ser o *estatutário* o regime mais adequado à dinâmica do Estado²⁴⁹. De fato, não é possível afirmar, cabalmente, que a Constituição restringe a vinculação do Estado com o servidor apenas pelo regime estatutário, pois, do contrário, inúmeros

²⁴⁸ O regulamento de empresa pode ser compreendido como o “conjunto sistemático das normas sobre as condições especiais de trabalho na empresa e sobre a disciplina das relações entre o empregador e seus empregados” (GONÇALVES, Emílio. *O Poder Regulamentar do Empregador*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 39). É, em outras, palavras, uma espécie de “normativo interno”, que é comum em empresas de médio e grande porte, em especial as estatais como a Caixa Econômica Federal, o Banco do Brasil e a Petrobras, e tem por base a liberdade de estipulação contratual “em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes” (art. 444 da CLT).

²⁴⁹ Assim: CASTRO, Carlos Borges de. *Regime Jurídico da CLT no Funcionalismo*. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 174-177. Adverte-se que a obra, conquanto escrita antes da atual Constituição, traz conclusões que ainda remanescem válidas.

trabalhadores vinculados ao Estado por contrato de emprego estariam no “limbo jurídico”²⁵⁰. É possível que se diga que o regime estatutário é mais *conveniente* para a Administração Pública, o que não implica a *inviabilidade da adoção do regime trabalhista*.

Por isso, apesar dessa decisão do STF, pode-se afirmar que a Constituição de 1988 admite, sim, a possibilidade de opção entre regimes funcionais. E isso porque a decisão do STF, além de ser uma liminar (que ainda não tem, pois, caráter de definitividade), não detém eficácia *ex tunc*; não afeta outras disposições constitucionais sobre o emprego público já existentes no texto constitucional originalmente promulgado em 1988²⁵¹; e não atinge outras normas incluídas na Constituição pela mesma EC n. 19/98 (que adota, em diversos dispositivos, o termo “emprego público”, ao lado de “cargo público” e “função pública”).

Além de todos esses argumentos, no sentido da viabilidade de *opção* de regimes, resta uma situação emblemática: a possibilidade de cumulação de regimes remanesce na hipótese de os Municípios, Estados e Distrito Federal optarem pelo vínculo estatutário mas admitirem agentes comunitários de saúde e agentes de combate a endemias regidos pela legislação trabalhista.

Explica-se: de acordo com o art. 198 § 5º da Constituição (com redação dada pela Emenda Constitucional n. 63, de 04 de fevereiro de 2010), “lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias [...]”. A lei federal

²⁵⁰ Dentre esses exemplos é possível citar: os agentes comunitários de saúde e os agentes de combate a endemias, os trabalhadores em diversas autarquias (em especial nas chamadas “autarquias corporativas”, quase todas com pessoal celetista) e fundações (das quais a FUNASA é o mais cristalino exemplo), além do expressivo quantitativo de servidores estaduais e municipais. Todos, atualmente, vinculados ao Estado através de contrato regido pela Consolidação das Leis do Trabalho.

²⁵¹ Embora se tenha disseminado a noção de que o “emprego público” seria inovação da Emenda Constitucional n. 19/98, a redação original do art. 37 da Constituição já consignava que “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei” (inciso I) e que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos” (inciso II); além disso, desde a promulgação da atual Constituição o inciso VIII desse mesmo artigo estipula que “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”. Ainda mais enfático, o art. 61 § 1º, II, “a” da Constituição, em redação até hoje vigente, dispõe que é de iniciativa privativa do Presidente da República os projetos de lei que disponham sobre a “criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração”. Todos esses dispositivos, que já estipulavam normas sobre o emprego público, foram citados em suas redações originais, dez anos antes da EC n. 19/98.

existente a esse respeito (Lei n. 11.350, de 05 de outubro de 2006) dispõe que esses agentes, admitidos pelos gestores locais do SUS e pela Fundação Nacional de Saúde – FUNASA, na forma do disposto no § 4º do art. 198 da Constituição, “submetem-se ao regime jurídico estabelecido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, salvo se, no caso dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, lei local dispuser de forma diversa” (art. 8º). Nem a norma constitucional nem a regulamentação legal foram impugnadas no STF. Nem poderiam: não há qualquer indício de inconstitucionalidade nesse caso, de modo que tanto a Emenda quanto a lei remanescem válidas e eficazes.

Assim, embora a discussão acerca do alcance da expressão “regime jurídico único” tenha voltado à tona com força, o fato é que a pluralidade de regimes permanece na Administração Direta, autárquica e fundacional dos entes federativos (caso em que a verificação fática das situações de milhares de servidores, especialmente nos Municípios, não permite aceitar a incauta conclusão de que a pluralidade tenha sido “abolida”); também persiste a pluralidade – respaldada constitucionalmente – em relação aos agentes comunitários de saúde e aos agentes de combate a endemias (art. 198 § 4º da Constituição e art. 8º da Lei n. 11.350/2006); remanesce, ainda, a pluralidade de regimes se a sua instituição tiver sido feita sob a égide da Emenda Constitucional n. 19/98, enquanto a redação modificada do *caput* do art. 39 da Constituição estava em vigor; e, em qualquer caso, a possibilidade de *opção* entre o regime trabalhista e o regime estatutário não deve ser descartada, embora o STF tenha adotado a equivocada conclusão de que o regime jurídico “único” seria “incompatível com a figura do emprego público”, parecendo desconhecer que a Constituição trata, em inúmeros outros dispositivos, do trabalhador estatal regido pela legislação trabalhista.

Além de todas essas considerações, cumpre arrematar este tópico afirmando que a decisão do STF em nada modifica a situação das empresas públicas e sociedades de economia mista, as quais, a despeito de integrarem a estrutura administrativa estatal, devem contratar sobre regime da legislação trabalhista comum (art. 173, § 1º, II, da Constituição).

6.3 Trabalhadores das empresas públicas e sociedades de economia mista

De acordo com a Constituição, caberia à lei estabelecer “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” (art. 173, § 1º). Esse estatuto jurídico, nos termos exigidos pela Constituição, até hoje não foi editado. A legislação utilizada para que se tenham lineamentos mínimos sobre o alcance do conceito e das atividades das empresas públicas e sociedades de economia mista ainda é o Decreto-Lei n. 200/67, com as modificações inseridas pelo Decreto-Lei n. 900/69.

Veja-se como o Decreto-Lei n. 200/67 conceitua essas entidades:

Art. 5º. Para os fins desta lei, considera-se:

[...]

II – Empresa Pública – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. (Redação dada pelo Decreto-Lei n. 900, de 1969);

III – Sociedade de Economia Mista – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta. (Redação dada pelo Decreto-Lei n. 900, de 1969);

[...]”.

Ambas as entidades estão inseridas no conceito de Administração Indireta (art. 4º, II, do Decreto-Lei n. 200/67) e ambas, apesar das diferenças de estruturação jurídica, são pessoas jurídicas de direito privado, como o texto do art. 5º do Decreto-Lei n. 200/67 permite constatar.

A Constituição de 1988 reforça esse perfil ao asseverar que essas entidades estarão sujeitas “ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários” (art. 173, § 1º, II). Dessa norma constitucional conclui-se facilmente que as empresas públicas e sociedades de economia mista devem adotar o

regime trabalhista próprio das empresas ditas “privadas” – no caso, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Assim, embora exista a possibilidade de as pessoas jurídicas de direito público admitirem pessoal pelo regime estatutário ou pela legislação trabalhista, às empresas públicas e sociedades de economia mista, pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública, somente é possível contratar pessoal em observância aos parâmetros estabelecidos na CLT.

Exatamente por conta da norma inscrita no art. 173, § 1º, II, da Constituição, muito se questionou a respeito da “liberdade de contratação” de pessoal dessas entidades, visto que a CLT não trazia nenhuma exigência especial para a admissão de pessoal nas entidades privadas²⁵². A resposta, dada pelo Supremo Tribunal Federal em 1992, não deixou margens a dúvidas, no sentido de que, apesar da adoção do vínculo trabalhista comum, não haveria como dispensar essas entidades da exigência do concurso público para o recrutamento de trabalhadores. Veja-se o acórdão²⁵³:

CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA, INDIRETA E FUNDACIONAL. ACESSIBILIDADE. CONCURSO PÚBLICO. A acessibilidade aos cargos públicos a todos os brasileiros, nos termos da Lei e mediante concurso público é princípio constitucional explícito, desde 1934, art. 168. Embora cronicamente sofismado, mercê de expedientes destinados a iludir a regra, não só foi reafirmado pela Constituição, como ampliado, para alcançar os empregos públicos, art. 37, I e II. Pela vigente ordem constitucional, em regra, o acesso aos empregos públicos opera-se mediante concurso público, que pode não ser de igual conteúdo, mas há de ser público. As autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista estão sujeitas à regra, que envolve a

²⁵² Até o ano de 2008, as vedações jurídicas aplicáveis aos trâmites do processo de contratação de pessoal restringiam-se basicamente às normas constitucionais que asseguravam a liberdade de trabalho (art. 5º, XIII) e a proteção contra discriminações diversas, a exemplo das restrições indevidamente impostas em razão do sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7º, XXX), da discriminação contra portador de deficiência (art. 7º, XXXI) e da diferenciação entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos (art. 7º, XXXII). A partir da Lei n. 11.644, de 10 de março de 2008, foi acrescido à Consolidação das Leis do Trabalho o art. 442-A, que impõe mais uma restrição ao chamado “poder diretivo do empregador” ou simplesmente “poder empregatício”. Segundo essa norma “para fins de contratação, o empregador não exigirá do candidato a emprego comprovação de experiência prévia por tempo superior a 6 (seis) meses no mesmo tipo de atividade”. Essa restrição, obviamente, também deve ser observada pelas empresas públicas e sociedades de economia mista.

²⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 21322/DF*. Relator: Ministro Paulo Brossard. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Brasília, DF, 03 de dezembro de 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85492>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Sociedade de economia mista destinada a explorar atividade econômica está igualmente sujeita a esse princípio, que não colide com o expresso no art. 173, § 1º. Exceções ao princípio, se existem, estão na própria Constituição.

O fundamento utilizado pelo STF foi a abrangência do comando do art. 37 da Constituição, cujo teor é o seguinte:

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

I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

[...].

Verifique-se que o *caput* desse artigo tem abrangência amplíssima, alcançando a “administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. Ao arrematar, ao final do *caput*, que os órgãos e entidades estatais deverão observar não somente os princípios administrativos, mas *também* as demais exigências dos incisos do art. 37, a norma constitucional enfatiza *que todos os entes e órgãos integrantes da estrutura estatal devem cumprir o disposto nos incisos do art. 37 da Constituição*.

Dentre esses incisos, o inciso II, ao destacar que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos” é de crucial importância para entender o fundamento utilizado pelo STF. O Supremo entendeu, portanto, que, apesar de o art. 173, § 1º, II, da Constituição, embora imponha às empresas públicas e sociedades de economia mista o “regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”, essa circunstância não excepciona o disposto no art. 37, II, que exige o concurso

público *para quaisquer admissões de pessoal no serviço público, independentemente da entidade ou órgão que componha a Administração Pública, ressalvando apenas as exceções constitucionalmente expressas.*

A interpretação sistemática da Constituição permite facilmente chegar a essa constatação. Mas num Estado como o brasileiro, ainda pouco consolidado no que concerne à observância dos direitos e garantias fundamentais, e com gestores públicos ainda pouco familiarizados com as implicações que os princípios administrativos impõem à atividade do Estado, foi necessário que o STF pusesse fim à controvérsia, garantindo a máxima efetividade da norma constitucional que estipula a universalização do concurso público, inclusive para empresas públicas e sociedades de economia mista, independentemente do fato de serem “exploradoras de atividade econômica” ou “prestadoras de serviço público”.

6.4 Prestação de serviços públicos versus exploração de atividade econômica

Na doutrina é praticamente uníssono o entendimento segundo o qual as entidades privadas estatais – ou seja, empresas públicas e sociedades de economia mista – podem ser divididas em duas categorias distintas, a depender das tarefas a elas cometidas por lei: as *prestadoras de serviço público* e as *exploradoras de atividade econômica*²⁵⁴.

Colhe-se da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello a seguinte conceituação acerca da prestação de serviço público:

[...] as prestadoras de serviço público desenvolvem atividade em tudo e por tudo equivalente aos misteres típicos do Estado e dos quais este é o senhor exclusivo. Operam, portanto, numa seara estatal por excelência, afeiçoada aos seus cometimentos tradicionais e que demandará, bastas vezes, o recurso a meios publicísticos de atuação (como sucede, aliás, inevitavelmente, com particulares concessionários de serviço público), de par com o rigor dos controles a que se têm de submeter, seja por se

²⁵⁴ Por todos, conferir: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 198.

alimentarem de recursos captados da coletividade através de instrumentos de direito público (tarifas), seja pela supina relevância do bem jurídico de que se ocupam: o serviço público [...]²⁵⁵.

Para o mesmo Celso Antonio Bandeira de Mello as entidades privadas estatais exploradoras de atividade econômica são configuradas da seguinte maneira:

[...] as exploradoras de atividade econômica protagonizam seu empenho em um campo que é, por definição, o terreno próprio dos particulares, das empresas privadas, e ao qual o Estado só por exceção pode acorrer na qualidade de personagem empreendedor; ainda assim, este papel lhe é facultado apenas quando houver sido acicatado por motivos de alta relevância. Em tal hipótese, contudo, justamente para que não se instaure uma “concorrência desleal” com os particulares, a entidade governamental terá de comparecer despojada dos atributos que acompanham os entes governamentais [...]²⁵⁶.

Constata-se, pois, que as prestadoras de serviço público são empresas destinadas às atividades que, na configuração do papel estatal moldado na Constituição, seriam típicas da atuação do Estado em face do cidadão, como ocorre com a impressão de moeda, pesquisa de recursos minerais e serviços de correios e telégrafos, dentre outros. Já as empresas destinadas à exploração de atividade econômica representam uma intervenção estatal na ordem econômica em caráter excepcional, em que o Estado apresenta-se no papel de entidades sujeitas à concorrência de outras empresas constituídas e geridas pela iniciativa privada. É a situação que ocorre com bancos, algumas empresas de transporte e até empresas de turismo.

Deve ser observado que ambas as entidades – empresas públicas e sociedades de economia mista – podem assumir uma e outra configuração. Assim, concebe-se a existência de empresas públicas prestadoras de serviço público e empresas públicas exploradoras de atividade econômica, sendo que idêntico fenômeno ocorre também com as sociedades de economia mista.

²⁵⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Sociedades mistas, empresas públicas e o regime de direito público. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abr./maio 2002. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-10-MAIO-2007-CELSONO%20ANTONIO.pdf>>. Acesso em: 2 dez. 2010.

²⁵⁶ *Ibidem*, loc. cit.

Curiosamente, no entanto, o Decreto-Lei n. 200/67, que conceitua legalmente as empresas públicas e sociedades de economia mista, refere-se a essas entidades como sendo pessoas jurídicas de direito privado direcionadas à *exploração de atividade econômica* (art. 5º, II e III, com a redação que lhes conferiu o Decreto-Lei n. 900/69). A legislação, pois, *não concebe expressamente a existência dessas entidades como vocacionadas à prestação de serviços públicos*.

No mesmo sentido é o texto constitucional: tanto no *caput* do art. 173, ao informar que “ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a *exploração direta de atividade econômica* pelo Estado só será permitida [...]”, quanto no seu § 1º, segundo o qual 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 [...]” não há referência expressa a empresas públicas e/ou sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos. Nem no restante do texto constitucional.

Existe, no entanto, previsão constitucional que admite a prestação de serviços públicos “diretamente” pelo Estado, por qualquer de seus entes. É o que estipula o art. 175, ao dispor que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Dessa norma conclui-se que, se a lei assim o dispuser, o serviço público poderá ser prestado por entidades estatais de direito privado, o que não é difícil de ocorrer: como a Constituição impõe que “somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação” (art. 37, XIX), apenas na improvável hipótese de instituição de uma dessas entidades sem atividade/finalidade legalmente prevista é que teríamos a vulneração do art. 175 da Constituição.

Chega-se, então, ao seguinte questionamento: em que aspectos a atividade das empresas públicas e sociedades de economia mista influencia o regime jurídico da terminação do contrato de emprego de seus trabalhadores?

Segundo entendimento de certa parte da doutrina, as atividades da empresa estatal condicionariam o seu regime jurídico²⁵⁷. E essa cisão de regimes também imporá diferenciações no que concerne à disciplina jurídica da dispensa de seus trabalhadores, como se percebe pelas palavras de Adib Pereira Netto Salim:

As sociedades de economia mista e as empresas públicas são divididas em prestadoras de serviços públicos e exploradoras de atividades econômicas, sendo as últimas exceção constitucional. Assim, exceptiva será a possibilidade de dispensa imotivada de seus empregados, o que só poderá ocorrer nas últimas. Será sempre necessário identificar o tipo de atividade desempenhada pelas referidas pessoas. Sendo serviço público ou atividade econômica exercida em regime de monopólio, haverá necessidade de motivar a dispensa. Caso a hipótese seja de atividade econômica em sentido estrito, em concorrência com a iniciativa privada, a dispensa imotivada poderá ocorrer, se necessária aos imperativos da sobrevivência concorrencial²⁵⁸.

Embora o arcabouço normativo constitucional tenha sido moldado de forma a permitir que as empresas estatais possam explorar serviços públicos e atividades econômicas, *não se pode concordar com a conclusão supratranscrita, segundo a qual também o regramento jurídico da dispensa de seus trabalhadores estaria jungido à modalidade de atividade desenvolvida pela estatal* ou a ditames estabelecidos pela “sobrevivência concorrencial”. Isso porque, assim como ocorre com a exigência do concurso público – estabelecido pelo art. 37, *caput* e inciso II da Constituição, e aplicável a todas as empresas públicas e sociedades de economia mista, *independentemente da atividade principal por elas exploradas* – também a necessidade de motivação da dispensa afeta toda e qualquer entidade estatal, ainda que explore atividade econômica.

²⁵⁷ “[...] é preciso distinguir as sociedades de economia mista e empresas públicas em duas distintas espécies; a saber: prestadoras de serviços públicos e exploradoras de atividade econômica, pois o regime de umas e outras não é idêntico. Ambas, pelas razões já expostas, inobstante sejam constituídas sob forma de direito privado, sofrem o impacto de regras de direito público. As primeiras, entretanto, são alcançadas por estes preceitos com uma carga mais intensa do que ocorre com as segundas, o que é perfeitamente compreensível” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Sociedades mistas, empresas públicas e o regime de direito público. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abr./maio 2002. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-10-MAIO-2007-CELSO%20ANTONIO.pdf>>. Acesso em: 2 dez. 2010).

²⁵⁸ SALIM, Adib Pereira Netto. A dispensa de empregados em empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos ou exploradoras de atividades econômicas em regime de monopólio. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 43, n. 73 p. 19-27, jan./jun. 2006.

Em decisão proferida no já mencionado Mandado de Segurança n. 21.322/DF, o Supremo Tribunal Federal firmou a correta conclusão de que a norma do art. 37 da Constituição seria imposição direcionada a todas as entidades da Administração Pública, pouco importando, para fins da obrigatoriedade do concurso público, a variação do regime jurídico a elas aplicável – direito público ou direito privado, prestação de serviço público ou exploração de atividade econômica. Idêntico raciocínio deve ser reservado à dispensa dos empregados estatais, pois *os pressupostos jurídicos para a conclusão firmada pelo STF, quanto à universalidade da admissão de pessoal mediante concurso, mantêm-se intactos na abordagem jurídica da dispensa do empregado estatal*. São eles:

1) a ampla abrangência do art. 37, *caput*, da Constituição, segundo o qual “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá [...]”, não havendo qualquer ressalva quanto ao regime jurídico ou à natureza jurídica do ente estatal – o fato de explorar atividade econômica, conquanto imponha uma disciplina jurídica menos impregnada de preceitos de direito público, não afasta a aplicabilidade *in totum* do art. 37 da Constituição e respectivos incisos e parágrafos;

2) a ausência de antinomia ou derrogação da norma do art. 37 pelo art. 173 § 1º e respectivo inciso II do texto constitucional, que impõe a sujeição das empresas estatais exploradoras de atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas *nos termos da lei e ressalvados os casos previstos na Constituição*, situação que evidencia a inexistência de regramento dicotômico entre as empresas estatais e os demais entes componentes da Administração Pública, pois a própria norma constitucional restringe essa sujeição ao regime próprio das empresas privadas nos termos da lei (que, obviamente, não pode subverter a disciplina constitucional a elas reservada) e ressalvados os casos previstos na Constituição (dentre eles, a necessidade de seleção de pessoal por meio de concurso público e, conforme se demonstrará, a necessidade de motivação da dispensa do empregado estatal); e

3) a Constituição não distingue, para fins de acessibilidade ao posto de trabalho no Estado, o “cargo público” do “emprego público”, nem entre “espécies” de “empregos públicos” (“empregos públicos em entidades estatais de direito

público” e “empregos públicos em entidades estatais de direito privado”), não havendo contraposição entre os “empregos públicos” previstos no art. 37 da Constituição e os “direitos e obrigações trabalhistas” referidos no art. 173, § 1º, II, da Lei Maior, conclusão que deve ser estendida também às hipóteses de terminação do contrato de emprego, pois não há, também quanto a esse aspecto, *nenhuma distinção constitucional entre “modalidades de empregos públicos”*.

Assim sendo, é correto sustentar a premissa segundo a qual o empregado estatal, *independentemente da natureza do ente empregador* (pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, prestadora de serviço público ou exploradora de atividade econômica), *tem o regime jurídico de sua dispensa uniformizado constitucionalmente, sendo inadmissível tratamento distinto do procedimento da dispensa a depender da natureza da atividade ou de acordo com a natureza jurídica do ente estatal empregador*.

6.5 A preferência histórica pelo regime trabalhista – e as razões para tanto

A análise das regras relacionadas aos servidores públicos ao longo dos anos permite verificar que sempre foi comum o péssimo hábito dos gestores públicos de lidarem com o serviço público de forma a atender seus interesses pessoais, por motivos pouco nobres como o aumento da renda da família, a retribuição por favores político-partidários, dentre outros. E essa prática também atingiu a manipulação da legislação de acordo com interesses totalmente desvinculados dos anseios da coletividade.

A exigência constitucional mais efetiva para garantir o mínimo de profissionalização das carreiras estatais é, sem dúvida, o concurso público, que somente veio a ser consagrado constitucionalmente pelo texto de 1934 (art. 169). Essa exigência, contudo, somente era aplicável à “primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas” (art. 170 § 2º). A bipartição entre “cargos” e “empregos” na Administração Pública somente foi implementada na Constituição de 1946: o “cargo” seria ocupado por “funcionário público” enquanto o “emprego” seria expressão destinada a entidade autárquica, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público (art. 181 § 3º e art.

209, Parágrafo Único, IV). Somente se exigia concurso público para investidura em “cargo de carreira e em outros que a lei determinar” (art. 186).

Daí em diante, até a Constituição de 1988, a contratação de pessoal para o Estado sempre prescindiu de concurso público, ressalvados apenas os casos de servidores efetivos estatutários, que eram a minoria do quadro funcional, exatamente porque o concurso representava um “engessamento burocrático” na dinâmica da mão-de-obra estatal (leia-se: o concurso e a estabilização do servidor reduziam a margem de livre seleção e dispensa dos trabalhadores, que, assim, eram massa de manobra fluida, atrelada aos resultados das eleições, quando estas existiam, ou à vontade da pessoa do administrador que houvesse sido indicado por alguém).

O aspecto fundamental que justificou a popularização do regime celetista na Administração Pública, especialmente a partir da década de 1970, foi a *brecha constitucional aberta pelo art. 97 § 1º da Constituição de 1967, com redação atribuída pela Emenda Constitucional n. 1/69* (“a primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei”). Propagou-se o entendimento de que o texto constitucional permitiria a livre contratação de trabalhadores sem concurso público, desde que não ocupassem “cargo público” e que não estivessem sendo investidos pela primeira vez nesse posto. Disseminou-se, assim, a lógica de que, segundo a Constituição, *o concurso público seria a exceção e a contratação livre seria a regra*, bastando que não se tratasse de “primeira investidura em cargo público”, entendimento que encontrou ressonância na permissiva interpretação do STF em relação a esse dispositivo constitucional²⁵⁹.

²⁵⁹ “Recurso Extraordinário. Inadmissibilidade. Vínculo empregatício. Concurso público. Não exigência pela Constituição anterior. Alegação de ofensa ao art. 37, II, § 2º. Não conhecimento. Agravo regimental não provido. Precedente. Sob a égide da Constituição anterior não era exigível aprovação em concurso público para provimento em emprego público” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 290.014 AgR/RJ*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Órgão julgador: Primeira Turma. Brasília, DF, 06 de setembro de 2005. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=299831>>. Acesso em: 23 jun. 2010). No mesmo sentido: “A suposta contrariedade ao art. 97, § 1º, da Carta de 1969, sobre ser estranha tanto ao acórdão recorrido, como ao RE e ao próprio recurso de revista – o que torna aplicáveis, de um lado, a Súmula 282 e, de outro, a jurisprudência do STF que não admite a inovação de fundamento em sede de agravo regimental –, tem assento em premissa de todo equivocada, uma vez que o processo seletivo do art. 6º, da Lei 7.231/84, não visava ao preenchimento de cargo público, em sim de emprego público disciplinado pela legislação trabalhista e do FGTS. De maneira que, como quer que se entenda a ressalva contida na parte final do § 1º do mencionado art. 97 da Carta de 1969, não há como identificar na Lei 7.231/84 a legislação ali referida” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de*

O mecanismo que respaldaria essa “contratação livre” seria a admissão de trabalhadores regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho. Sendo assim, considerando-se que para os “empregos” estatais não havia determinação constitucional para o recrutamento de pessoal pelo concurso público, a CLT tornou-se a norma-padrão de regência da vinculação entre Estado e trabalhador. Apesar de a CLT dispor expressamente que suas normas não se aplicavam aos funcionários públicos (o art. 7º exclui a aplicabilidade da Consolidação aos funcionários estatais e também aos extranumerários²⁶⁰), essa norma foi subvertida, graças à possibilidade, aberta pela própria CLT, de que norma em sentido contrário poderia disciplinar essa restrição de maneira a neutralizá-la²⁶¹. Assim, *a utilização da CLT como regramento normativo dos trabalhadores estatais também se transformou em regra, estando o estatuto dos funcionários públicos (que, na União, era a Lei n. 1.711/52) relegado ao papel de “exceção”, tal como aconteceu com o concurso público.*

Ficou claro, assim, o intuito de permitir o loteamento de ocupações estatais tomadas por indicações político-partidárias, o que prejudicou sobremaneira a profissionalização das carreiras estatais no Brasil²⁶².

Instrumento n. 236.373 AgR/DF, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Órgão julgador: Primeira Turma. Brasília, DF, 08 de fevereiro de 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/InteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=290745>>. Acesso em: 23 jun. 2010).

²⁶⁰ “Art. 7º. Os preceitos constantes da presente Consolidação, salvo quando for, em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam (Redação dada pelo Decreto-lei n. 8.079, de 11.10.1945): [...] c) aos funcionários públicos da União, dos Estados e dos Municípios e aos respectivos extranumerários em serviço nas próprias repartições (Redação dada pelo Decreto-lei n. 8.079, de 11.10.1945); d) aos servidores de autarquias paraestatais, desde que sujeitos a regime próprio de proteção ao trabalho que lhes assegure situação análoga à dos funcionários públicos (Redação dada pelo Decreto-lei n. 8.079, de 11.10.1945).

²⁶¹ A subversão decorre do fato de que o *caput* do art. 7º da CLT, embora vede a utilização dessa lei (*rectius*: Decreto-Lei) para reger a vinculação entre o Estado e o trabalhador estatal, permite que, quando for “expressamente determinado em contrário”, a Administração Pública possa utilizar a Consolidação das Leis do Trabalho como regramento de suas relações com o servidor. Assim, basta que – como diversas vezes se verificou – o Estado estipule que determinadas ocupações serão regidas pela legislação trabalhista, caso em que se configura a subversão do que a lei estipula, embora não haja revogação nem antinomia.

²⁶² “Desde que institucionalizado, nos primórdios da civilização, o governo reconheceu a necessidade de servidores públicos de carreira, para movimentar sua máquina e assegurar a implementação e realização das políticas públicas. Isso contrastava com o emprego de amadores, e assemelhados, que se revelaram inadequados, não-qualificados, incompetentes, não-confiáveis ou até mesmo corruptos. Caracterizou-se o erro ao acreditar que o trabalho governamental fosse tão simples que qualquer um pudesse desempenhá-lo. Realmente, era bastante complexo e requeria considerável aptidão e experiência para bem executá-lo, como muitos constataram no decorrer dos anos. Equivocaram-se ao imaginar que lealdade cega, ou laços de sangue, ou amizade, ou identificação ideológica somente fossem suficientes para prevenir desídia, fraude, descaso, furto ou outros atos criminosos. Errou-se ao supor que amadores agiriam no melhor interesse dos governantes ou dos governados, em vez de velar por seus próprios interesses irresponsáveis e perigosos. Com freqüência, incompetentes desertaram

A manipulação das diretrizes constitucionais e celetistas ganhou ainda mais vulto com a edição de leis que se mostravam cada vez mais voltadas para a vinculação trabalhista e para a “livre” contratação e dispensa de trabalhadores e cada vez menos preocupadas com o concurso público. Não por acaso esse era o teor dos três primeiros dispositivos da Lei n. 6.185, de 11 de dezembro de 1974:

Art. 1º. Os servidores públicos civis da Administração Federal direta e autárquica reger-se-ão por disposições estatutárias ou pela legislação trabalhista em vigor.

Art. 2º. Para as atividades inerentes ao Estado como Poder Público sem correspondência no setor privado, compreendidas nas áreas de Segurança Pública, Diplomacia, Tributação, Arrecadação e Fiscalização de Tributos Federais e Contribuições Previdenciárias, Procurador da Fazenda Nacional, Controle Interno, e no Ministério Público, só se nomearão servidores cujos deveres, direitos e obrigações sejam os definidos em Estatuto próprio, na forma do art. 109 da Constituição Federal (Redação dada pela Lei n. 6.856, de 1980).

Art. 3º. Para as atividades não compreendidas no artigo precedente só se admitirão servidores regidos pela legislação trabalhista, sem os direitos de greve e sindicalização, aplicando-se-lhes as normas que disciplinam o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Parágrafo único. Os servidores a que se refere este artigo serão admitidos para cargos integrantes do Plano de Classificação, com a correspondente remuneração²⁶³.

Em face dessas normas, é possível deduzir a dinâmica pretendida pelos governantes da época: somente nas atividades ditas “inerentes ao Estado”, sem correspondência no setor privado é que seria necessário o provimento de cargo público (art. 2º da lei), o que implica afirmar que, a teor do disposto no art. 97 § 1º da Constituição de 1967, com a redação que lhe foi atribuída pela Emenda Constitucional n. 1/69, essas carreiras deveriam ser providas por servidores *concurados*. Essa circunstância, no entanto, nem sempre realmente ocorria, já

de seus postos, enganaram os militares, venderam-se a estrangeiros, apropriaram-se de fundos, premeditaram traições, provocaram guerra ou desobediência civil, em resumo, destruíram os negócios públicos. Entretanto, a despeito da estarrecedora evidência histórica, os governantes ainda ignoram a profissionalização e têm apenas a si mesmos para culpar quando ocorre o desastre. Um vívido exemplo recente é o que aconteceu na Albânia quando a lei e a ordem virtualmente entraram em colapso. O governo enredou-se em monstruosos esquemas, que tornaram o regime em plutocracia dirigida pela elite do crime organizado, por falta de uma infraestrutura profissional de serviço” (CAIDEN, Gerald E.; VALDÉS, Daisy de Asper y. A essência do profissionalismo no Serviço Público. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, DF, ano 35, n. 138, p. 141-142, abr./jun. 1998).

²⁶³ BRASIL. *Lei n. 6.185, de 11 de dezembro de 1974*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/1970-1979/L6185.htm>>. Acesso em: 23 ago. 2010.

que o mesmo art. 97 § 1º da Constituição de 1967 (com a redação que lhe foi atribuída pela Emenda Constitucional n. 1/69) dispunha que “a primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas e títulos, *salvo os casos indicados em lei*”. Bastava, portanto, que o “estatuto próprio” dos servidores das carreiras mencionadas no art. 2º da Lei n. 6.185/74 dispensasse-os da exigência de concurso público, que então se teria servidores exercendo atribuições “inerentes ao Estado”, compulsoriamente vinculados ao regime estatutário (e afastados, pois, da vinculação trabalhista), mas possivelmente não concursados, um verdadeiro contrassenso.

Para as demais ocupações estatais – maioria absoluta das carreiras existentes no quadro funcional do Estado – somente seriam admitidos trabalhadores regidos pela CLT e legislação trabalhista correlata (art. 3º da lei).

Essa lei permite ainda chegar a duas constatações que influenciaram parte significativa da produção jurídica (doutrina, legislação e jurisprudência) vislumbrada nos anos seguintes: a primeira refere-se ao alcance e as garantias especiais dos servidores que desempenham *atividades exclusivas de Estado*; e a segunda diz respeito à conflituosa relação entre estabilidade e fundo de garantia do tempo de serviço (FGTS).

6.5.1. Servidores que exercem atividades exclusivas de Estado

Não há consenso conceitual acerca do que venham a ser “atividades exclusivas de Estado”. E isso decorre, também, da ausência de lei que discipline o regramento jurídico dessas atividades.

A Lei n. 6.185/74 foi um dos marcos para essa cisão entre carreiras “exclusivas” e “não exclusivas” de Estado. O propósito fica evidente a partir da leitura conjugada do teor do art. 2º da Lei com o disposto no art. 97 § 1º da Constituição de 1967 (com a redação que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional n. 1/69): com a definição de que as atividades “inerentes ao Estado como Poder Público sem correspondência no setor privado” compreenderiam as áreas de Segurança Pública, Diplomacia, Tributação, Arrecadação e Fiscalização de Tributos Federais e Contribuições Previdenciárias,

Procuradoria da Fazenda Nacional, Controle Interno e Ministério Público, difundiu-se a noção de que essas áreas abrigariam as carreiras “exclusivas” de Estado.

O art. 2º da Lei n. 6.185/74 utiliza, no entanto, o termo “inerentes ao Estado” e não “exclusivas de Estado”. Embora conceitualmente próximas, as expressões não são sinônimas perfeitas: “inerente” significa “estruturalmente ligado” ou “inseparável por natureza”²⁶⁴, ao passo que “exclusivo” reporta-se à restrição a algo ou alguém, com a exclusão dos demais²⁶⁵. Percebe-se que *uma atividade inerente é sempre exclusiva do Estado*, porque não se concebe o seu exercício fora do âmbito estatal; mas nem toda atividade exclusiva do Estado é-lhe inerente, pois *é possível que atividades não inerentes ao Estado sejam-lhe cometidas em caráter de exclusividade*, negando-se o seu desempenho paralelo por particulares. Tem-se, *a priori*, que o rol de atividades “exclusivas” do Estado é mais dilatado que a relação de tarefas que podem ser alcunhadas de “inerentes”. Essa conceituação, contudo, longe da pureza lexical, pode ser manipulada politicamente sempre que uma nova lei venha a definir quais as atividades estariam sujeitas a essa disciplina “especial”, tendo pouca relevância prática a distinção entre “atividade inerente ao Estado” e “atividade exclusiva do Estado”.

Atualmente, as atividades que seriam “inerentes” são denominadas de “exclusivas”, tendo esta expressão se popularizado em escala bem mais ampla do que a utilizada pelo art. 2º da Lei n. 6.185/74. Boa parte dessa disseminação deve-se ao fato de que a expressão *atividade exclusiva de Estado* foi eleita, no que concerne à política de gestão de pessoal, como uma das bases da reforma administrativa, exposta pelo Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado e depois veiculada normativamente pela Emenda Constitucional n. 19/98²⁶⁶.

²⁶⁴ BORBA, Francisco S. (Coord.). *Dicionário UNESP do português contemporâneo*. São Paulo: UNESP, 2004, p. 763.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 575.

²⁶⁶ O Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado foi um documento produzido a partir das conclusões adotadas pela Câmara da Reforma do Estado, instituída pelo governo Fernando Henrique Cardoso, com o objetivo de adotar-se, no Brasil, a ideia do que foi apresentada como “Administração Pública Gerencial”, que foi traduzida juridicamente pela Emenda Constitucional n. 19/98. Um dos pilares dessa ideia seria a divisão do Estado em setores de atividade, os quais, de acordo com a respectiva importância na consecução dos fins estatais, seriam enquadrados como “mais” ou “menos” relevantes para a máquina administrativa. Em decorrência disso, os trabalhadores estatais seriam classificados de acordo com a importância das suas atividades, o que condicionaria o seu regime jurídico funcional e as garantias e proteções ao desenvolvimento do seu trabalho. De acordo com o Plano Diretor, “no Aparelho do Estado é possível distinguir quatro setores: *Núcleo Estratégico*. Corresponde ao governo, em sentido lato. É o setor que

E com o epíteto de “exclusivas” é que essas atividades foram guindadas ao texto constitucional vigente, por meio da Emenda Constitucional n. 19/98, que inseriu, na Constituição de 1988, o art. 247, que conta com a seguinte redação:

Art. 247. As leis previstas no inciso III do § 1º do art. 41 e no § 7º do art. 169 estabelecerão critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998).

Parágrafo único. Na hipótese de insuficiência de desempenho, a perda do cargo somente ocorrerá mediante processo administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998).

O art. 247 reporta-se a dois outros dispositivos constitucionais, que definem a necessidade de duas normas específicas: a lei complementar que definirá os procedimentos para a perda do cargo do servidor estável em caso de não aproveitamento na avaliação periódica de desempenho (art. 41, § 1º, III) e a lei federal que disporá sobre essa perda de cargo fundada em excesso de despesa do Estado (art. 169 §§ 3º, 4º e 7º). Dessas, somente a última norma foi promulgada, vindo a ser a Lei n. 9.801, de 14 de junho de 1999, que dispõe sobre

define as leis e as políticas públicas, e cobra o seu cumprimento. É, portanto, o setor onde as decisões estratégicas são tomadas. Corresponde aos Poderes Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público e, no Poder Executivo, ao Presidente da República, aos ministros e aos seus auxiliares e assessores diretos, responsáveis pelo planejamento e formulação das políticas públicas. *Atividades Exclusivas.* É o setor em que são prestados serviços que só o Estado pode realizar. São serviços em que se exerce o poder extroverso do Estado – o poder de regulamentar, fiscalizar, fomentar. Como exemplos temos: a cobrança e fiscalização dos impostos, a polícia, a previdência social básica, o serviço de desemprego, a fiscalização do cumprimento de normas sanitárias, o serviço de trânsito, a compra de serviços de saúde pelo Estado, o controle do meio ambiente, o subsídio à educação básica, o serviço de emissão de passaportes, etc. *Serviços Não Exclusivos.* Corresponde ao setor onde o Estado atua simultaneamente com outras organizações públicas não-estatais e privadas. As instituições desse setor não possuem o poder de Estado. Este, entretanto, está presente porque os serviços envolvem direitos humanos fundamentais, como os da educação e da saúde, ou porque possuem “economias externas” relevantes, na medida que produzem ganhos que não podem ser apropriados por esses serviços através do mercado. As economias produzidas imediatamente se espalham para o resto da sociedade, não podendo ser transformadas em lucros. São exemplos deste setor: as universidades, os hospitais, os centros de pesquisa e os museus. *Produção de Bens e Serviços para o Mercado.* Corresponde à área de atuação das empresas. É caracterizado pelas atividades econômicas voltadas para o lucro que ainda permanecem no aparelho do Estado como, por exemplo, as do setor de infraestrutura. Estão no Estado seja porque faltou capital ao setor privado para realizar o investimento, seja porque são atividades naturalmente monopolistas, nas quais o controle via mercado não é possível, tornando-se necessário no caso de privatização, a regulamentação rígida” (BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado [MARE]. *Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília, DF: MARE, 1995, p. 41-42).

“as normas gerais para perda de cargo público por excesso de despesa e dá outras providências”. A primeira dessas leis ainda não foi promulgada, estando ainda pendente de aprovação o Projeto de Lei Complementar que viria a firmar os parâmetros dessa avaliação periódica de desempenho e as garantias especiais aos servidores que desenvolvessem atividade exclusiva de Estado²⁶⁷.

²⁶⁷ Pouco tempo depois de promulgada a Emenda Constitucional n. 19/98, foi encaminhada à Câmara dos Deputados a Mensagem Presidencial n. 1.308/98, que trazia em anexo o projeto de lei complementar que disciplinaria a perda de cargo público por insuficiência de desempenho. A mensagem converteu-se no Projeto de Lei n. 248/98. Em seu art. 15, *caput*, o Projeto define que os servidores das seguintes carreiras desenvolvem atividade exclusiva de Estado, no âmbito do Poder Executivo da União: Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional, Assistente Jurídico da Advocacia-Geral da União, Procurador e Advogado dos órgãos vinculados à Advocacia-Geral da União, Defensor Público da União, Policial Federal, Policial Rodoviário Federal e Policial Ferroviário Federal e carreiras cujos cargos sejam privativos de brasileiro nato. De acordo com o Parágrafo Único do art. 15, no âmbito do Poder Executivo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, desenvolveria atividade exclusiva de Estado o servidor integrante de carreiras cujos cargos tenham funções equivalentes e similares aos cargos mencionadas no *caput*. Em tramitação no Congresso Nacional, o Projeto de Lei sofreu diversas modificações, estando, atualmente, com o seguinte rol de “atividades exclusivas de Estado”: “Art. 15. Desenvolvem atividades exclusivas de Estado, no âmbito do Poder Executivo da União, assegurando-se a preservação dessa condição inclusive em caso de transformação, reclassificação, transposição, reestruturação, redistribuição, remoção e alteração de nomenclatura que afetem os respectivos cargos ou carreiras sem modificar a essência das atribuições desenvolvidas, os servidores integrantes das carreiras, ocupantes dos cargos efetivos ou alocados às atividades de: I – Advogado da União; II – Assistente Jurídico da Advocacia-Geral da União; III – Defensor Público da União; IV – Juiz do Tribunal Marítimo; V – Procurador, Advogado e Assistente Jurídico dos órgãos vinculados à Advocacia-Geral da União; VI – Procurador da Fazenda Nacional; VII – Procurador da Procuradoria Especial da Marinha; VIII – Analista, Inspetor e Agente Executivo da Comissão de Valores Mobiliários; IX – Analista Técnico e Agente Executivo da Superintendência de Seguros Privados; X – Auditor Fiscal da Previdência Social; XI – Auditor-Fiscal e Técnico da Receita Federal; XII – Especialista do Banco Central do Brasil; XIII – Fiscal de Defesa Agropecuária; XIV – Fiscal Federal de Tributos; XV – fiscalização do cumprimento da legislação ambiental, proteção e defesa do meio ambiente; XVI – Auditor-Fiscal do Trabalho; XVII – Analista e Técnico de Finanças e Controle; XVIII – Analista e Técnico de Orçamento; XIX – Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental; XX – Técnicos de Planejamento, código P-1501; XXI – Controle, Avaliação e Auditoria, relativamente a servidores que ocupem cargos efetivos de nível superior e intermediário integrantes do Quadro de Pessoal do Ministério da Saúde, que exerçam atividades no Sistema Nacional de Auditoria, componente federal do Sistema Único de Saúde – SUS; XXII – Técnico de Planejamento e Pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e demais cargos técnicos de provimento efetivo de nível superior ou intermediário integrantes dos quadros de pessoal dessa Fundação, destinados à elaboração de planos e orçamentos públicos; XXIII – Policial Federal; XXIV – Policial Ferroviário Federal; XXV – Policial Rodoviário Federal; XXVI – Diplomata; XXVII – Policial Civil Federal e Agente Fiscal Federal integrantes de quadro em extinção dos ex-Territórios; XXVIII – Carreira de Pesquisa em Ciência e Tecnologia, Tecnologista e Técnico da Carreira de Desenvolvimento Tecnológico e Analista em Ciência e Tecnologia e Assistente da Carreira de Gestão, Planejamento e Infra-Estrutura em Ciência e Tecnologia do Plano de Carreiras da área de Ciência e Tecnologia; XXIX – Oficial de Chancelaria; XXX – Sanitarista; XXXI – Fiscal de Cadastro e Tributação Rural e demais cargos de provimento efetivo do quadro de pessoal do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária destinados às atividades de reforma e desenvolvimento agrário, assentamento e desenvolvimento rural, fiscalização, avaliação e controle do cadastro rural; XXXII – Restaurador, Arquiteto, Técnico em Assuntos Culturais, Técnico em Assuntos Educacionais, Técnico de Nível Superior, Analista, Técnico e Analista Consultor do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional; XXXIII – fiscalização do cumprimento da legislação nuclear; XXXIV – Carreira de Tecnologia Militar; XXXV – Sertanista,

Essas leis, além de esmiuçarem os procedimentos para a perda de cargo do servidor público estável, também devem, nos termos do art. 247 da Constituição, estabelecer garantias especiais contra a perda de cargo do servidor público que desenvolva *atividades exclusivas de Estado*, expressão que, como já visto, não detém uniformidade conceitual. A Constituição, no entanto, fornece uma diretriz sólida para a sua conceituação: a caracterização da “exclusividade” estatal não decorrerá de um critério *orgânico*, segundo o qual o servidor que exerce suas funções em órgão ou entidade estatal seria enquadrado no art. 247 da Constituição pelo simples fato de pertencer a esse órgão tido como executor de “atividade exclusiva de Estado”, mas sim de um critério que se pode denominar de *funcional*: as atribuições do cargo ocupado é que serão levadas em consideração para a definição das atividades exclusivas de Estado, beneficiando, em decorrência disso, o servidor que ocupe esse posto²⁶⁸.

Assistente Social, Antropólogo, Museólogo, Sociólogo, Pesquisador, Técnico de Nível Superior e Técnico em Indigenismo da Fundação Nacional do Índio; XXXVI – Analista de Comércio Exterior. § 1º. Nas Casas do Congresso Nacional, no Poder Judiciário Federal, no Tribunal de Contas da União e no Ministério Público da União, desenvolvem atividades exclusivas de Estado os servidores cujos cargos assim sejam considerados em leis de iniciativa desses órgãos. § 2º. No âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, desenvolvem atividades exclusivas de Estado os servidores integrantes de carreira cujos cargos desenvolvam funções equivalentes e similares as contempladas no *caput*. § 3º. No âmbito dos órgãos e entidades destinados ao controle e à fiscalização do sistema financeiro nacional, os cargos e respectivas carreiras serão estabelecidos na lei complementar a que se refere o art. 192 da Constituição Federal”. Desde 2007 o projeto encontra-se sem nova tramitação. Para informações detalhadas a respeito do seu andamento, conferir: BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. PLP-248/1998*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=21616>. Acesso em: 28 nov. 2010.

²⁶⁸ O art. 23 da Lei n. 11.416/2006, que dispõe sobre as carreiras dos servidores do Poder Judiciário da União, foi vetado pela Presidência da República, pois pretendia estender a todos esses servidores o enquadramento no conceito de “atividade exclusiva de Estado”. As razões do veto seguiram o posicionamento sustentado neste texto – o critério para a caracterização de *atividade exclusiva de Estado* deve basear-se no aspecto *funcional* e não no *orgânico*, como se verifica a partir de sua transcrição, feita a seguir: “O alcance da expressão ‘atividade exclusiva de Estado’ é controvertido na doutrina que se debruça sobre o tema. Parte dela entende, de forma restritiva, que, afora os membros de Poder, as atividades exclusivas de Estado seriam apenas relativas a regulamentação, fiscalização e fomento. Outros setores especializados, identificando atividade exclusiva de Estado com carreira típica de Estado, entendem que tais atividades são apenas as exercidas por diplomatas, fiscais, administradores civis, procuradores e policiais. A despeito do dissenso travado acerca do referido conceito, bem como da confusão que muitas vezes se faz entre atividade típica e carreira típica de Estado, temos que, de fato, a Carta Constitucional conferiu à lei o mister de determinar quais as carreiras e as atividades que devem ostentar tal título. Tal redação do art. 247 da *Lex Legum*: ‘Art. 247. As leis previstas no inciso III do § 1º do art. 41 e no § 7º do art. 169 estabelecerão critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado’. Como se pode auferir [*sic*] da leitura, a liberdade do legislador, nesse aspecto, não é irrestrita. Isto porque a Constituição Federal, na parte final do dispositivo acima transcrito, vincula a classificação de atividade exclusiva de Estado às atribuições do cargo efetivo e não ao Poder ou órgão de exercício deste. Depreende-se, portanto, que a Lei Maior, pretendendo revestir os ocupantes de determinados cargos de maiores garantias de estabilidade funcional, delimitou um âmbito de incidência dentro do qual poderá a norma

Há um relevante fator de impacto da antiga menção a atividades *inerentes* (art. 2º da Lei n. 6.185/74) sobre a atual referência a atividades *exclusivas* de Estado (art. 247 da Constituição): trata-se do *regime jurídico* aplicável a esses servidores beneficiados com garantias “especiais” em relação aos demais trabalhadores estatais privados dessa proteção extra.

Pelos arts. 2º e 3º da Lei n. 6.185/74, os servidores que exerciam atividades *inerentes* ao Estado seriam regidos por estatuto próprio, estando descartada a utilização da Consolidação das Leis do Trabalho como regramento normativo dessas carreiras; os demais, excluídos desse âmbito, seriam contratados obrigatoriamente pelo regime celetista. Essa cisão gerou dois regramentos bastante díspares: de um lado, os servidores que exerciam atividades inerentes ao Estado, que seriam estatutários, imunes à legislação trabalhista, e que contavam, salvo previsão específica em contrário, com a prerrogativa da estabilidade referida no art. 82 da Lei n. 1.711/52, o então vigente estatuto dos funcionários públicos civis da União²⁶⁹; já os demais servidores seriam vinculados à legislação trabalhista, podendo ser admitidos livremente sem concurso – não exigido sob a égide da ordem constitucional anterior, conforme interpretação restritiva da Constituição então pacificada no STF – e seriam também livremente dispensáveis, a depender da conveniência dos gestores públicos então à frente da máquina administrativa.

infraconstitucional atuar, estabelecendo um critério orientador da definição de atividade exclusiva de Estado. Essas garantias, assim, não podem ser concedidas pelo legislador a quaisquer cargos sem apreciação de critérios objetivos atinentes às atribuições destes, sob pena de ferir, inclusive, o princípio da isonomia entre os servidores públicos civis. Isto é, se a atividade de apoio operacional exercida no âmbito do Poder Judiciário federal é considerada exclusiva de Estado, não há razão, pela dicção constitucional, para que aquela praticada no âmbito do Poder Executivo ou Legislativo não seja assim considerada, haja vista não haver, em essência, diferença de atribuições entre elas. Do contrário, estar-se-ia criando um privilégio injustificado. Assim, temos que a definição do que seja atividade exclusiva de Estado deve manter relação estreita com a natureza do cargo contemplado e das funções empreendidas pelo seu ocupante, bem como pelo seu posicionamento estratégico dentro da administração pública, o que justificaria o tratamento diferenciado em relação aos demais cargos públicos e melhor se enquadraria no âmbito conceitual da Constituição. Dessa forma, o art. 23 do projeto determina que os ocupantes dos cargos de provimento efetivo do quadro de pessoal do Poder Judiciário, exercem, indistintamente, atividade exclusiva de Estado, afastando-se do parâmetro constitucional e acolhendo definição fincada meramente no órgão de exercício”. (BRASIL. *Mensagem n. 1.141, de 15 de dezembro de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Msg/Vep/VEP-1141-06.htm>. Acesso em: 23 ago. 2010).

²⁶⁹ “Art. 82. O funcionário ocupante de cargo de provimento efetivo adquire estabilidade depois de: I – dois anos de exercício, quando nomeado em virtude de concurso; II – cinco anos de exercício, quando nomeado em caráter efetivo sem concurso. § 1º. O disposto neste artigo são se aplica aos cargos em comissão. § 2º. A estabilidade diz respeito ao serviço público e não ao cargo”.

A partir desse cenário bifurcado ganhou força, entre os servidores e suas entidades representativas de classe (sindicatos e demais associações), a concepção, ou o temor, de que a inclusão de determinada carreira como desenvolvedora de *atividade inerente ao Estado* (depois *exclusiva de Estado*) significaria maior garantia de estabilização no serviço público. Não por acaso, é essa a interpretação que se extrai a partir da Lei n. 9.801/99, que, ao dispor sobre as normas gerais para perda de cargo público por excesso de despesa, estipula garantias diferenciadas ao servidor que desempenha atividades exclusivas de Estado, mesmo sem definir o alcance da “exclusividade”²⁷⁰.

Noutro quadrante, a manutenção de determinadas ocupações fora desse rol significaria o desprestígio estatal a certas carreiras, de modo que o servidor admitido para essas funções conviveria com insegurança de não ter a almejada estabilidade no serviço público ou, ainda pior, de não ter sequer a vinculação com o empregador estatal, submetendo-o a práticas notoriamente precarizadoras do trabalho humano, como a terceirização ou a alocação de mão-de-obra a entidades “públicas não estatais” sem fins lucrativos²⁷¹.

²⁷⁰ Colhem-se dessa lei os seguintes dispositivos acerca do assunto: “Art. 1º. Esta Lei regula a exoneração de servidor público estável com fundamento no § 4º e seguintes do art. 169 da Constituição Federal. Art. 2º. A exoneração a que alude o art. 1º será precedida de ato normativo motivado dos Chefes de cada um dos Poderes da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. § 1º. O ato normativo deverá especificar: [...] IV – os critérios e as garantias especiais escolhidos para identificação dos servidores estáveis que, em decorrência das atribuições do cargo efetivo, desenvolvam atividades exclusivas de Estado; [...] Art. 3º. A exoneração de servidor estável que desenvolva atividade exclusiva de Estado, assim definida em lei, observará as seguintes condições: I – somente será admitida quando a exoneração de servidores dos demais cargos do órgão ou da unidade administrativa objeto da redução de pessoal tenha alcançado, pelo menos, trinta por cento do total desses cargos; II – cada ato reduzirá em no máximo trinta por cento o número de servidores que desenvolvam atividades exclusivas de Estado”.

²⁷¹ A série de documentos preparada pelo MARE (Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado), denominada de “Cadernos MARE da Reforma do Estado”, demonstra, num de seus cadernos, a intenção governamental de reduzir o quadro de servidores públicos somente às funções que desempenhassem as *atividades exclusivas de Estado*, excluindo os demais trabalhadores da vinculação funcional com o Estado. Confira-se: “A reorganização das atividades do Estado tem um rebatimento no que diz respeito à composição do quadro de pessoal. Os profissionais atuando em setores voltados para a produção de bens e serviços para o mercado, setor que será transferido do Estado para o setor privado por meio do processo de privatização, serão administrados com base em regras vigentes para o setor privado, não constituindo-se *[sic]* em funcionários públicos. O mesmo se aplica para os profissionais atuando na área de serviços sociais e científicos, que será transferida mediante o processo de publicização para entidades de direito privado sem fins lucrativos integrantes do setor público não-estatal. Os servidores públicos, e portanto integrantes de carreiras de Estado, serão apenas aqueles cujas atividades estão voltadas para as atividades exclusivas de Estado relacionadas com a formulação, controle e avaliação de políticas públicas e com a realização de atividades que pressupõem o poder de Estado. Esses servidores representarão o Estado enquanto pessoal. Para a realização de atividades auxiliares como manutenção, segurança e atividades de apoio diversas será dada continuidade ao processo de terceirização, transferindo-as para entidades privadas” (BRASIL.

Mesmo sem legislação definidora do que seria *atividade exclusiva de Estado* nem a especificação das ocupações que devem reguladas pela legislação trabalhista, a noção de que seriam mais prestigiadas no serviço público as carreiras que desenvolvessem atividade exclusiva de Estado ganhou corpo, juntamente com a ideia disseminada na doutrina de que *somente através de vinculação estatutária é os servidores dessas carreiras estariam ligados ao Estado*²⁷², o que veio a ser normatizado pelo art. 247 da Constituição atual, com a redação que lhe atribuiu a Emenda Constitucional n. 19/98, segundo o qual a legislação estabelecerá “critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado”. Em contraponto a essa noção, a vinculação trabalhista seria destinada a ocupações estatais ditas “inferiores”, restando ao empregado estatal a pecha de “trabalhador subalterno” estabelecida pela doutrina especializada²⁷³, mesmo não havendo legislação

Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado [MARE]. *A nova política de recursos humanos*. Cadernos MARE da Reforma do Estado, Caderno 11. Brasília, DF: MARE, 1997, p. 12).

²⁷² “As atividades principais são as atividades propriamente de governo, são as atividades em que o poder de Estado é exercido. São as ações de legislar, regular, julgar, policiar, fiscalizar, definir políticas, fomentar. Mas, para que essas funções do Estado possam ser realizadas, é necessário que os políticos e a alta burocracia estatal, no núcleo estratégico, e também a média administração pública do Estado, conte com o apoio de uma série de atividades ou serviços auxiliares: limpeza, vigilância, transporte, coperagem, serviços técnicos de informática e processamento de dados etc. Segundo a lógica da reforma do Estado dos anos 90, estes serviços devem, em princípio, ser terceirizados, ou seja, devem ser submetidos à licitação pública e contratados com terceiros. Dessa forma, esses serviços, que são serviços de mercado, passam a ser realizados competitivamente, com substancial economia para o Tesouro. Sempre poderá haver exceções nesse processo de terceirização. As áreas cinzentas não faltarão. É conveniente terceirizar os trabalhos das secretárias? Embora seu papel tenha diminuído consideravelmente na administração moderna, provavelmente não é. Haverá outros serviços dessa natureza, em que a proximidade da atividade exclusiva não recomenda a terceirização. Por isso, e porque também haverá áreas cinzentas entre o que deve ser publicizado e o que não, é adequado haver dois regimes jurídicos dentro do Estado: o dos funcionários estatutários e o dos empregados. Essa é uma prática, de fato, comum nos países desenvolvidos, dotados de burocracias desenvolvidas. A condição de servidores estatutários fica limitada às carreiras de Estado, sendo considerados empregados — numa situação intermediária entre o servidor estatutário e o trabalhador privado — os demais servidores que exerçam atividades auxiliares, que se decidiu não terceirizar, ou que não foi possível publicizar” (PEREIRA. Luiz Carlos Bresser. *Reforma do Estado para a Cidadania – A Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional*. Brasília, DF: ENAP, 1998, p. 100).

²⁷³ “Que atividades seriam estas, passíveis de comportar regime trabalhista, se a lei assim decidir? Só poderiam ser aquelas que – mesmo desempenhadas sem as garantias específicas do regime de cargo – não comprometeriam os objetivos (já referidos) em vista dos quais se impõe o regime de cargo como sendo o normal, o prevalente. Seriam, portanto, as correspondentes à prestação de *serviços materiais subalternos*, próprios dos serventes, motoristas, artífices, jardineiros ou mesmo de mecanógrafos, digitadores etc., pois o modesto âmbito da atuação destes agentes não introduz riscos para a impessoalidade da ação do Estado em relação aos administrados caso lhes faltem as garantias inerentes ao regime de cargo” (MELLO. Celso

expressa que viesse a diferenciar o regime jurídico de determinada carreira com base na natureza e/ou importância das atribuições para o Estado. Trata-se, pois, de uma criação baseada na noção que se disseminou a partir da bipartição instituída pela Lei n. 6.185/74, entre *estatutários, que desempenhariam atividades inerentes ao Estado, e empregados, que não desenvolveriam essas funções*.

Cabe ressaltar que, embora não revogada expressamente, boa parte da Lei n. 6.185/74 não foi recepcionada pela atual Constituição, haja vista a vedação constitucional à duplicidade de regimes jurídicos funcionais. Também em face da Lei n. 8.112/90 os arts. 2º e 3º lei de 1974 estariam revogados, pois os servidores federais foram inseridos na disciplina da nova lei, ou, ao menos, tornaram-se “estabilizados” pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias²⁷⁴. Apesar de sua quase total ineficácia atual, a diretriz estabelecida pela Lei n. 6.185/74 – separando a modalidade de vinculação (estatutária ou trabalhista) de acordo com a natureza das atribuições das carreiras estatais – remanesce até hoje, seja na doutrina, como já visto²⁷⁵, seja na própria dicção constitucional do art. 247.

Há certo exagero, contudo. É certo que a Constituição restringe o desempenho de *atividades exclusivas de Estado* ao servidor ocupante de cargo efetivo que seja estável no serviço público (art. 247). Isso não autoriza, no entanto, a ilação de que as ocupações profissionais estatais regidas pela legislação trabalhista somente seriam destinadas a *serviços subalternos*, pois não há essa diferenciação na Constituição. Nem na legislação: a Lei n. 6.185/74 é tida como a pedra fundamental, em termos normativos, da diferenciação de um grupo de atividades estatais em razão do interesse “estratégico” delas – *atividades inerentes ao Estado*, que seriam desempenhadas, de acordo com o art. 2º dessa lei, nas áreas de segurança pública, diplomacia, tributação,

Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 260-261).

²⁷⁴ “Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público. § 1º. O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei. § 2º. O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do *caput* deste artigo, exceto se se tratar de servidor. § 3º. O disposto neste artigo não se aplica aos professores de nível superior, nos termos da lei”.

²⁷⁵ Vide notas de rodapé n. 272 e n. 273.

arrecadação e fiscalização de tributos federais e contribuições previdenciárias, além do Ministério Público, rol que foi acrescido, pela Lei n. 6.335/76, do Procurador da Fazenda Nacional e, pela Lei n. 6.856/80, dos servidores que atuam no Controle Interno. Em momento algum, entretanto, a lei condicionou as atribuições dos servidores regidos pela legislação trabalhista a atividades ditas “subalternas”, o que se criou a partir da premissa de que se somente o servidor estável ocupante de cargo efetivo poderia desenvolver atividade exclusiva de Estado, todas as demais formas de vinculação funcional seriam “inferiores” por serem tidas como “incompatíveis” com essa prerrogativa.

Em face dessas considerações, é possível firmar a conclusão de que *as atividades exclusivas de Estado só podem ser desempenhadas por servidores estáveis ocupantes de cargo efetivo*, o que exclui a possibilidade de ocupação desses postos por profissionais regidos pela legislação trabalhista. Constata-se, ainda, que *não há qualquer norma que determine que a vinculação celetista deva destinar-se apenas às funções “subalternas”*, crença fomentada com base na Lei n. 6.185/74 e nos documentos oficiais confeccionados pelo governo Fernando Henrique Cardoso, que foram reproduzidos acriticamente pela doutrina, mas que, até o momento, não tem qualquer repercussão positivada na legislação.

E, mesmo se houvesse esse posicionamento inferiorizado do empregado estatal, ainda assim a ele seriam destinados todos os princípios e normas constitucionais limitativos da suposta “liberdade estatal de dispensa” desse trabalhador. Não é viável, constitucionalmente, ceifar qualquer garantia de manutenção do trabalhador no serviço público, independentemente da natureza do vínculo travado entre ele e o Estado que se utiliza da sua força de trabalho.

6.5.2 FGTS, estabilidade e estabilização

De acordo com o art. 3º da Lei n. 6.185/74, para as atividades não inerentes ao Estado “só se admitirão servidores regidos pela legislação trabalhista, sem os direitos de greve e sindicalização, aplicando-se-lhes as normas que disciplinam o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço”.

Esse dispositivo legal, circunscrito, como todo o texto dessa lei, ao âmbito da Administração Federal²⁷⁶, não mais subsiste, seja porque a Constituição impede a pluralidade de regimes funcionais (redação original do *caput* do art. 39 revigorada por decisão do STF na ação direta de inconstitucionalidade n. 2135-MC/DF), seja porque os direitos de greve e de sindicalização atualmente estão assegurados tanto aos trabalhadores da iniciativa privada (arts. 8º e 9º da Constituição) quanto aos servidores públicos (art. 37, incisos VI e VII, do texto constitucional). Infraconstitucionalmente, a Lei n. 8.112/90 impõe a adoção de um mesmo regramento aos servidores públicos federais, sem distingui-los quanto às atividades exercidas, restando, pois, revogado tacitamente o art. 3º da Lei n. 6.185/74.

Mesmo com a revogação desse dispositivo, remanesce o interesse em abordar o seu alcance, haja vista a projeção que sua interpretação veio – indevidamente – a atingir. A origem do problema divide-se em duas frentes: numa *primeira via*, vislumbra-se a ideia da livre dispensa do trabalhador estatal regido pela legislação trabalhista e, numa *segunda via*, discute-se a modalidade de acesso do trabalhador ao emprego estatal. Nenhuma dessas duas interpretações criadas a partir do art. 3º da Lei n. 6.185/74 deve persistir, no entanto, pelas razões expostas a seguir.

O art. 3º da Lei n. 6.185/74 dispõe, na parte final do seu texto, que aos empregados estatais seriam aplicadas “as normas que disciplinam o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço”. Aparentemente o texto apresenta uma obviedade constrangedora, pois é evidente que o trabalhador regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, independentemente quem seja o seu empregador, será beneficiário do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), haja vista a existência de norma constitucional expressa nesse sentido (art. 7º, III, da Constituição de 1988). Essa realidade, contudo, não era a mesma que existia à época da edição da lei.

A Constituição de 1967 assegurava aos trabalhadores, no art. 158, XIII, o direito à “estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido ou fundo de garantia equivalente”. Esse dispositivo foi renumerado pela Emenda

²⁷⁶ A confusa ementa afirma que a lei dispõe “sobre os servidores públicos civis da Administração Federal direta e autárquica, segundo a natureza jurídica do vínculo empregatício, e dá outras providências”.

Constitucional n. 1/69 – passou a ser o art. 165, XIII. Percebe-se que o texto constitucional, ao utilizar o disjuntivo “ou”, firmou a premissa de que *estabilidade* e *fundo de garantia* eram benefícios *alternativos* ao trabalhador, nunca cumulativos. Cristaliza-se, portanto, a interpretação de que *ou o trabalhador seria beneficiado com a estabilidade, ou teria direito ao fundo de garantia (do tempo de serviço)*.

O *caput* do art. 158 da Carta de 1967 (mantido e renumerado, pela Emenda Constitucional n. 1/69, como o *caput* do art. 165), no entanto, estipulava que os direitos relacionados nos incisos não prejudicavam a concessão de outros direitos que visassem à *melhoria* da condição social dos trabalhadores, consagrando, assim, o princípio da *proibição do retrocesso* na ordem constitucional então vigente²⁷⁷. Essa norma foi reiterada no *caput* do art. 7º da atual Constituição, praticamente sem alterações²⁷⁸, e é fundamental para que se aponte a primeira impropriedade dessa interpretação: é certo que a Constituição estabeleceu a alternatividade entre estabilidade e fundo de garantia, mas *não* impediu que outros direitos fossem incrementados ao patrimônio jurídico do trabalhador, visto que a *melhoria da condição social* do empregado foi, e ainda é, um princípio constitucional expresso. É, portanto, possível asseverar que *nada impediria que o trabalhador fosse beneficiado concomitantemente com a estabilidade e o fundo de garantia do tempo de serviço*, pois essa providência, longe de agredir o texto constitucional, significaria a implementação efetiva de uma de suas mais relevantes normas – a melhoria da condição social do trabalhador.

No direito positivado infraconstitucional tinha-se, contudo, a alternatividade entre a *estabilidade*, prevista no art. 492 da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo o qual “o empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas” e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), implementado pela então vigente Lei n.

²⁷⁷ “Art. 165. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social [...]”.

²⁷⁸ “Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social [...]”.

5.107/66²⁷⁹. Ocorre que essa alternatividade referia-se à *estabilidade decenal* prevista no art. 492 da CLT, e *não à estabilidade constitucional assegurada aos servidores públicos ocupantes de cargos efetivos* (art. 188 da Constituição de 1946; art. 99 da Carta de 1967; e art. 100 dessa mesma Carta, com a redação que lhe foi atribuída pela Emenda Constitucional n. 1/69).

Assim, o art. 3º da Lei n. 6.185/74, ao dispor que os empregados estatais seriam abrangidos pelas “normas que disciplinam o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço” pretendeu, na verdade, extirpar qualquer dúvida a respeito da possível estabilização (fundada no art. 492 da CLT e não na Constituição, frise-se) desses trabalhadores no serviço público: se vigorava a alternatividade entre estabilidade decenal e FGTS, e a opção política adotada foi a de impedir que o trabalhador, admitido para prestar serviço ao Estado, fosse estabilizado no serviço público, conclui-se que *o teor do art. 3º da Lei n. 6.185/74 não significou a exclusão dos empregados estatais da prerrogativa constitucional da estabilidade funcional, mas sim impediu que os empregados pudessem optar pelo benefício da estabilidade decenal estipulado pelo art. 492 da CLT*. Com essa providência, todos os trabalhadores alcançados pelo art. 3º da Lei n. 6.185/74 foram tidos como “optantes” do FGTS, embora, obviamente, não houvesse opção: as normas da Lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (Lei n. 5.107/66) abrangiam esses trabalhadores de maneira compulsória.

Mesmo que o art. 3º da Lei n. 6.185/74 pretendesse também alcançar a estabilidade constitucional, para excluí-la *a contrario sensu* com a imposição do FGTS, a norma seria inócua: pelos arts. 100 e 109, III, da Constituição de 1967, com a redação que lhes foi conferida pela Emenda Constitucional n. 1/69, a estabilidade somente alcançaria o *funcionário público concursado*, nos termos da lei, a qual, à época, somente conferia estabilidade ao funcionário *ocupante de cargo efetivo* (art. 82 da Lei n. 1.711/52). Tanto o concurso quanto a efetivação eram realidades distantes dos trabalhadores estatais regidos pela legislação

²⁷⁹ Os arts. 1º e 16 dessa Lei estipulavam que o empregado poderia optar pelo FGTS, caso em que não lhe seria assegurada a estabilidade referida no art. 492 da CLT (denominada de *estabilidade decenal*, pois pressupunha a prestação de serviço por dez anos ou mais, relativa ao mesmo empregador), mas lhe seriam devidos os valores depositados na conta vinculada, os quais, no entanto, somente poderiam ser sacados em poucas hipóteses legalmente estabelecidas, ou se manter no regime da Consolidação das Leis do Trabalho, que lhe assegurava indenização por tempo de serviço calculada à razão de um mês de remuneração para cada ano (ou fração superior a seis meses) trabalhado, sendo, porém, indevida qualquer indenização em caso de rompimento contratual antes do primeiro ano de emprego (art. 478 da CLT).

trabalhista. Vê-se, pois, que o art. 3º da Lei n. 6.185/74 não necessitaria excluir os empregados da estabilização constitucional no serviço público, pois essa restrição já decorria da ordem constitucional e infraconstitucional então vigente. E se adotasse a solução contrária – ou seja, estabilizar no serviço público os empregados estatais – haveria nítida inconstitucionalidade.

Apesar de o alcance do art. 3º da Lei n. 6.185/74 ser limitado, já que pretendia apenas impedir que os empregados estatais fossem “não-optantes” do FGTS – situação que, caso não afastada legalmente, viria a colocá-los, *a contrario sensu*, como detentores do direito à estabilidade decenal do art. 492 da CLT – disseminou-se a prática da livre dispensa desses trabalhadores, considerando-se três situações que supostamente estariam amparadas pelo Direito: 1) esses trabalhadores, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho eram equiparados aos trabalhadores “privados”, que não contavam com nenhuma garantia de emprego, a não ser a estabilidade decenal do art. 492 da CLT, afastada *a contrario sensu* pelo art. 3º da Lei n. 6.185/74, que “impunha a opção”(!) pelo FGTS como direito inafastável desse trabalhador; 2) a isso deveria ser acrescido o fato de que a ordem constitucional então vigente somente reservava a estabilidade no serviço público ao servidor ocupante de cargo efetivo, o que alijaria o empregado estatal tanto da estabilidade *decenal* quanto da *constitucional*; 3) por fim, a admissão “livre”, sem concurso público ou qualquer forma de seleção impessoal, acarretaria a dispensa também “livre”, sem necessidade de justificativa expressa.

A Lei n. 6.185/74 foi, portanto, pretexto para o inchaço da máquina administrativa, pois, em nome dela, inúmeros trabalhadores foram admitidos e dispensado pelo Estado a depender exclusivamente da vontade do governante de então. Essa situação foi denunciada com precisão por Adilson Abreu Dallari:

Isso só ocorreu no passado em face da errônea crença de que, adotando o regime celetista, o governante (como qualquer dono de empresa privada) poderia contratar pessoal à vontade, sem limitação quanto ao número e sem necessidade de concurso público, podendo também despedir qualquer empregado, a qualquer tempo, mesmo imotivadamente, e, além disso, podendo ainda estabelecer a remuneração que lhe aprouvesse. O grande prestígio alcançado pelo regime celetista na administração pública

somente se explica pelas aberrações e inconstitucionalidades que foram cometidas em seu nome²⁸⁰.

Embora a admissão “livre” não seja mais viável atualmente, a não ser atingindo frontalmente o art. 37, II, da Constituição, que impõe a necessidade de concurso público para admissão em cargo ou emprego público, os outros dois aspectos supramencionados – a *inexistência de estabilidade do empregado estatal* e a *falta de um corpo normativo específico para reger alguns aspectos peculiares do exercício do trabalho por parte do empregado estatal*, em especial no que concerne à terminação do contrato de trabalho – acabam por manter, na visão de administradores públicos que somente pretendem tirar proveito pessoal do mandato, a ilusão de que a adoção do regime trabalhista implicaria a dispensa “livre” desses trabalhadores, revelando o caráter “ágil” da contratação celetista na Administração Pública.

Vê-se, pois, que o prestígio que a adoção do regime celetista alcançou na ordem constitucional anterior, e teria voltado a gozar após a Emenda Constitucional n. 19/98, deveu-se a uma evidente afronta a direitos constitucionais, sujeitando a dignidade do trabalhador e a qualidade do serviço público às inconstitucionais condutas de determinados gestores públicos.

E é exatamente contra essa “liberdade” de despedida de empregados estatais, legitimamente investidos num posto de trabalho na Administração Pública, que se dirige este estudo, a fim de estabelecer os parâmetros e a *necessidade de motivar e processualizar a dispensa dos empregados estatais, independentemente do ente estatal contratante*, a fim de assegurar que a terminação da relação de emprego estatal somente ocorra se estiverem preenchidos os pressupostos constitucionais necessários para tanto.

6.6 A situação dos trabalhadores “estabilizados” pela Constituição de 1988

²⁸⁰ DALLARI, Adilson Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 49.

O art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) estabelece que os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, “em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público”.

Esses servidores, no entanto, embora tivessem sido agraciados com a prerrogativa da estabilidade, mesmo sem se submeterem a concurso, não são considerados *efetivos*, porque a própria Constituição estipula que “o tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo *será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação*, na forma da lei” (art. 19 § 1º do ADCT).

Embora pareça ser uma situação inusitada – estabilidade sem efetivação – esse contrassenso é apenas aparente. Esclarece Dirley da Cunha Júnior que “efetivo [...] é o cargo, não o servidor que o titulariza. O servidor que titulariza um cargo efetivo pode ser, isso sim, estável”²⁸¹.

Com efeito, *em regra o servidor ocupante de cargo efetivo é o único que pode ser beneficiado com a prerrogativa da estabilidade*, conforme bem aponta o art. 41 da Constituição. Mas é possível que um aspecto exista independentemente do outro: *há servidor ocupante de cargo efetivo que não é estável*, como ocorre com os servidores que se encontram no período de estágio probatório, e *é possível também que haja servidores estáveis sem efetivação*, e essa é a hipótese do art. 19 do ADCT.

Esses servidores, admitidos sem concurso pelo Estado, eram contratados com base na permissão dada pelo art. 3º da Lei n. 6.185/74, que “universalizou” a contratação trabalhista sem concurso no Estado brasileiro, restringindo as hipóteses de recrutamento de servidores concursados apenas aos cargos do Estado “sem correspondência no setor privado”. Embora a lei restringisse seus efeitos aos “servidores públicos civis da Administração Federal direta e autárquica” (art. 1º da Lei n. 6.185/74), essa prática era disseminada por todos os Estados e Municípios. Aproveitava-se a brecha do art. 97 § 1º da Constituição de 1967 (com a Emenda Constitucional n. 01, de 1969), segundo a qual “a primeira

²⁸¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 253.

investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei”: como a Constituição não impunha a obrigatoriedade de concurso público para outras ocupações estatais que não fossem *cargo* (e mesmo assim havia a possibilidade de a lei *ressalvar* cargos que não necessitariam de concurso para que fossem providos), essa modalidade precária de contratação foi utilizada maciçamente antes da Constituição de 1988 – e depois dela também, só que de forma inconstitucional.

Sendo pessoal estatal que, em sua maioria, compunha *massa de manobra político-eleitoral*, os critérios de admissão e dispensa eram livres do gestor de então, o que explica o fenômeno da “popularidade” da contratação celetista à época. Esses trabalhadores não tinham, pois, qualquer garantia de estabilização na função, situação que foi alterada pela atual Constituição, não sem que antes fosse reconhecida a existência de mais um *trem da alegria*, como afirma Gilberto Guerzoni Filho:

A utilização do regime celetista, celebrado como o moderno, em contraposição ao estatutário, arcaico, teve tal sucesso que, no momento da implantação do regime jurídico único pela Lei n. 8.112, de 1990, dos cerca de 700.000 servidores civis ativos da União, não mais de 150.000 ainda eram regidos pela Lei n. 1.711, de 1952. O que ocorreu, na prática, foi que grande parte dos servidores admitidos pelo regime celetista o foram sem concurso público e sem direito à estabilidade. De fato, praticamente a totalidade dos servidores admitidos pelas fundações, forma jurídica em que se constituíram grande parte das entidades criadas na época, entrou no serviço público, na melhor das hipóteses, por um processo seletivo simplificado, em que não esteve presente o pressuposto da impessoalidade, nem qualquer mecanismo institucional de avaliação de mérito. Esses servidores foram, muitas vezes, admitidos para prestar serviços na Administração direta. De fato, algumas fundações não passavam de verdadeiras intermediárias de mão-de-obra, aproveitando-se do fato de que não precisavam admitir por concurso e tinham ampla liberdade de fixação da remuneração de seus servidores. Ainda hoje, é possível observar, nos quadros de algumas fundações, um número desproporcional de servidores cedidos à Administração direta, alguns que, durante longo tempo, inclusive, somente tinham comparecido à sua entidade de origem, quando muito, para assinar o contrato de trabalho²⁸².

²⁸² GUERZONI FILHO, Gilberto. Análise da Lei n. 9.962, de 22 de fevereiro de 2000: a contratação de servidores públicos pela CLT. *Revista de Informação Legislativa*, v. 37, n. 146, p. 28-29, abr./jun. 2000.

Nem todos os que foram admitidos sem concurso, porém, receberam a benesse da estabilidade. O art. 19 do ADCT somente reserva esse benefício àqueles trabalhadores que contavam com pelo menos cinco anos de serviço público contínuos à época da promulgação da Constituição. A eles foi concedido o direito à estabilidade do art. 41 da Constituição, com as mesmas garantias e restrições que regem a estabilidade do servidor concursado após 05 de outubro de 1988. Àqueles que não contavam com esses cinco anos contínuos, não haveria qualquer garantia de manutenção nos quadros funcionais estatais.

O critério quinquenal para a estabilização não foi definido de maneira aleatória. Trata-se, na verdade, de “tradição” constitucional brasileira iniciada pela Constituição de 1946²⁸³, segundo a qual seriam estáveis os funcionários públicos efetivos após dois anos de exercício, se concursados, e após cinco anos de exercício, se não concursados (art. 188). A Constituição de 1946 estabelecia, aliás, a *efetividade mesmo sem concurso*. No art. 23 do ADCT da Constituição de 1946 estava insculpida a regra que tornavam estáveis os funcionários interinos e os extranumerários que contassem com pelo menos cinco anos de serviço público²⁸⁴.

Na ordem constitucional seguinte, de 1967/1969, novas “estabilizações”: em 1967 essa providência foi veiculada no art. 177 § 2º, que estipulava serem estáveis “os atuais servidores da União, dos Estados e dos Municípios, da Administração centralizada ou autárquica, que, à data da promulgação desta Constituição, contem, pelo menos, cinco anos de serviço público”.

Vê-se que não há apenas o intuito de ampliar ao máximo a estabilidade para servidores admitidos irregularmente. Até mesmo o prazo para a aquisição da estabilidade era o mesmo nas ordens constitucionais anteriores a 1988.

²⁸³ As Constituições de 1934 e 1937, as primeiras a preverem o concurso para funcionários públicos, estabeleciam que o funcionário somente perderia o cargo por sentença ou processo administrativo se contasse com pelo menos dois anos de serviço, caso concursado, ou com dez anos, se não concursado (art. 169 da Constituição de 1934 e art. 156, “c”, da Constituição de 1937).

²⁸⁴ “Art. 23. Os atuais funcionários interinos da União, dos Estados e Municípios, que contem, pelo menos, cinco anos de exercício, serão automaticamente efetivados na data da promulgação deste Ato; e os atuais extra numerários que exerçam função de caráter permanente há mais de cinco anos ou em virtude de concurso ou prova de habilitação serão equiparados aos funcionários, para efeito de estabilidade, aposentadoria, licença, disponibilidade e férias. *Parágrafo único*. O disposto neste artigo não se aplica: I – aos que exerçam interinamente cargos vitalícios como tais considerados na Constituição; II – aos que exerçam cargos para cujo provimento se tenha aberto concurso, com inscrições encerradas na data da promulgação deste Ato; III – aos que tenham sido inabilitados em concurso para o cargo exercido”.

Outra nota histórica relevante diz respeito a uma “contradição” entre os propósitos que levaram à implantação do regime celetista como “regra” na Administração Pública e a estabilização dos servidores não concursados promovida pelo art. 19 do ADCT: como já abordado anteriormente, a menção do art. 3º da Lei n. 6.185/74 à aplicação das normas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço aos trabalhadores regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho não era providência redundante: como àquela época o FGTS não era direito de todo empregado, ao contrário do que ocorre atualmente (art. 7º, III, da Constituição de 1988), havia a opção entre os depósitos fundiários e a possibilidade de *estabilidade decenal* do art. 492 da CLT. Pela legislação vigente, essa era uma opção do *trabalhador*. Mas a Lei n. 6.185/74, à feição do regime ditatorial então vigente, “impôs a opção” pelo FGTS a esses trabalhadores, exatamente para que eles não pretendessem a estabilização no serviço público após dez anos de atividade.

E foi exatamente essa “temida” estabilização, evitada a todo custo pelos administradores/governantes da época, que a Constituição de 1988 veio a consagrar, alterando-se apenas os fundamentos: ao invés da *estabilidade decenal* do art. 492 da CLT, os trabalhadores não concursados foram agraciados com a *estabilidade constitucional* (art. 19 do ADCT e do art. 41 da Constituição). E ainda cumulam essa estabilidade com a percepção do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço²⁸⁵, benefício que não podia ser concedido a quem optava pela estabilidade decenal prevista na Consolidação das Leis do Trabalho.

²⁸⁵ Esse é o entendimento pacificado no Supremo Tribunal Federal: “ESTABILIDADE – SERVIDOR PÚBLICO. A estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição Federal independe da natureza do regime jurídico adotado. Servidores concursados e submetidos ao regime jurídico trabalhista têm jus à estabilidade, pouco importando a opção pelo sistema do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 187229/PA*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, DF, 15 de dezembro de 1998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=229716>>. Acesso em: 29 nov. 2010).

Capítulo VII – Situações controvertidas acerca da dispensa dos empregados estatais

7.1 A estabilidade do empregado estatal de pessoa jurídica de direito público

7.1.1 Inexistência de estabilidade antes da Emenda Constitucional n. 19/98

O art. 41 da Constituição de 1988 disciplinava, em sua redação original, o seguinte:

Art. 41. São estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público.

§ 1º. O servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa.

§ 2º. Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade.

§ 3º. Extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade remunerada, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

Esse dispositivo, ao disciplinar a estabilidade para o “gênero servidor”, sem distinções entre o empregado estatal e o servidor estatutário, seria aplicável indistintamente a um e outro, bastando que cumprissem a condicionante constitucional – dois anos de efetivo exercício. Esse foi, ao menos, o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito²⁸⁶.

²⁸⁶ “Direito Constitucional e Administrativo. Servidores Públicos. Disponibilidade. Empregados do Quadro Permanente da Comissão de Valores Mobiliários (autarquia). Mandado de Segurança impetrado pelos servidores colocados em disponibilidade por força do Decreto n. 99.362, de 02.07.1990. Alegação de que o instituto da disponibilidade somente se aplica aos ocupantes de cargos e não aos de empregos públicos. Alegação repelida. 1. A garantia constitucional da

O Supremo Tribunal Federal, ao entender que a estabilidade constitucional do art. 41 alcançava qualquer *servidor concursado*, sem distinção entre os trabalhadores de vínculo *estatutário* ou *trabalhista*, consolidou interpretação míope, adstrita apenas à expressão *servidor concursado*, gênero que abarcaria as espécies “*funcionário*” e *empregado*.

E é exatamente pelo alcance limitado dessa análise que é possível afirmar que esse *entendimento* – segundo o qual a estabilidade constitucional do art. 41 também abrangeria o empregado estatal – *não tem substrato jurídico consistente*, por diversas razões.

A primeira incongruência da interpretação firmada no STF é que o *caput* do art. 41, em sua redação original, é claro em abranger apenas os servidores *nomeados* em virtude de concurso público. A restrição “em virtude de concurso público” deve-se ao fato de que a *nomeação pode verificar-se para cargo público efetivo* ou *para cargo em comissão*²⁸⁷. Como se sabe, neste segundo caso (em que se mostra incabível a efetividade) não é necessário concurso público para a investidura do servidor no cargo. Assim, a opção constitucional estabelecida foi a de utilizar a expressão “nomeados em virtude de concurso público” *não para abarcar “qualquer” concursado* – servidor estatutário ou trabalhista – *mas sim para afastar, por exclusão, os servidores não concursados de qualquer possibilidade de serem beneficiados com a estabilidade constitucional*. O propósito constitucional *não foi inclusivo* (de inserir em seu âmbito tanto o servidor estatutário quanto o trabalhista), mas sim *exclusivo* (limitar a concessão da estabilidade apenas a quem fosse concursado).

disponibilidade remunerada decorre da estabilidade no serviço público, que é assegurada, não apenas aos ocupantes de cargos, mas também aos de empregos públicos, já que o art. 41 da CF se refere genericamente a servidores. 2. A extinção de empregos públicos e a declaração de sua desnecessidade decorrem de juízo de conveniência e oportunidade formulado pela Administração Pública, prescindindo de lei ordinária que as discipline (art. 84, XXV, da CF). 3. Interpretação dos artigos 41, 'caput', § 3º, 37, II, e 84, IV, da CF e 19 do ADCT; das Leis n. 8.028 e 8.029 de 12.04.1990; e do Decreto n. 99.362, de 02.07.1990. 4. Precedentes: Mandados de Segurança n. 21.225 e n. 21.227. 5. Mandado de Segurança indeferido” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 21.236/DF*. Relator: Ministro Sydney Sanches. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Brasília, DF, 02 de maio de 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85461>>. Acesso em: 29 nov. 2010).

²⁸⁷ Esse é o regramento do art. 9º da Lei n. 8.112/90, que “dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais”. Confira-se: “Art. 9º. A nomeação far-se-á: I – em caráter efetivo, quando se tratar de cargo isolado de provimento efetivo ou de carreira; II – em comissão, inclusive na condição de interino, para cargos de confiança vagos”.

Outro equívoco constatável facilmente nessa interpretação diz respeito ao alcance da expressão “nomeados”. O fato é que o STF não se atentou para a circunstância de que *não existe a possibilidade de o trabalhador regido pela Consolidação das Leis do Trabalho ser “nomeado” para ocupar emprego público. A nomeação e o contrato de emprego são conceitos que não convivem numa mesma relação jurídica. Ou se tem nomeação e posterior posse (e o indivíduo nomeado ocupa cargo público, seja ele efetivo ou em comissão) ou se tem vínculo empregatício (caso em que o trabalhador firma contrato de emprego perante a Administração Pública).*

Nesse sentido, aponta a doutrina que *nomeação é o ato de provimento autônomo e originário num cargo público*²⁸⁸. Portanto, *nomeação é ato relacionado ao provimento originário de um servidor em cargo público. Não em emprego. É inviável, portanto, estender-se a estabilidade do antigo art. 41 da Constituição aos servidores contratados para exercer emprego público. Ressalte-se, ainda, que o fato de ter havido concurso público em nada altera o alcance da estabilidade – esta existirá se a situação jurídica do trabalhador for compatível com o dispositivo constitucional. Como o art. 41 era expresso em mencionar que o servidor nomeado seria detentor de estabilidade, sucede que o servidor cuja situação jurídica não seja a de “nomeado” em virtude de concurso público não será alcançado pela estabilidade. É o caso do empregado público, que jamais será submetido à nomeação, pelo simples fato de que, nessa situação, não há provimento de cargo público.*

Nesse exato sentido, invoca-se o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho, ao abordar o alcance da estabilidade prevista no art. 41 da Constituição²⁸⁹:

²⁸⁸ Nesse sentido: “Temos o provimento originário, aquele em que o preenchimento do cargo dá início a uma relação estatutária nova, seja porque o titular não pertencia ao serviço público anteriormente, seja porque pertencia a quadro funcional regido por estatuto diverso do que rege o cargo agora provido [...]. Nomeação é o ato administrativo que materializa o provimento originário de um cargo” (CARVALHO FILHO. José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 504-506). E também: “O provimento *autônomo* ou *originário* é aquele em que alguém é preposto no cargo independentemente do fato de ter, não ter, haver ou não tido algum vínculo com cargo público. Vale dizer, o provimento não guarda qualquer relação com a anterior situação do provido. Por isto se diz *autônomo* ou, então, *originário*. A única forma de provimento originário é a *nomeação*, a qual se define, pois, como o provimento autônomo de um servidor em cargo público” (MELLO. Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 304-305. Destaques conforme o original).

²⁸⁹ CARVALHO FILHO. José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 540.

O direito só é conferido ao servidor estatutário, não o sendo ao servidor trabalhista. A regra da estabilidade, contida no art. 41 da CF, refere-se a servidor *nomeado*, e o § 1º dita que o servidor estável só perderá o seu *cargo* por sentença judicial ou processo administrativo. Ora, a nomeação e o cargo, como tivemos a oportunidade de analisar, são figuras típicas do regime estatutário, não alcançando, por conseguinte, os servidores de regime diverso.

Esse cenário não se altera pelo fato de o empregado estatal ser concursado – o concurso público, consagrado em notável avanço constitucional, é meio de *seleção de indivíduos* postulantes a uma vaga no serviço público. E confere aos selecionados a regularidade no ingresso nos quadros públicos e a certeza de escolha dentre os mais capacitados, após um democrático e, na medida do possível, isonômico processo de seleção. *Não é o concurso público apto a, por si só, atribuir estabilidade a quem quer que seja*. Se assim o fosse, não haveria necessidade de previsão de um período de espera durante o qual o servidor estaria submetido a uma avaliação e poderia ser exonerado sem qualquer indenização (estágio probatório). Aceitando-se o raso raciocínio segundo o qual *o fato de ingressar por concurso é que confere a estabilidade*, bastaria que o concurso público não fosse invalidado para que, automaticamente, o indivíduo nele aprovado fosse considerado *estável* desde o seu ingresso nos quadros da Administração Pública. Essa solução, como se sabe, não corresponde à realidade.

O empregado público, como se verifica, é insuscetível de nomeação. A sua situação de ingresso na Administração Pública é denominada simplesmente de *convocação*. O trabalhador seria, assim, *convocado* para assinar um contrato de trabalho, em moldes semelhantes ao que ocorre na *nomeação*. A *nomeação* aponta a indicação do indivíduo concursado para prover um *cargo público*, ao passo que a *convocação* aponta a indicação do indivíduo concursado para ocupar um *emprego público*.

Como se sabe, a posse é o ato de investidura que aperfeiçoa a relação entre o ente estatal e o servidor nomeado²⁹⁰. O correspondente da *posse*, para o

²⁹⁰ “Não basta a nomeação para que se aperfeiçoe a relação entre o Estado e o nomeado. Cumpre que este *tome posse*, que é o ato de aceitação do cargo e um compromisso de bem-servir e deve ser precedida por inspeção médica. Com a posse ocorre a chamada ‘investidura’ do servidor, que é

empregado público, seria, simplesmente, *admissão*, como, aliás, a Consolidação das Leis do Trabalho faz referência expressa nos arts. 29, *caput*²⁹¹ e 41, Parágrafo Único²⁹². Sucede, assim, que, qualquer ato administrativo que vise a conferir “formalidade” à admissão do empregado público (uma portaria, por exemplo) não suplantará a *anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) relativa à correta data de admissão*. Essa anotação remanesce sendo obrigatória ainda que se trate de empregador estatal e ainda que haja um ato “solene” que descreva a data de admissão.

Como não há “nomeação” nem “posse”, e sim *admissão de empregado nos moldes do art. 29 da CLT*, eventual “portaria de nomeação de empregado público”, providência inócua e bastante comum, especialmente em Municípios que adotam o regime celetista, jamais poderá dispensar a anotação na Carteira como obrigação do empregador, nos termos do art. 29 da Consolidação. O mesmo se aplica para o registro do empregado em livro ou sistema eletrônico específico, que seguirá os ditames do art. 41 da CLT.

Verifica-se, das considerações acima traçadas, que eventual ocorrência de “nomeação” e “posse” do empregado público, além de eventos absolutamente inócuos em face das obrigações contratuais do empregador, são providências tecnicamente inadequadas ao regime de emprego, pelo fato de que são institutos intrinsecamente ligados ao vínculo estatutário do trabalhador com a Administração, não sendo extensíveis, pois, ao contrato de emprego.

Deve ser mencionado, ainda que todos os parágrafos do art. 41 da Constituição, em sua redação original, faziam alusão à expressão *cargo*. Assim, o § 1º afirmava que “o servidor público estável só perderá o *cargo* [...]”, de modo a limitar o alcance da expressão “servidor público estável” ao ocupante de “cargo”. Situação semelhante ocorria com a redação original do § 2º, segundo o qual “invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga reconduzido ao *cargo* de origem, sem

o travamento da relação funcional” (MELLO. Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 305. Destaques conforme o original).

²⁹¹ “Art. 29. A Carteira de Trabalho e Previdência Social será obrigatoriamente apresentada, contra recibo, pelo trabalhador ao empregador que o *admitir*, o qual terá o prazo de quarenta e oito horas para nela anotar, especificamente, a data de *admissão*, a remuneração e as condições especiais [...]” (destaques não constantes no texto original).

²⁹² “Art. 41 [...]. Parágrafo único – Além da qualificação civil ou profissional de cada trabalhador, deverão ser anotados todos os dados relativos à sua *admissão* no emprego, duração e efetividade do trabalho, a férias, acidentes e demais circunstâncias que interessem à proteção do trabalhador” (destaques não constantes no texto original).

direito a indenização, aproveitado em outro *cargo* ou posto em disponibilidade”. A utilização da expressão “cargo”, em duas passagens desse dispositivo, não deixa dúvidas a respeito da restrição do “servidor estável” ao ocupante de “cargo”. Robustece essa conclusão o fato de que a “demissão” do servidor estável é uma sanção que implica a “perda do cargo” ou a sua “expulsão” dos quadros da Administração Pública²⁹³, situação bem diversa da que ocorre no Direito do Trabalho, que se utiliza da expressão “demissão” para disciplinar o ato do trabalhador que encerra o contrato por sua iniciativa unilateral²⁹⁴. Além disso, também o § 3º do art. 41 menciona a expressão cargo, em duas oportunidades: “extinto o *cargo* ou declarada sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade remunerada, até seu adequado aproveitamento em outro *cargo*”. Vê-se que também o § 3º compreende a expressão “servidor estável” como “ocupante de cargo”, não de “emprego”.

No Brasil, um dos vetores que balizam a criação de normas jurídicas é a Lei Complementar n. 95/98, que “dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal”. Essa Lei Complementar, conquanto não condicione a elaboração de normas constitucionais, traz relevante critério interpretativo, ao consignar que, com vistas à obtenção de ordem lógica na legislação, o texto deve “expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no *caput* do artigo e as exceções à regra por este estabelecida” (art. 11, III, alínea c). Adotando-se esse critério para interpretar os §§ 1º a 3º do art. 41 da Constituição, em sua redação original, tem-se que a exaustiva menção a “cargo” somente poderia ser explicada de duas formas: ou como *aspectos complementares* ou como *exceções à regra*. Não há qualquer expressão nesses parágrafos que indiquem haver contrariedade ao disposto no *caput*. Pelo contrário, os parágrafos apenas esmiúçam o teor do *caput*, dispondo acerca de outras circunstâncias envolvendo o *servidor estável* mencionado no *caput* do art. 41. Está-se, pois, diante de *aspectos complementares* ao *caput* do art. 41, de

²⁹³ “A *demissão*, autêntica *expulsão* do serviço público, é aplicável pelo Presidente da República, pelos Presidentes das Casas Legislativas, dos Tribunais Federais e pelo Procurador-Geral da República, conforme a esfera a que esteja sujeito o servidor (art. 141, I), e terá lugar na ocorrência das infrações graves [...]” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 320. Destaques conforme o original).

²⁹⁴ DALLEGRAVE NETO, José Affonso; VIANNA, Cláudia Salles Vilela. *Rescisão do Contrato de Trabalho – Doutrina e Prática*. São Paulo: LTr, 2001, p. 31.

modo que as reiteradas menções à expressão “cargo” não deixam dúvidas: o servidor “nomeado em virtude de concurso público”, apto a adquirir a estabilidade após dois anos de estágio probatório *somente poderia ser o ocupante de cargo efetivo*, o que excluía, desse regime jurídico, o empregado estatal, ainda que concursado e bem avaliado pelos seus superiores.

7.1.2 Inexistência de estabilidade após a Emenda Constitucional n. 19/98

O atual teor do art. 41 da Constituição de 1988, com as modificações introduzidas pela Emenda Constitucional n. 19/98, é o seguinte:

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

§ 1º. O servidor público estável só perderá o cargo:

I – em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II – mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III – mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

§ 2º. Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

§ 3º. Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

§ 4º. Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

A atual redação do dispositivo dizimou a interpretação então prevalecente no Supremo Tribunal Federal, segundo a qual o uso da expressão “servidor”, genericamente, implicaria concluir que a Constituição assegurava a estabilidade para todos os trabalhadores estatais concursados, fossem os estatutários,

fossem os celetistas. Pela atual redação do *caput*, a estabilidade é reconhecida após *três anos* de efetivo exercício (e não mais dois anos) para os servidores concursados e *nomeados para cargo de provimento efetivo*, circunstância que exclui, de maneira ainda mais incisiva, o empregado estatal desse benefício.

Apesar de essa redação estar em vigor desde 1998, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) editou, em 2005 – passados, pois, *sete anos* da promulgação da Emenda Constitucional n. 19/98 – a Súmula n. 390, que apresenta, em seu inciso I, o seguinte entendimento a respeito do assunto:

SÚMULA N. 390. ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. [...]
I – O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988 [...]²⁹⁵.

Essa súmula decorreu da inadvertida conversão da Orientação Jurisprudencial²⁹⁶ n. 22 da Subseção Especializada em Dissídios Individuais n. 2 (OJ n. 22 da SBDI-2 do TST), que foi originariamente editada em 20 de setembro de 2000. O verbete tinha a seguinte redação:

²⁹⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n. 390, I*. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html>. Acesso em: 23 jun. 2010.

²⁹⁶ De acordo com o Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho (arts. 160 e 163), a Súmula é o enunciado escrito que reflete, a respeito de determinada matéria, a jurisprudência predominante do TST, após aprovação do texto pelo Tribunal Pleno. Já a Orientação Jurisprudencial também expressa um verbete de jurisprudência uniforme, mas representativa de tese jurídica prevalecente em determinado órgão interno do TST, verificada a partir da recorrência de decisões, sobre dada matéria, num mesmo sentido (arts. 167 a 172 do Regimento Interno). Assim, ao se mencionar “OJ da SBDI-1”, isso significa que essa orientação jurisprudencial é prevalecente na Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais (cuja principal competência é o julgamento de recurso de Embargos em Recurso de Revista das decisões das Turmas do TST em Recurso de Revista); já “OJ da SBDI-2” refere-se às orientações prevalecentes na Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais (cuja atividade mais recorrente é o julgamento de mandados de segurança e ações rescisórias e recursos ordinários dessas demandas); no que concerne à “OJ da SDC”, tem-se que essa é verbete de jurisprudência uniforme da Seção Especializada em Dissídios Coletivos, que não tem subdivisão administrativa, ao contrário da anterior. O teor das OJs pode, em tese, não significar o posicionamento do Tribunal a respeito (afinal, um dos diferenciais entre elas e as Súmulas é exatamente a extensão, considerando-se a composição total do TST, da uniformidade da tese jurídica adotada), mas na prática, dificilmente uma OJ não é seguida pela unanimidade ou, ao menos, pela maioria dos Ministros do Tribunal. Outras minúcias a respeito podem ser encontradas no Regimento Interno do TST: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (TST). *Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, 2008, p. 60-63.

AÇÃO RESCISÓRIA. ESTABILIDADE. ART. 41, CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal²⁹⁷.

O TST, à época, tinha firmado o entendimento de que a disciplina do art. 41 da Constituição, em sua redação original, aplicava-se ao servidor público celetista, pois não havia qualquer distinção constitucional deste trabalhador em relação ao servidor ocupante de cargo público (vínculo estatutário). Esse entendimento, como facilmente se constata, baseava-se nas diversas decisões proferidas pelo STF em que se reconhecia, equivocadamente, a extensão da estabilidade constitucional para os trabalhadores estatais regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho.

O Tribunal Superior do Trabalho, assim, incorporou integralmente as premissas fixadas pelo STF, passando a direcionar as suas decisões no sentido reconhecido pelo Supremo Tribunal²⁹⁸.

²⁹⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Orientação Jurisprudencial n. 22 da SBDI-2 do Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html>. Acesso em: 23 jun. 2010.

²⁹⁸ “SERVIDOR PÚBLICO – REGIME JURÍDICO ÚNICO NOS MOLDES CELETISTAS – CONCURSO PÚBLICO – ESTABILIDADE. O artigo 41, § 1º, da Constituição Federal, confere estabilidade ao empregado público admitido mediante prévia aprovação em concurso público e que na data da despedida contava com mais de dois anos de serviço, não tendo o legislador constituinte estabelecido distinção entre servidores estatutários e celetistas, e por esta razão não cabe ao intérprete fazer tal discriminação para excluir a garantia da estabilidade aos servidores submetidos ao regime da CLT” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 479878/1998*. Relator: Ministro Vantuil Abdala. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, DF, 13 de setembro de 2000. Disponível em: <<http://brs02.tst.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=211555.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em: 29 nov. 2010). “ESTABILIDADE – ART. 41 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. De acordo com decisão do Supremo Tribunal Federal, a estabilidade prevista no art. 41, § 1º, da Carta Magna independe do regime jurídico adotado. Recurso conhecido e desprovido” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Remessa “ex officio” e recurso ordinário em ação rescisória n. 641376/2000*. Relator: Ministro José Luciano de Castilho Pereira. Órgão julgador: Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2001. Disponível em: <<http://brs02.tst.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=333231.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em: 29 nov. 2010). “ESTABILIDADE DE OCUPANTE DE EMPREGO PÚBLICO REGIDO PELA CLT. EMPREGADO DE MUNICÍPIO. O Excelso Supremo Tribunal Federal, a quem compete apreciar em último grau, a questão constitucional acerca da estabilidade dos empregados públicos (CF, art. 41), já em duas oportunidades (MS 21236-5/DF, RE 247678-1/RJ) assentou entendimento segundo o qual a estabilidade de que cogita o art. 41 da Constituição da República é aplicável, indistintamente a ocupantes de cargos públicos e empregos públicos” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 425655/1998*. Relator: Ministro João Batista Brito Pereira. Órgão julgador: Quinta Turma. Brasília, DF, 06 de março de 2002. Disponível em: <<http://brs02.tst.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=3506617.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em: 29 nov. 2010).

O posicionamento do STF, além de fielmente seguido pelo TST, veio a ensinar a edição da OJ n. 22 da SBDI-2, transcrita anteriormente. Com a finalidade de reorganizar seus verbetes, o Tribunal Superior do Trabalho determinou a conversão e a fusão²⁹⁹ de várias OJs, que são, hoje, novas súmulas do TST. É o que também ocorreu com a Súmula 390 da Corte Superior Trabalhista.

Na conversão de verbetes, contudo, o TST não observou a modificação introduzida no art. 41 da Constituição pela Emenda Constitucional n. 19/98. Aliás, essa alteração já havia sido feita quando da edição da OJ n. 22 da SBDI-2 (editada quase dois anos depois da Emenda), mas, mesmo assim, o TST consagrou um entendimento fundado *em norma já inexistente* à época da edição da Orientação Jurisprudencial.

O entendimento do TST relativo a essa regra constitucional, em momento anterior à Emenda n. 19/98, era baseado na interpretação do STF, situação que justificava de modo razoável o posicionamento juridicamente incorreto. Mas não há qualquer fundamento em tê-lo mantido após a edição da OJ n. 22 da SBDI-2: o fato de a Constituição mencionar que “são estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público” evidencia, de maneira ainda mais patente, que *os servidores empregados não são alcançados pela regra de estabilidade descrita pelo art. 41*.

Verifica-se, assim, que o teor da OJ estava defasado desde a sua edição, em 20 de setembro de 2000. E mesmo assim, além de mantida, a OJ veio a ser convertida em súmula, quase cinco anos depois, sem qualquer alteração substancial em seu teor.

O próprio TST, curiosamente, já chegou a reconhecer a limitação temporal da OJ n. 22 da SBDI-2, bastando uma simples leitura de alguns acórdãos para que se constate que os próprios Ministros já percebiam o anacronismo do entendimento consolidado na jurisprudência uniforme, que deveria, quando muito (apenas por coerência à interpretação sedimentada pelo STF), somente ser aplicado às causas que versavam sobre fatos ocorridos *antes* da edição da Emenda Constitucional n. 19/98³⁰⁰.

²⁹⁹ A consolidação foi feita pelo Pleno do Tribunal Superior do Trabalho através da Resolução n. 129, de 05 de abril de 2005.

³⁰⁰ “EMPREGADO DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA – ESTABILIDADE DO ARTIGO 41 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 – INAPLICABILIDADE. A estabilidade prevista no artigo 41 da

Apesar da detecção de que a orientação jurisprudencial estava desatualizada, o Tribunal Superior do Trabalho não providenciou qualquer esclarecimento a respeito do alcance do preceito sumulado, nem o atualizou. Pior: o TST, mesmo em causas que tratem de fatos ocorridos em momento *posterior* à edição da EC n. 19/98, ainda mantém o entendimento, baseado *em norma constitucional revogada*, porém com suporte em sua súmula, de que o empregado estatal ainda conta com a estabilidade constitucional do art. 41, *mesmo tendo sido admitido anos depois da Emenda Constitucional n. 19/98*³⁰¹.

Constituição, antes da Emenda Constitucional n. 19/98, inserido em seção cujos preceitos referem-se especificamente aos servidores públicos civis da administração direta, das autarquias e das fundações públicas, destinava-se não só aos servidores públicos, também denominados funcionários públicos, submetidos ao regime estatutário, e investidos em cargos públicos criados por lei, que lhes confere denominação própria, define suas atribuições e fixa o padrão de vencimento ou remuneração, como também aos empregados públicos. Realmente, o Supremo Tribunal Federal veio de *[sic]* consagrar referida tese de que o servidor-empregado, contratado após prévia aprovação em concurso público, independentemente de ser optante pelo FGTS, goza de estabilidade do art. 41 da Constituição Federal, beneficiando-se assim do direito de, somente após regular apuração de falta que lhe seja imputada, ser dispensado por justa causa, quando seu empregador é a administração pública direta, autárquica ou fundacional. Registre-se, no entanto, que o artigo 41 da Constituição Federal foi alterado pela Emenda Constitucional n. 19/98, e hoje já não mais subsiste dúvida, ante a clareza de sua atual redação, de que o destinatário da estabilidade, no serviço público, é somente o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público, após estágio probatório de três anos” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 677233/2000*. Relator: Ministro Milton de Moura França. Órgão julgador: Quarta Turma. Brasília, DF, 18 de abril de 2001. Disponível em: <<http://brs02.tst.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=290125.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em: 29 nov. 2010). “SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL ADMITIDO POR CONCURSO PÚBLICO. REGIME DA CLT. DIREITO À ESTABILIDADE PREVISTA NO ARTIGO 41 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. [...] Nas razões do recurso de revista, o Reclamado pretende demonstrar, mediante divergência jurisprudencial, que a estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição da República se aplica somente a servidor estatutário, e não ao contratado pelo regime da CLT. Assim, discute-se nos autos se o empregado tem direito a estabilidade no emprego de que trata o artigo 41 da Constituição da República, pois fora admitido mediante prévia aprovação em concurso público e contava com mais de dois anos de tempo de serviço ao término do contrato de trabalho pelo regime celetista. A matéria, todavia, já não comporta discussões nesta colenda Corte, tampouco no excelso Supremo Tribunal Federal. A Constituição da República, no seu artigo 41 (redação original), conferia estabilidade, após dois anos de efetivo exercício, aos servidores nomeados em virtude de concurso público (redação anterior à atual introduzida pela Emenda Constitucional n. 19/98). Da exegese do artigo 41 da Constituição da República, pode-se concluir estar assegurada a estabilidade a todos os servidores, independentemente do regime jurídico, principalmente, em face do que dispõe o artigo 19 do ADCT, que confere estabilidade a não-concursados pelo decurso de tempo, tanto mais não seria conferido tal direito ao empregado regido pela CLT submetido a prévio certame público” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 449870-97.1998.5.15.5555*. Relator: Ministro Emmanoel Pereira. Órgão julgador: Primeira Turma. Brasília, DF, 12 de março de 2003. Disponível em: <<http://brs02.tst.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=333231.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em: 29 nov. 2010)

³⁰¹ É o caso dos dois acórdãos a seguir transcritos, que mantiveram, para trabalhadores *admitidos no ano de 2004*, ou seja, *mais de meia década depois da Emenda Constitucional n. 19/98*, a “estabilidade” com “fundamento” na Súmula 390, I, do TST, e em contrariedade à Constituição: “O servidor público celetista da Administração Pública direta goza da estabilidade prevista o art. 41 da Constituição da República (item I da Súmula 390 do TST), sendo, portanto, imprescindível para sua dispensa a observância aos princípios constitucionais que regem a administração pública (legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência – art. 37, *caput*, da Constituição

Nada impediria – pelo contrário, seria até recomendável – que o TST delimitasse o alcance da Súmula 390, I, esclarecendo que ela se aplicaria ao servidor celetista já detentor de estabilidade à época da edição da EC n. 19/98 (harmonizando o entendimento com aquele sustentado pelo STF, embora essa interpretação seja equivocada). Hoje, o entendimento sumulado, além de defasado, é manifestamente inconstitucional, por estender de maneira indevida o teor de norma constitucional que é expressa em delimitar seu alcance apenas aos *servidores públicos ocupantes de cargo efetivo*. Como, aliás, os verbetes foram editados *após* a modificação do texto constitucional (tanto a OJ em 2000 quanto a Súmula em 2005), está-se diante de uma súmula *natimorta*, já que não há substrato constitucional que a ampare.

7.1.3 A tortuosa concepção jurisprudencial acerca da estabilidade

De acordo com o Tribunal Superior do Trabalho, a estabilidade compreenderia a possibilidade de a dispensa do trabalhador somente ocorrer de forma “motivada”³⁰². Assim, sendo “estável” o empregado estatal, ele somente

da República)” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 26200-29.2006.5.15.0022*. Relator: Ministro João Batista Brito Pereira. Órgão julgador: Quinta Turma. Brasília, DF, 15 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-RR%20-%2026200-29.2006.5.15.0022>>. Acesso em: 05 fev. 2011). “SERVIDOR PÚBLICO. REGIME CELETISTA. FUNDAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL. ESTABILIDADE. DISPENSA IMOTIVADA. NULIDADE. REINTEGRAÇÃO. NÃO PROVIMENTO. Consoante a jurisprudência deste Tribunal, o servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição Federal. Assim, tratando-se a reclamada de fundação pública estadual (premissa inconteste *[sic]*, à luz da Súmula n. 126), não poderia a autora ser dispensada imotivadamente, vez que detentora de estabilidade no serviço público, nos termos do referido preceito constitucional. Inteligência da Súmula n. 390, I. Incidência da Súmula n. 333 c/c artigo 896, §§ 4º e 5º, da CLT” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de instrumento no Recurso de Revista n. 226640-86.2006.5.02.0318*. Relator: Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, DF, 27 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-AIRR%20-%20226640-86.2006.5.02.0318>>. Acesso em: 05 fev. 2011).

³⁰² “SERVIDOR PÚBLICO. REGIME CELETISTA. FUNDAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL. ESTABILIDADE. DISPENSA IMOTIVADA. NULIDADE. REINTEGRAÇÃO. Consoante a jurisprudência deste Tribunal, o servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição de 1988. Assim, tratando-se a reclamada de fundação pública estadual e que o autor foi admitido mediante concurso público, não poderia ser dispensado imotivadamente, vez que detentor de estabilidade no serviço público, nos termos do referido preceito constitucional. Precedentes desta Corte. Inteligência da Súmula n. 390, I.” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 16600-50.2007.5.04.0023*. Relator: Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos. Órgão julgador: Sétima

pode ser dispensado se o empregador, pessoa jurídica de direito público, expedir ato motivado que justifique a adoção dessa providência.

Esse posicionamento, porém, mostra-se contraditório, na medida em que o mesmo TST vem admitindo também que o empregado estatal de pessoa jurídica de direito público *que não tenha completado o período do “estágio probatório”* também somente pode ser dispensado se essa providência for antecedida de ato motivado da Administração³⁰³.

Cumpra esclarecer, diante desses entendimentos equivocados, que o conceito de estabilidade *não* compreende o direito de ser dispensado “motivadamente”. E sim o direito de *permanência no serviço público*, outorgada ao ocupante de cargo público efetivo³⁰⁴. A estabilidade é uma *garantia constitucional*, de modo que suas limitações somente podem ser previstas na própria Constituição da República.

E compulsando-se a Constituição não se constata a existência de hipótese de perda da estabilidade atrelada à “motivação da dispensa”. As possibilidades constitucionais de perda do cargo do servidor público estável são, apenas, as seguintes:

- sentença judicial transitada em julgado (art. 41 § 1º, I);
- mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa (art. 41 § 1º, II);
- mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa (art. 41 § 1º, III);

Turma. Brasília, DF, 16 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-RR%20-%2016600-50.2007.5.04.0023>>. Acesso em: 05 fev. 2011).

³⁰³ “REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO DE AUTARQUIA MUNICIPAL. ESTÁGIO PROBATÓRIO. NULIDADE DO ATO DE DISPENSA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. Este Tribunal tem decidido que o servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional, mesmo não tendo preenchido os requisitos previstos no art. 41 da CF/88, não pode ser dispensado sem a devida motivação, tendo em vista que os atos por ela praticados são vinculados aos princípios constitucionais estabelecidos no art. 37, *caput* (Súmula 390, I, do TST)” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 77340-15.2003.5.04.0281*. Relator: Ministro Augusto César Leite de Carvalho. Órgão julgador: Sexta Turma. Brasília, DF, 02 de junho de 2010. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-RR%20-%2016600-50.2007.5.04.0023>>. Acesso em: 05 fev. 2011).

³⁰⁴ “A *estabilidade* é a garantia constitucional de permanência no serviço público, assegurada ao servidor público nomeado para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público, que tenha cumprido um *período de prova*, após o *transcurso de determinado prazo e depois de ser submetido à avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade*” (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 253. Destaques conforme o original).

– por ato normativo motivado de cada um dos Poderes que especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal, nos casos de limitação de despesas públicas mencionados no art. 169 da Constituição, desde que a redução de cargos em comissão e funções de confiança e a exoneração de servidores não estáveis não se mostrem medidas suficientes para o cumprimento da determinação constitucional.

O equívoco fica ainda mais evidente quando se constata que, na prática, o Tribunal Superior do Trabalho acaba por equiparar o “empregado estatal estável” e o “empregado estatal em estágio probatório”, já que ambos teriam direito, se contratados por pessoas jurídicas de direito público, à “motivação da dispensa”. Sendo assim, qual a diferença entre “estabilidade” e “estágio probatório” se ambas as situações confeririam idênticas garantias ao trabalhador?

Essas formulações equivocadas do TST somente reforçam o quão confusa é a sua jurisprudência a respeito do assunto. A dispensa motivada do empregado público pode, sim, ocorrer. Mas isso *não decorre da estabilidade constitucional do art. 41*, inaplicável ao empregado público (como, aliás, já abordado), mas sim *do dever de motivação de todos os atos decisórios estatais, independentemente de quem seja o destinatário da decisão*, dever que é decorrência direta do Estado Democrático de Direito e dos princípios constitucionais da Administração Pública.

7.2 Inaplicabilidade da regra do estágio probatório ao empregado estatal

Como visto, o posicionamento do TST e do STF firmou-se no sentido de que a estabilidade constitucional do art. 41, antes do advento da EC n. 19/98, também alcançava o *empregado público*. No caso do TST, *mesmo após a Emenda, que restringiu a estabilidade, de maneira expressa, apenas ao servidor ocupante de cargo efetivo, essa concepção ainda remanesce*. Ainda de acordo com a jurisprudência sedimentada no TST e no STF, o antigo art. 41 da Constituição reconheceria estabilidade aos empregados públicos concursados após o decurso do biênio inicial de exercício, o conhecido período do *estágio*

probatório, lapso que foi estendido para *três anos* após a Emenda Constitucional n. 19/98³⁰⁵.

Ocorre que é *inviável* a extensão do regime do art. 41 da Constituição da República (em qualquer de suas redações – antes ou depois da EC n. 19/98) aos empregados públicos, como já afirmado em diversas passagens deste texto. E isso também abrange a *inaplicabilidade das regras do estágio probatório aos empregados públicos*, como se passa a demonstrar.

De acordo com a antiga redação do art. 41 da Constituição, a estabilidade seria adquirida “após dois anos de efetivo exercício”. Durante o biênio o servidor seria mantido em “estágio probatório” (art. 20 da Lei n. 8.112/90), período durante o qual ele seria avaliado quanto à sua aptidão e capacidade para o desempenho do *cargo* (não do *emprego*, insista-se). Apesar de mencionar o lapso temporal a partir do qual o servidor público adquire a estabilidade, *o art. 41 da Constituição, antes e depois da Emenda Constitucional n. 19/98, não se refere em nenhum momento a “estágio probatório”*.

Daí se constata que o prazo previsto para a aquisição da estabilidade decorre de estipulação constitucional; *mas as regras que disciplinam o estágio probatório são infraconstitucionais*, previstas nos estatutos funcionais de cada um dos entes da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

Tente-se, a partir dessa constatação, transplantar o raciocínio do “estágio probatório” para o empregado público. Sabendo-se que *as regras que disciplinam o estágio probatório são infraconstitucionais*, é necessário que a Consolidação das Leis do Trabalho (ou a legislação trabalhista esparsa) contenha normas que disciplinem essa circunstância. Pois bem: qual norma da legislação trabalhista disciplina a situação desse trabalhador “em estágio probatório”? Nenhuma, obviamente. Como não há qualquer outra lei específica que estenda o estágio probatório a empregados, a incorporação desse instituto ao vínculo empregatício criaria três alternativas, todas inconstitucionais.

³⁰⁵ Os trabalhadores que já haviam completado o biênio antes de 04 de junho de 1998 deveriam ser tidos como *estáveis no serviço público*. Aqueles que estavam no decurso do biênio teriam respeitado o prazo de aquisição da estabilidade, conforme regra de transição estabelecida pela própria Emenda Constitucional n. 19/98, que veio a ser aplicada, também, para os empregados públicos concursados. O dispositivo traz o seguinte teor: “Art. 28. É assegurado o prazo de dois anos de efetivo exercício para aquisição da estabilidade aos atuais servidores em estágio probatório, sem prejuízo da avaliação a que se refere o § 4º do art. 41 da Constituição Federal”. Esse artigo buscou evitar celeumas, limitando-se a mencionar a expressão genérica “servidores”, o que revela o conhecimento, por parte do Poder Constitucional Reformador, da interpretação pacificada no Supremo Tribunal Federal.

A primeira dessas possíveis inconstitucionalidades seria a hipótese de a *Administração disciplinar as regras do estágio probatório do empregado público*, caso em que a competência privativa da União para legislar sobre Direito do Trabalho seria atingida (art. 22, I, da CF/88), salvo se a própria União editasse lei específica a respeito³⁰⁶.

A segunda inconstitucionalidade, também decorrente da *criação de regras acerca do estágio probatório para celetistas*, implicaria *violação* ao art. 7º, *caput*, da Constituição, que assegura ao trabalhador a incorporação de direitos que visem à *melhoria de sua condição social*. O estágio probatório, se regulado de modo idêntico ao que ocorre com os servidores estatutários, acarretaria nítido *agravamento* da condição social do trabalhador, à medida que um dos traços característicos do estágio probatório é, em caso de reprovação, a saída do posto ocupado sem qualquer indenização, circunstância que afronta os diversos direitos sociais do art. 7º da Constituição e da legislação do trabalho, especialmente aqueles destinados a resguardar o trabalhador no caso de perda do emprego (FGTS, aviso prévio, décimo terceiro salário e férias proporcionais, etc.). Caso não se preveja a saída sem indenização, evita-se a inconstitucionalidade, mas não se previne a *inocuidade da medida*: somente poderia perder seu posto de trabalho na Administração Pública o trabalhador em estágio probatório que fosse reconhecido como inapto para a função ou para o serviço público depois de um *processo administrativo em que se lhe assegure ampla defesa*. Ora, essa é justamente a hipótese de dispensa do empregado estatal concursado *em qualquer circunstância*, independentemente de prazos, bastando que lhe seja assegurada ampla defesa no âmbito de um *processo administrativo*³⁰⁷, não havendo razão jurídica para disciplinar essa situação.

A terceira possível inconstitucionalidade advinda com a concepção do “estágio probatório para empregados estatais” seria a possibilidade *estender-se o disposto no art. 20 da Lei n. 8.112/90 ao empregado público*, hipótese em que a Administração violaria claramente o princípio constitucional administrativo da *legalidade* (CF/88, art. 37, *caput*), já que se pretenderia aplicar uma lei a um

³⁰⁶ Essa “lei específica” poderia ter duas feições: ou seria lei ordinária disciplinando a matéria do “estágio probatório celetista”; ou seria uma lei complementar que autorizasse os Estados da Federação a legislar sobre especificamente sobre a questão (art. 22, Parágrafo Único, da Constituição). Ficariam pendentes, ainda, a situação dos entes da Administração Pública que não são entes federativos (autarquias, fundações) e que não podem, pois, legislar *sponte propria*.

³⁰⁷ Esse tema será pormenorizadamente abordado no capítulo seguinte.

considerável contingente de pessoas que estão excluídas dos seus efeitos, além de malferir o pacto federativo, já que uma norma destinada aos servidores *estatutários da Administração Federal* teria eficácia projetada a outros trabalhadores, de esferas federativas e regimes jurídicos díspares.

O fato de o empregado não se submeter ao estágio probatório não significa, contudo, que ele não possa ser avaliado pela Administração, pois, além de ser possível ao Estado dispensá-lo a qualquer tempo, desde que se o faça de maneira motivada e processualizada, a CLT traz ainda a hipótese do *contrato de experiência* (art. 443 § 2º, “c”), perfeitamente aplicável ao empregado público, desde que a não-conversão do contrato de experiência em contrato sem prazo (“contrato de trabalho por prazo indeterminado”), por afetar a esfera jurídica do trabalhador de modo prejudicial, seja motivada adequadamente pela Administração, sob pena de invalidação judicial da dispensa³⁰⁸.

Assim, a extensão das regras do estágio probatório aos empregados estatais mostra-se desarrazoada e inconstitucional, razão pela qual é possível afirmar que *nenhum empregado estatal concursado, considerando o atual regramento jurídico aplicável aos servidores públicos, deve/pode ser submetido a estágio probatório*.

7.3 A incompatibilidade do instituto da disponibilidade com o emprego estatal

A disponibilidade é “a colocação do servidor estável em inatividade remunerada, até seu adequado aproveitamento em outro cargo, com proventos proporcionais ao seu tempo de serviço”³⁰⁹. Como se verifica, há intrínseca relação entre *disponibilidade* e *estabilidade*: somente se aplicam essas regras ao servidor *estável*.

³⁰⁸ Esse tema será pormenorizadamente abordado no capítulo seguinte.

³⁰⁹ MELLO. Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 287.

Disso decorre, em linha de coerência com o que vem sendo sustentado até este ponto, que o *empregado estatal, exatamente por não ter direito à estabilidade, não pode ser posto em disponibilidade*.

Pela sistemática constitucional anterior, antes da Emenda Constitucional n. 19/98, o servidor ficaria em disponibilidade remunerada, até seu adequado aproveitamento em outro *cargo*, se o seu *cargo* fosse extinto ou houvesse a declaração de desnecessidade desse *cargo* (art. 41 § 3º). Após a Emenda, essa hipótese remanesceu³¹⁰ (esclarecendo-se expressamente que a remuneração seria proporcional ao tempo de serviço, ressalva que não constava no texto anterior), mas outra foi acrescida: o caso de reintegração do servidor estável cuja demissão tenha sido invalidada judicialmente; nessa situação, o art. 41 § 2º estipula que “será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao *cargo* de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro *cargo* ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço”.

Vê-se que as hipóteses de disponibilidade, além de serem atreladas à *estabilidade* do servidor público (benefício que, reitera-se, não se estende ao empregado estatal), também acarretam consequências em relação ao exercício das atribuições do *cargo*, não do *emprego*.

Apesar disso, a jurisprudência vem seguindo o entendimento segundo o qual a disponibilidade *também* seria prerrogativa do *empregado estatal*,

³¹⁰ É curioso notar que, em ambas as redações, o art. 41 § 3º da Constituição referiu-se/refere-se à declaração de desnecessidade do cargo. Materialmente não há diferença entre *extinguir o cargo* e *declarar a sua desnecessidade*. O Decreto n. 3.151/99, que disciplina a questão, limita-se a mencionar que a declaração de desnecessidade decorre da *extinção ou da reorganização de órgão ou de entidade* (art. 3º). Mas o dispositivo não colaborou para esclarecer a questão: se o órgão estatal for extinto, *ainda assim* haveria de exigir-se a declaração de desnecessidade dos cargos nele alocados, situação que não justifica a diferença de conceitos entre “extinguir o cargo” e “declarar a sua desnecessidade”. Nesse sentido: “A declaração de desnecessidade, surgida ao tempo do golpe militar de 1º de abril de 1964 e consagrada constitucionalmente na Carta de 1969 (art. 100, parágrafo único), é um instituto obscuro e rebarbativo. Com efeito, se o cargo não é necessário, deve ser extinto, pura e simplesmente. Sem embargo, assim como a lei pode estabelecer termos, condições e especificações para que o Chefe do Poder Executivo extinga cargo público, já que a Constituição lhe confere a prerrogativa de extinguir ‘funções ou cargos públicos, quando vagos’ (art. 84, VI, ‘b’, com a redação dada pela Emenda Constitucional 32, de 11.9.2001) e de ‘prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei’ (art. 84, XXV), também poderá fazê-lo para que os declare desnecessários” (MELLO. Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 287).

especialmente a partir das decisões do Supremo Tribunal Federal que reconheceram a extensão desse benefício³¹¹.

7.4 A suposta autonomia jurídica do “regime de emprego público”

Viu-se, até o momento, que, ao menos no que concerne à dispensa do empregado estatal, a natureza jurídica do empregador em nada repercute quanto aos procedimentos a serem adotados, já que, quanto ao tema, a Constituição não estabelece diferenciações entre estar o trabalhador vinculado à Administração Direta ou Indireta, à pessoa jurídica de direito público ou direito privado, à prestadora de serviços públicos ou exploradora de atividade econômica. Basta que se trate de empregador “ente da Administração Pública” – de qualquer das esferas de poder, em qualquer nível federativo – que os princípios da Administração Pública imporão sua normatividade de modo a condicionar a conduta do empregador estatal, haja vista a existência de balizas constitucionais que apontam para a necessidade de motivação e processualização da dispensa de *quaisquer empregados estatais*.

Em adendo a essa formulação, é oportuna a abordagem a respeito da suposta diferenciação entre “regime de emprego público” e “empregado

³¹¹ “Direito Constitucional e Administrativo. Servidores Públicos. Disponibilidade. Empregados do Quadro Permanente da Comissão de Valores Mobiliários (autarquia). Mandado de Segurança impetrado pelos servidores colocados em disponibilidade por força do Decreto n. 99.362, de 02.07.1990. Alegação de que o instituto da disponibilidade somente se aplica aos ocupantes de cargos e não aos de empregos públicos. Alegação repelida. 1. A garantia constitucional da disponibilidade remunerada decorre da estabilidade no serviço público, que é assegurada, não apenas aos ocupantes de cargos, mas também aos de empregos públicos, já que o art. 41 da C.F. se refere genericamente a servidores. 2. A extinção de empregos públicos e a declaração de sua desnecessidade decorrem de juízo de conveniência e oportunidade formulado pela Administração Pública, prescindindo de lei ordinária que as discipline (art. 84, XXV, da C.F.)”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 21.236/DF*. Relator: Ministro Sydney Sanches. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Brasília, DF, 02 de maio de 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85461>>. Acesso em: 29 nov. 2010). “Justiça do Trabalho. Disponibilidade de empregado público. O Plenário desta Corte, ao julgar o MS 21236, firmou o entendimento de que a garantia constitucional da disponibilidade remunerada decorre da estabilidade no serviço público, que é assegurada, não apenas aos ocupantes de cargos, mas também aos empregos públicos, já que o art. 41 da C.F. se refere genericamente a servidores. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário conhecido e provido” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 247.678-1/RJ*. Relator: Ministro Moreira Alves. Órgão julgador: Primeira Turma. Brasília, DF, 20 de abril de 1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/util/obterPaginador.asp?numero=21236&classe=MS>>. Acesso em: 29 nov. 2010).

contratado pelo Estado sob vínculo celetista”, que alguns autores³¹² apontam como sendo categorias de vinculação distintas, sendo a primeira uma inovação da Emenda Constitucional n. 19/98, que veio a ser regulada infraconstitucionalmente pela Lei n. 9.962/2000, e a segunda uma espécie contratação típica das empresas públicas e sociedades de economia mista, entes privados da Administração Pública que devem sujeitar-se “ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários” (art. 173, § 1º, II, da Constituição de 1988).

Essa bipartição, sem sustentáculo constitucional, pretendeu sedimentar dois regimes jurídicos para empregados estatais: os “empregados públicos” seriam trabalhadores do Estado vinculados a pessoas jurídicas de direito público (e sujeitos a um regramento próprio, o “regime jurídico de emprego público”), enquanto os “celetistas estatais” seriam empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista e, como tais, seriam tratados juridicamente da mesma forma que os trabalhadores subordinados privados.

Cumprido, a partir de agora, defender o entendimento segundo o qual *não há distinções entre o “regime de emprego público” (suposta inovação da Emenda Constitucional n. 19/98) e o regramento jurídico aplicável aos demais empregados estatais não alcançados pela disciplina da Lei n. 9.962/2000.*

7.4.1 O emprego público não é inovação da Emenda Constitucional n. 19/98

³¹² “A expressão empregado público é assim utilizada para designar a pessoa física contratada por Entidade Estatal (União, Estado-membro, Distrito Federal ou município), no âmbito da Administração Pública direta, ou, ainda, por autarquia, fundação pública ou agência estatal, no âmbito da Administração Pública indireta, mediante contrato de trabalho regido pelas disposições da Consolidação das Leis do Trabalho, sendo que o empregador, por assim dizer, possui sempre personalidade jurídica de Direito Público. Disso decorre que a expressão empregado público não deve ser utilizada para designar aquelas pessoas físicas contratadas, sob regime celetista, por empresas públicas e sociedades de economia mista, pois, ainda que integrantes da Administração Pública indireta, afiguram-se como pessoas jurídicas de Direito Privado” (GOMES, Fábio Bellote. *Elementos de Direito Administrativo*. Barueri: Manole, 2006, p. 189). Diógenes Gasparini segue essa mesma concepção, reservando a expressão “servidor celetista” para o empregado contratado por pessoa jurídica de direito público: “Servidores celetistas são os que se ligam à Administração Pública direta, autárquica e fundacional pública por um vínculo de natureza contratual. O regime, por conseguinte, é de emprego público, regulado pela Consolidação das Leis do Trabalho” (GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 161).

Com a inserção, pela Emenda Constitucional n. 19/98, da possibilidade de adotar-se a pluralidade de regimes jurídicos para reger a vinculação entre o Estado e o servidor público, disseminou-se a ideia de que essa reforma no texto constitucional permitiu, de maneira inédita, a admissão de trabalhador pelo vínculo trabalhista, circunstância que seria, até então, vedada constitucionalmente. Confira-se, nesse sentido, o posicionamento de Edimur Ferreira de Faria:

A Emenda Constitucional n. 19/98, como dito antes, desobrigou a adoção de regime jurídico único. Em virtude dessa faculdade, editou-se a Lei Federal n. 9.962, de 22.2.2000, permitindo a criação de emprego público na Administração direta Federal e nas autarquias e fundações federais. Dessa forma e nos termos do § 1º do art. 1º da Lei em referência, pode-se criar empregos públicos nas fundações criadas e/ou mantidas pela União. A criação de emprego, entretanto, dependerá, sempre, de lei específica³¹³.

Essa visão não é isolada. Também se manifesta nesse sentido Luiz Carlos Bresser Pereira:

Ainda não houve a definição do que virá a ser o “emprego público”, viabilizado pela emenda constitucional da reforma administrativa. A ideia é que as normas a serem aplicadas sejam as trabalhistas, dos trabalhadores privados, mas não está claro se poderão ser considerados estritamente como empregados privados, ou se sua relação de trabalho continuará pública³¹⁴.

Percebe-se que, em ambas as citações, os autores firmaram posição no sentido de que o emprego público *somente foi viabilizado a partir da Emenda Constitucional n. 19/98*, afirmação que não corresponde à realidade, como se passa a demonstrar.

Primeiramente, cabe ressaltar que a expressão “emprego público” existe na Constituição desde sua promulgação em 1988. Para não estender demasiadamente a enumeração de exemplos, basta limitar o espectro da

³¹³ FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo Positivo*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 89-90.

³¹⁴ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Reforma do Estado para a Cidadania – A Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional*. Brasília, DF: ENAP, 1998, p. 269.

abordagem ao corpo do art. 37 da Constituição, em que se encontram os incisos “I” (acessibilidade a cargos, empregos e funções públicas); “II” (obrigatoriedade do concurso público para ocupar cargo ou emprego público); “IV” (precedência sobre novos concursados para ocupar cargo ou emprego público); “VII” (percentual de reserva para ocupação de cargos e empregos públicos pelas pessoas portadoras de deficiência), e “XVII” (proibição de acúmulo de cargos, empregos e funções públicas). *Todas essas disposições já eram existentes no texto original da Constituição*, o que confirma a inexistência de inovação por parte da Emenda Constitucional n. 19/98.

Depois, é necessário considerar que os partidários da suposta “inovação” da Emenda Constitucional n. 19/98 consideravam o tema como novidade constitucional porque, segundo eles, o “regime jurídico único” somente poderia significar “regime jurídico estatutário” e a possibilidade do “emprego público” somente teria vindo a lume com a reforma administrativa de 1998, situação que, como visto, não corresponde à realidade – este texto já expôs uma análise do tema, criticando esses posicionamentos³¹⁵, não só porque a Constituição não vedou a possibilidade de contratação trabalhista de servidor público, mas também porque sustentar o contrário seria ignorar a realidade, especialmente em autarquias, fundações e Municípios, que, ainda hoje, remanescem com diversos trabalhadores vinculados à entidade por meio de contrato de emprego.

A própria Constituição repele essa interpretação restritiva, visto que ao Presidente da República caberia a “criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração *direta e autárquica* ou aumento de sua remuneração” (art. 61, § 1º, II, *a* – destaques não constantes no texto original) e ao Congresso Nacional dispor sobre “criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas” (art. 48, X, em sua redação original³¹⁶). Assim, se o texto constitucional autoriza a existência de empregos públicos na administração direta e autárquica, o que *significa a exclusão da empresa pública e da sociedade de economia mista desse rol de competências do Chefe do Executivo*, não há

³¹⁵ Ver capítulo anterior.

³¹⁶ O inciso X do art. 48 da Constituição foi alterado pela Emenda Constitucional n. 32/2001, passando a dispor que caberia ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre “criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, *b*”. A única alteração nesse inciso – “observado o que estabelece o art. 84, VI, *b* – decorreu da possibilidade que se criou, pela mesma Emenda Constitucional n. 32/2001, de serem extintos funções e cargos públicos, quando vagos, por meio de Decreto, sem a necessidade de lei em sentido formal.

porque negar a possibilidade de contratação de trabalhador sob vínculo trabalhista nas pessoas jurídicas de direito público interno. A *viabilidade jurídica* dessa contratação é inquestionável, ainda que sob a égide do “regime jurídico único”, independentemente do ente da Administração Pública que venha a empreender essa modalidade de admissão de pessoal. O que talvez se discuta é a *conveniência político-econômica* de adotar essa forma de vinculação Estado-servidor. A confusão entre os aspectos “político-econômico” e “jurídico” propiciou a propagação dessas formulações, as quais não foram depuradas devidamente à luz da boa técnica jurídica, como é possível constatar.

Consigne-se, ainda, que existe uma falsa dicotomia estabelecida entre o “regime jurídico de emprego público” – supostamente autorizado/criado pela Emenda Constitucional n. 19/98 – e a contratação de “celetistas estatais”, regidos *in totum* pela lei do trabalho aplicável aos particulares (CLT e legislação correlata) e contratados por empresas públicas e sociedades de economia mista, nos moldes das demais pessoas jurídicas de direito privado, sem distinções, conforme determinaria a Constituição da República (art. 173 § 1º, II). Essa bipolarização de empregados estatais (“empregado público” e “celetista estatal”), ante a ausência de respaldo jurídico consistente, deve ser desfeita de imediato. É o que se passa a fazer.

7.4.2 Não existem duas modalidades de empregados estatais

A ideia segundo a qual o “emprego público” teria sido inovação trazida pela Emenda Constitucional n. 19/98 gerou outra grave conclusão a respeito do real alcance constitucional da expressão: a de que o “empregado público” não teria o mesmo regramento do “celetista contratado pelas empresas públicas e sociedades de economia mista”, visto que este trabalhador somente seria regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, o que já não ocorreria com aquele, visto que, neste caso, a vinculação deste seria *híbrida*, compilando traços de direito público e direito privado. Na doutrina é possível encontrar o seguinte entendimento a respeito:

A expressão *empregado público* é assim utilizada para designar a pessoa física contratada por Entidade Estatal (União, Estado-membro, Distrito Federal ou município), no âmbito da Administração Pública direta, ou, ainda, por autarquia, fundação pública ou agência estatal, no âmbito da Administração Pública indireta, mediante contrato de trabalho regido pelas disposições da Consolidação das Leis do Trabalho, sendo que o empregador, por assim dizer, possui sempre personalidade jurídica de Direito Público. Disso decorre que a expressão empregado público não deve ser utilizada para designar aquelas pessoas físicas contratadas, sob regime celetista, por empresas públicas e sociedades de economia mista, pois, ainda que integrantes da Administração Pública indireta, afiguram-se como pessoas jurídicas de Direito Privado³¹⁷.

Essa bipartição, sem sustentáculo constitucional, pretendeu sedimentar dois regimes jurídicos para empregados estatais: os “empregados públicos” seriam trabalhadores do Estado vinculados a pessoas jurídicas de direito público (e sujeitos a um regramento próprio, o “regime jurídico de emprego público”), enquanto os “celetistas estatais” seriam empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista e, como tais, seriam tratados juridicamente da mesma forma que os trabalhadores subordinados privados.

A pretensa segregação entre os empregados estatais necessitou ser minimizada pelo STF, na já citada decisão sobre o alcance da exigência do concurso público – no acórdão firmou-se o entendimento segundo o qual o teor do art. 37 da Constituição não se contrapõe aos “direitos e obrigações das empresas privadas” previsto no art. 173 do texto constitucional. Assim, para fins de *ingresso no serviço público*, não haveria distinções entre servidor estatutário e empregado público, nem entre “empregados estatais de pessoas jurídicas de direito público” e “empregados estatais de pessoas jurídicas de direito privado”.

Restou em aberto, no entanto, até os dias atuais, a definição acerca de outras possíveis diferenciações constitucionais entre essas duas espécies de empregados estatais, especialmente no que concerne ao regramento aplicável à dispensa desses trabalhadores.

³¹⁷ GOMES, Fábio Bellote. *Elementos de Direito Administrativo*. Barueri: Manole, 2006, p. 189. Diógenes Gasparini segue essa mesma concepção, reservando a expressão “servidor celetista” para o empregado contratado por pessoa jurídica de direito público: “Servidores celetistas são os que se ligam à Administração Pública direta, autárquica e fundacional pública por um vínculo de natureza contratual. O regime, por conseguinte, é de emprego público, regulado pela Consolidação das Leis do Trabalho” (GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 161).

Um dos marcos para a tese da bipartição de empregados estatais foi, como visto, o advento da Emenda Constitucional n. 19/98, a qual, ao fulminar a necessidade do regime jurídico único, despertou em muitos estudiosos da matéria – em especial naqueles que enxergavam “regime jurídico único” como sinônimo de “regime jurídico estatutário” – a concepção de que, a partir desse marco, seria possível a admissão de trabalhadores estatais sob a égide da legislação trabalhista. Essa ideia já foi devidamente refutada neste texto, aliás.

O outro marco teria sido a promulgação da Lei n. 9.962/2000, que teria definido os particulares contornos do “regime de emprego público”, diferenciando-o sumamente do tratamento jurídico atribuído aos demais empregados estatais – os trabalhadores em empresas públicas e sociedades de economia mista.

Cumprido, no entanto, desfazer essa impressão: a Lei n. 9.962/2000, especialmente após a reprimenda do “regime jurídico único” por decisão do Supremo Tribunal Federal, é absolutamente inócua, pois não acrescenta qualquer particularidade ao “regime de emprego público” além do que a CLT e a Constituição já dispõem e, à exceção de um dispositivo inconstitucional, nada traz de inovador, como verifica a seguir.

7.4.3 O alcance das disposições da Lei n. 9.962/2000

A ementa da Lei n. 9.962/2000 estipula que essa norma “disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências”. O que aparentemente exclui as outras entidades federativas e as pessoas jurídicas de direito privado que integram a estrutura do Estado brasileiro (empresas públicas e sociedades de economia mista) do “novo regime de emprego público” não provoca qualquer consequência juridicamente relevante: ainda que não houvesse a Lei n. 9.962/2000, suas regras remanesceriam aplicáveis por conta do plexo constitucional de normas que afetam o Estado empregador, independentemente da esfera federativa ou da natureza jurídica da entidade tomadora da mão-de-obra. A restrição da ementa, assim como quase todo o corpo da lei, deve ser entendida como não-escrita.

O art. 1º da lei tem a seguinte redação:

Art. 1º. O pessoal admitido para emprego público na Administração federal direta, autárquica e fundacional terá sua relação de trabalho regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e legislação trabalhista correlata, naquilo que a lei não dispuser em contrário.

§ 1º. Leis específicas disporão sobre a criação dos empregos de que trata esta Lei no âmbito da Administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo, bem como sobre a transformação dos atuais cargos em empregos.

§ 2º. É vedado:

I – submeter ao regime de que trata esta Lei:

a) (VETADO);

b) cargos públicos de provimento em comissão;

II – alcançar, nas leis a que se refere o § 1º, servidores regidos pela Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, às datas das respectivas publicações.

§ 3º. Estende-se o disposto no § 2º à criação de empregos ou à transformação de cargos em empregos não abrangidas pelo § 1º.

§ 4º. (VETADO).

Logo no *caput* do primeiro dispositivo percebe-se que a lei não pretende inovar na ordem jurídica: pelo contrário, estipula expressamente que o regime jurídico dos empregados estatais será aquele previsto na CLT, sendo possível que existam derrogações outras estabelecidas em lei, ressalva também desnecessária, pois, sendo a CLT uma lei como outra qualquer³¹⁸, sua modificação fica limitada apenas à observância da Constituição. Caso a lei

³¹⁸ Na verdade a Consolidação das Leis do Trabalho foi aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, não sendo, pois, lei formal à época de sua publicação. De acordo com o art. 180 da então vigente Constituição de 1937, que deu ao Presidente Getúlio Vargas poderes de um ditador, “enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União”. Seis anos depois dessa nova Carta Constitucional, como o Congresso não se reuniu (as atividades da Casa foram compulsoriamente encerradas e os partidos políticos foram dissolvidos), a CLT foi editada, tendo eficácia de lei, embora não tivesse sido aprovada pelo Congresso Nacional. Como o Decreto-Lei não é uma espécie normativa prevista no processo legislativo da atual Constituição, as regras instituídas por esse veículo normativo são tidas como recepcionadas pelo texto constitucional de 1988, desde que não sejam materialmente inconstitucionais. O posicionamento formal na hierarquia normativa dependerá da reserva legal estabelecida pela Constituição. No caso do Direito do Trabalho, essa matéria será disciplinada por lei federal (art. 22, I e art. 48, *caput*, da Constituição), razão pela qual a CLT se hoje fosse promulgada, estaria posicionada como lei ordinária federal. Como a Consolidação das Leis do Trabalho foi adotada antes da atual Constituição, ela foi recepcionada material e formalmente como lei ordinária federal, apesar de, originalmente, revestir-se da forma de Decreto-Lei.

disponha algo contrário à CLT, obviamente esta nova norma prevalecerá, pelo *critério cronológico* de solução de antinomia normativa³¹⁹.

Também é inócua a disposição do art. 1º § 1º. A criação de novos empregos somente pode ser prevista em lei formal, como desde sempre ressaltou o texto constitucional de 1988, competindo ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, a “criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas” (art. 48, X). Quanto à transformação de cargos em empregos, embora não haja vedação constitucional à utilização do regime trabalhista para a vinculação Estado-servidor, essa conversão torna-se prejudicada, já que isso significaria a permissão de dois regimes funcionais coexistentes, o que é vedado pela atual redação do art. 39, *caput*, da Constituição.

Mostra-se inócua também a disposição do art. 1º, § 2º, I, segundo o qual seria vedado o regramento dos cargos em comissão pela Lei n. 9.962/2000. Essa impossibilidade já existiria mesmo sem essa norma expressa, visto que as *três situações de possível violação a esse preceito não seriam viáveis juridicamente*, tornando-o ineficaz.

A primeira situação de possível descumprimento desse dispositivo seria a *conversão de “cargo em comissão” em “emprego em comissão” ou “emprego de confiança”*, circunstância que é inviável, pois, como já afirmado anteriormente, a manutenção de cargos em comissão em paralelo aos “empregos em comissão” significaria autorizar a pluralidade de regimes jurídicos funcionais na União, situação proibida pela atual redação do art. 39, *caput*, da Constituição, com a redação revitalizada pelo Supremo Tribunal Federal.

A segunda possibilidade de violação a essa norma seria a manutenção do cargo em comissão tal como hoje se o conhece, imprimindo-lhe, no entanto, o regramento da Lei n. 9.962/2000 e da Consolidação das Leis do Trabalho,

³¹⁹ “O critério cronológico, chamado também de *lex posterior*, é aquele com base no qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior: *lex posterior derogat priori*. Esse critério não necessita de comentário particular. Existe uma regra geral no Direito em que a vontade posterior revoga a precedente, e que de dois atos de vontade da mesma pessoa vale o último no tempo. Imagine-se a Lei como expressão da vontade do legislador e não haverá dificuldade em justificar a regra. A regra contrária obstará o progresso jurídico, a adaptação gradual do Direito às exigências sociais. Pensemos, por absurdo, nas conseqüências que derivariam da regra que prescrevesse ater-se à norma precedente. Além disso, presume-se que o legislador não queira fazer coisa inútil e sem finalidade: se devesse prevalecer a norma precedente, a lei sucessiva seria um ato inútil e sem finalidade” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6. ed. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1995, p. 92-93).

hipótese igualmente inadmissível: no ordenamento jurídico brasileiro, a expressão “cargo” é identificada como “as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de Direito Público e criadas por lei”³²⁰, bem diversa do uso destinado à expressão *emprego*, que pressupõe a existência de um contrato de trabalho em que haja subordinação, pessoalidade, onerosidade e não-eventualidade (arts. 3º e 447 da CLT), caso em que se teria a absurda situação de uma norma voltada para relações empregatícias estar destinada a reger instituto relacionado a uma vinculação sumamente diferente. Reger “cargos em comissão” não transformados em “empregos em comissão” ou “empregos de confiança” seria o mesmo que a Constituição brasileira estipular que ela se destina a reger também a organização do Estado argentino ou uruguaio. Essa situação, obviamente, jamais ganharia a pecha de “absurda” se uma nova lei determinasse o contrário do que hoje dispõe a Lei n. 9.962/2000, cenário que é possível juridicamente. E então a inocuidade dessa lei mais uma vez estaria evidente: bastaria à nova lei trazer alguma norma que revogasse, expressa ou tacitamente, a disposição do art. 1º, § 2º, I, e essa proibição, que já é apenas aparente, sem consistência jurídica, estaria definitivamente fulminada.

A terceira e última possibilidade de ferimento dessa norma, admitindo-se a improvável hipótese de os servidores da União serem, todos, regidos pela legislação trabalhista, seria a de não haver mais “cargo em comissão” e sim apenas “emprego em comissão” ou “emprego de confiança”, que tem tímido regramento constitucional³²¹, e que, apesar de pressupor as mesmas atribuições de “direção, chefia e assessoramento (art. 37, V, da Constituição), não pode ser

³²⁰ MELLO. Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 251.

³²¹ A única referência expressa da Constituição de 1988 a “emprego em comissão” está no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que conta com a seguinte redação: “Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público. § 1º – O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei. § 2º – O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do “caput” deste artigo, exceto se se tratar de servidor. § 3º – O disposto neste artigo não se aplica aos professores de nível superior, nos termos da lei”.

identificado como “cargo”, que, no ordenamento jurídico é instituto diferente do “emprego”. E nesse caso a feição abnóxia dessa lei mais uma vez aparece, só que de maneira inversa quando comparada à hipótese anterior: aqui, “não reger cargos em comissão pela Lei n. 9.962/2000 e/ou pela CLT” seria o mesmo que uma norma da Constituição brasileira estipular que nosso texto constitucional não se destina a reger a organização do Estado argentino ou uruguaio, o que demonstra, também sob esse viés, que a existência da norma do art. 1º, § 2º, I, da Lei n. 9.962/2000 é completamente desnecessária.

Idênticas considerações valem para a norma do art. 1º, § 2º, II, com a única diferença de que este dispositivo limita-se aos cargos então existentes, e não aos vindouros. Quanto ao art. 1º § 3º, igualmente cabem os mesmos comentários, já que o dispositivo é extensão do art. 1º § 2º da mesma lei.

Já o art. 2º da Lei n. 9.962/2000 tem a seguinte redação:

Art. 2º. A contratação de pessoal para emprego público deverá ser precedida de concurso público de provas ou de provas e títulos, conforme a natureza e a complexidade do emprego³²².

Trata-se, uma vez mais, de dispositivo desnecessário, já que norma de redação quase idêntica encontra-se no art. 37, II, da Constituição de 1988, segundo o qual “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego [...]”.

O art. 3º dessa lei, que disciplina as hipóteses em que as pessoas jurídicas de direito público da Administração federal podem dispensar o empregado público, traz uma *aparente* inovação legislativa, a qual, contudo, padece da mesma inocuidade das demais normas anteriormente comentadas: todas as hipóteses de rompimento unilateral do contrato de trabalho previstas nessa lei estão previstas constitucionalmente, bastando apenas um breve esforço do hermeneuta para que se extraia do texto constitucional essas hipóteses.

Veja-se o teor do dispositivo:

³²² BRASIL. Lei n. 9.962, de 22 de fevereiro de 2000. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 23 fev. 2000. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=45&data=23/02/2000>>. Acesso em: 23 jun. 2010.

Art. 3º. 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 Federal³²³.

O art. 3º, I, traz como primeira hipótese de rompimento unilateral do contrato de trabalho do empregado público a ocorrência de justa causa nos termos do art. 482 da CLT – embora a Lei n. 9.962/2000 aponte indevidamente esses casos como sendo “falta grave”, expressão que, entre os teóricos do Direito do Trabalho, não tem a necessária e desejada homogeneidade conceitual³²⁴.

As hipóteses de “falta grave” (*rectius*: justa causa) previstas no art. 482 da CLT³²⁵, refletem a quebra da boa-fé e/ou o descumprimento de deveres contratuais por parte do empregado, o que assegura ao empregador a possibilidade de despedi-lo praticamente sem ônus financeiro. Naturalmente, se

³²³ BRASIL. Lei n. 9.962, de 22 de fevereiro de 2000. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 23 fev. 2000. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=45&data=23/02/2000>>. Acesso em: 23 jun. 2010.

³²⁴ Conferir, no capítulo seguinte, o tópico 8.7.2.

³²⁵ “Art. 482. Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: a) ato de improbidade; b) incontinência de conduta ou mau procedimento; c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço; d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena; e) desídia no desempenho das respectivas funções; f) embriaguez habitual ou em serviço; g) violação de segredo da empresa; h) ato de indisciplina ou de insubordinação; i) abandono de emprego; j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; l) prática constante de jogos de azar. Parágrafo único. Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios contra a segurança nacional.

até mesmo a estabilidade do servidor estatutário pode ser suplantada por essa prática³²⁶, nada obsta que o empregado estatal, que não detém a estabilidade disciplinada no art. 41 da Constituição, também possa perder o emprego se deu causa ao rompimento do vínculo.

A hipótese do art. 3º, II, da Lei n. 9.962/2000 – *acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas* – também tem previsão constitucional expressa. A acumulação de ocupações públicas, providência que é *inconstitucional* (e não meramente *ilegal* como expõe a Lei n. 9.962/2000), está consignada no art. 37, XVI, da Constituição, que estipula ser vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, nos seguintes casos: a) a de dois cargos de professor; b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas. Está-se diante, pois, de mais uma norma desnecessária.

A mesma inocuidade atinge a regra do art. 3º, 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*. Veio a preencher essa lacuna a Lei Complementar n. 96/99, que posteriormente foi revogada pela Lei

³²⁶ No Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, instituído pela Lei n. 8.112/90, denomina-se “demissão” a punição que implica a perda do cargo público por parte do servidor efetivo estável. A Lei estabelece as seguintes causas para essa penalidade: “Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: I – crime contra a administração pública; II – abandono de cargo; III – inassiduidade habitual; IV – improbidade administrativa; V – incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição; VI – insubordinação grave em serviço; VII – ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem; VIII – aplicação irregular de dinheiros públicos; IX – revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo; X – lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional; XI – corrupção; XII – acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas; XIII – transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117”. Os deveres cuja transgressão podem também acarretar a demissão do servidor efetivo estável são os seguintes: “Art. 117. Ao servidor é proibido: IX – valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública; X – participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário (redação dada pela Lei n. 11.784, de 2008); XI – atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro; XII – receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições; XIII – aceitar comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro; XIV – praticar usura sob qualquer de suas formas; XV – proceder de forma desidiosa; XVI – utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares; [...]”. Como se verifica, as hipóteses de perda do cargo e do emprego por conduta imputável ao servidor são bem semelhantes, excetuados os casos de despedida por justa causa do trabalhador em razão de embriaguez habitual (art. 482, f, da CLT) e prática constante de jogos de azar (art. 482, l, da CLT), que são hipóteses legais que cuja subsistência jurídica é bastante controversa, conforme se verá, ainda neste texto, no capítulo seguinte, tópico 8.5.

Complementar n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). Essa norma exige a adequação das despesas dos entes públicos a determinados limites, impondo cortes, se necessários, para que o teto de gastos públicos não seja ultrapassado³²⁷. Não havendo a redução das despesas ao teto estipulado pela lei, o corte poderá afetar o quadro funcional, devendo ser adotadas as seguintes medidas, nos termos do art. 169 § 3º da Constituição: 1) redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança; 2) exoneração dos servidores não estáveis.

Se ainda assim remanescer o excesso de despesa, é possível que o *servidor estável* perca o cargo, “desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal” (art. 169 § 4º da Constituição). Os critérios de dispensa dos servidores estatais por excesso de despesa estão previstos na Lei n. 9.801/99.

Como os empregados públicos não contam com a *estabilidade constitucional*, ressalvados aqueles estabilizados pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a eles também não será aplicável boa parte das normas da Lei n. 9.801/99. Mas, também nesse caso, embora não tenham “preferência” na permanência no serviço público, a dispensa deverá ser motivada e processualizada³²⁸.

A quarta e última hipótese de dispensa (art. 3º, IV, da Lei n. 9.962/2000) é o caso de trabalhador em relação ao qual tenha sido reconhecida “insuficiência de desempenho, apurada em procedimento no qual se assegurem pelo menos

³²⁷ “Art. 19. Para os fins do disposto no caput do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados: I – União: 50% (cinquenta por cento); II – Estados: 60% (sessenta por cento); III – Municípios: 60% (sessenta por cento). § 1º Na verificação do atendimento dos limites definidos neste artigo, não serão computadas as despesas: I – de indenização por demissão de servidores ou empregados; II – relativas a incentivos à demissão voluntária; III – derivadas da aplicação do disposto no inciso II do § 6º do art. 57 da Constituição; IV – decorrentes de decisão judicial e da competência de período anterior ao da apuração a que se refere o § 2º. do art. 18; V – com pessoal, do Distrito Federal e dos Estados do Amapá e Roraima, custeadas com recursos transferidos pela União na forma dos incisos XIII e XIV do art. 21 da Constituição e do art. 31 da Emenda Constitucional n. 19; VI – com inativos, ainda que por intermédio de fundo específico, custeadas por recursos provenientes: a) da arrecadação de contribuições dos segurados; b) da compensação financeira de que trata o § 9º do art. 201 da Constituição; c) das demais receitas diretamente arrecadadas por fundo vinculado a tal finalidade, inclusive o produto da alienação de bens, direitos e ativos, bem como seu superávit financeiro. § 2º. Observado o disposto no inciso IV do § 1º, as despesas com pessoal decorrentes de sentenças judiciais serão incluídas no limite do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20”.

³²⁸ Conferir, no capítulo seguinte, o tópico 8.10.3.

um recurso hierárquico dotado de efeito suspensivo, que será apreciado em trinta dias”. Esse dispositivo traz apenas uma inovação: a regra do *recurso com efeito suspensivo*. Todos os demais trâmites previstos nessa norma estão abarcados pelos dispositivos constitucionais e pela Lei n. 9.784/99, a Lei do Processo Administrativo. A análise mais aprofundada acerca dos trâmites da dispensa do empregado público será feita no próximo capítulo.

7.5 A dispensa dos empregados das empresas estatais

O TST explicita na Súmula 390, II, o seu entendimento a respeito da estabilidade dos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista. Confira-se:

SÚMULA N. 390. ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL. [...]

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/1988³²⁹.

Também é pacífico na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho o entendimento segundo o qual os empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista podem ser dispensados sem qualquer motivação, à semelhança do que ocorre com os empregadores privados não-estatais. É o que estipula a Orientação Jurisprudencial n. 247, inciso I, da Subseção 1 da Seção de Dissídios Individuais n. 1 (SBDI-1) do TST:

OJ n. 247 da SBDI-1. SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE.

³²⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n. 390, II*. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html>. Acesso em: 23 jun. 2010.

I – A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade [...]³³⁰.

Uma rápida leitura do que dispõe a Súmula 390, II, do TST, em cotejo com a disposição do inciso I da mesma súmula, segundo o qual o empregado estatal concursado de pessoa jurídica de direito público tem direito à estabilidade constitucional do art. 41, evidencia que o Tribunal Superior do Trabalho diferencia a proteção contra a dispensa do trabalhador em razão da natureza jurídica do empregador: se o trabalhador for *empregado de pessoa jurídica de direito público*, estará assegurada a sua “estabilidade” (no equivocado conceito defendido pelo TST, conforme exposto algumas linhas atrás); se o trabalhador, contudo, for empregado de pessoa jurídica de direito privado, ainda que esta integre a Administração Pública, a estabilidade não lhe alcançará. E, com base na OJ 247, inciso I, da SBDI-1, esse trabalhador poderá, outrossim, ser sumariamente dispensado, não sendo exigível do empregador, de acordo com a Corte Superior, a necessidade de motivar nem processualizar a dispensa.

Diante dessas informações, constata-se que o TST divide os empregados públicos em duas categorias – a primeira situação (Súmula n. 390, inciso I) refere-se àqueles trabalhadores vinculados a *pessoas jurídicas de direito público interno* (União, Estados, Municípios e Distrito Federal, além de autarquias e fundações), enquanto o segundo cenário (Súmula 390, inciso II e OJ n. 247, I, da SBDI-1) diz respeito aos trabalhadores estatais vinculados a *pessoas jurídicas de direito privado* (empresas públicas e sociedades de economia mista). Em razão dessa *diferenciação de tratamento de acordo com a natureza do empregador*, o tratamento jurídico aplicável a uns e a outros seria diverso: aos primeiros seria estendida a estabilidade prevista no art. 41 da Constituição, após cumprido o estágio probatório; aos últimos, não seria assegurada qualquer garantia de manutenção do emprego, já que as empresas estatais teriam, de acordo com o TST, idênticas obrigações trabalhistas em relação ao empregador não integrante da Administração Pública, o que incluiria, por esse prisma, a possibilidade de

³³⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Orientação Jurisprudencial n. 247 da Subseção 1 da Seção de Dissídios Individuais (SBDI-1)*. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html>. Acesso em: 23 jun. 2010.

dispensa imotivada do trabalhador, que ficaria, mesmo concursado, alijado de qualquer mecanismo de proteção contra dispensas infundadas.

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho sustenta-se, nesse ponto, na disposição do art. 173, § 1º, II, da Constituição, que dispõe o seguinte:

Art. 173. [...]

§ 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:

[...]

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

[...].

De acordo com o Tribunal, portanto, o fato de a Constituição disciplinar que as obrigações trabalhistas das empresas públicas e das sociedades de economia mista seriam idênticas àquelas aplicáveis às empresas privadas implicaria a possibilidade de dispensar os trabalhadores imotivadamente, como hoje a legislação trabalhista comum facultaria aos empregadores não vinculados à Administração Pública. É dizer: os entes apontados no art. 173 da Constituição, bem como seus gestores de ocasião, teriam liberdade plena para decidir o futuro de seus empregados, sem oferecer qualquer justificação plausível ao trabalhador ou à coletividade que lhe destina recursos públicos.

Não há, contudo, qualquer suporte constitucional para que os empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista venham a ser dispensados imotivadamente, ao contrário do que sustenta o TST. Pode-se alegar, para confrontar essa afirmação, que o art. 173 § 1º, II, da Constituição não se aplica ao empregador público da Administração direta, o que justificaria o tratamento jurisprudencial diferenciado. Ocorre que a controvérsia *não se encerra neste dispositivo constitucional – há outras regras e princípios constitucionais que necessitam ser observados pelas empresas estatais e que unificam, quanto à dispensa do empregado estatal, o seu tratamento jurídico em face das demais entidades da Administração Pública.*

Há que se invocar, para refutar o entendimento consolidado no TST, o princípio da *unidade da Constituição*, segundo o qual o intérprete fica *obrigado* a

considerar o texto constitucional como um todo, com vistas a solucionar possíveis pontos de tensão entre dispositivos constitucionais e integrá-los uma verdadeira *ordem constitucional harmônica*, maximizando a eficácia da Constituição quanto ao reconhecimento de direitos e garantias³³¹.

Além disso, a postura assumida pelo Tribunal Superior do Trabalho evidencia a adoção não só de uma interpretação *limitada*, mas também de uma *compreensão constitucional inadequada*: ao tomar o texto do art. 173 da Constituição como prescrição isolada e, por si só, veiculadora de significado normativo autônomo, o TST procedeu à “interpretação em pedaços”, que compromete sensivelmente a obtenção do adequado significado normativo dos enunciados constitucionais³³².

A mesma Constituição que supostamente consagraria o direito à dispensa imotivada do empregado de empresa pública e sociedade de economia mista, a partir da natureza “privada” dessas entidades, traz as razões que impedem a interpretação isolada do art. 173 nos termos pretendidos pelo TST – basta, para tanto, a leitura do disposto no *caput* do art. 37 da Carta Magna, segundo o qual “a

³³¹ “O princípio da unidade da Constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que o Direito Constitucional deve ser interpretado de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas e, sobretudo, entre os princípios jurídicos-políticos constitucionalmente estruturantes. Como ‘ponto de orientação’, ‘guia de discussão’ e ‘factor hermenêutico de decisão’ o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão [...] existentes entre as normas constitucionais a concretizar. Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais, não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 226). No mesmo sentido: “O princípio da unidade da Constituição tem amplo curso na doutrina e na jurisprudência alemãs. Em julgado que Klaus Stern refere como primeira grande decisão do Tribunal Constitucional Federal, lavrou aquela Corte que ‘uma disposição constitucional não pode ser considerada de forma isolada nem pode ser interpretada exclusivamente a partir de si mesma. Ela está em uma conexão de sentido com os demais preceitos da Constituição, a qual representa uma unidade interna. Invocando tal acórdão, Konrad Hesse assinalou que a relação e interdependência existentes entre os distintos elementos da Constituição exigem que se tenha sempre em conta o conjunto em que se situa a norma. [...] Em decisão posterior, o Tribunal Constitucional Federal alemão voltou a remarcar o princípio, conferindo-lhe, inclusive, distinção especial e primazia: ‘o princípio mais importante de interpretação é o da unidade da Constituição enquanto unidade de um conjunto com sentido teleológico-lógico, já que a essência da Constituição consiste em ser uma ordem unitária da vida política e social da comunidade estatal’ (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo, Saraiva, 1999, p. 182).

³³² “Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer norma da Constituição impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dela – da norma até a Constituição. Uma norma jurídica isolada, destacada, despreendida do sistema jurídico, não expressa significado normativo nenhum” (GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 176-177).

administração pública *direta e indireta de qualquer dos Poderes* da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios *obedecerá aos princípios* de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”. Vê-se, pois, que esse dispositivo constitucional aplica-se a *todos os entes e órgãos integrantes da Administração Pública*, o que, obviamente, inclui as empresas públicas e as sociedades de economia mista (o dispositivo constitucional é expresso ao enunciar “administração pública direta e indireta”).

Em decorrência disso, apesar de serem constituídas sob o molde do direito privado, as empresas estatais *também estão obrigadas a seguir os princípios constitucionais da Administração Pública*, os quais, como visto em capítulo anterior³³³, impõem o dever de *motivar e processualizar* a dispensa do empregado estatal, *independentemente da entidade estatal a que ele esteja vinculado contratualmente*. Nesse sentido, aliás, e contra o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, é o entendimento sumulado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, com jurisdição sobre o Estado do Paraná³³⁴, o que demonstra que muitos dos magistrados do trabalho compreenderam de maneira mais adequada, em comparação com os Ministros do TST, a disciplina constitucional acerca do assunto.

Constata-se, pois, que *os princípios constitucionais da Administração Pública são aplicáveis, indistintamente, a todos os entes e órgãos administrativos, mesmo os que ostentam natureza jurídica de direito privado*, o que limita sobremaneira a liberdade que, segundo o TST, teriam as empresas públicas e sociedades de economia mista para dispensarem livremente os seus empregados.

O Tribunal Superior do Trabalho, ao sustentar esses entendimentos equivocados, “criou” duas categorias de empregado público – o primeiro, trabalhador de entidade da Administração Direta, autárquica ou fundacional, tem direito à “estabilidade” (no conceito equivocado da Corte), ao FGTS e à garantia de jamais ser dispensado imotivadamente. O segundo, empregado de empresa pública ou sociedade de economia mista, não tem direito à estabilidade, nem à motivação da dispensa, tendo apenas o FGTS como “prêmio de consolação”,

³³³ Conferir Capítulo IV, tópico 4.5.

³³⁴ Súmula n. 3 do TRT da 9ª Região: “Administração indireta (empresas públicas e sociedades de economia mista) subordina-se às normas de direito público (art. 37, da CF/88), vinculada à motivação da dispensa de empregado público”.

mesmo tendo conseguido um disputado emprego através de concurso público, de modo idêntico aos trabalhadores “estabilizados” dos entes federativos, autarquias e fundações públicas.

Essa diferenciação entre “empregado estatal de pessoa jurídica de direito público” e “empregado estatal de pessoa jurídica de direito privado”, que se constrói de maneira a afetar diretamente os direitos do *cidadão trabalhador* é, pois, claramente discriminatória, já que concebida sem suporte fático-jurídico algum. E, por isso mesmo, patentemente *inconstitucional*.

7.6 Peculiaridades sobre a dispensa dos empregados das empresas estatais

7.6.1 Os Correios e a sua “equiparação à Fazenda Pública”

No entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, além de não ser protegido por qualquer das modalidades de garantia de emprego, o celetista concursado para ocupar um emprego em empresa pública ou sociedade de economia mista pode ser dispensado sem qualquer motivação, à semelhança do que ocorre com os empregadores privados não-estatais. Esse entendimento, porém, *não prevalece se o trabalhador concursado for admitido como empregado na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT)*. É o que estipula a Orientação Jurisprudencial n. 247 da Subseção de Dissídios Individuais n. 1 (SBDI-1) do TST:

OJ 247 da SBDI-1. SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE.

[...]

II – A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à

execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais³³⁵.

De acordo com o inciso II da mencionada OJ 247 da SBDI-1, a dispensa de empregado da ECT *deve ser motivada*, por gozar a empresa do “mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais”.

Essas benesses concedidas aos Correios teriam sido estipuladas expressamente no art. 12 do Decreto-Lei n. 509/69, que conta com a seguinte redação:

Art. 12. A ECT gozará de isenção de direitos de importação de materiais e equipamentos destinados aos seus serviços, dos privilégios concedidos à Fazenda Pública, quer em relação à imunidade tributária, direta ou indireta, impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, quer no concernente a foro, prazos e custas processuais³³⁶.

A partir dessa norma, o TST resolveu estender para os empregados dos Correios a prerrogativa de somente serem dispensados motivadamente, partindo da noção de que, com a norma do art. 12 do Decreto-Lei n. 509/69, a ECT deteria os “bônus” da Fazenda Pública, o que implicaria também a assunção dos “ônus” dessa posição jurídica.

Foi nesse sentido a exposição do Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, relator do incidente de uniformização de jurisprudência que culminou na edição do inciso II dessa Orientação Jurisprudencial, em novembro de 2007:

[...] merecendo os Correios tratamento privilegiado em relação a tributos fiscais, isenção de custas e execução por precatórios, seus atos administrativos devem se vincular aos princípios que regem a administração pública direta, em especial o da motivação da despedida de empregados³³⁷.

³³⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Orientação Jurisprudencial n. 247 da Subseção 1 da Seção de Dissídios Individuais (SBDI-1)*. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html>. Acesso em: 23 jun. 2010.

³³⁶ BRASIL. Presidência da República. *Decreto-Lei n. 509, de 20 de março de 1969*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del0509.htm>>. Acesso em: 23 jun. 2010.

³³⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Demissões na ECT: TST publica alteração da OJ 247*. Brasília, DF, 13 de novembro de 2007. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/no_noticiasNOVO.Inicio?p_cod_area_noticia=ASCS>. Acesso em: 23 jun. 2010.

A interpretação da norma do art. 12 do Decreto-Lei n. 509/69, porém, não permite verificar, em nenhum momento, que os empregados dos Correios deveriam ser tratados de forma diferenciada em relação aos demais empregados estatais. Pelo contrário: o art. 11 do Decreto-Lei n. 509/69 informa claramente que “o regime jurídico do pessoal da ECT será o da Consolidação das Leis do Trabalho”, o que, embora não exclua a exigibilidade de motivação da dispensa (que advém do art. 37 da Constituição e dos arts. 2º e 50 da Lei n. 9.784/99, como já abordado), vem a reiterar os mesmos parâmetros utilizados pelo TST para negar a necessidade de motivação da dispensa para os demais empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista.

Como também já abordado, sabe-se que o Tribunal Superior do Trabalho baseia-se em dois argumentos para *negar o direito à motivação da dispensa* dos empregados estatais das empresas públicas e sociedades de economia mista, quais sejam: a *ausência de imposição constitucional específica* (consigne-se que a maioria dos Ministros do TST não têm feito uma leitura profunda dos princípios constitucionais) e o fato de que o art. 173 § 1º, II, da Constituição *impõe a aplicabilidade da CLT a esses trabalhadores*, o que consagraria, também para as empresas estatais, a prerrogativa do “direito potestativo de despedir”, tal como ocorre com os demais empregadores privados.

Mostra-se contraditório, portanto, o entendimento sustentado pelo TST no sentido de que os empregados dos Correios teriam direito à motivação da dispensa. Os trabalhadores da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos também não contam com disposição constitucional “específica” que exija a motivação da dispensa. E esses empregados são, do mesmo modo que ocorre com todas as pessoas estatais de direito privado, regidos pela CLT, conforme expressamente estipulado pelo art. 11 do Decreto-Lei n. 509/69 (“o regime jurídico do pessoal da ECT será o da Consolidação das Leis do Trabalho, classificados os seus empregados na categoria profissional de comerciários”). Apesar de estarem presentes as mesmas premissas utilizadas pelo Tribunal Superior do Trabalho para definir que os empregados de empresas estatais não tinham direito à motivação da dispensa, o tratamento jurisprudencial atribuído aos Correios mostra-se sumamente diferenciado.

O TST sustenta uma interpretação “ampliativa” a respeito do teor do art. 12 do Decreto-Lei n. 509/69. Mas em *nenhum momento* essa norma tratou da *situação dos empregados da ECT*, limitando-se a conceder à empresa os “privilégios concedidos à Fazenda Pública”. A única disposição que aborda especificamente a situação dos trabalhadores dos Correios é o art. 11 desse mesmo Decreto-Lei. E esse dispositivo apenas reafirmou a adoção da CLT como regime funcional para esses trabalhadores. Como, aliás, também o faz o art. 173 § 1º, II, da Constituição.

Não há qualquer fundamento jurídico que sustente a possibilidade de o empregado de empresa estatal ser dispensado imotivadamente. Como também não há qualquer razão para que *somente* os empregados dos Correios contem com esse direito. A distinção, portanto, é completamente infundada.

7.6.2 Outras empresas estatais “equiparadas à Fazenda Pública”

No subtópico anterior ficou demonstrado que o art. 12 do Decreto-Lei n. 509/69 em nenhum momento fez a pretendida “equiparação da ECT com a Fazenda Pública” (*rectius: pessoa jurídica de direito público*). Essa disposição legal limitou-se a estender aos Correios três benesses: a *imunidade tributária*³³⁸,

³³⁸ Convém novamente transcrever o teor do art. 12 do Decreto-Lei: “A ECT gozará de isenção de direitos de importação de materiais e equipamentos destinados aos seus serviços, dos privilégios concedidos à Fazenda Pública, quer em relação a imunidade tributária, direta ou indireta, impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, quer no concernente a foro, prazos e custas processuais”. Nesse dispositivo consta, inadvertidamente, a expressão “imunidade tributária”, que foi utilizada de maneira indevida: a imunidade tributária, sediada constitucionalmente, atrela-se à definição de fatos e/ou sujeitos que estão fora da alçada do legislador tributário infraconstitucional – através do reconhecimento dessa imunidade a Constituição impede que o legislador e, conseqüentemente, a autoridade tributária, estabeleçam qualquer tipo de exação relacionada ao sujeito ou fato imunizados pelo texto constitucional. A situação constitucionalmente demarcada como sendo “imune” ao tributo delimita, nessa exata medida, a incompetência das pessoas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) para expedir normas instituidoras de tributos em casos que tais. A previsão legal de exoneração tributária é corretamente aquilatada pela expressão “isenção”, que pressupõe a existência dessa competência impositiva, mas, por alguma razão, a autoridade legislativa tributária *paralisa a atuação da regra-matriz de incidência tributária*, de modo que a situação fática ocorrida *não gerará, juridicamente, os efeitos esperados se não houvesse essa paralisação* (ver, nesse sentido: CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 185 e 495). O STF, contudo, tem entendido que a ECT goza da imunidade tributária quanto à cobrança de impostos, não porque o Decreto-Lei n. 509/69 assim o estipula, mas porque o art. 150, VI, alínea “a” da Constituição também se aplicaria aos Correios, impedindo que os entes da federação cobrem-lhe impostos, apesar de a ECT ser uma empresa pública. Nesse sentido: “Tributário. Imunidade recíproca. Art.

a *impenhorabilidade dos bens* e alguns *benefícios processuais* (gratuidade quanto ao recolhimento de custas processuais e a concessão prazos dilatados para contestar e recorrer).

É certo que, ao *prestar serviço público*, os Correios não se submetem às amarras da “sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários” (art. 173, § 1º, II, da Constituição), estando o seu regime jurídico atrelado ao art. 175 do texto constitucional (“incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”). Esse é, ao menos, o entendimento consolidado no STF³³⁹.

E, em face desse entendimento firmado no STF, de que a *Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos presta serviço público, nos moldes do art. 175 da Constituição*, o TST efetuou duas modificações em sua jurisprudência consolidada: na primeira, retirou da OJ n. 87 da SBDI-1 a referência aos Correios como passível de execução “direta”, sem a formação de precatório³⁴⁰; a segunda

150, VI, ‘a’, da Constituição Federal. Extensão. Empresa pública prestadora de serviço público. Precedentes da Suprema Corte. 1. Já assentou a Suprema Corte que a norma do art. 150, VI, ‘a’, da Constituição Federal alcança as empresas públicas prestadoras de serviço público, como é o caso da autora, que não se confunde com as empresas públicas que exercem atividade econômica em sentido estrito. Com isso, impõe-se o reconhecimento da imunidade recíproca prevista na norma supracitada. 2. Ação cível originária julgada procedente” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cível Originária n. 765/RJ*. Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator para o acórdão Ministro Menezes Direito. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Brasília, DF, 13 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessotexto.asp?id=2609126&tipoapp=rtf>>. Acesso em: 05 fev. 2011).

³³⁹ “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. IMPENHORABILIDADE DE SEUS BENS, RENDAS E SERVIÇOS. RECEPÇÃO DO ARTIGO 12 DO DECRETO-LEI N. 509/69. EXECUÇÃO. OBSERVÂNCIA DO REGIME DE PRECATÓRIO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. À empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do artigo 12 do Decreto-Lei n. 509/69 e não-incidência da restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. 2. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 229696/PE*. Relator: Ministro Ilmar Galvão, Relator para o acórdão Ministro Maurício Corrêa. Órgão julgador: Primeira Turma. Brasília, DF, 16 de novembro de 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessotexto.asp?id=2609126&tipoapp=rtf>>. Acesso em: 05 fev. 2011).

³⁴⁰ “OJ n. 87 da SBDI-1. ENTIDADE PÚBLICA. EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE EMINENTEMENTE ECONÔMICA. EXECUÇÃO. ART. 883 DA CLT. (nova redação – DJU de 16/04/2004). É direta a execução contra a APPA e MINASCAIXA (§ 1º do art. 173, da CF/1988). Histórico: Alterado – DJU de 24/11/2003. IUJ-ROMS 652135/00, Tribunal Pleno. Em 06.11.03, o

modificação foi a inclusão dos empregados dos Correios como detentores do direito à motivação da dispensa, na já mencionada OJ n. 247, II, da SBDI-1, num inusitado *tertium genus*, sem equivalente no restante da jurisprudência do Tribunal em relação a outros empregados estatais concursados.

Em face desse evidente casuísmo que orientou a edição da OJ 247, II, da SBDI-1, não é difícil prever que deve causar novos questionamentos no Tribunal o entendimento que vem sendo sedimentado no STF e que, certamente, será utilizado nas demandas trabalhistas posteriormente.

O entendimento supramencionado – embora não seja tão novo assim – refere-se ao fato de que o STF vem estendendo, *independentemente de previsão legal expressa e mesmo para empresas estatais não federais*, idêntico raciocínio: o fato de certas estatais *prestarem serviços públicos* implica a respectiva exclusão do regime jurídico previsto no art. 173 da Constituição (limitado a empresas estatais que exploram atividade econômica) e o consequente enquadramento na disciplina do art. 175 (que dispõe acerca da prestação de serviços públicos pelo Estado).

São diversas as decisões do STF, principalmente monocráticas, nas quais o recorrente *não é a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, mas sim outras empresas públicas e sociedades de economia mista* que, apesar de não contarem com dispositivo legal específico para assegurar-lhes os benefícios que o art. 12 do Decreto-Lei n. 509/69 estipula, pleitearam – e conseguiram – ter tratamento jurídico análogo ao dos Correios, sendo-lhes reconhecida a impenhorabilidade dos seus bens³⁴¹. Passaram, todas, ao regime de execução

Tribunal Pleno decidiu, por maioria, excluir a referência à ECT da Orientação Jurisprudencial n. 87 da SBDI-1, por entender ser a execução contra ela feita por meio de precatório”.

³⁴¹ “[...] Cinge-se a controvérsia em discussão nestes autos à análise da qualificação jurídica da Infraero, empresa pública federal, para fins de determinar-se a possibilidade de que bens integrantes de seu patrimônio sejam penhorados, em razão de execução fiscal contra ela ajuizada. O acórdão recorrido entendeu que tais bens podem ser objeto de penhora, pois, “o só fato de executar serviço público não torna impenhoráveis ou inalienáveis os bens os bens da Infraero”, até porque, “não havendo lei prescrevendo a afetação dos bens da Infraero, não há que falar em impenhorabilidade nem, tampouco, em imunidade intergovernamental recíproca” (folha 107). Sem razão, contudo. Esta Suprema Corte, em reiteradas oportunidades, já externou o entendimento de que a recorrente é empresa pública que presta serviço público em regime de monopólio e, assim, eventual execução porventura contra ela ajuizada deve sujeitar-se, para sua liquidação, ao regime do precatório [...]. Ante o exposto, nos termos do artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, conheço do recurso extraordinário e lhe dou provimento para cancelar a penhora que recaiu sobre bens da recorrente. Publique-se” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 472490/BA*. Decisão Monocrática do Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 21 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessotexto.asp?id=2794915&tipoapp=rtf>>. Acesso em: 05 fev. 2011). “Trata-se de recurso extraordinário (art. 102, III, a da Constituição)

previsto no art. 100 da Constituição, que estipula as regras para a execução contra a “Fazenda Pública” por meio de precatório³⁴², com base no fundamento de que elas prestam *serviço público*.

Diante dessa situação, e imaginando-se que outras empresas públicas e sociedades de economia mista, desde que comprovem ser *prestadoras de serviço público*, vão pleitear a extensão desse benefício no STF, não é difícil vislumbrar que, num futuro próximo, também o TST deverá deparar-se com esses argumentos veiculados nas diversas reclamações trabalhistas que serão ajuizadas, todas com o objetivo de pleitear a extensão da lógica da “equiparação à Fazenda Pública” aplicada aos Correios para as demais empresas estatais “equiparadas à Fazenda Pública”, o que implicaria, a partir de um simples exercício silogístico, na seguinte constatação: 1) se o que impõe aos Correios o dever de motivar a dispensa de seus empregados é o fato de a estatal ser

interposto de acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região que considerou inaplicável à sociedade de economia mista o regime de precatório (art. 100 da Constituição). Sustenta-se, em síntese, violação dos arts. 5º, LIV e LV, 23, IX, 93, IX e 100 da Constituição. A orientação firmada por esta Corte distingue entre a exploração de atividade econômica e o exercício de serviço público em sentido estrito para fins de aplicação do regime próprio à Fazenda Pública, no que se refere ao pagamento de valores devidos em função do trânsito em julgado de sentenças judiciais. Nesse sentido, singela e isoladamente considerada, a forma jurídica eleita para constituição da pessoa jurídica é irrelevante para determinação do regime jurídico aplicável (empresa pública, sociedade de economia mista ou autarquia). Em sentido próprio, definem o exercício de atividade econômica, isolada ou conjuntamente, o intuito lucrativo (público ou privado, com a distribuição dos resultados sociais) e a necessidade de submissão ao mercado concorrencial (art. 173 da Constituição). [...] No caso em exame, a empresa-recorrente tem por objeto social prestar serviços públicos de abastecimento de água, remoção e tratamento de esgotos sanitários e o planejamento e controle de poluição hídrica em todo o Estado de Alagoas (fls. 47). Trata-se de entidade criada por lei (Lei 2.491/1962) destinada a executar serviço público essencial. Portanto, o acórdão recorrido destoou da orientação firmada por esta Corte. Ante o exposto, conheço do recurso extraordinário e dou-lhe provimento, para determinar que a execução do crédito alegado pela recorrida siga o rito do art. 730 do Código de Processo Civil e do art. 100 da Constituição. Publique-se” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 592004/AL*. Decisão Monocrática do Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 22 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessotexto.asp?id=2758527&tipoapp=rtf>>. Acesso em: 05 fev. 2011). “Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia [...]. A recorrente sustenta que, embora possua caráter jurídico de direito privado, pois é uma empresa pública, presta serviços públicos, razão pela qual a ela não se aplica o disposto no artigo 173 da CF/88. Acrescenta que seus débitos devem ser pagos mediante precatório. Assiste razão à recorrente. [...] Dou provimento ao recurso com esteio no disposto no artigo 557, § 1º-A, do CPC. Declaro invertidos os ônus de sucumbência. Publique-se” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 419875/RO*. Decisão Monocrática do Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 29 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessotexto.asp?id=2486509&tipoapp=rtf>>. Acesso em: 05 fev. 2011).

³⁴² O *caput* do art. 100 da Constituição, com a redação que lhe imprimiu a Emenda Constitucional n. 62/2009, disciplina que “os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim”.

“equiparada à Fazenda Pública” por prestar serviço público, e 2) se outras empresas estatais também são “equiparadas à Fazenda Pública” por prestarem serviço público, logo 3) *todos os empregados das demais empresas estatais prestadoras de serviço público também devem ter o direito de serem despedidos somente por decisão motivada*. Recusar conclusão contrária, partindo-se dessas premissas, seria subverter a lógica. E consolidar uma discriminação.

Se o TST mantiver a tendência de adotar o posicionamento do STF nesses casos, certamente serão necessárias novas Orientações Jurisprudenciais (OJs) para disciplinar cada caso de dispensa de empregado de “empresa pública equiparada à Fazenda Pública” ou de “sociedade de economia mista equiparada à Fazenda Pública”. Embora a solução que consta na atual OJ n. 247, II, da SBDI-1, até seja digna de aplausos (afinal, o TST estaria finalmente está reconhecendo o direito à motivação da dispensa dos empregados estatais), os fundamentos casuísticos que ensejaram a edição dessa Orientação Jurisprudencial certamente serão rediscutidos a cada nova hipótese de “empresa pública equiparada à Fazenda Pública” que despede trabalhador sem a motivação necessária.

Para evitar esse cenário conturbado, que em breve será discutido no Tribunal Superior do Trabalho, bastaria ao TST a simplificação de sua jurisprudência, com a adoção de uma medida simples: o reconhecimento de que os empregados celetistas concursados – *todos eles, independentemente da natureza jurídica do empregador* – são desprovidos da estabilidade constitucional do art. 41; e que *todos, sem exceção*, detêm o direito de somente serem dispensados por ato expressamente motivado e após o devido processo legal administrativo.

A adoção dessa providência sepultaria de vez o debate acerca dessas questões, prevenindo novas situações intrincadas que estão para eclodir no Judiciário Trabalhista, como evidencia os julgados do STF supramencionados.

Além disso, a uniformização de tratamento jurídico quanto à dispensa desses trabalhadores significaria o integral cumprimento dos princípios constitucionais direcionados à Administração Pública, inscritos no *caput* do art. 37 da Constituição de 1988, o que, até o momento, não vem sendo observado pela jurisprudência e o respeito ao Estado Democrático de Direito, incompatível com condutas estatais arbitrárias.

7.7 O cenário discriminatório estabelecido pela jurisprudência

Depois da análise do panorama jurisprudencial acerca das dispensas estatais, é possível afirmar que o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho, em relação a esse assunto, está sedimentado em diversas *providências patentemente discriminatórias*.

A primeira discriminação, exposta na Súmula n. 390, I, diferencia os detentores de estabilidade constitucional a depender *da natureza jurídica do empregador*: se vinculado a pessoa jurídica de direito público, o empregado estatal teria estabilidade; se vinculado a pessoa jurídica de direito privado, ser-lhe-ia negado esse direito. Já foi demonstrado anteriormente que, desde a redação original do art. 41 da Constituição, *nenhum empregado estatal seria detentor de estabilidade constitucional*, ressalvados apenas aqueles alcançados pelo art. 19 do ADCT (que contemplava trabalhadores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além daqueles que laboravam em autarquias e fundações públicas). Mesmo que se pretendesse adotar o (desde sempre equivocado) posicionamento do STF, o TST deveria adotar a cautela de, ao menos, restringir o alcance temporal desse verbete, limitando-o a trabalhadores que tivessem atingido os dois anos de serviço até a edição da EC n. 19/98. Como não se procedeu dessa forma, o TST permanece, independentemente do momento da admissão do trabalhador, reconhecendo a estabilidade constitucional em razão da natureza jurídica do empregador, o que não tem amparo na Constituição de 1988.

A segunda discriminação diz respeito à possibilidade de dispensa imotivada dos empregados concursados de empresas públicas e sociedades de economia mista, situação prevista na OJ 247, I, da SBDI-1. Embora a porta de entrada desses trabalhadores seja idêntica à dos celetistas concursados que são contratados por pessoas jurídicas de direito público (o concurso público) a legislação de regência seja a mesma (a CLT) e eles façam parte da

administração pública, como enfatiza o art. 4º do Decreto-Lei n. 200/67³⁴³, o Tribunal Superior do Trabalho impõe uma diferenciação que não tem razão de ser: enquanto o celetista vinculado aos entes da administração direta, autárquica e fundacional conta com a estabilidade constitucional (além do FGTS, universalizado pelo art. 7º, III, da Constituição), o celetista contratado por empresa pública ou sociedade de economia mista não conta com essa amplitude de proteção, podendo, ainda, ser dispensado a qualquer momento, sem nenhuma justificativa expressa. A interpretação dada pelo Tribunal ao art. 173 da Constituição, da forma isolada como fora concebida, mostra, pois, uma forte marca discriminatória.

A terceira discriminação é aquela cristalizada na OJ 247, II, da SBDI-1: os empregados dos Correios, apesar de serem contratados por empresa pública (sendo, pois, empregados de pessoa jurídica de direito privado), contam, *ao contrário dos trabalhadores de todas as demais empresas públicas e sociedades de economia mista*, com a proteção jurisprudencial de não serem dispensados sem motivação, a partir do frágil fundamento de que “os Correios equiparam-se à Fazenda Pública”, justificativa construída em total descompasso com a legislação específica. Se os Correios, de fato, “equiparam-se à Fazenda Pública”, não há razão para que o TST não estenda aos seus trabalhadores, como o fez para os demais empregados estatais contratados por pessoas jurídicas de direito público (por meio da Súmula 390), a estabilidade constitucional do art. 41.

Pela jurisprudência atualmente consolidada no TST ter-se-ia, pois, dois extremos: de um lado, a “superproteção” dos empregados da administração direta, autárquica e fundacional, detentores da estabilidade constitucional e do direito ao FGTS, só podendo ser dispensados após processo administrativo e com a possibilidade de ficarem em disponibilidade; do outro, a “nanoproteção” concedida aos empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista, desprovidos de qualquer dessas garantias, à exceção do FGTS. Entre os dois extremos, os trabalhadores dos Correios, que não contam com a

³⁴³ “Art. 4º A Administração Federal compreende: I – A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios. II – A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a) autarquias; b) empresas públicas; c) sociedades de economia mista; d) fundações públicas. Parágrafo único. As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade”.

estabilidade (apesar de, contraditoriamente, o TST considerar a ECT como “equiparada à Fazenda Pública”), mas, ao menos, contam com o direito de somente serem dispensados motivadamente.

São, todas, soluções desprovidas de qualquer coerência lógico-jurídica. Mas, por enquanto, é a resposta dada pelo Tribunal Superior do Trabalho a esses casos. Apesar dos patentes equívocos exaustivamente demonstrados.

Capítulo VIII – A processualização da dispensa do empregado estatal

8.1 Natureza da decisão estatal que termina o vínculo de emprego público

É comum, especialmente na jurisprudência trabalhista, deparar-se com a noção, consolidada há bastante tempo, segundo a qual “o ente público, ao contratar pelo regime da CLT, despe-se do seu *jus imperii*, equiparando-se ao empregador da iniciativa privada, para todos os efeitos, sujeitando-se à legislação que rege as relações laborais”³⁴⁴. A fórmula do *jus imperii* é utilizada para caracterizar os chamados “atos de império”, que seriam, como se pode perceber, tidos como inaplicáveis numa relação de emprego, ainda que o empregado fosse ente estatal.

Além disso, tradicionalmente o Direito do Trabalho é tido, ao lado do Direito Civil e do Direito Empresarial, como ramo do *direito privado*, de modo que os atos praticados nos domínios justralhistas são tidos, mesmo quando num dos pólos consta entidade estatal, como “ato de direito privado”, “ato de Administração *lato sensu*” ou, ainda, como “ato de gestão”.

Cumpra, pois, diferenciar sucintamente os conceitos ora contrapostos.

Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, os *atos de império* “seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular [...], sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum”³⁴⁵. Já os *atos de gestão* “seriam praticados pela Administração em situação de igualdade com os

³⁴⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 329149-50.1996.5.02.5555*. Relator: Ministro Rider Nogueira de Brito. Órgão julgador: Quinta Turma. Brasília, DF, 08 de setembro de 1999. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-RR%20-%20329149-50.1996.5.02.5555>>. Acesso em: 29 nov. 2010

³⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 182.

particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços”³⁴⁶.

A teorização acerca do *ato administrativo* foi articulada com base *nos atos de império*. Apenas nessa situação é que se teria “Administração Pública agindo com poderes administrativos”. Os atos de direito privado – ou atos de gestão – não poderiam, pois, ser tidos como atos administrativos, já que faltante o *jus imperii* para configurá-los como tais³⁴⁷.

Essa diferenciação, contudo, para fins de caracterização das decisões estatais, mostra-se completamente anacrônica, já que reflete uma situação típica do Estado de Polícia, em que o Estado – e o governante – não eram responsabilizados pela prática dos atos “típicos da supremacia estatal”³⁴⁸.

Num Estado Democrático de Direito, essa distinção não há como perdurar.

O conceito de *ato administrativo* deve ser atualizado de modo a conceber que esse ato é uma decisão adotada no exercício da função administrativa, entendida esta de maneira ampla, para abarcar toda a atividade realizada por órgãos administrativos, inclusive a prática de atos “regidos pelo direito privado”³⁴⁹.

³⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 183.

³⁴⁷ “Condição primeira para o surgimento do ato administrativo é que a Administração aja nessa qualidade, usando de sua supremacia de Poder Público, visto que algumas vezes nivela-se ao particular e o ato perde a característica administrativa, igualando-se ao ato jurídico privado; a segunda é que contenha manifestação de vontade apta a produzir efeitos jurídicos para os administrados, para a própria Administração ou para seus servidores; a terceira é que provenha de agente competente, com finalidade pública e revestindo forma legal” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 127).

³⁴⁸ “Esta velha distinção está em desuso desde o final do século passado por imprecisa, inexata e haver perdido sua função primordial (excluir responsabilidade do Estado pela prática dos primeiros e admiti-la para os segundos). De acordo com a antiga concepção, só os primeiros seriam verdadeiramente atos administrativos. Tal distinção foi aqui mencionada apenas porque, às vezes, anacronicamente e – é claro – com resultados errôneos, doutrina e jurisprudência pátrias invocam-na para separar atos administrativos de atos de Direito Privado da Administração ou de suas entidades auxiliares que têm personalidade de Direito Privado” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 423). Curiosamente, o mesmo autor, algumas páginas antes (*Ibidem*, p. 379), defende a distinção entre “ato administrativo” e “ato de Administração”, adotando uma postura contraditória a esse respeito.

³⁴⁹ “Do que foi até aqui exposto, concluímos que o ato administrativo é uma declaração realizada no exercício da função administrativa; desde que, porém, por função administrativa tenhamos entendido, entre outras coisas, como toda a atividade realizada por órgãos administrativos, isso implica a que nos refiramos agora a uma antiga distinção vigente no direito administrativo: a possibilidade de que um órgão administrativo atue sob a regência do direito privado” (GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 3 – El Acto Administrativo. 8. ed. Buenos Aires: F.D.A., 2004, p. II-27 – II-28). No original em espanhol: “De lo hasta aquí expuesto concluimos que el acto administrativo es una declaración realizada en el ejercicio de la función administrativa; pero puesto que por función administrativa hemos entendido, entre otras cosas, toda la actividad realizada por órganos administrativos, corresponde que nos refiramos ahora a una

Deve ainda ser ressaltado que, nos casos em que se invoca o “direito privado” para reger as relações entre a Administração e particulares, essa feição privatística geralmente afeta apenas o *objeto* do ato estatal, remanescendo incólume a *aplicação dos preceitos de direito público* quanto a outros aspectos dessa providência adotada pelo Estado – a *competência*, e a *forma*, por exemplo. O ato pode ser *caráter misto*, portanto. Mas *jamais* deve deixar de ser regido pelos preceitos do *direito público*, no todo ou em parte.

Essa é uma ideia desenvolvida por Agustín Gordillo. Segundo sua teorização, um ato estatal tido como “privado” poderia ser fulminado juridicamente quanto à ocorrência de um vício concernente a um aspecto de direito público – relacionado à *competência*, por exemplo – mantendo-se, porém, regular sob o aspecto “privado”. Diante das amarras formais impostas pelo direito público, concebe-se que esse ato, *embora regular sob o ponto de vista do direito privado*, não pode ser convalidável por causa do vício que atinge a *competência* para praticar o ato. Assim, *mesmo nos atos estatais tidos como “privados”, o direito público está presente, e de maneira preponderante na definição do regime jurídico desse ato, que só pode ser caracterizado como “ato administrativo”*³⁵⁰.

vieja distinción en el derecho administrativo: la posibilidad de que un órgano administrativo actúe bajo normas de derecho privado”.

³⁵⁰ “Não negamos completamente a possibilidade de que o direito privado seja em certos casos aplicável às ações dos órgãos administrativos, mas argumentamos que isso não justifica que se diga que em tais casos os atos dos órgãos administrativos sejam atos jurídicos de direito privado e estejam excluídos da definição de ato administrativo. Cabe destacar, com efeito, que nas hipóteses que parte da doutrina aponta, o direito privado aplica-se somente em relação ao objeto do ato praticado pela administração; e que em todos os casos é invariável a aplicação do direito público no que concerne à concorrência, vontade e forma. A afirmação anterior tem sido igualmente aceita por aqueles que defendem a existência de atos civis da administração; mas uma afirmação talvez exclua a outra: se o principal do regime aplicável ao ato é o direito público, não se pode *juridicamente* chamá-lo de *ato de direito privado*. Esta primeira observação é suficiente para apontar a impropriedade de se considerar a existência de atos de direito privado da administração. Poder-se-ia, no máximo, apontar que certos atos serão mistos, regidos em parte pelo direito público (competência, vontade, forma) e em parte pelo direito privado (objeto). Se faltar a competência, cai todo o ato que o direito privado poderia ter dissimulado. Isso, sem dúvida, indica a prevalência que nesses casos o direito público tem sobre direito privado na regulação jurídica do ato. A competência apresenta-se como uma condição prévia e necessária para poder falar-se em ato; a competência, pois, corresponde a existência mesma do ato. É possível vislumbrar facilmente que se o direito privado não chegou a sustentar juridicamente o objeto de um ato praticado por um órgão público, a sua juridicidade pode surgir todavia no direito público; mas se o direito público não confere suporte jurídico à competência exercida, não pode o direito privado reparar o ato quanto à sua validade” (GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 3 – El Acto Administrativo. 8. ed. Buenos Aires: F.D.A., 2004, p. II-29 – II-30). No original em espanhol: “No negamos totalmente la posibilidad de que el derecho privado sea en ciertos casos aplicable a la actuación de los órganos administrativos, pero sostenemos que ello no justifica que se diga que en tales casos los actos de los órganos administrativos sean actos jurídicos de derecho privado y estén excluidos del concepto de acto administrativo. Cabe señalar al efecto que en las hipótesis que parte de la doctrina indica, el derecho privado se aplica sólo con referencia al objeto del acto dictado por la administración; y que

O fato de o vínculo do empregado com o Estado ser “híbrido” (influxos de regras e princípios de direito público e direito privado) reforça essa constatação, pois a relação de emprego, embora seja *materialmente* atrelada às disposições justralhistas (tradicionalmente encaradas como sendo de *direito privado*), as “partes contratantes revelam como peculiaridades formais tanto a posição assumida pela entidade patronal dentro da estrutura da Administração Pública, como o papel desempenhado pelo empregado no exercício da sua função laboral”³⁵¹.

Assim, embora no Direito do Trabalho seja prevalecente a *autonomia da vontade*, como classicamente se concebe quando se aborda o direito privado, essa *autonomia* não vigora, para o empregador estatal, na contratação trabalhista efetuada pela Administração Pública, não sendo possível conceber, pois, a existência de *poder potestativo para despedir o empregado estatal*³⁵². Deve o administrador público, portanto, estar submetido aos princípios constitucionais da Administração Pública e aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, dentre os quais se apresenta a vedação à *arbitrariedade*.

en todos los casos es invariable la aplicación del derecho público en cuanto a la competencia, voluntad y forma. La afirmación precedente ha sido aceptada también por quienes propugnan la existencia de actos civiles de la administración; pero una afirmación tal vez excluye la otra: si lo principal del régimen aplicable al acto es el derecho público, no puede *jurídicamente* llamárselo *acto de derecho privado*. Esta primera observación basta para señalar la improcedencia de considerar que existan actos de derecho privado realizados por la administración. A lo sumo, podría señalarse que ciertos actos serán mixtos, regidos en parte por el derecho público (competencia, voluntad, forma) y en parte por el derecho privado (objeto). Si falta la competencia, cae todo el acto que el derecho privado pueda haber cohonestado. Ello señala sin lugar a dudas la prevalencia que en estos casos tiene el derecho público sobre el derecho privado en la regulación del acto. La competencia se presenta como una condición previa y necesaria para poder hablar de acto; la competencia hace pues a la existencia misma del acto. Es posible advertir fácilmente que si el derecho privado no llegara a sostener jurídicamente al objeto de un acto dictado por un órgano público, la juridicidad del mismo puede todavía surgir del derecho público; pero que si el derecho público no sostiene la conformidad a derecho de la competencia ejercida, no puede el derecho privado socorrer la validez del acto”.

³⁵¹ TEIXEIRA, Sergio Torres. *Proteção à relação de emprego*. São Paulo: LTr, 1998, p. 326.

³⁵² “[...] o Estado não se transforma e nem pode se transformar em empregador comum pelo fato de contratar pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Tal opção não afasta a incidência de princípios e regras constitucionais aplicáveis onde se manifestar o exercício de função administrativa. O poder potestativo, como concebido no direito do trabalho, não cabe onde comanda a denominada relação de administração. O administrador público, na condição de gestor da *res publica*, não detém liberdade para agir de acordo com a sua vontade que, aliás, é irrelevante no que atine aos empregados públicos, pois estes são servidores do Estado e não da pessoa do administrador público, como ocorreria numa relação de natureza privada. Não há que se falar, portanto, em poder potestativo do empregador, já que tal figura somente existe (e dentro de limites razoáveis) no âmbito de aplicação da norma trabalhista em sua pureza de conteúdo, o que significa dizer que, no sítio de um regime híbrido, a hipótese jamais ocorre” (FREITAS. Ney José de. *Dispensa de Emprego Público e o Princípio da Motivação*. Curitiba: Juruá Editores, 2002, p. 133).

Consigne-se, ainda, que essas afirmações são aplicáveis tanto às entidades estatais de direito público (União, Estado, Distrito Federal, autarquias e fundações públicas) quanto às entidades de direito privado (empresas públicas e sociedades de economia mista), afinal todas elas ingressam no conceito de *entidade estatal*. Tem-se, pois, que, em qualquer caso, a dispensa de empregado, conquanto reflita uma situação contratual de um ramo do *direito privado* (o Direito do Trabalho), é *ato administrativo*, já que devem estar previstos todos os requisitos formais “publicísticos” para tanto, independentemente de o seu objeto ser caracterizado como “privado”.

No que concerne às pessoas estatais de direito privado, empresas públicas e sociedades de economia mista referidas no art. 173 da Constituição, *estas também são classificadas como “privadas” em razão do seu objeto* (exploração de atividade econômica), e não quanto às demais formalidades estruturais e operacionais próprias do direito público. Daí porque também praticam *ato administrativo* ao dispensarem um empregado.

Quanto às empresas estatais que prestam *serviço público*, estas também devem seguir os ditames do *direito público* para dispensarem empregados. Perceba-se que nessa situação a exigência de vinculação ao direito público é ainda mais realçada quando em comparação com as entidades estatais *exploradoras de atividade econômica*. Isto porque a prestação de serviço público é uma satisfação à sociedade que deve ser cumprida *diretamente pelo Estado*. Como o serviço público prestado pelo Estado não ingressa no mercado concorrencial, *não há porque disciplinar os atos administrativos dessas empresas como sendo “ato privado”*. Não por acaso, já há vozes na doutrina que pugnam pelo reconhecimento da *personalidade jurídica de direito público* a essas entidades *prestadoras de serviço público*, que somente seriam caracterizadas como de “direito privado” a partir de uma “ficção jurídica”³⁵³.

³⁵³ “[...] na interpretação do texto constitucional avulta esse aspecto: a Constituição somente prevê a existência de empresas públicas ou sociedades de economia mista gerindo atividades econômicas simples, não assim explorando serviços públicos industriais ou comerciais. Dito de outra forma, o legislador constituinte não acolheu a constituição de empresas públicas ou sociedades de economia mista para a exploração de serviços públicos industriais ou comerciais como sendo algo natural ao sistema orgânico da Administração Pública. [...] Conclui-se, pois, que, quando o legislador ordinário cria uma empresa pública (*lato sensu*) para gerir serviço público industrial ou comercial diante do texto constitucional brasileiro, ele comete uma impropriedade jurídica flagrante, devendo então a personalização privada que a lei correspondente operar ser tomada por simulação jurídica” (MUKAI, Toshio. *O direito administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*. 2. ed. Belo Horizonte:

Assim, em relação a *qualquer dos empregadores estatais*, o ato de dispensa do empregado público é *ato administrativo* ou *decisão administrativa*, o que implica firmar posição no sentido de que *o procedimento para a dispensa do empregado estatal será uniformemente processualizado em qualquer entidade estatal, de direito público ou direito privado*, ressalvadas disposições legais específicas que não afetem as garantias constitucionalmente reconhecidas ao *cidadão trabalhador*.

8.2 Parâmetros legais para a processualização da dispensa

O diploma genérico do processo administrativo brasileiro é a Lei n. 9.784/99, que, segundo sua própria ementa, “regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal”. Apesar da restrição do alcance da lei apenas aos órgãos e entes da União, *todos os entes estatais da federação devem seguir os preceitos de processualização das despedidas dos empregados públicos*, independentemente da existência de lei específica.

Há, no entanto, um entrave a ser resolvido, que se refere aos Estados e Municípios que não contam com legislação própria de processo administrativo (é o caso do Estado da Bahia e do Município de Salvador, por exemplo). Como cada ente da federação tem autonomia para regular a estrutura e funcionamento da respectiva Administração Pública, resta saber como funcionará o processamento das dispensas dos empregados públicos nessas entidades.

Para responder a essa questão, é necessário invocar o seguinte raciocínio, inteiramente calcado *no direito fundamental à efetivação da Constituição*: 1) o Estado Democrático de Direito e o direito à cidadania impedem que o cidadão – e dentre eles, *o cidadão que é empregado do Estado* – seja vitimado por práticas arbitrárias do Estado, do que se conclui ser necessária uma abertura à participação do indivíduo diante das decisões do Estado, o que ocorrerá através de um *processo*; 2) a Constituição também enumera diversos princípios relacionados à Administração Pública, os quais impõem ao Estado o dever de

decidir *fundado em motivo e externado em motivação*, não sendo possível que o cidadão seja atingido por uma decisão estatal sem conhecer as razões que embasam o ato; 3) em consequência, se não há norma processual administrativa estadual ou municipal que assegure o *pleno exercício dos direitos e a plena proteção às garantias democráticas e constitucionais do cidadão*, é forçoso reconhecer que o exercício desse direito e a limitação contra os abusos estatais devem ser exercidos tendo o processo administrativo como *locus* da controvérsia.

A omissão do Estado e/ou do Município em efetivar a regulamentação do processo administrativo nas esferas estadual e municipal *não pode obstruir*, pois, *o exercício pleno da fundamentalidade constitucional*. Não por acaso, firmou-se na doutrina o entendimento de que o cidadão tem o direito não só à proteção de seus direitos *substanciais* mas também o direito à respectiva regulação para efetiva fruição desses direitos³⁵⁴.

Nada impede, pois, que a Lei n. 9.784/99, originalmente circunscrita apenas à esfera da Administração Pública Federal, seja adotada, como parâmetro de regulação, para o processo administrativo relacionado à dispensa de empregado público, estadual ou municipal, incluindo respectivas empresas públicas e sociedades de economia mista, situação que, aliás, já é conhecida e pacificamente aceita pela jurisprudência firmada no Superior Tribunal de Justiça³⁵⁵.

No exercício da competência legislativa constitucionalmente prevista, o Estado e/ou o Município pode editar uma lei de processo administrativo “genérica”, nos moldes da lei federal existente. É possível até mesmo uma lei específica para disciplinar as hipóteses de dispensa de empregado estatal no

³⁵⁴ “[...] assiste ao cidadão, além do direito fundamental material definido na norma constitucional, o direito subjetivo à regulação legislativa (ou normativa, para sermos mais amplos), por meio da emissão da lei ou da norma necessária à efetivação constitucional. É como se a norma constitucional carente de regulação encerrasse dois comandos: a) o comando reconhecedor do direito material e b) o comando determinador da regulação. O dever de legislar, entretanto, pode consistir tanto na obrigação de regular norma constitucional carente de normalização como na obrigação de substituir norma ou lei insatisfatória e incompleta por outra que atenda integralmente a imposição constitucional. Isso reflete, aliás, as categorias *omissão total* e *omissão parcial*, como conseqüências jurídicas do descumprimento, respectivamente, desse dever de emanar normas” (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 360).

³⁵⁵ “RECURSO ESPECIAL. LEI N. 9.784/99. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA. ESTADOS E MUNICÍPIOS. [...] A Lei 9.784/99 pode ser aplicada de forma subsidiária no âmbito dos demais Estados-Membros, se ausente lei própria regulando o processo administrativo no âmbito local. Precedentes do STJ” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1148460/PR*. Relator: Ministro Castro Meira. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, DF, 19 de outubro de 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Acordaos/IntegraAcordao.asp?num_registro=200900305180&dt_publicacao=28/10/2010>. Acesso em: 29 nov. 2010).

âmbito de cada ente federativo. Essas leis estaduais e municipais, porém, *não podem reduzir o patamar de garantia dos administrados a níveis que inviabilizem ou dificultem o exercício de qualquer dos direitos individuais no curso do processo*. Assim, essas leis, acaso promulgadas, devem garantir a publicidade e a comunicação dos atos, a motivação das decisões, a amplitude da possibilidade de produção de provas e a garantia de pelo menos uma resposta e um recurso hierárquico. Sem esses instrumentos mínimos, não há como essa lei manter-se no ordenamento jurídico, haja vista a sua *inconstitucionalidade* por atingir o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

8.3 A reiteração legal da necessidade de motivar as decisões

A exposição acerca da necessidade de motivação das decisões estatais foi objeto de um capítulo específico neste estudo (Capítulo IV). Interessava, para aquela abordagem, a análise das interações *constitucionais* entre motivação, processualização e Estado Democrático de Direito.

Nesta oportunidade, à vista da análise específica da dispensa do trabalhador estatal, torna-se relevante destacar um tópico, ainda que breve, a respeito da *motivação da dispensa do empregado estatal como exigência legal*, estabelecida na Lei n. 9.784/99.

Segundo estipula o *caput* do art. 2º da Lei, a Administração Pública “obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, *motivação*, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, *ampla defesa*, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”. Essa menção refere-se aos *princípios* que a Administração Pública deverá seguir em sua rotina, e que, exatamente por constituírem o vértice da atuação estatal, devem impregnar toda a atividade administrativa.

Dentre eles figura expressamente o da *motivação*, como acima destacado. Também é expressamente mencionado o princípio da *ampla defesa*, que se aperfeiçoa com a motivação: afinal, somente pode exercer plenamente a defesa o

administrado que conhece as razões de fato e de direito que fundamentam eventual decisão administrativa contrária aos seus interesses³⁵⁶.

Cabe ressaltar que esses princípios não se circunscrevem apenas aos “processos administrativos” formalmente instaurados, cujos autos estejam em tramitação com esse *nomen juris*. Na verdade, a Lei n. 9.784/99 condiciona *toda a atividade decisória do Estado* e menciona a expressão “princípios” exatamente para indicar a amplitude de sua regulação³⁵⁷.

Além disso, a Lei n. 9.784/99 estipula algumas regras basilares, denominada normativamente de “critérios”, que estão previstos no Parágrafo Único do art. 2º da Lei. Dentre eles se destacam, em relação à respectiva interação com o princípio da motivação, o enunciado do art. 2º, Parágrafo Único, inciso VII (“indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão”) e inciso VIII (“observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados”). O primeiro desses incisos indica critério que se amolda exatamente na noção de motivação que foi trabalhada em capítulo específico deste texto (Capítulo IV), enquanto o segundo, quanto às formalidades, alinha-se com a motivação na medida em que uma das formalidades essenciais das decisões estatais é a enunciação formal dos motivos de fato e os fundamentos jurídicos. Ou seja: a própria *motivação*.

Assim, se remanesca alguma dúvida quanto à obrigatoriedade de motivação das decisões estatais, a partir do argumento de que a Constituição não

³⁵⁶ “Na medida em que a ampla defesa não pode ser compreendida como singela garantia formal ou abstrata, mas como um dos aspectos da participação efetiva do interessado no esclarecimento e formação das decisões da Administração, faz-se necessário o pleno conhecimento das razões dos atos administrativos, pois somente assim poderá manifestar-se a respeito deles” (MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99*. 2. ed. at. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 258).

³⁵⁷ “Não se trata, seja no caso federal como no estadual, de mais uma lei sobre os *trâmites* exigidos em certos processos da Administração. A denominação, aqui, engana, tendo em vista a tendência de os leitores fazerem uma associação com a experiência anterior, de textos normativos tratando de processos administrativos específicos. Mas isso seria um equívoco. Uma lei geral de processo administrativo não regula apenas os chamados processos administrativos em sentido estrito, mas *toda a atividade decisória da Administração*, sem exceções, independentemente do modo como ela se expressa. Na visão brasileira mais comum, processo administrativo é um conjunto de *trâmites* exigidos em certas situações especiais, especialmente na demissão de servidor (processo disciplinar), no lançamento ou autuação tributária, bem como em sua impugnação (processo fiscal ou tributário). Quando pensamos na ação administrativa como um todo, normalmente não vinculamos a ela a idéia de processo. É justamente a essa visão que uma lei geral de processo (ou procedimento) administrativo se opõe radicalmente” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Processo e Procedimento Administrativo no Brasil*. In: _____; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coords.). *As leis de processo administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 19). Destaque conforme o original.

consagrou expressamente esse princípio, a Lei n. 9.784/99, de aplicabilidade *para todas as decisões estatais*, supera essas posturas restritivas quanto à salvaguarda dos direitos dos administrados.

Nos termos do art. 50 da Lei n. 9.784/99, há um rol de atos que devem ser motivados, desde que se adote qualquer das providências seguintes: neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses (art. 50, I); imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções (art. 50, II); decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública (art. 50, III); dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório (art. 50, IV); decidam recursos administrativos (art. 50, V); decorram de reexame de ofício (art. 50, VI); deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais (art. 50, VII); importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo (art. 50, VIII).

Esse rol abarca quase todas as possibilidades decisórias da Administração, mas parece não mencionar a necessidade de motivação para os atos que *ampliem* direitos³⁵⁸. Trata-se, no entanto, de omissão aparente: ao abordar, no art. 50, I, a necessidade de motivar atos que *afetem* direitos ou interesses, a Lei não utilizou a expressão com conotação negativa, até porque já o fizera isso antes, no mesmo inciso, no uso dos termos “neguem” (recusa total de concessão do direito nos termos pretendidos) e “limitem” (recusa parcial). O sentido de “afetar” é o de “dizer respeito”, “tocar”, independentemente de conotações positivas e negativas, até porque não faria sentido em utilizar a expressão “afetem” no mesmo sentido de “limitem”, ainda mais num mesmo inciso. Assim, conclui-se que os atos *ampliativos* de direitos *também devem ser expressamente motivados*, haja vista que ele *afeta* – positivamente – direitos e interesses do administrado.

A Lei n. 9.784/99 também enuncia que “a motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que,

³⁵⁸ “Conquanto seja certo que o arrolamento em apreço abarca numerosos e importantes casos, o fato é que traz consigo restrição intolerável. Basta lembrar que em País no qual a Administração freqüentemente pratica favoritismos ou liberalidades com recursos públicos a motivação é extremamente necessária em atos *ampliativos* de direito, não contemplados na enumeração. Assim, parece-nos inconstitucional tal restrição, por afrontar um princípio básico do Estado de Direito” (MELLO. Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 507-508).

neste caso, serão parte integrante do ato” (art. 50 § 1º). Ao se exigir motivação clara, explícita e congruente, a lei reitera a necessidade de que a motivação preencha os seus requisitos, que já foram expostos em capítulo anterior (Capítulo IV). A referência a pareceres e outros fundamentos extrínsecos ao ato significa que a lei reconhece a validade da motivação *aliunde* ou *per relationem*, que são plenamente aptas a suprirem a necessidade de motivação da decisão estatal, desde que seja concedido ao administrado acesso irrestrito a essa fundamentação anteriormente exarada.

A lei ainda ressalta que “na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados” (art. 50 § 2º). Admite-se, pois, como cumprimento da obrigação de motivar, o uso de mecanismos padronizados de decisão, no sentido já abordado neste texto anteriormente³⁵⁹.

Encerrando a sua abordagem específica sobre a motivação, a Lei n. 9.784/99 estipula que “a motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito” (art. 50 § 3º). Os debates que conduziram à decisão são, pois, a própria motivação da decisão colegiada.

8.4 Tramitação genérica do processo de dispensa do empregado estatal

O processo administrativo pode iniciar-se de ofício ou a pedido de interessado (art. 5º da Lei n. 9.784/99). Na hipótese, como é do empregador estatal o interesse na dispensa, caberá a ele deflagrar a abertura do processo.

A definição sobre quem deverá conduzi-lo deverá ser adotada a partir da conjugação de duas variantes: caberá a autoridade de menor grau hierárquico a condução do feito (art. 17 da Lei n. 9.784/99), o que geralmente implica a assunção da responsabilidade à chefia imediata do trabalhador; mas não é incomum a situação de a própria chefia imediata ter interesse, direto ou indireto, no reconhecimento da justa causa e na conseqüente dispensa do empregado, o

³⁵⁹ Conferir Capítulo V, tópico 5.4, nota de rodapé n. 189.

que viola o art. 18, I, da Lei n. 9.784/99. Por isso, recomendável que a autoridade que se responsabilizará pelo andamento do feito tenha ao menos o *mesmo grau hierárquico que o chefe imediato do empregado, mas não faça parte da estrutura organizacional na qual o trabalhador está inserido*, não tendo, pois, vinculação vertical com o empregado (mesma secretaria, mesmo departamento, etc.).

O *interesse direto ou indireto na matéria* é, com base no art. 135, V, do Código de Processo Civil³⁶⁰, hipótese nítida de *suspeição*, apesar de o art. 18, I, da Lei n. 9.784/99 não fazer a distinção devida. Sendo assim, a demonstração dessa circunstância é subjetiva, cabendo ao empregado, em eventual questionamento judicial da dispensa, produzir a prova pertinente. Apesar do ônus da prova da *suspeição* recair sobre o trabalhador, é recomendável que se adotem as cautelas ora recomendadas.

Instaurado o processo, deve o trabalhador ser intimado a respeito de sua instauração. O art. 26 da Lei n. 9.784/99 estabelece a necessidade de intimação do interessado *para ciência de decisão* ou para a *efetivação de diligências*. A abertura de processo que visa a reconhecer, formalmente, a ocorrência de justa causa por parte do empregado *é, sem dúvida, uma decisão*. E como tal, deve o trabalhador ser cientificado disso.

A intimação deve ser *pessoal*, sendo inválido ato realizado por meio de órgão oficial de imprensa³⁶¹, a não ser que o interessado seja indeterminado ou desconhecido ou tenha domicílio indefinido (art. 26 § 4º da Lei n. 9.784/99).

A intimação deverá conter, segundo o art. 26 § 1º da Lei n. 9.784/99, as seguintes informações:

- 1) a *identificação do intimado e nome do órgão ou entidade administrativa*;

³⁶⁰ “Art. 135. Reputa-se fundada a *suspeição* de parcialidade do juiz, quando: [...] V – interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes”

³⁶¹ “RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. [...] RECURSO ADMINISTRATIVO. INTIMAÇÃO PESSOAL DA INCLUSÃO EM PAUTA APENAS VIA DIÁRIO OFICIAL. ILEGALIDADE. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL. OFENSA À AMPLA DEFESA. [...] De acordo com o art. 39, § 1º. da Lei 7.692/2002, do Estado do Mato Grosso, que regula o processo administrativo no âmbito estadual mato-grossense, a intimação dos atos processuais deve ser efetuada por meio que assegure a certeza da ciência do interessado, o que não se coaduna com a sua mera publicação no Diário Oficial; uma das mais essenciais características do devido processo contemporâneo é a da ampla defesa, que preserva ao indivíduo o pleno conhecimento do que há a seu respeito, e isso tem a sua eficácia condicionada pela efetiva ciência do interessado” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 24551/MT*. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Órgão julgador: Quinta Turma. Brasília, DF, 03 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000356693%27>>. Acesso em: 29 nov. 2010).

2) a *finalidade da intimação*, situação em que deverá ser comunicada ao trabalhador qual é a providência a ser adotada a seguir, sob pena de invalidade do ato processual que ocorrer depois da intimação;

3) *data, hora e local em que deve comparecer*, observando-se que o trabalhador deverá ter, pelo menos, três úteis, a contar do recebimento da intimação, para o comparecimento, embora o seu comparecimento supra a irregularidade (art. 26 § 5º da Lei n. 9.784/99);

4) *se o intimado deve comparecer pessoalmente, ou fazer-se representar*, a os atos processuais podem ser presenciados por preposto; em qualquer fase processual, porém, é direito do empregado constituir advogado para que o acompanhe no desenrolar do feito, embora a constituição do profissional de advocacia não seja obrigatória³⁶²;

5); *informação da continuidade do processo independentemente do seu comparecimento*; essa situação, porém, “não importa o reconhecimento da verdade dos fatos, nem a renúncia a direito pelo administrado” (art. 27 da Lei n. 9.784/99);

6) *indicação dos fatos e fundamentos legais pertinentes*. Aspecto mais relevante da intimação. Não basta apenas indicar o fato (motivo) ensejador do processo, impõe-se ainda enunciar expressamente a sua ocorrência, bem como apresentar os fundamentos legais (*rectius*: jurídicos) correspondentes. Assim, toda intimação deverá *veicular a motivação da decisão estatal que ensejou a instauração do processo*.

Iniciada a instrução do feito, poderá o empregado produzir provas, inclusive requerendo a realização de diligências externas e perícias (art. 38 da Lei n. 9.784/99). Em qualquer situação de produção de prova, *ainda que não implique diligência externa*, o empregado deverá ser comunicado com, no mínimo, três dias úteis de antecedência em relação ao momento previsto para a produção da prova (art. 41 da Lei n. 9.784/99). Encerrada a instrução, o empregado “terá o direito de manifestar-se no prazo máximo de dez dias, salvo se outro prazo for legalmente fixado” (art. 44 da Lei n. 9.784/99).

³⁶² “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n. 5*. Brasília, DF, 16 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJe_105_11_06_2008.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2010).

Caso o órgão que ficou à frente da instrução não seja o mesmo que decidirá a respeito do assunto tratado no processo, este deverá elaborar o *relatório*, no qual constará o pedido inicial e o conteúdo das fases do procedimento, indicando, por óbvio as provas que foram produzidas e o teor dos elementos de convencimento obtidos, além de formular proposta de decisão, *objetivamente justificada*, encaminhando o processo à autoridade competente (art. 47 da Lei n. 9.784/99).

A Administração, após o encerramento da instrução, terá “prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada” (art. 49 da Lei n. 9.784/99).

Decidida a questão envolvendo o trabalhador, este terá dez dias para apresentar recurso (art. 59, *caput*, da Lei n. 9.784/99), que deverá ser decidido em trinta dias (art. 59 § 1º da Lei n. 9.784/99), podendo este prazo ser estendido, desde que a prorrogação esteja fundada em justificativa expressa.

Da decisão do recurso poderá resultar ou não agravamento à situação do trabalhador (art. 64 da Lei n. 9.784/99). Decidida a questão na esfera recursal, é possível submeter essa decisão a uma revisão, que poderá ocorrer “a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada” (art. 65, *caput*, da Lei n. 9.784/99). Da revisão, contudo, ao contrário do que ocorre no recurso, não poderá resultar agravamento da situação do trabalhador (art. 65, Parágrafo Único).

8.5 Extinção do emprego estatal fundada em justa causa do empregado

Segundo Mauricio Godinho Delgado, “justa causa é o motivo relevante, previsto legalmente, que autoriza a resolução do contrato de trabalho por culpa do sujeito contratual comitente da infração”³⁶³.

A dispensa por justa causa, pois, consiste no rompimento do contrato por iniciativa do empregador, em face de conduta *culposa* do trabalhador que *implica*

³⁶³ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 1.180.

a violação de um dever jurídico expressamente previsto em lei. Sua conformação jurídica assemelha-se à *demissão* do servidor estatutário estável: a perda da ocupação pública (emprego no caso do celetista, cargo no caso do servidor estatutário) decorre, em ambos os casos, de *conduta culposa* do trabalhador.

As principais hipóteses de justa causa do empregado estão descritas nas alíneas do art. 482 da CLT, em rol que, apesar de ser taxativo (*numerus clausus*), abriga modalidades tão amplas de justas causas “que se torna raro, na realidade, sobrar qualquer ato faltoso que não possa ser enquadrado em dos constantes do texto legal”³⁶⁴.

A primeira modalidade de *justa causa* reconhecida pela Consolidação das Leis do Trabalho é a prática de *ato de improbidade* (art. 482, “a”), que consiste numa “conduta faltosa obreira que provoque dano ao patrimônio empresarial ou de terceiro, em função de comportamento vinculado ao contrato de trabalho, com o objetivo de alcançar vantagem para si ou para outrem”³⁶⁵.

A segunda espécie de conduta tipificada como justa causa é a que se refere à *incontinência de conduta ou mau procedimento* (“art. 482, “b”). A primeira “consiste na conduta culposa do empregado que atinja a moral, sob o ponto de vista sexual, prejudicando o ambiente de trabalho ou suas obrigações contratuais”³⁶⁶, enquanto o mau procedimento é “conduta culposa do empregado que atinja a moral, sob o ponto de vista geral, excluído o sexual, prejudicando o ambiente laborativo ou as obrigações contratuais do obreiro”³⁶⁷.

A terceira espécie de justa causa é a *negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço* (art. 482, “c”). Há, pois, duas condutas alternativas: *ou* a negociação habitual é feita sem permissão e concorrendo deslealmente com o empregador *ou* a negociação habitual atrapalha a prestação do serviço, caso em que não é necessário perquirir-se a respeito de permissão ou não do empregador.

A quarta modalidade refere-se à *condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena*

³⁶⁴ CATHARINO, José Martins. *Contrato de Emprego*. 2. ed. Guanabara: Trabalhistas S/A, 1965, p. 340.

³⁶⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 1.190.

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 1.191.

³⁶⁷ *Ibidem*, *loc. cit.*

(art. 482, “d”). Não é qualquer condenação criminal que justifica essa justa causa, mas apenas aquela que se refira à imposição de pena privativa de liberdade³⁶⁸ – nesse caso, não havendo prestação do serviço *por responsabilidade do trabalhador*, é facultado ao empregador o direito de promover a dispensa por justa causa. Tem-se, pois, que o principal aspecto dessa modalidade de justa causa não é a condenação criminal, mas sim a *impossibilidade material de execução do contrato por parte do empregado recolhido ao estabelecimento prisional*³⁶⁹. Apesar de o empregado ter sido responsável pela sua prisão, não há propriamente conduta *faltosa relacionada ao desempenho de suas tarefas* nesse caso³⁷⁰.

A quinta espécie de justa causa refere-se à *desídia no desempenho das respectivas funções* (art. 482, “e”). Deve o empregador observar que a desídia, para fins de dispensa por justa causa, não é configurada com um ato isolado apenas³⁷¹. É necessária a demonstração não apenas de um *ato* desidioso, mas sim de uma *conduta desidiosa*, o que somente se configura com a reiteração da prática.

A sexta hipótese, *embriaguez habitual ou em serviço* (art. 482, “f”), está cada vez mais fadada ao desuso. Isto porque o Código Civil reconhece a relativa incapacidade dos “ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido” (art. 4º, II), destinando aos indivíduos acometidos desse mal a posição de vítimas, não de algozes. Além disso, a jurisprudência já se fixou no sentido de que o *alcoolismo, sendo doença, enseja tratamento médico e/ou encaminhamento ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)*, de modo que é extremamente difícil para o empregador obter o reconhecimento da licitude de sua conduta quando despede o trabalhador com base nesse argumento³⁷².

³⁶⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 1.193.

³⁶⁹ DALLEGRAVE NETO, José Affonso; VIANNA, Cláudia Salles Vilela. *Rescisão do Contrato de Trabalho – Doutrina e Prática*. São Paulo: LTr, 2001, p. 51.

³⁷⁰ TEIXEIRA, Sergio Torres. *Proteção à Relação de Emprego*. São Paulo: LTr, 1998, p. 138.

³⁷¹ *Ibidem*, loc. cit.

³⁷² “AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ALCOOLISMO CRÔNICO. JUSTA CAUSA. DA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 482, ‘F’, DA CLT. A decisão do Regional, quanto ao afastamento da justa causa, não merece reparos, porquanto está em consonância com o entendimento desta Corte Superior, inclusive da SBDI-1, no sentido de que o alcoolismo crônico é visto, atualmente, como uma doença, o que requer tratamento e não punição. Incólume o artigo 482, alínea ‘f’, da CLT. Agravo de instrumento conhecido e não provido” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de Instrumento no Recurso de Revista n. 34040-08.2008.5.10.0007*. Relatora: Ministra Dora Maria da Costa. Órgão julgador: Oitava Turma.

A sétima modalidade, *violação de segredo da empresa* (art. 482, “g”), envolve a divulgação não autorizada de técnicas, métodos ou patentes que, tornados públicos, prejudiquem a atividade empresarial.

A oitava espécie de justa causa é o *ato de indisciplina ou de insubordinação* (art. 482, “h”). São duas circunstâncias distintas: a primeira diz respeito ao “descumprimento de regras, diretrizes ou ordens gerais do empregador ou de seus prepostos e chefias, impessoalmente dirigidas aos integrantes do estabelecimento ou da empresa”³⁷³. Já a segunda refere-se ao “descumprimento de ordens específicas recebidas pelo empregado ou grupo delimitado de empregados. É o desatendimento pelo obreiro a ordem direta por ele recebida do empregador ou dos prepostos e chefias deste”³⁷⁴.

A nona situação, *abandono de emprego* (art. 482, “i”), necessita de duas circunstâncias cumulativas para ser configurada: a primeira, sob o aspecto *objetivo*, o prazo de afastamento do trabalho, que foi fixado pela jurisprudência em trinta dias³⁷⁵, a partir de critério semelhante estabelecido no art. 472 § 1º da CLT³⁷⁶; a segunda, sob o aspecto *subjetivo*, refere-se à intenção do empregado de não retornar ao emprego, situação de difícil comprovação na prática, mas que vem sendo aceita no meio justralhista se configurada com lastro em prova razoável como o envio de correspondência com aviso de recebimento à residência do empregado ou a comprovação do que o trabalhador obteve novo emprego em horários que incompatibilizam o exercício das duas ocupações concomitantemente³⁷⁷.

Brasília, DF, 14 de abril de 2010. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-AIRR%20-%2034040-08.2008.5.10.0007>>. Acesso em: 29 nov. 2010).

³⁷³ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 1.196.

³⁷⁴ *Ibidem*, loc. cit.

³⁷⁵ “Presume-se o abandono de emprego se o trabalhador não retornar ao serviço no prazo de 30 (trinta) dias após a cessação do benefício previdenciário nem justificar o motivo de não o fazer” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n. 32*. Brasília, DF, 21 de novembro de 2003. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html>. Acesso em: 29 nov. 2010).

³⁷⁶ “Art. 472. O afastamento do empregado em virtude das exigências do serviço militar, ou de outro encargo público, não constituirá motivo para alteração ou rescisão do contrato de trabalho por parte do empregador. § 1º. Para que o empregado tenha direito a voltar a exercer o cargo do qual se afastou em virtude de exigências do serviço militar ou de encargo público, é indispensável que notifique o empregador dessa intenção, por telegrama ou carta registrada, dentro do prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados da data em que se verificar a respectiva baixa ou a terminação do encargo a que estava obrigado [...]”.

³⁷⁷ Nesse sentido: DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 1.197.

A décima hipótese de justa causa, *ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem* (art. 482, “j”), é bastante semelhante à décima primeira hipótese, *ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem* (art. 482, “k”). Há, porém, duas diferenças fundamentais: a primeira dessas modalidades de justa causa atinge qualquer pessoa, enquanto a segunda dirige-se ao empregador e superiores hierárquicos; a outra diferença é que, na primeira delas, o ato deve ser praticado no serviço (leia-se: não exatamente durante a prestação do serviço, mas sim no estabelecimento de trabalho), enquanto a segunda hipótese de justa causa configura-se independentemente dessa circunstância.

A décima segunda é a *prática constante de jogos de azar* (art. 482, “l”). Esta espécie de justa causa somente tem algum respaldo jurídico se afetar o desempenho das tarefas laborais. A postura assumida pelo trabalhador fora do ambiente de trabalho, e sem correlação com este, diz respeito à sua vida privada, que é constitucionalmente inviolável (art. 5º, X, da Constituição).

A décima terceira é a *prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios contra a segurança nacional* (art. 482, Parágrafo Único). Trata-se de modalidade insubsistente na atual ordem constitucional, pois ora se apóia num “inquérito administrativo” que é não mais existe, ora permite que o trabalhador seja “sentenciado” por autoridade não judiciária, o que viola o princípio do juiz natural (art. 5º, LIII), ora aborda hipótese – ocorrência de infração penal, nos termos da Lei de Segurança Nacional (Lei n. 7.170/83) – que é abarcada por uma ou mais de uma das alíneas anteriores do art. 482 da CLT.

A CLT ainda prevê uma hipótese de justa causa em razão de descumprimento de dever relacionado ao ambiente de trabalho: é o caso de o trabalhador recusar-se a obedecer as diretrizes de prevenção e proteção estabelecidas pelo empregador e/ou de não utilizar equipamento de proteção individual (EPI). Essa hipótese de justa causa está estipulada no art. 158 da CLT.

8.6 Processualização da dispensa por justa causa do empregado estatal

Um dos aspectos mais relevantes da intimação inicial que científica o trabalhador acerca da abertura do processo administrativo é a *indicação dos fatos e fundamentos legais pertinentes*. Para que se inicie validamente o processo de administrativo para a dispensa sem justa causa, é necessário que sejam descritas nessa intimação a *conduta do trabalhador* e sua *tipificação no art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho*.

O processo administrativo deverá comprovar a prática de ato que configura, nos moldes da Consolidação das Leis do Trabalho, a existência de conduta gravosa que legitime a imposição de uma sanção disciplinar.

Na decisão que finaliza o processo deverão constar os elementos de prova da conduta imputada ao trabalhador, bem como o enquadramento da prática do ato em uma das alíneas do art. 482 da CLT (ou ainda no art. 158). Deve-se ressaltar que *não é necessário que a tipificação efetuada na intimação inicial seja confirmada na decisão*. Assim, é possível que a decisão fundamente-se em hipótese de justa causa diversa da que foi apontada na inicial, haja vista que a alteração do tipo não altera a gravidade da sanção: em qualquer caso, a despedida por justa causa acarreta a retirada de qualquer das verbas resilitórias previstas em lei – o empregado não receberá férias proporcionais, décimo terceiro proporcional, tampouco a multa sobre o valor depositado na conta do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Segue-se, aqui, a regra estabelecida no art. 383, *caput*, do Código de Processo Penal, segundo a qual “o juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave”.

A mudança da tipificação não implica necessariamente a licitude da mudança dos *fatos* em relação àqueles que foram apontados na intimação inicial. É possível que novos fatos, conexos com aqueles originalmente apontados, sejam acrescentados ao processo, desde que sejam *descobertos* depois de iniciada a relação processual. Incide, no particular, a previsão do art. 402 do Código de Processo Penal, segundo o qual “produzidas as provas, ao final da audiência, o Ministério Público, o querelante e o assistente e, a seguir, o acusado poderão

requerer diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução”. Adaptando-se essa regra ao processo administrativo de dispensa do empregado estatal por justa causa, tem-se a possibilidade de, durante a instrução, diligenciar-se a respeito desses novos fatos, descobertos *após a intimação inicial*. Caso haja acréscimo de fatos conhecidos *antes da intimação inicial* na apuração, ainda assim é possível esse acréscimo, desde que se devolva ao trabalhador a possibilidade de pronunciar-se a respeito deles.

8.6.1 Gradação das sanções

A Consolidação das Leis do Trabalho não estipula qualquer gradação de sanções aplicáveis ao empregado. Seu texto silencia a respeito da advertência. No que concerne à suspensão disciplinar, consigna que “a suspensão do empregado por mais de 30 (trinta) dias consecutivos importa na rescisão injusta do contrato de trabalho” (art. 474 da CLT). E nada mais.

Pela análise literal do texto do art. 482, não haveria porque se admitir a possibilidade de sanções menos gravosas antes da resolução contratual por justa causa, situação que foi detectada e criticada por José Affonso Dallegrave Neto: “[...] é importante deixar claro que não há qualquer caminho (*iter*) gradativo para aplicar a pena. [...] Não há qualquer fundamento para advogar este gradiente”³⁷⁸.

Há outros aspectos nesse debate, contudo. No rol art. 483 da CLT, que trata das hipóteses de “justa causa patronal”, consta a possibilidade de resolução do contrato por iniciativa do empregado (situação em que se tem a chamada “despedida indireta”) se este “for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo” (art. 483, “b”). Além disso, cumpre ressaltar que “a doutrina e a jurisprudência elegem, ainda, o caráter pedagógico do exercício do poder disciplinar como importante critério informador da aplicação de penas no contexto empregatício”³⁷⁹.

³⁷⁸ DALLEGRAVE NETO, José Affonso; VIANNA, Cláudia Salles Vilela. *Rescisão do Contrato de Trabalho – Doutrina e Prática*. São Paulo: LTr, 2001, p. 60. A referência textual só mencionou o nome do primeiro autor por conta da divisão da obra: o primeiro autor confeccionou a parte da obra que se denomina “doutrina”. A segunda autora é responsável pela segunda parte, a “prática”.

³⁷⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 1.189.

Por essas razões, firmou-se nos domínios justralhistas – apesar do silêncio da lei a respeito – o critério da *proporcionalidade entre a falta e a sanção*. Com base nessa formulação, deve o empregador, sopesando a gravidade da conduta, o grau de estremecimento no ambiente de trabalho por ela provocada e o histórico do empregado, aplicar as sanções de forma moderada e com escopo primordialmente pedagógico. Com essa prática, o empregador também cumpre, no âmbito da relação de emprego, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, abstendo-se de sancionar o trabalhador de forma indigna, de forma a “propiciar o alcance dos fins pedagógicos do poder disciplinar, direcionando esse poder à meta de ajustar o trabalhador à dinâmica empregatícia, sem intuito preponderantemente punitivo, mas essencialmente educacional”³⁸⁰.

A escala de sanções (advertência verbal, advertência escrita, suspensão por um dia, suspensão por alguns dias, dispensa por justa causa), dependerá do caso concreto. Há situações em que mesmo uma conduta não tão gravosa pode significar “a gota d’água” para justificar a dispensa por justa causa, no sentido que esclarece Evaristo de Moraes Filho, ao sustentar que uma conduta de pouca gravidade “somente pode alçar-se em motivo para a cessação do sinalagma quando representar um ponto significativo de uma curva ascendente de faltas. Importa, então, a entidade cumulativa e progressiva e não mais a falta isolada, única”³⁸¹.

Não se impede, todavia, que o empregador possa, a partir de um só ato tipificado como justa causa, despedir o empregado com base no disposto no art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho. Há que se analisar a adequação da medida ao caso, atentando-se também para o fato de que *nem toda conduta tipificada como justa causa pode ser configurada num único ato*. Assim ocorre, por exemplo, com a hipótese prevista no art. 482, alínea “c”, que exige a reiteração da conduta (negociação *habitual* por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço), com a situação descrita no art. 482, alínea “e” (desídia no desempenho das respectivas funções), já que é difícil pressupor a configuração de desídia por apenas uma conduta

³⁸⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 1.190.

³⁸¹ MORAES FILHO, Evaristo de. *A Justa Causa na Rescisão do Contrato de Trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 135.

isolada, e também no caso do art. 482, alínea “l” (prática *constante* de jogos de azar).

Do contrário, embora existam condutas que, num só ato, possam ser configuradas, é necessário ainda observar a proporcionalidade entre a sanção e a atitude do trabalhador. Assim, por exemplo, o ato de insubordinação (art. 482, “h”, da CLT) é, em tese, prática menos gravosa do que a agressão física ao empregador (art. 482, “k”, da CLT), de modo que a dispensa por justa causa pela prática de um único ato é providência mais adequada neste caso do que naquele.

A proporcionalidade da sanção é, pois, o preceito básico a ser seguido, ainda que a conduta gravosa do empregado esteja plenamente configurada e comprovada³⁸².

Tendo em vista que tanto a advertência quanto a suspensão são sanções disciplinares, é forçoso considerar que *também para aplicá-las o ente estatal deverá promover a instauração de processo administrativo*. Não é necessário estipular, na intimação inicial do processo administrativo, a sanção prevista em lei pela prática da conduta enumerada no art. 482 da CLT, até porque a intimação inicial não exige (art. 26 § 1º da Lei n. 9.784/99) a descrição da consequência *in abstracto* em decorrência da atitude do empregado. Se houver, porém, essa

³⁸² “A reclamante, ao se utilizar daqueles instrumentos fornecidos pelo empregador de modo desviado, ou seja, para a satisfação de interesses pessoais, não cumpriu, indubitavelmente, com seu dever de diligência. [...] Contudo, tal poder concedido ao empregador não é desmedido, tampouco imune de controle. Deve guardar limites em princípios mínimos garantidos pela Constituição Federal, como o respeito à dignidade da pessoa humana, bem como observar o princípio da proporcionalidade na escolha da sanção aplicada em confronto com a falta cometida. No caso dos autos, apesar da conduta obreira ser censurável, porquanto os telefones celulares foram fornecidos para o uso, tão-somente, em serviço, não houve proporcionalidade entre a falta cometida e a sanção aplicada. Com efeito, a reclamante, empregada do reclamado durante mais de quatro anos e sem registros de faltas anteriores, poderia ter sido apenada com meios mais brandos, como a aplicação de advertência ou suspensão, o que seria suficiente para punir a obreira, direcionar sua conduta e servir de exemplo no meio empresarial. Nesse passo, não há falar em ocorrência de verdadeiro ato de improbidade, sendo desproporcional a despedida da reclamante por justa causa. Incólume, pois, o artigo 482, ‘a’, da CLT” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 37500-92.2005.5.17.0013*. Relator: Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, DF, 17 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-RR%20-%2037500-92.2005.5.17.0013>>. Acesso em: 29 dez. 2010). “O posicionamento adotado pelo egrégio Tribunal Regional não afronta a literalidade dos arts. 482, ‘a’ e ‘h’, 819 e 820 da CLT, 348 e 350 do CPC. A tese exarada no acórdão regional é no sentido de que se mostrou frágil a prova dos atos tipificadores da justa causa, bem como que a gravidade da falta cometida pelo reclamante não autorizaria a dissolução contratual por justa causa, mostrando a reclamada um rigor excessivo, já que aplicou, de forma desmedida, ao reclamante, a mais alta penalidade prevista, sem antes adverti-lo ou suspendê-lo. Nenhum dos dispositivos acima citados trata especificamente desta questão” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 1162300-24.2008.5.09.0651*. Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. Órgão julgador: Sexta Turma. Brasília, DF, 13 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-RR%20-%201162300-24.2008.5.09.0651>>. Acesso em: 29 dez. 2010).

descrição na intimação inicial, nada impedirá que, ao invés da dispensa por justa causa, seja o empregado sancionado com advertência ou suspensão disciplinar, sem alterar a tramitação processual. Providência contrária acarreta modificação no trâmite do processo: havendo, no curso da instrução, a constatação de fatos que ensejem, no lugar de uma suspensão, a dispensa por justa causa, o trabalhador deverá ser ouvido acerca da mudança da sanção prevista *in abstracto*, facultando-lhe a produção de novas provas, nos termos do art. 384 do Código de Processo Penal, aplicável subsidiariamente à hipótese³⁸³.

8.6.2 Imediatidade (ou imediatividade) e perdão tácito

A Consolidação das Leis do Trabalho *não* estipula o lapso temporal máximo que pode transcorrer entre a falta e a dispensa por justa causa. Firmou-se, no entanto, a noção de que “não há dúvida alguma de que a justa causa deve ser *atual*, isto é, contemporânea ao próprio ato de rescisão do contrato [...]. Eis, em poucas linhas, o princípio da atualidade da falta grave para a cessação da relação de emprego”³⁸⁴.

O empregador deve, portanto, adotar as providências que entender necessárias para sancionar o empregado pela conduta contrária ao disposto no art. 482 da CLT, de maneira que não se ultrapasse lapso temporal que venha a configurar *perdão tácito* em face da conduta do empregado.

Essa construção teórica partiu do fato de que várias regras do direito privado cominavam consequências para a ausência de manifestação expressa da

³⁸³ “Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente. § 1º. Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código. § 2º. Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento. § 3º. Aplicam-se as disposições dos §§ 1º e 2º do art. 383 ao *caput* deste artigo. § 4º. Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento. § 5º. Não recebido o aditamento, o processo prosseguirá”.

³⁸⁴ MORAES FILHO, Evaristo de. *A Justa Causa na Rescisão do Contrato de Trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 109. Destaque conforme o original.

vontade³⁸⁵. O próprio Direito do Trabalho, fortemente informalista, estipula consequências para a inércia do titular da manifestação de vontade, imputando-se-lhe efeitos caso não haja uma postura contrária ao que estipula a lei – como ocorre com a contratação empregatícia, que pode ser caracterizada mesmo com o acordo tácito de vontades, nos termos do art. 442, *caput*, da CLT³⁸⁶.

Destaque-se que o Código Civil atualmente vigente conta com dispositivo expresso que respalda o acerto dessa formulação. Trata-se do art. 111, que estipula o seguinte: “Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”. Como ao empregador cabe a manifestação de reprovação em face da ocorrência de conduta faltosa do empregado, seja para adverti-lo, seja para suspendê-lo, seja para despedi-lo, o dispositivo do Código Civil tem plena incidência nesses casos, reforçando a necessidade de o empregador não se quedar inerte diante dessa ocorrência.

Há dúvidas, no entanto, quanto à extensão do lapso temporal máximo para que o empregador adote as medidas disciplinares pertinentes. Uma circunstância que é praticamente unânime na doutrina diz respeito ao fato de que *a imediatidade tem de ser aferida não a partir da falta, mas sim do conhecimento do empregado acerca dessa prática*³⁸⁷. E, a partir dessa ciência, o empregador terá um prazo razoável para sancionar o empregado. Discute-se que prazo seria esse, já que a CLT também silencia a respeito. Embora não haja qualquer critério conclusivo, a tendência firmada³⁸⁸ é que o prazo seja em torno de 30 (trinta) dias, que é o limite tanto da suspensão (art. 474 da CLT) quanto do prazo decadencial

³⁸⁵ Evaristo de Moraes Filho lembrava que o art. 319, Parágrafo Único, do Código Civil anterior estipulava o seguinte: “Presume-se perdoado o adultério, quando o cônjuge inocente, conhecendo-o, coabitar com o culpado” (dispositivo que foi revogado no ano de 1977). Na concepção do autor, a adoção do mesmo critério às relações de trabalho era “absolutamente razoável” tendo em vista a “semelhança de diversos fatores que surgem da vida em comum entre cônjuges e empregador-emprego: contato face a face quase sempre, guarda de segredos, longa continuidade de convivência, necessidade de uma certa educação recíproca, confiança mútua, relações morais e não só econômicas, etc”. Cf. MORAES FILHO, Evaristo de. *A Justa Causa na Rescisão do Contrato de Trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 121.

³⁸⁶ “Art. 442. Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”.

³⁸⁷ Por todos: DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 1.187.

³⁸⁸ *Ibidem*, loc. cit.

para o ajuizamento de demanda que vise a despedir empregado estável (art. 853 da CLT³⁸⁹).

O critério da *imediatez* no emprego público deve ser aferido tendo em vista o lapso entre o conhecimento da conduta por parte do empregador estatal e a *instauração do processo administrativo*, pois essa providência é a inequívoca demonstração de que não houve o *perdão tácito* da conduta. Essa providência deve ser observada *especificamente* em relação à falta que se pretende sancionar: a abertura de processo administrativo, mesmo que haja considerável histórico negativo do empregado, deve basear-se numa falta específica *atual* ou *recente*, ainda que se pretenda sancionar o trabalhador por condutas que só configuram *justa causa na hipótese de reiteração*, a exemplo da situação descritas no art. 482, alínea “e” (desídia no desempenho das respectivas funções) e no art. 482, alínea “l” (prática *constante* de jogos de azar). Não havendo essa *falta atual* ou *recente*, entende-se que o processo administrativo foi deflagrado sem motivo, ensejando a sua invalidação, caso tenha concluído pela dispensa por justa causa em casos que tais³⁹⁰, até porque a inexistência de conduta *atual* implicaria, nesse caso, *sanção duplicada pelas mesmas práticas pretéritas*, ou seja, *bis in idem*, situação repudiada tanto pela jurisprudência³⁹¹ quanto pela doutrina³⁹².

³⁸⁹ “Art. 853. Para a instauração do inquérito para apuração de falta grave contra empregado garantido com estabilidade, o empregador apresentará reclamação por escrito à Junta ou Juízo de Direito, dentro de 30 (trinta) dias, contados da data da suspensão do empregado”.

³⁹⁰ “INQUÉRITO JUDICIAL. JUSTA CAUSA. DESÍDIA DO EMPREGADO. ARTIGO 482, ‘E’, DA CLT. PUNIÇÃO DAS FALTAS ANTERIORES. PODER DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DE FALTA CONTEMPORÂNEA. 1. A desídia funcional ocorre, em regra, com a pluralidade de ações negligentes consideradas, por ficção jurídica, como única infração para se atribuir ao empregado a culpa pela resolução contratual. Inteligência do artigo 482, ‘e’, da CLT. 2. Assim, para a configuração, torna-se imprescindível o cometimento de uma última falta contemporânea à declaração da justa causa, sob pena de esvaziamento da gravidade das condutas anteriores e da imediatez da punição. 3. Nesse contexto, se penalizadas as condutas anteriores, e confirmada a inexistência da falta contemporânea ao ajuizamento do inquérito, apenas aquelas primeiras não podem justificar a imputação do comportamento desidioso. 4. Recurso de revista conhecido e provido.” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 100-68.1989.5.01.0201*. Relator: Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, DF, 15 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-RR%20-%20100-68.1989.5.01.0201>>. Acesso em: 29 jan. 2011).

³⁹¹ “A par dos contornos nitidamente fático-probatórios que envolvem a questão relativa à comprovação da justa causa na dispensa do reclamante e que inviabilizam o seguimento do recurso de revista na forma preconizada pela Súmula n. 126 desta Corte, o Tribunal Regional constatou que a reclamada, diante de infração praticada pelo reclamante, aplicou-lhe a suspensão e, onze dias depois, o dispensou sob o argumento da justa causa, o que é vedado, posto que não observado o atributo da imediatez. Ademais, entendeu que o mesmo ato não pode ser punido duas vezes, em virtude da proibição do *bis in idem*, razão pela qual a reclamada deveria ter optado por uma das punições. Portanto, não há que se falar em violação ao artigo 482, alínea ‘h’, da

Diante dessas constatações, tem-se que é inviável considerar como critério para a aferição da imediatidade a contagem do prazo entre a *ciência da conduta* e a *decisão administrativa definitiva*, já que o lapso de tramitação do processo pode demorar mais do que os razoáveis 30 (trinta) dias.

Não há que se entender, contudo, que a instauração do processo imuniza o empregador contra a ocorrência *in casu* do perdão tácito. A Lei n. 9.784/99 estipula prazos que devem ser encarados como parâmetros para a configuração (ou não) da postura inerte do empregador. Assim, devem ser observados o prazo genérico de cinco dias para as decisões, prorrogáveis se houver *comprovação, nos autos, dessa necessidade* (art. 24 da Lei n. 9.784/99³⁹³); o prazo de quinze dias para a emissão de parecer (art. 42 da Lei n. 9.784/99³⁹⁴), o prazo de trinta dias para decidir a respeito da dispensa (art. 49 da Lei n. 9.784/99³⁹⁵) e o prazo de trinta dias para decidir o recurso administrativo (art. 59 § 1º da Lei n. 9.784/99³⁹⁶). A extrapolação dos prazos além do que prevê a lei acarreta o reconhecimento do *perdão tácito* e a conseqüente nulidade de imputação da justa

Consolidação das Leis do Trabalho, uma vez que esse dispositivo, ao tratar dos atos passíveis de demissão por justa causa, nada dispõe sobre as particularidades concernentes ao caso em análise, quais sejam, a ausência de imediatidade da punição de demissão e a ocorrência da dupla pena” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 3800-56.2008.5.04.0701*. Relator: Ministro Renato de Lacerda Paiva. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, DF, 17 de março de 2010. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-RR%20-%203800-56.2008.5.04.0701>>. Acesso em: 29 jan. 2011).

³⁹² “As muitas formas de punição que o empregador pode utilizar contra o empregado faltoso, a exemplo do Direito Penal, não devem conhecer repetição ou duplicidade sobre um único fato. A uma violação contratual corresponde uma e somente uma punição [...]. Noutras palavras: se o empregado comete uma falta, o empregador pode adverti-lo, suspendê-lo ou despedi-lo; contudo, por aquela falta, se foi advertido (a se entender a advertência como punição), ou suspenso, não pode posteriormente ser despedido. Haveria um excesso patronal intolerável” (PRUNES, José Luiz Ferreira. *Justa Causa e Despedida Indireta*. Curitiba: Juruá, 1995, p. 84).

³⁹³ “Art. 24. Inexistindo disposição específica, os atos do órgão ou autoridade responsável pelo processo e dos administrados que dele participem devem ser praticados no prazo de cinco dias, salvo motivo de força maior. Parágrafo único. O prazo previsto neste artigo pode ser dilatado até o dobro, mediante comprovada justificação”

³⁹⁴ “Art. 42. Quando deva ser obrigatoriamente ouvido um órgão consultivo, o parecer deverá ser emitido no prazo máximo de quinze dias, salvo norma especial ou comprovada necessidade de maior prazo. § 1º. Se um parecer obrigatório e vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo não terá seguimento até a respectiva apresentação, responsabilizando-se quem der causa ao atraso. § 2º. Se um parecer obrigatório e não vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo poderá ter prosseguimento e ser decidido com sua dispensa, sem prejuízo da responsabilidade de quem se omitiu no atendimento”.

³⁹⁵ “Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada”.

³⁹⁶ “Art. 59. Salvo disposição legal específica, é de dez dias o prazo para interposição de recurso administrativo, contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida. § 1º. Quando a lei não fixar prazo diferente, o recurso administrativo deverá ser decidido no prazo máximo de trinta dias, a partir do recebimento dos autos pelo órgão competente. § 2º. O prazo mencionado no parágrafo anterior poderá ser prorrogado por igual período, ante justificativa explícita”.

causa³⁹⁷. O cumprimento desses prazos, ao revés, assegura a tempestividade do exercício da prerrogativa de despedir por justa causa, mesmo que se demorem alguns dias para efetivar a dispensa depois de a justa causa ter sido reconhecida em processo administrativo³⁹⁸.

8.6.3 O caso do abandono de emprego

É relevante destacar a diferença entre *abandono de emprego* e *abandono de serviço*, conceitos que são próximos, mas que consubstanciam condutas

³⁹⁷ “Nas razões de recurso de revista, reiteradas em sede de agravo de instrumento, a agravante alega que os empregados da ECT não podem ser despedidos sem um processo administrativo regular. Registra que, embora tenha excedido o prazo legal, o recorrido não pode ser absolvido da irregularidade que cometeu. Aduz que o prejuízo causado pela anulação do processo será maior. Aponta violação dos artigos 5º, *caput*, da CF/88, 461, *caput* e § 2º da CLT e 152 da Lei n. 8.112/90. Aponta contrariedade à orientação Jurisprudencial n. 247 da SBDI-1 do c. TST. Traz arestos para a análise de dissenso jurisprudencial. O eg. Tribunal Regional deu provimento ao recurso ordinário do reclamante, conforme o v. acórdão de fis. 938/943, pois considerou a inobservância do prazo de trinta dias para o término da sindicância referente a processo administrativo disciplinar, previsto no artigo 49, da Lei n. 9.784/1999. O v. acórdão regional ainda salientou que o procedimento interno ficou paralisado na empresa, sem qualquer justificativa plausível, de maio de 2006 a agosto de 2008, atraindo o óbice do decurso de tempo para a aferição do necessário elo de causa e efeito entre os atos praticados pelo obreiro e a sua dispensa motivada, sendo necessária a imediatidade da medida de resolução do contrato de trabalho para a configuração de desídia do empregado. Inexiste violação do artigo 152 da Lei 8.112/90, porque não houve obediência ao prazo legal para o término do procedimento administrativo, eis que restou registrado que o procedimento interno ficou paralisado na empresa, sem qualquer justificativa plausível, de maio de 2006 a agosto de 2008” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 111-34.2010.5.10.0000*. Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. Órgão julgador: Sexta Turma. Brasília, DF, 15 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-AIRR%20-%20111-34.2010.5.10.0000>>. Acesso em: 29 jan. 2011).

³⁹⁸ “O Regional consignou que a reclamada instaurou processo administrativo com o objetivo de investigar o envolvimento da reclamante em graves irregularidades no desempenho de suas funções laborais. O acórdão recorrido registrou que ‘a reclamada tomou todos os cuidados para uma apuração isenta, cumprindo os trâmites devidos, mormente quanto ao amplo direito de defesa, culminado na decisão definitiva de 25/05/06, motivadora da rescisão contratual em 07/06/06’. A conclusão do referido processo foi de que a reclamante praticou ato de improbidade a justificar a sua dispensa por justa causa. Assim, a reclamada tinha robustos e conclusivos elementos para imputar à autora a penalidade prevista no art. 482, ‘b’, da CLT, fatos não questionados pela reclamante. A discussão gravita em torno da demora na aplicação da pena, que, no entender da reclamante, conduz à conclusão de ocorrência de perdão tácito por parte da reclamada. A Corte *a quo* concluiu que não subsiste a alegação de que a ausência de imediatidade na dispensa importou em perdão tácito, porquanto o trâmite para apuração de falta grave foi rigorosamente cumprido. Dessa forma, entendeu que ‘o período de 13 (treze) dias entre a conclusão do processo administrativo e a efetiva aplicação da penalidade não pode ser considerado como demasiadamente longo’, como sustenta a reclamante” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 193740-96.2006.5.02.0044*. Relator: Juiz Convocado Flavio Portinho Sirangelo. Órgão julgador: Sétima Turma. Brasília, DF, 27 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-AIRR%20-%20193740-96.2006.5.02.0044>>. Acesso em: 29 jan. 2011).

faltosas diversas por parte do empregado. Segundo José Martins Catharino, “um empregado que deixa suas tarefas no meio da jornada e volta logo após, estará *abandonando* o serviço; outro, que não comparece à empresa continuamente, estará abandonando o seu emprego”³⁹⁹. Ainda segundo suas lições, “o abandono contém dois elementos: o *subjetivo* – a intenção, expressa ou tácita, de romper o contrato – e o *objetivo* – o afastamento, de fato, da empresa, sem causa justificada”⁴⁰⁰.

Assim como sucede em relação à imediatidade, no caso do abandono de emprego também não há parâmetro legal expresso quanto ao *prazo de afastamento* para que se configure essa modalidade de justa causa. A jurisprudência, contudo, consolidou-se no sentido de que esse prazo seria de 30 (trinta) dias⁴⁰¹.

A processualização dessa modalidade de dispensa traz consigo um obstáculo considerável: como compatibilizar a tramitação do processo administrativo, que exige a observância do contraditório e da ampla defesa, com a ausência do empregado ao estabelecimento?

De imediato, deve-se afirmar que o processo deve ser instaurado *após o decurso dos trinta dias que configuram o abandono*. É até possível que a apuração inicie-se antes do decurso desses trinta dias, desde que haja extrapolação do trintídio *no curso do processo e antes da primeira decisão* sem o retorno do trabalhador, mas essa situação implicaria duas mudanças na compreensão do tema. A primeira seria a *tipificação* inicial, não sendo possível iniciar o processo administrativo visando ao reconhecimento da justa causa por abandono de emprego se o aspecto objetivo dessa falta (os trinta dias consecutivos de ausência do trabalhador) ainda não estava plenamente configurado. Deve-se, portanto, indicar outra justa causa na tipificação inicial (mau procedimento ou indisciplina, por exemplo). Já a segunda modificação, que decorreria dessa primeira, implicaria a *alteração da justa causa então tipificada*

³⁹⁹ CATHARINO, José Martins. *Contrato de Emprego*. 2. ed. Guanabara: Trabalhistas S/A, 1965, p. 354.

⁴⁰⁰ CATHARINO, José Martins. *Contrato de Emprego*. 2. ed. Guanabara: Trabalhistas S/A, 1965, p. 354-355.

⁴⁰¹ “ABANDONO DE EMPREGO. Presume-se o abandono de emprego se o trabalhador não retornar ao serviço no prazo de 30 (trinta) dias após a cessação do benefício previdenciário nem justificar o motivo de não o fazer”. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n. 32*. Brasília, DF, 21 de novembro de 2003. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html>. Acesso em: 29 nov. 2010).

no início do processo, de modo a constar expressamente o abandono de emprego. Para que se garanta o direito do empregado à ampla defesa, além de conformar essa providência a moldes juridicamente adequados, é necessário que o abandono de emprego (e, especialmente, o seu aspecto *objetivo*, o trintídio) esteja plenamente configurado *até a elaboração do relatório conclusivo* previsto no art. 47 da Lei n. 9.784/99⁴⁰². Nesse caso, a alteração acarretará a consequência prevista no art. 384 do Código de Processo Penal, *devolvendo-se o prazo para que o trabalhador manifeste-se a respeito*⁴⁰³.

A garantia de ampla defesa administrativa ao empregado parece, contudo, não ter muita eficácia se ele não se encontra no local de serviço. Daí surge a necessidade de assegurar a disponibilidade dos mecanismos legalmente previstos de defesa, embora o trabalhador não os exercite, com vistas a preservar a regularidade procedimental do processo administrativo.

A Lei n. 9.784/99 pouco dispõe a respeito. Diante da omissão legal, é possível utilizar outras normas para disciplinar positivamente essa situação, integrando-se o ordenamento jurídico por meio da *analogia*⁴⁰⁴. Especificamente quanto à circunstância de o empregado estatal estar ausente dos atos processuais administrativos, as duas leis que poderiam ser aplicadas ao caso – a Lei n. 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores da União, e o

⁴⁰² “Art. 47. O órgão de instrução que não for competente para emitir a decisão final elaborará relatório indicando o pedido inicial, o conteúdo das fases do procedimento e formulará proposta de decisão, objetivamente justificada, encaminhando o processo à autoridade competente”.

⁴⁰³ “Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente. § 1º. Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código. § 2º. Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento. § 3º. Aplicam-se as disposições dos §§ 1º. e 2º. do art. 383 ao *caput* deste artigo. § 4º. Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento. § 5º. Não recebido o aditamento, o processo prosseguirá”.

⁴⁰⁴ “A analogia é a aplicação de uma norma jurídica que regula um determinado caso concreto à outra situação fática semelhante. Para integrar a lacuna, o intérprete recorre preliminarmente à analogia, que consiste em aplicar, a um caso não contemplado de modo direto ou específico por uma norma jurídica, uma norma prevista para uma hipótese distinta, mas semelhante ao caso não contemplado. Trata-se de um procedimento que envolve a constatação empírica de que existe uma semelhança entre fatos e um juízo de valor que justifica a relevância das semelhanças” (SOARES, Ricardo Mauricio Freire. *Curso de Introdução ao Estudo do Direito*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 63).

Decreto-Lei n. 3.689/41, o Código de Processo Penal – disciplinam de maneira idêntica essa situação.

Assim, se o trabalhador tiver endereço conhecido e atualizado no cadastro funcional, é necessário que ele seja comunicado a respeito por correspondência com aviso de recebimento (A. R.), conforme estipula o art. 26 § 3º da Lei n. 9.784/99⁴⁰⁵. O conteúdo dessa correspondência será a *intimação inicial* prevista no art. 26 da Lei n. 9.784/99.

Comparecendo o trabalhador à sessão designada na intimação inicial (ou apresentando defesa e provas, caso não haja a designação de audiência de imediato), o processo transcorrerá conforme a tramitação genérica prevista para a apuração das demais justas causas. Não comparecendo, surgem três hipóteses diferentes de tramitação.

A primeira delas diz respeito ao fato de o trabalhador residir no endereço, mas não ser localizado pelos Correios. Nessa situação, é viável a sua comunicação *por hora certa*, nos termos do art. 362 do Código de Processo Penal.

A segunda refere-se à circunstância de o endereço não corresponder ao domicílio do trabalhador. Nessa situação, adotando a Administração a cautela de diligenciar acerca desse endereço, o trabalhador pode ser tido como residente em local desconhecido. Assim, a sua *intimação inicial deve ser feita por edital*, publicado na imprensa oficial (art. 26 § 4º da Lei n. 9.784/99). Nesse caso, o prazo mínimo de três dias úteis para comparecimento do trabalhador (art. 26 § 2º da Lei n. 9.784/99) começará a fluir a partir de quinze dias depois da publicação do edital (art. 163 da Lei n. 8.112/90 e art. 361 do Código de Processo Penal).

A terceira hipótese atine à efetiva comunicação do trabalhador, mas se verifica a sua ausência às sessões em que deveriam ser praticados atos processuais, bem como ausência de defesa e de produção de provas. Nessa terceira situação, está-se diante da *revelia*, sendo necessário que outro empregado, que deve ocupar emprego “superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado” (art. 164 § 2º da Lei n.

⁴⁰⁵ “Art. 26. [...] § 3º. A intimação pode ser efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado”.

8.112/90) seja nomeado *defensor dativo* do trabalhador cuja conduta está sob verificação (arts. 261 e 362, Parágrafo Único, do Código de Processo Penal).

Uma vez presente o defensor dativo nos atos processuais, os direitos do trabalhador à *ampla defesa* e ao *contraditório* restam resguardados. O defensor dativo somente poderá retirar-se do feito se houver motivo *imperioso* aceito pelos membros da comissão processante e comunicado com antecedência a eles (art. 265 do Código de Processo Penal). A qualquer tempo, mesmo durante a prática de algum ato processual, o trabalhador poderá comparecer e exercer a sua defesa pessoalmente ou por meio de advogado contratado particularmente (art. 263 do Código de Processo Penal).

8.6.4 Acumulação ilícita de cargos, empregos ou funções públicas

A Lei n. 8.027, de 12 de abril de 1990, dispõe, segundo sua ementa, “sobre normas de conduta dos servidores públicos civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas, e dá outras providências”. Segundo estipula esse diploma legal, “para os efeitos desta lei, servidor público é a pessoa legalmente investida em cargo *ou em emprego público* na administração direta, nas autarquias ou nas fundações públicas” (art. 1º), donde se conclui que o empregado estatal também é abarcado por sua disciplina, *excluindo-se, no entanto, os empregados estatais das empresas públicas e sociedades de economia mista de seu alcance*.

Ainda de acordo com essa lei, algumas condutas seriam “faltas administrativas, puníveis com a pena de *demissão*, a bem do serviço público” (art. 5º). O rol de condutas faltosas é extenso⁴⁰⁶, embora muitas delas possam ser

⁴⁰⁶ “Art. 5º. São faltas administrativas, puníveis com a pena de demissão, a bem do serviço público: I – valer-se, ou permitir dolosamente que terceiros tirem proveito de informação, prestígio ou influência, obtidos em função do cargo, para lograr, direta ou indiretamente, proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública; II – exercer comércio ou participar de sociedade comercial, exceto como acionista, cotista ou comanditário; III – participar da gerência ou da administração de empresa privada e, nessa condição, transacionar com o Estado; IV – utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares; V – exercer quaisquer atividades incompatíveis com o cargo ou a função pública, ou, ainda, com horário de trabalho; VI – abandonar o cargo, caracterizando-se o abandono pela ausência injustificada do servidor público ao serviço, por mais de trinta dias consecutivos; VII – apresentar inassiduidade habitual, assim entendida a falta ao serviço, por vinte dias, interpoladamente, sem causa justificada no período de seis meses; VIII – aceitar ou prometer aceitar propinas ou presentes, de qualquer tipo ou valor, bem como empréstimos pessoais ou vantagem de qualquer espécie em razão de suas

diluídas no elenco do art. 482 da CLT, fazendo-se, obviamente, as devidas correções técnicas: em Direito do Trabalho, a saída do trabalhador do emprego em razão de prática de conduta faltosa prevista em lei é denominada de *dispensa ou despedida por justa causa*. A expressão “demissão” tem significado semelhante somente no que concerne ao servidor estatutário estável, visto que, nos domínios justralhistas, “demissão” é a saída do empregado do seu posto de trabalho, resilindo unilateralmente o contrato, por sua própria iniciativa.

É pertinente observar que a Lei n. 8.027/90, promulgada oito meses antes da edição da Lei n. 8.112/90, foi derogada por esta última no que concerne aos deveres e sanções do servidor estatutário da União. Com efeito, as condutas passíveis de demissão do servidor, bem como as demais disposições da Lei n. 8.027/90 foram, todas elas, incorporadas e acrescidas pela Lei n. 8.112/90⁴⁰⁷, decorrendo daí que, seguindo o critério da *especialidade*⁴⁰⁸, a Lei n. 8.027/90 não

atribuições. Parágrafo único. A penalidade de demissão também será aplicada nos seguintes casos: I – improbidade administrativa; II – insubordinação grave em serviço; III – ofensa física, em serviço, a servidor público ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem; IV – procedimento desidioso, assim entendido a falta ao dever de diligência no cumprimento de suas atribuições; V – revelação de segredo de que teve conhecimento em função do cargo ou emprego”.

⁴⁰⁷ A Lei n. 8.112/90, atual “regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais”, disciplina o seguinte a respeito das condutas que acarretam *demissão* do servidor público estatutário: “Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: I – crime contra a administração pública; II – abandono de cargo; III – inassiduidade habitual; IV – improbidade administrativa; V – incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição; VI – insubordinação grave em serviço; VII – ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem; VIII – aplicação irregular de dinheiros públicos; IX – revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo; X – lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional; XI – corrupção; XII – acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas; XIII – transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117”. Esse dispositivo é complementado pelo art. 117 da mesma lei: “Art. 117. Ao servidor é proibido: [...] IX – valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública; X – participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário; XI – atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro; XII – receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições; XIII – aceitar comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro; XIV – praticar usura sob qualquer de suas formas; XV – proceder de forma desidiosa; XVI – utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares [...]”.

⁴⁰⁸ “O terceiro critério, dito justamente da *lex specialis*, é aquele pelo qual, de duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial (ou excepcional), prevalece a segunda: *lex specialis derogat generali*. Também aqui a razão do critério não é obscura: lei especial é aquela que anula uma lei mais geral, ou que subtrai de uma norma uma parte da sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente (contrária ou contraditória). A passagem de uma regra mais extensa (que abrange um certo *genus*) para uma regra derogatória menos extensa (que abrange uma *species* do *genus*) corresponde a uma exigência fundamental de justiça, compreendida como tratamento igual das pessoas que pertencem à mesma categoria. A passagem da regra geral à regra especial corresponde a um processo natural de diferenciação das categorias, e a uma descoberta gradual, por parte do legislador, dessa diferenciação. Verificada ou descoberta a diferenciação, a persistência na regra geral importaria no tratamento igual de pessoas que pertencem a categorias

se presta mais para disciplinar a *demissão* do servidor público estatutário estável, tarefa assumida pela Lei n. 8.112/90. Mas a Lei n. 8.027/90 tem abordagem mais ampla, já que afeta *todos os servidores ocupantes de cargo ou emprego público da Administração Direta e Indireta de qualquer das esferas federativas*, de modo que, à exceção dos servidores estatutários da União, que já contam com a disciplina da Lei n. 8.112/90, a Lei n. 8.027/90 continua a reger os deveres e sanções relativos aos demais servidores, que não sejam estatutários da União.

Em face disso, cabe analisar, à vista da controvérsia que enseja, o disposto no art. 6º dessa lei, segundo o qual “constitui infração grave, passível de aplicação da pena de demissão, a acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas, vedada pela Constituição Federal”.

A Constituição de 1988 estipulava, em sua redação original, ser “vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto quando houver compatibilidade de horários” (art. 37, XVI). Atualmente, o mesmo dispositivo assinala ser vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, ressalvando-se as seguintes situações, desde que haja compatibilidade de horários: 1) a de dois cargos de professor; 2) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; 3) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas. Toda a redação do dispositivo foi reescrita pela Emenda Constitucional n. 19/98, à exceção da última hipótese, relacionada aos profissionais de saúde, cuja redação foi atribuída pela Emenda Constitucional n. 34/2001.

Infraconstitucionalmente, a disciplina original era dada pela Lei n. 8.027/90, a teor do disposto no respectivo art. 6º supramencionado. Esse dispositivo, porém, limitava-se a afirmar que a acumulação era passível de demissão, sem apontar qualquer outro aspecto relacionado a essa circunstância, a não ser o fato de que “verificada, a qualquer tempo, a incidência da acumulação vedada [...], a autoridade competente promoverá a imediata instauração do processo administrativo para a apuração da infração disciplinar” (art. 7º § 3º da Lei n. 8.027/90).

diferentes, e, portanto, numa injustiça. Nesse processo de gradual especialização, operado através de leis especiais, encontramos uma das regras fundamentais da justiça, que é a do *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu). Entende-se, portanto, por que a lei especial deva prevalecer sobre a geral: ela representa um momento ineliminável do desenvolvimento de um ordenamento” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1995, p. 95-96).

Na Lei n. 8.112/90, o art. 133 disciplinava que, no caso de boa-fé, o servidor poderia optar por um dos cargos. Havendo má-fé, o servidor perderia ambos os cargos⁴⁰⁹. Em 10 de dezembro de 1997, a Lei n. 9.527 conferiu nova redação ao dispositivo, para alterar o processo administrativo relacionado a esse fato, que passaria a observar a seguinte tramitação: 1) detectada a ocorrência de acumulação fora das hipóteses constitucionalmente previstas, o servidor seria notificado para, em dez dias, apresentar a opção por um dos cargos; 2) não havendo manifestação do servidor no sentido de exercer opção por uma das ocupações, haveria a imediata instauração do processo administrativo, sendo assegurada ao servidor a possibilidade de oferecer defesa escrita em cinco dias, ou exercer, em caráter improrrogável, a opção por uma das ocupações, que será tida como pedido de exoneração do cargo não escolhido; 3) apresentada a defesa (e não havendo, portanto, exercício do direito de opção), após a conclusão da fase instrutória, a comissão responsável pelo processo encaminhará os autos, com o relatório, para a decisão da autoridade competente, que pode apontar como providência adequada a demissão do servidor⁴¹⁰.

⁴⁰⁹ “Art. 133. Verificada em processo disciplinar acumulação proibida e provada a boa-fé, o servidor optará por um dos cargos. § 1º. Provada a má-fé, perderá também o cargo que exercia há mais tempo e restituirá o que tiver percebido indevidamente. § 2º. Na hipótese do parágrafo anterior, sendo um dos cargos, emprego ou função exercido em outro órgão ou entidade, a demissão lhe será comunicada”.

⁴¹⁰ Todas essas circunstâncias estão previstas no art. 133 da Lei n. 8.112/90, com a redação que lhe foi atribuída pela Lei n. 9.527/97: Art. 133. Detectada a qualquer tempo a acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas, a autoridade a que se refere o art. 143 notificará o servidor, por intermédio de sua chefia imediata, para apresentar opção no prazo improrrogável de dez dias, contados da data da ciência e, na hipótese de omissão, adotará procedimento sumário para a sua apuração e regularização imediata, cujo processo administrativo disciplinar se desenvolverá nas seguintes fases: I – instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão, a ser composta por dois servidores estáveis, e simultaneamente indicar a autoria e a materialidade da transgressão objeto da apuração; II – instrução sumária, que compreende indicição, defesa e relatório; III – julgamento. § 1º. A indicação da autoria de que trata o inciso I dar-se-á pelo nome e matrícula do servidor, e a materialidade pela descrição dos cargos, empregos ou funções públicas em situação de acumulação ilegal, dos órgãos ou entidades de vinculação, das datas de ingresso, do horário de trabalho e do correspondente regime jurídico. § 2º. A comissão lavrará, até três dias após a publicação do ato que a constituiu, termo de indicição em que serão transcritas as informações de que trata o parágrafo anterior, bem como promoverá a citação pessoal do servidor indiciado, ou por intermédio de sua chefia imediata, para, no prazo de cinco dias, apresentar defesa escrita, assegurando-se-lhe vista do processo na repartição, observado o disposto nos arts. 163 e 164. § 3º. Apresentada a defesa, a comissão elaborará relatório conclusivo quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor, em que resumirá as peças principais dos autos, opinará sobre a licitude da acumulação em exame, indicará o respectivo dispositivo legal e remeterá o processo à autoridade instauradora, para julgamento. § 4º. No prazo de cinco dias, contados do recebimento do processo, a autoridade julgadora proferirá a sua decisão, aplicando-se, quando for o caso, o disposto no § 3º do art. 167. § 5º. A opção pelo servidor até o último dia de prazo para defesa configurará sua boa-fé, hipótese em que se converterá automaticamente em pedido de exoneração do outro cargo. § 6º. Caracterizada a acumulação ilegal e provada a má-fé, aplicar-se-á a pena de demissão, destituição ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade em relação aos cargos,

A proibição de não acumular é ampla: estende-se a “empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público” (art. 37, XVII, da Constituição, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional n. 19/98). Por isso, deve atingir indistintamente *qualquer trabalhador estatal, sem exceções*.

À vista disso, tem-se que, no caso de ser empregado estatal o servidor que viola a regra proibitiva de acumulação de cargos, empregos ou funções na Administração Pública, é necessário indicar parâmetros juridicamente apropriados para a efetivação de sua dispensa, já que a disciplina legal a esse respeito é imprecisa e lacônica.

Primeiramente, deve-se assinalar que *a acumulação é uma conduta que acarreta dispensa por justa causa*. A Lei n. 8.027/90, ao apontá-la como ensejadora de “demissão” (*dispensa por justa causa* para o empregado público), reafirma a proibição para os servidores da União, além de autarquias e fundações públicas federais. No conceito de “servidores”, essa lei inclui expressamente os trabalhadores que exercem “empregos públicos” (art. 1º). Quanto aos demais trabalhadores estatais, não abrangidos por essa lei, a acumulação ilícita de cargos e empregos *também é uma modalidade de justa causa*⁴¹¹, correspondente ao *mau procedimento* do art. 482, “b”, *in fine*, da Consolidação das Leis do Trabalho, embora a jurisprudência encare-a ora como *ato de improbidade*,

empregos ou funções públicas em regime de acumulação ilegal, hipótese em que os órgãos ou entidades de vinculação serão comunicados. § 7º. O prazo para a conclusão do processo administrativo disciplinar submetido ao rito sumário não excederá trinta dias, contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, admitida a sua prorrogação por até quinze dias, quando as circunstâncias o exigirem. § 8º. O procedimento sumário rege-se pelas disposições deste artigo, observando-se, no que lhe for aplicável, subsidiariamente, as disposições dos Títulos IV e V desta Lei”.

⁴¹¹ O STF já havia reconhecido essa circunstância mesmo sob a égide da ordem constitucional anterior: “Reclamação trabalhista. Acumulação de empregos. Estabilidade. Ilegitimidade da acumulação, em face do art. 99, II e § 1º da Constituição. A despedida, em hipótese de acumulação ilícita, não encontra obstáculo na norma protetiva da estabilidade, *ut* art.165, XIII, da Constituição, e nas regras correspondentes da CLT, porque a vedação constitucional de acumular e preceito de ordem pública, de moralidade administrativa, que se erige em justa causa para a rescisão do contrato de trabalho. Precedentes do STF. Hipótese, entretanto, em que o acórdão recorrido entendeu não ser possível a rescisão do contrato de trabalho do estável, em caso de acumulação, sem prévio processo judicial, para assegurar ao empregado ampla defesa. Fundamento do aresto que não foi, entretanto, impugnado no recurso extraordinário. Aplicação da Súmula 283. Recurso não conhecido” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 93564/MG*. Relator: Ministro Néri da Silveira. Órgão julgador: Primeira Turma. Brasília, DF, 10 de junho de 1983. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=187066>>. Acesso em: 25 nov. 2010).

previsto no art. 482, alínea “a”, da CLT⁴¹², ora como *ato de indisciplina* (art. 482, “h”)⁴¹³. Não se pode pretender, nesse caso, suposta “interpretação extensiva” da Lei n. 8.027/90 para abarcar os outros empregados estatais que não pertençam aos quadros da Administração Direta da União, pois do contrário haveria violação ao princípio da legalidade (art. 5º, II, e art. 37, *caput*, ambos da Constituição), ao se obrigar o trabalhador a arcar com as consequências não previstas em lei de determinada conduta. Também não se pode entender que essa justa causa somente seria cabível para os empregados da Administração Direta da União, com base no raciocínio segundo o qual os preceitos da Lei n. 8.027/90 somente

⁴¹² “Em seu recurso de revista, o Reclamante argumenta com a nulidade de sua dispensa, a pretexto de que não foi realizada perante o sindicato da categoria. Alega que, em relação à Empresa Municipal de Vigilância, manteve contrato de relação celetista e quanto ao DESIPE, uma relação estatutária. Conclui que sua vinculação ao ente público, para fins de pagamento, se daria apenas com o DESIPE e, assim, a alegação de ‘dupla matrícula’ não seria causa de dispensa prevista no art. 482 da CLT, que indica como violado. Sustenta também que o art. 37, XVI, da CF, ao se referir à vedação de acumulação remunerada de cargos públicos, excetua a hipótese de compatibilidade de horários. Aduz que se encontrava em estágio probatório e, portanto, ‘não tendo sido nomeado até o momento para ocupar efetivamente o referido cargo público perante o DESIPE, não há o que se falar em cumulação de cargos, que originou a dispensa por justa causa sob a acusação de improbidade’ (fls. 456/471). A alegação do Reclamante de que se encontrava em estágio probatório no DESIPE não está descrita no quadro fático delineado pelo Regional. Tem pertinência as Súmulas 126 e 297 do TST. De outra parte, segundo o Regional, restou caracterizada a improbidade por parte do Reclamante, autorizando a aplicação da dispensa por justa causa. Isso porque o Reclamante foi contratado em 15/6/1992 pela COMLURB (sucédida pela Empresa Municipal de Vigilância) e, em 13/8/1997, foi admitido pelo DESIPE como Agente de Segurança Penitenciária. Nessa esteira, concluiu pela acumulação de cargos na administração pública, vedada pelo art. 37, XVI e XVII, da CF. Logo, ao contrário do que alega o Reclamante, a decisão regional foi proferida em conformidade com o art. 37, XVI, da CF. Não se vislumbra ofensa direta e literal ao art. 482 da CLT. A v. decisão regional está assentada em interpretação desse mesmo dispositivo e, portanto, o cabimento do Recurso de Revista, no particular, está limitado à demonstração de interpretação divergente, ônus do qual o Recorrente não se desvencilhou, pois não trouxe arestos específicos para colação” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 8400-44.1999.5.01.0047*. Relator: Ministro José Simpliciano Fontes de F. Fernandes. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, DF, 25 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-RR%20-%208400-44.1999.5.01.0047>>. Acesso em: 29 nov. 2010).

⁴¹³ “[...] ACUMULAÇÃO REMUNERADA DE CARGO PÚBLICO EM FUNDAÇÃO PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INQUÉRITO JUDICIAL PARA APURAÇÃO DE FALTA GRAVE. Decisão que concluiu ser vedada a percepção cumulativa de salários de dois cargos públicos, consoante expressa disposição contida no inciso XVI do art. 37 da Constituição da República, não afronta o princípio do direito adquirido. Revista não conhecida. [...]. A recorrida concedeu ao recorrente várias oportunidades para que este regularizasse sua situação, optando por um dos cargos que ocupava, mantendo-se o mesmo silente, apesar de já informado de que a ausência da opção incorreria na possibilidade de sua dispensa por justa causa, com fundamento na alínea H do artigo 482 da CLT [...]. Todavia, do acórdão acima transcrito, não há como concluir pela negativa de prestação jurisdicional, porque, quanto ao primeiro questionamento, a matéria é jurídica – enquadramento do ato que embasou a propositura do inquérito judicial, nas disposições legais (art. 482 da CLT) -, e o Regional fez esse enquadramento na alínea ‘h’ do art. 482 da CLT. Portanto, não há omissão” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 565250-27.1999.5.01.5555*. Relatora: Ministra Dora Maria da Costa. Órgão julgador: Primeira Turma. Brasília, DF, 08 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-RR%20-%20565250-27.1999.5.01.5555>>. Acesso em: 29 nov. 2010).

se aplicam a eles: esse entendimento consolidaria uma inconstitucional *discriminação*, ao pressupor que pessoas iguais (trabalhadores) em situações iguais (empregados estatais) poderiam ser tratados de forma diferenciada pela legislação. A diferença, aqui, diz respeito apenas ao fato de que a Lei n. 8.027/90 prevê *expressa e especificamente* essa conduta como passível de punição – a perda do emprego. A CLT também a prevê, embora diluída na fórmula genérica do *mau procedimento*, de modo que essa falta deve ser reconhecida como justa causa para todos os trabalhadores estatais. Ainda mais porque se trata de violação de *proibição constitucionalmente imposta*, o que realça a circunstância de *violação da moralidade administrativa por parte dos empregados estatais que ilicitamente acumulam ocupações no Estado*.

Depois, é imperioso ressaltar que a dispensa por justa causa em razão do acúmulo de cargos, empregos e funções deve ser precedida de processo administrativo, assegurando-se ao trabalhador o *direito de opção por um dos cargos até a expiração do seu prazo de defesa no processo administrativo*, aplicando-se ao caso as disposições do art. 133 da Lei n. 8.112/90, à falta de legislação específica que assegure o exercício desse direito⁴¹⁴. O art. 133 § 5º da Lei n. 8.112/90 estipula que estará configurada a boa-fé do servidor se houver o exercício do direito de opção até a expiração do prazo para a sua defesa no processo administrativo. Presume-se, pois, a boa-fé até esse momento. Tendo o trabalhador exercido a opção, haverá a sua *exoneração no cargo não escolhido*.

⁴¹⁴ “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO. ANÁLISE DO DIREITO LOCAL. COMPETÊNCIA DO STJ EM SEDE DE RECURSO ORDINÁRIO. LEI N. 8.112/90. APLICAÇÃO ANALÓGICA *IN CASU*. ACUMULAÇÃO ILEGAL DE CARGOS PÚBLICOS. DIREITO DE OPÇÃO INOBSERVADO. ILEGALIDADE. 1. O recurso integrativo não se presta ao reexame de matéria já exaustivamente analisada e decidida, conforme jurisprudência dos Tribunais Superiores. 2. O Superior Tribunal de Justiça tem competência para, em sede de recurso ordinário, examinar o direito local, não incidindo, na espécie, o comando da súmula n. 280 do Supremo Tribunal Federal. 3. Não obstante a Lei n. 8.112/90 se dirija aos servidores públicos federais e não estaduais, sobretudo por cuidar-se de direito constitucionalmente garantido aos servidores, e diante da inexistência de norma na legislação estadual nesse sentido, nada impede sua aplicação senão subsidiária, ao menos, analógica ao caso *sub examine*, razão pela qual não se vislumbra qualquer violação ao princípio da autonomia. Precedente do STJ. 4. Ademais, compulsando o teor da Legislação Estadual, Lei n. 1.762/86, verifica-se que, conquanto não tenha sido estabelecido o procedimento a ser adotado nos processos de acumulação de cargos, daí a aplicação subsidiária ou mesmo analógica da Lei Federal, restou expressamente prevista na lei local a necessidade de oportunizar ao servidor a opção por um dos cargos, constatada a boa-fé – como na hipótese vertente. 5. Embargos rejeitados” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Declaração no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 18203/AM*. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Órgão julgador: Quinta Turma. Brasília, DF, 06 de dezembro de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200400677481&dt_publicacao=13/02/2006>. Acesso em: 29 nov. 2010).

Se a ocupação não escolhida for também um emprego público, a atitude do trabalhador equivalerá a uma *demissão deste emprego*, ou seja, uma *resilição unilateral por sua iniciativa*.

Ultrapassado o prazo final para o exercício do direito de opção, o trabalhador poderá ser dispensado por justa causa *de ambas as ocupações*, observando-se, contudo, que *cada um dos empregadores estatais deverá abrir processo administrativo autônomo para a aplicação dessa sanção*. Nesse ponto, há de considerar *inconstitucional*, por violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, a disposição do art. 133 § 6º da Lei n. 8.112/90, segundo a qual a sanção ao trabalhador será aplicada “em relação aos cargos, empregos ou funções públicas em regime de acumulação ilegal, hipótese em que os órgãos ou entidades de vinculação serão comunicados”. Esse dispositivo permite que, *por meio de um só processo administrativo, todos os cargos, empregos e funções ficam sujeitos ao forçoso afastamento definitivo do servidor dos respectivos quadros*. Para preservar esse dispositivo da pecha de *inconstitucional*, conclusão a que insofismavelmente se chega pela sua interpretação literal, que implica a violação ao devido processo legal, há de se conferir *interpretação conforme a Constituição*⁴¹⁵ ao seu texto, para compreendê-

⁴¹⁵ “Este princípio é fundamentalmente um princípio de controlo (tem como função assegurar a constitucionalidade da interpretação) e ganha relevância autónoma quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma. Daí a sua formulação básica: no caso de normas polissémicas ou plurissignificativas deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a constituição. Esta formulação comporta várias dimensões: (1) o princípio da prevalência da constituição impõe que, dentre as várias possibilidades de interpretação, só deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais; (2) o princípio da conservação de normas afirma que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os fins da norma, ela pode ser interpretada em conformidade com a constituição; (3) o princípio da exclusão da interpretação conforme a constituição mas 'contra legem' impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a constituição, mesmo através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais. Este princípio deve ser compreendido articulando todas as dimensões referidas, de modo que se torne claro: (i) a interpretação conforme a constituição só é legítima quando existe um espaço de decisão (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela; (ii) no caso de se chegar a um resultado interpretativo de uma norma jurídica em inequívoca contradição com a lei constitucional, impõe-se a rejeição, por inconstitucionalidade, dessa norma (= competência de rejeição ou não aplicação de normas inconstitucionais pelos juízes), proibindo-se a sua correcção pelos tribunais (= proibição de correcção de norma jurídica em contradição inequívoca com a constituição); (iii) a interpretação das leis em conformidade com a constituição deve afastar-se quando, em lugar do resultado querido pelo legislador, se obtém uma regulação nova e distinta, em contradição com o sentido literal ou sentido objectivo claramente recognoscível da lei ou em manifesta dessintonia com os objectivos pretendidos pelo legislador” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 229-230).

lo no sentido de que o trabalhador poderá ser definitivamente afastado de *todos* esses cargos, empregos e funções, desde que haja processo administrativo específico relacionado a cada um deles. A única hipótese de os cargos, empregos e funções objetos da acumulação indevida serem contemplados num só processo ocorreria na situação de o acúmulo existir num mesmo órgão ou entidade estatal, circunstância cujo acontecimento é bastante improvável.

Encerra-se a abordagem deste tópico com a observação de que o art. 37, XVI, da Constituição, veda a *acumulação remunerada* de ocupações públicas, devendo ser observada, ainda, a compatibilidade (ou não) dos horários em cada uma das ocupações. Assim, é indevido o reconhecimento da justa causa no processo administrativo se, havendo a acumulação, o empregado não receber remuneração pelo desempenho das tarefas relacionadas à outra ocupação, salvo se houver incompatibilidade de horários. E sempre será indevida a dispensa por justa causa por essa razão se o trabalhador estiver vinculado a outro cargo, emprego ou função, mas não exercê-lo nem receber remuneração por ele, como ocorre nas situações em que o trabalhador está licenciado da ocupação não exercida de fato⁴¹⁶.

8.6.5 Despedida “a bem do serviço público”

O antigo estatuto dos funcionários públicos civis da União, a Lei n. 1.711/52, estipulava, em seu art. 209, que “atenta à gravidade da falta, a demissão poderá ser aplicada com a nota ‘a bem do serviço público’ [...]”, observação que sempre constava em demissões fundadas em faltas graves ou gravíssimas dos funcionários públicos.

⁴¹⁶ “ACUMULAÇÃO DE CARGOS. OCUPAÇÃO SIMULTÂNEA DE DOIS CARGOS PÚBLICOS, COM REMUNERAÇÃO DE APENAS UM DELES. ACUMULAÇÃO LÍCITA. ART. 37, INCISOS XVI E XVII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. O art. 37, incisos XVI e XVII, da Constituição da República, veda a acumulação remunerada de cargos públicos. Assim, a rigor, o texto constitucional não veda a acumulação se o servidor se encontra licenciado sem remuneração de um dos cargos que acumula” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Embargos em Recurso de Revista n. 415074-26.1998.5.17.5555*. Relator: Ministro João Batista Brito Pereira. Órgão julgador: Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, DF, 1º de março de 2004. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-E-RR%20-%20415074-26.1998.5.17.5555>>. Acesso em: 29 nov. 2010).

A própria Lei n. 8.027/90, no seu art. 5º, *caput*, reiterou essa possibilidade, ao dispor que determinadas faltas administrativas seriam “puníveis com a pena de demissão, *a bem do serviço público* [...]”. Na Lei n. 8.112/90, que derogou, *em relação aos servidores estatutários da União*, toda a regulação dos deveres funcionais prevista na Lei n. 8.027/90, não há qualquer menção a essa expressão, embora, a depender da gravidade da conduta, o servidor demitido fique incompatibilizado com nova investidura em cargos públicos federais *temporariamente*, por cinco anos, ou *definitivamente*, nos termos do art. 137 da Lei n. 8.112/90⁴¹⁷.

Cabe ressaltar que a incompatibilização “perpétua”, que veda *definitivamente* o retorno do servidor ao quadro funcional da Administração Pública, é claramente *inconstitucional*, por afronta ao art. 5º, XLVII, alínea “b” da Constituição da República, que veda a adoção de penas “de caráter perpétuo”, no sentido já apontado pelo Supremo Tribunal Federal⁴¹⁸.

Não se encontram, contudo, quaisquer questionamentos relacionados à subsistência jurídica da formulação “a bem do serviço público”. A resposta, porém, não tarda a ser encontrada: ela é seguramente *ilegal e inconstitucional*,

⁴¹⁷ “Art. 137. A demissão ou a destituição de cargo em comissão, por infringência do art. 117, incisos IX e XI, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos. Parágrafo único. Não poderá retornar ao serviço público federal o servidor que for demitido ou destituído do cargo em comissão por infringência do art. 132, incisos I, IV, VIII, X e XI”. Incompatibiliza o servidor *temporariamente* para nova investidura em cargo público federal: 1) valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública (art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90) e 2) atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro (art. 117, XI). Incompatibiliza o servidor *definitivamente* para nova investidura em cargo público federal: 1) crime contra a administração pública (art. 132, I, da Lei n. 8.112/90); 2) improbidade administrativa (art. 132, IV); 3) aplicação irregular de dinheiros públicos (art. 132, VIII); 4) lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional (art. 132, X); e 5) corrupção (art. 132, XI).

⁴¹⁸ “DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PENA DE INABILITAÇÃO PERMANENTE PARA O EXERCÍCIO DE CARGOS DE ADMINISTRAÇÃO OU GERÊNCIA DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. INADMISSIBILIDADE: ART. 5º, XLVI, ‘e’, XLVII, ‘b’, E § 2º, DA C.F. [...]. No mérito, é de se manter o aresto, no ponto em que afastou o caráter permanente da pena de inabilitação imposta aos impetrantes, ora recorridos, em face do que dispõem o art. 5º, XLVI, ‘e’, XLVII, ‘b’, e § 2º da C.F. 3. Não é caso, porém, de se anular a imposição de qualquer sanção, como resulta dos termos do pedido inicial e do próprio julgado que assim o deferiu. 4. Na verdade, o Mandado de Segurança é de ser deferido, apenas para se afastar o caráter permanente da pena de inabilitação, devendo, então, o Conselho Monetário Nacional prosseguir no julgamento do pedido de revisão, convertendo-a em inabilitação temporária ou noutra, menos grave, que lhe parecer adequada. 5. Nesses termos, o R.E. é conhecido, em parte, e, nessa parte, provido” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 154134/SP*. Relator: Ministro Sydney Sanches. Órgão julgador: Primeira Turma. Brasília, DF, 15 de dezembro de 1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=211762>>. Acesso em: 25 nov. 2010).

apesar de não serem conhecidos, nem na doutrina, nem na jurisprudência, posicionamentos específicos nesse sentido.

A *ilegalidade* deflui da análise do art. 2º, Parágrafo Único, inciso VI, da Lei n. 9.784/99, segundo o qual deverá ser observado, nos processos administrativos, o critério da “*adequação* entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”. Além disso, o art. 187 do Código Civil reconhece como ilícito o *abuso de direito*, ao estipular que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

A *inconstitucionalidade* também é patente: trata-se de evidente lesão à *honra* do trabalhador, passível de indenização por dano moral (art. 5º, X, da Constituição). O texto constitucional consagra ainda a *proporcionalidade* entre o agravo e a resposta (art. 5º, V), situação que é evidentemente descumprida nesse caso: a observação “a bem do serviço público”, máxime quando divulgada em órgão oficial de imprensa e em outros meios de veiculação de informação, atribuindo-se-lhe ampla publicidade, é providência desproporcional à conduta do trabalhador (já devidamente sancionado pela perda do emprego) e absolutamente desnecessária, visto que em nada essa providência colabora para aperfeiçoar a atividade administrativa. Trata-se de um ranço oriundo do autoritarismo de ordens constitucionais anteriores, em que os direitos fundamentais eram meros ornamentos constitucionais e nas quais não havia a consagração constitucional do Estado Democrático de Direito, infenso a arbitrariedades.

Somente o gosto pelo sadismo e pelo sarcasmo, advindo de certos administradores públicos, explicam (jamais *justificam*) a existência dessa prática ainda nos dias atuais. Felizmente essa expressão não foi incluída no texto da Lei n. 8.112/90, que dispõe sobre o estatuto dos servidores públicos civis da União. Mas ainda subsiste em outros estatutos funcionais, como ocorre no Estado da Bahia, cujos servidores estatutários poderão ser demitidos “a bem do serviço público” nos termos do art. 197 da Lei Estadual n. 6.677/94⁴¹⁹, e também no

⁴¹⁹ “Art. 197. A demissão do cargo por infringência das proibições prevista nos incisos X e XII do artigo 176, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público estadual, pelo

Município do Salvador, cujo estatuto funcional, a Lei Complementar Municipal n. 01/91, também traz essa expressão em seu texto⁴²⁰.

Paradoxalmente, apesar do avanço representado pela Lei n. 8.112/90, que, rompendo com a tradição autoritária das leis anteriores, não consignou a demissão “a bem do serviço público”, essa expressão voltou a figurar na legislação federal pela Lei n. 8.429/92, a Lei de Improbidade Administrativa. Nesse diploma legal constam duas menções a essa expressão: a primeira, ao tratar da obrigatoriedade da declaração de bens do servidor antes de sua entrada em exercício, acarretando “a pena de demissão, a bem do serviço público, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, o agente público que se recusar a prestar declaração dos bens, dentro do prazo determinado, ou que a prestar falsa” (art. 13 § 3º). A outra alusão feita pela lei diz respeito ao prazo prescricional: a ação pela prática de ato de improbidade administrativa poderá ser proposta “dentro do

prazo mínimo de 5 (cinco) anos. Parágrafo único. Não poderá retornar ao serviço público estadual o servidor que for demitido do cargo por infringência dos incisos I, IV, VIII, X e XII do artigo 192, hipóteses em que o ato de demissão conterà a nota ‘a bem do serviço público’”. Nos termos dessa lei, incompatibiliza o servidor *temporariamente* para nova investidura em cargo público estadual: 1) valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública (art. 176, X, da Lei Estadual n. 6.677/94) e 2) atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de percepção de remuneração, benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até segundo grau e de cônjuge ou companheiro (art. 176, XII). Incompatibiliza o servidor *definitivamente* para nova investidura em cargo público estadual: 1) crime contra a administração pública (art. 192, I, da Lei Estadual n. 6.677/94); 2) improbidade administrativa (art. 192, IV); 3) aplicação irregular de dinheiro público (art. 192, VIII); 4) lesão ao Erário e dilapidação do patrimônio público (art. 192, X); e 5) transgressão das proibições previstas nos incisos X a XVII do artigo 176 (art. 192, XI). Por sua vez, o art. 176 dessa mesma lei traz as demais hipóteses que ensejariam a incompatibilização permanente do servidor estadual demitido “a bem do serviço público”: “Art. 176. Ao servidor é proibido: [...] X – valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública; XI – transacionar com o Estado, quando participar de gerência ou administração de empresa privada, de sociedade civil, ou exercer comércio; XII – atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de percepção de remuneração, benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até segundo grau e de cônjuge ou companheiro; XIII – receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições; XIV – aceitar representação, comissão, emprego ou pensão de Estado estrangeiro, sem licença da autoridade competente; XV – praticar usura sobre qualquer de suas formas; XVI – proceder de forma desidiosa; XVII – utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares [...]”.

⁴²⁰ “Art. 180. O ato de imposição de penalidade mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar. Parágrafo único. A demissão será aplicada com a nota ‘a bem do serviço público’, quando decorrente da transgressão de qualquer dos incisos I, IV, IX e X do Art. 176, ou quando houver circunstância agravante prevista no Art. 184 desta Lei”. O art. 176 traz as hipóteses de demissão “a bem do serviço público”: “Art. 176. A demissão será aplicada ao servidor nos seguintes casos: I – crime contra a administração pública; [...]; IV – improbidade administrativa; [...] IX – lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio público municipal; X – corrupção; [...]”. As agravantes do art. 184 que também configuram a hipótese de demissão “a bem do serviço público” são as que seguem: “Art. 184. São circunstâncias agravantes da pena: I – a premeditação; II – a reincidência; III – o conluio; IV – a continuação; V – cometimento do ilícito: a) mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte o processo disciplinar; b) com abuso de autoridade; c) durante o cumprimento da pena; d) em público”.

prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego” (art. 23, II, da Lei n. 8.429/92). Como se verifica, o avanço promovido pela Lei n. 8.112/90 não foi duradouro: a expressão “demissão a bem do serviço público” está tão arraigada na cultura administrativa brasileira que até mesmo o prazo prescricional de um instrumento tão importante de moralização administrativa, como é o caso das demandas contra as práticas ímprobas na Administração Pública, tem o seu curso influenciado pela famigerada expressão.

Em relação especificamente ao empregado estatal, regido pela Consolidação das Leis do Trabalho e legislação trabalhista esparsa, há mais uma razão, além de todas as supramencionadas, para entender-se inadmissível essa situação: o art. 29 § 4º da CLT estipula ser vedado ao empregador efetuar anotações desabonadoras à conduta do empregado na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS). Assim, caso haja a aposição dessa expressão na Carteira de Trabalho do empregado estatal dispensado por justa causa, haverá conduta ilícita patronal. Essa prática, além de ensejar a imposição de multa administrativa, por parte do Ministério do Trabalho e Emprego (art. 29 § 5º e art. 52 da CLT), pode acarretar indenização por dano moral, já que o trabalhador levaria consigo o atestado de sua *inidoneidade* eternamente. Não se conhece, contudo, situações em que essa questão tenha sido especificamente enfrentada pela jurisprudência: há julgados em que houve concessão de indenização por danos devido ao fato de que o servidor *não praticou as condutas que lhe foram imputadas em processo administrativo*, caso em que, além de perder (temporariamente) o cargo, ainda houve a injusta qualificação em seu ato demissório⁴²¹; mas o entendimento que se está a defender na oportunidade, e em

⁴²¹ “ADMINISTRATIVO. DANOS MORAIS. DEMISSÃO A BEM DO SERVIÇO PÚBLICO. DANO DIRETO E INDIRETO. PRESCRIÇÃO. IMPUGNAÇÃO. DEPOIMENTO. TESTEMUNHA SUSPEITA. VALOR. SALÁRIO MÍNIMO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Tanto no dano direto como no indireto é possível haver titulação jurídica por demandas reparatórias, são titulares diretos aqueles atingidos de frente pelos reflexos danosos, enquanto indiretos aqueles que, por conseqüência, sofrem os efeitos advindos do fato. 2. Na hipótese, o marco legal da contagem se deu a partir da possibilidade de exigir a reparação que se fez presente a contar do momento em que se demonstrou injusta a demissão; com desfazimento do ato administrativo a ela pertinente. 3. Em se tratando de indenização por dano moral, basta a demonstração do fato, desta forma, a desqualificação do depoimento requerida pela União em nada influiria na formação do convencimento da Julgadora; e, ainda, que se admitisse, *ad argumentandum tantum*, a suspeição da testemunha, tal fato não implicaria nulidade da sentença, porquanto preclusa a questão. 4. Dano material existiu na interrupção do vínculo laboral do autor e o dano moral na imputação de atos desonestos em desfavor do Erário, fazendo com que o este passasse a conviver com a pecha que

relação ao qual não houve específico enfrentamento jurisprudencial, diz respeito à possibilidade de indenização do trabalhador *mesmo que sua dispensa por justa causa (ou demissão, se servidor estatutário) tenha sido fundada em circunstâncias que efetivamente tenham ocorrido*. Esse “detalhe” no ato demissório (ou no ato de dispensa do empregado público) é totalmente desarrazoado e desproporcional ao agravo provocado pelo servidor.

Independentemente do fato de haver ou não respaldo jurisprudencial para se firmar essa conclusão, afigura-se completamente *inconstitucional* a dispensa do empregado estatal por justa causa “a bem do serviço público”. Como também o é, em relação ao servidor estatutário, a “demissão a bem do serviço público”.

8.7 Dispensa do empregado estável e do empregado com garantia de emprego

8.7.1 Estabilidade e garantia de emprego

Mauricio Godinho Delgado conceitua *estabilidade* da seguinte maneira:

Estabilidade [...] é a vantagem jurídica de caráter permanente deferida ao empregado em virtude de uma *circunstância tipificada de caráter geral*, de modo a assegurar a *manutenção indefinida no tempo do vínculo empregatício*, independentemente da vontade do empregador⁴²².

Assim, a estabilidade trabalhista tradicional significava a garantia destinada ao trabalhador que se enquadrava numa circunstância tipificada de ordem geral (no caso, dez anos de serviço prestados para o mesmo empregador), que lhe

lhe foi atribuída, com conseqüências dramáticas em relação a seus entes queridos, sendo irrecusáveis as conseqüências trágicas da perda do emprego, intensificadas ao extremo pela nódoa moral imputada ao demandante” (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação Cível n. 2000.71.00.020202-6/RS*. Relator: Juiz Luiz Carlos de Castro Lugon. Órgão julgador: Terceira Turma. Porto Alegre, 22 de junho de 2004. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/inteiro_teor.php?orgao=1&numeroProcesso=200071000202026&dataPublicacao=11/08/2004>. Acesso em: 25 nov. 2010).

⁴²² DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 1.241. Destaques conforme o original.

conferia a perpetuidade no emprego, sendo irrelevante a vontade do empregador, quanto à permanência do vínculo contratual, depois de obtida essa garantia.

O conceito dito “clássico” de estabilidade destinava-se aos empregados beneficiados com a *estabilidade decenal* prevista no art. 492 da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo o qual “o empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas”.

Também se reserva o uso do termo *estabilidade* para os trabalhadores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas que estivessem “em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição [ou seja: *que não foram admitidos por concurso público*]” (art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

A estabilidade *decenal* trabalhista, no entanto, perdeu muito da sua eficácia a partir do surgimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), veiculado pela Lei n. 5.107/66, que abriu a possibilidade de o empregado “optar” entre tentar acumular dez anos de serviço para não ser mais despedido *ou* contar com depósitos mensais numa conta bancária, à razão de 8% (oito por cento) do valor remuneratório auferido no mês imediatamente anterior, que poderia ser movimentada no caso de despedida sem justa causa e na ocorrência de outras situações estritas previstas em lei.

A ordem constitucional de 1988 universalizou o FGTS (art. 7º, III), sepultando a antiga estabilidade decenal, ressalvados os direitos adquiridos até então. Infraconstitucionalmente, o FGTS foi remodelado pela Lei n. 8.036/90, que revogou a lei de 1966 a respeito do assunto. Daí em diante, tornaram-se raros os casos de *estabilidade empregatícia*, situação que se mostrou contraditória diante do tão invocado *princípio da continuidade da relação de emprego*⁴²³. Em contrapartida, proliferaram-se, desde então, as hipóteses de *garantias de emprego*, também conhecidas como “estabilidades provisórias”.

⁴²³ “Informa tal princípio que é de interesse do Direito do Trabalho a permanência do vínculo empregatício, com a integração do trabalhador na estrutura e dinâmica empresariais. Apenas mediante tal permanência e integração é que a ordem justaltrabalhista poderia cumprir satisfatoriamente o objetivo teleológico do Direito do Trabalho, de assegurar melhores condições, sob a ótica obreira, de pactuação e gerenciamento da força de trabalho em determinada sociedade” (DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 209).

A expressão *garantia de emprego*, conquanto seja semelhante, guarda uma diferença fundamental em relação à estabilidade, como se infere da seguinte definição, também de Mauricio Godinho Delgado:

A garantia de emprego [...] é a vantagem jurídica *de caráter transitório* deferida ao empregado em virtude de uma *circunstância contratual ou pessoal obreira de caráter especial*, de modo a assegurar a manutenção do *vinculo empregatício por um lapso temporal definido*, independentemente da vontade do empregador. Tais garantias têm sido chamadas, também, de *estabilidades temporárias ou estabilidades provisórias* (expressões algo contraditórias, mas que se vêm consagrando)⁴²⁴.

Assim, a *garantia de emprego* consiste numa “estabilidade” de alcance mais restrito, seja pelos sujeitos aptos a obtê-la, seja pela extensão temporal (por isso também sendo chamada de “estabilidade provisória”).

Tanto na estabilidade quanto na garantia de emprego (ou “estabilidade provisória”), o trabalhador está protegido contra dispensa sem justa causa, que será inválida caso ocorra enquanto perdurar a proteção legalmente conferida. A garantia de manutenção no emprego, porém, não é incondicional: há situações que elidem essa proteção. Torna-se relevante, por isso, analisar *quais* as circunstâncias que suplantam essas garantias de emprego, providência que ora se adota.

8.7.2 Justa causa e falta grave

O termo “justa causa” tem clara delimitação legal: trata-se de situação que viabiliza a terminação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador, em vista de conduta faltosa do empregado tipificada no rol do art. 482 da CLT.

Há, contudo, intensa cizânia doutrinária a respeito do alcance da expressão “falta grave” e de seus efeitos quanto à elisão da estabilidade e da garantia de emprego. A lei define falta grave como sendo “a prática de qualquer dos fatos a

⁴²⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 1.247-1.248. Destaques conforme o original.

que se refere o art. 482, quando por sua repetição ou natureza representem séria violação dos deveres e obrigações do empregado” (art. 493 da CLT).

A problemática não se restringe ao campo terminológico, tampouco importa num preciosismo inócuo: é essencial delimitar o alcance desses conceitos, já que deles depende a configuração de diversas possibilidades de dispensa do empregado estável e do empregado detentor de garantia de emprego.

O trabalhador que não conta com qualquer proteção especial da legislação quanto à sua manutenção no emprego pode ser despedido “por justa causa”, nos termos do art. 482 da CLT. *Alguns* dos trabalhadores detentores de garantia de emprego também podem sê-lo, como é o caso dos empregados titulares e suplentes de representação dos trabalhadores na Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), até um ano após o término do mandato (art. 10, II, “a”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT⁴²⁵ – e art. 165 da CLT⁴²⁶), da empregada gestante (art. 10, II, “b” do ADCT⁴²⁷), do empregado estatal durante o período que se inicia três meses antes das eleições e se encerra no dia da posse dos eleitos, limitada essa garantia à circunscrição em que ocorre o processo eleitoral (art. 73, V, da Lei n. 9.504/97⁴²⁸) e do empregado que sofreu acidente do trabalho, assegurada a manutenção do emprego pelo prazo de doze meses após a cessação do auxílio-doença acidentário da

⁴²⁵ Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: [...] II – fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato; [...]”.

⁴²⁶ Art. 165. Os titulares da representação dos empregados nas CIPAs não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. Parágrafo único. Ocorrendo a despedida, caberá ao empregador, em caso de reclamação à Justiça do Trabalho, comprovar a existência de qualquer dos motivos mencionados neste artigo, sob pena de ser condenado a reintegrar o empregado”.

⁴²⁷ Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: [...] II – fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: [...] b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto [...]”.

⁴²⁸ “Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais: [...] V – nomear, contratar ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, *ex officio*, remover, transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito, nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados: a) a nomeação ou exoneração de cargos em comissão e designação ou dispensa de funções de confiança; b) a nomeação para cargos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais ou Conselhos de Contas e dos órgãos da Presidência da República; c) a nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados até o início daquele prazo; d) a nomeação ou contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo; e) a transferência ou remoção *ex officio* de militares, policiais civis e de agentes penitenciários; [...]”.

Previdência Social, independentemente da percepção de auxílio-acidente (art. 118 da Lei n. 8.213/91⁴²⁹).

Outros trabalhadores detentores de *garantia de emprego* somente podem ser dispensados após a prática de *falta grave*, como ocorre com os empregados eleitos para órgãos de direção das entidades sindicais, titulares e suplentes, desde o registro da candidatura até um ano após o final do mandato (art. 8º, VIII, da Constituição⁴³⁰ e art. 543 § 3º da CLT⁴³¹); com os empregados eleitos diretores de cooperativas por eles criadas (art. 55 da Lei n. 5.764/71⁴³²); com os empregados titulares e suplentes da representação dos trabalhadores no Conselho Nacional da Previdência Social, até um ano após o término do mandato (art. 3º § 7º da Lei n. 8.213/91⁴³³); com os empregados titulares e suplentes da representação dos trabalhadores no Conselho Curador do FGTS, até um ano após o término do mandato (art. 3º § 9º da Lei 8.036/90⁴³⁴); e com os empregados eleitos para participarem, como representantes dos trabalhadores, nas Comissões de Conciliação Prévia instituídas no âmbito das empresas, sendo vedada a

⁴²⁹ “Art. 118. O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente”.

⁴³⁰ “Art. 8º. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: [...] VIII – é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei”.

⁴³¹ “Art. 543. [...] § 3º. Fica vedada a dispensa do empregado sindicalizado ou associado, a partir do momento do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação de entidade sindical ou de associação profissional, até 1 (um) ano após o final do seu mandato, caso seja eleito, inclusive como suplente, salvo se cometer falta grave devidamente apurada nos termos desta Consolidação”.

⁴³² “Art. 55. Os empregados de empresas que sejam eleitos diretores de sociedades cooperativas pelos mesmos criadas, gozarão das garantias asseguradas aos dirigentes sindicais pelo artigo 543 da Consolidação das Leis do Trabalho”.

⁴³³ “Art. 3º. Fica instituído o Conselho Nacional de Previdência Social – CNPS, órgão superior de deliberação colegiada, que terá como membros: I – seis representantes do Governo Federal; II – nove representantes da sociedade civil, sendo: a) três representantes dos aposentados e pensionistas; b) três representantes dos trabalhadores em atividade; c) três representantes dos empregadores (Redação desses incisos dada pela Lei n. 8.619, de 1993) [...]. § 7º. Aos membros do CNPS, enquanto representantes dos trabalhadores em atividade, titulares e suplentes, é assegurada a estabilidade no emprego, da nomeação até um ano após o término do mandato de representação, somente podendo ser demitidos por motivo de falta grave, regularmente comprovada através de processo judicial”.

⁴³⁴ “Art. 3º. O FGTS será regido por normas e diretrizes estabelecidas por um Conselho Curador, composto por representação de trabalhadores, empregadores e órgãos e entidades governamentais, na forma estabelecida pelo Poder Executivo. [...] § 9º. Aos membros do Conselho Curador, enquanto representantes dos trabalhadores, efetivos e suplentes, é assegurada a estabilidade no emprego, da nomeação até um ano após o término do mandato de representação, somente podendo ser demitidos por motivo de falta grave, regularmente comprovada através de processo sindical”.

dispensa deles, titulares e suplentes, até um ano após o final do mandato, salvo se cometerem falta grave, nos termos da lei (art. 625-B § 2º da CLT⁴³⁵).

É relevante observar, diante desses exemplos, que a *justa causa* poderia ser reconhecida em relação a qualquer trabalhador não detentor de garantia de emprego e também para *alguns* trabalhadores detentores de *certas* garantias de emprego. Já a expressão *falta grave* parece ser reservada apenas para *alguns* dos trabalhadores detentores de garantia de emprego, que estariam imunes *também à mera dispensa por justa causa*. O art. 493 da CLT, ao indicar que a *falta grave* seria diferenciada da *justa causa* pela natureza da conduta ou por sua repetição, reforça a diferenciação entre os institutos. Dessa construção seria possível concluir que “a diferença, portanto, entre *justa causa* e *falta grave* é de grau”⁴³⁶. Mas esse raciocínio não repercute unissonamente na doutrina especializada.

O posicionamento de Sergio Torres Teixeira resume com perfeição a controvérsia ora abordada:

Existem algumas divergências na doutrina [...] acerca da figura denominada de dispensa ‘por falta grave’. Enquanto alguns consideram sinônimos os vocábulos *justa causa* e *falta grave*, outros consideram esta última uma modalidade especial daquela, restrita às relações envolvendo empregados portadores da chamada estabilidade jurídica no emprego.

Em que pese a razoável aceitação evidenciada na literatura pátria, ambas as teses, na realidade, se revelam equivocadas. As expressões ‘*justa causa*’ e ‘*falta grave*’ não são sinônimas, e, tampouco, a incidência desta última figura se restringe a uma casta especial de empregados.

Na realidade, a dispensa por falta grave corresponde a uma dispensa ‘por *justa causa grave*’, não restrita à categoria dos ‘estabilitários’, mas aplicável a todos os empregados. Difere da *justa causa* normal apenas em termos de grau ou intensidade. Representa uma espécie do gênero *justa causa*, caracterizada pela maior gravidade do motivo enquadrado em uma das hipóteses legais justificadoras da dispensa⁴³⁷.

⁴³⁵ “Art. 625-B. A Comissão instituída no âmbito da empresa será composta de, no mínimo, dois e, no máximo, dez membros, e observará as seguintes normas: I – a metade de seus membros será indicada pelo empregador e a outra metade eleita pelos empregados, em escrutínio secreto, fiscalizado pelo sindicato da categoria profissional; II – haverá na Comissão tantos suplentes quantos forem os representantes titulares; III – o mandato dos seus membros, titulares e suplentes, é de um ano, permitida uma recondução. § 1º. É vedada a dispensa dos representantes dos empregados membros da Comissão de Conciliação Prévia, titulares e suplentes, até um ano após o final do mandato, salvo se cometerem falta grave, nos termos da lei”.

⁴³⁶ CATHARINO, José Martins. *Contrato de Emprego*. 2. ed. Guanabara: Trabalhistas S/A, 1965, p. 436.

⁴³⁷ TEIXEIRA, Sergio Torres. *Proteção à Relação de Emprego*. São Paulo: LTr, 1998, p. 146.

Assim, é possível firmar posicionamento no sentido de que *justa causa* e *falta grave* referem-se a condutas faltosas do empregado. Existe uma *preferência legal* para utilizar a expressão *falta grave* para a dispensa de empregados detentores de garantia de emprego e *justa causa* para aqueles que não contam com essa garantia. Mas, como bem adverte a doutrina, *trata-se somente de “mera preferência”*⁴³⁸, visto que a lei, não raro, toma uma expressão por outra, referindo-se à *falta grave* sem que se refira a empregado detentor de estabilidade ou garantia de emprego (como é o caso do ferroviário que se recusa a atender à prorrogação de jornada em face de circunstância excepcional: art. 240 da CLT) e à *justa causa* em relação a alguns empregados detentores dessa garantia (caso das gestantes, dirigentes da CIPA, e das garantias de emprego acidentária e eleitoral). Assim sendo, apesar do que dispõe o art. 493 da CLT, não há diferença apriorística entre *justa causa* e *falta grave*. A distinção entre essas expressões, extremamente frágil, contudo, é *meramente de grau/intensidade, que será aferida no caso concreto*.

8.8 Processualização da dispensa do empregado estável e do empregado com garantia de emprego

A dificuldade de se conceituar e distinguir os termos *justa causa* e *falta grave* acarreta outra situação problemática: a de delimitar *qual o procedimento* de dispensa para cada um desses trabalhadores.

Como já visto neste capítulo, a *dispensa por justa causa* poderá ser reconhecida ao empregado estatal, desde que seja precedida de *processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa*. Para alguns dos

⁴³⁸ “A nós não parece haver diferença essencial entre *justa causa* e *falta grave*. O máximo que existe é uma preferência do legislador em usar o termo *falta grave* para os empregados estáveis e *justa causa* para os não estáveis. Mera preferência, pois há momentos em que a CLT faz menção à *falta grave* sem estar se referindo necessariamente a empregado detentor de estabilidade no emprego, como é o caso do art. 244 da CLT. Tal fato vem corroborar a posição de que, na prática, não há diferença entre a caracterização e o tratamento dispensado à *justa causa* ou à *falta grave*” (DALLEGRAVE NETO, José Afonso; VIANNA, Cláudia Salles Vilela. *Rescisão do Contrato de Trabalho – Doutrina e Prática*. São Paulo: LTr, 2001, p. 47). Destques conforme o original.

empregados estatais detentores de garantia de emprego e de estabilidade, contudo, *nem mesmo por meio do processo administrativo será possível efetivar a sua dispensa*. Nessas situações, será necessário o ajuizamento de uma demanda na Justiça do Trabalho, cuja sentença reconhecerá a prática da falta grave, equivocadamente denominada de “inquérito para a apuração de falta grave”.

Torna-se imperioso, portanto, distinguir as hipóteses de um e outro procedimento de dispensa.

8.8.1 Dispensas possíveis pela via do processo administrativo

É viável a dispensa *por justa causa* dos empregados detentores de garantia de emprego. Nessa situação, o processo administrativo seguirá tramitação idêntica àquela prevista para as demais dispensas por justa causa, que já foi objeto de estudo neste mesmo capítulo. Mas nem todos os trabalhadores com algum tipo de proteção especial podem ser dispensados dessa forma: somente em *alguns* casos é possível dispensar o trabalhador estatal dotado de proteção empregatícia especial.

Os casos em que essa providência pode ser adotada regularmente são os seguintes:

1) Dispensa dos empregados titulares e suplentes de representação dos trabalhadores na Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), até um ano após o término do mandato (art. 10, II, “a”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e art. 165 da CLT).

O art. 165 da CLT estipula que “os titulares da representação dos empregados nas CIPAs não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro”. Assim, a *contrario sensu*, se a despedida fosse *não arbitrária*, porém *sem justa causa*,⁴³⁹ ainda assim o empregado nessa situação poderia ser dispensado *mesmo sem justa causa*. A Constituição de 1988, contudo, modificou o panorama a respeito, passando a disciplinar no art. 10, II, “a”, do ADCT, que “fica vedada a dispensa *arbitrária* ou *sem justa causa* do empregado eleito para

⁴³⁹ Essas expressões serão diferenciadas adiante, no tópico 8.9.

cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato [...]”.

Tem-se, pois, que *nenhuma dispensa sem justa causa será eficaz* contra o trabalhador ocupante de cargo de direção na CIPA. O empregado, contudo, poderá ser dispensado após ser constatada a justa causa no curso do processo administrativo.

2) Dispensa da empregada gestante, cujo prazo de garantia de emprego estende-se até cinco meses após o parto, tenha o empregador ciência ou não do seu estado⁴⁴⁰. Pelo disposto no art. 10, II, “b”, do ADCT, também se veda a *dispensa arbitrária* ou *sem justa causa* da gestante, de modo que, *a contrario sensu*, a dispensa será possível se for reconhecida a *justa causa* no processo administrativo.

3) Dispensa por justa causa do empregado estatal durante o período que se inicia três meses antes das eleições e se encerra no dia da posse dos eleitos, limitada essa garantia à circunscrição em que ocorre o processo eleitoral. O art. 73, V, da Lei n. 9.504/97⁴⁴¹ proíbe que o administrador público, nesse período, adote a prática de “demitir sem justa causa” o servidor. Obviamente o termo “demissão”, aqui, foi tomado no sentido em que ele é utilizado no Direito Administrativo. Não existe a formulação “demissão por justa causa”, e sim “dispensa por justa causa” ou “despedida por justa causa”. Nessa situação, como se proíbe a *dispensa sem justa causa*, infere-se, *a contrario sensu*, que a dispensa *por justa causa* é plenamente admissível, sendo, pois, viável o seu reconhecimento em processo administrativo.

⁴⁴⁰ É o entendimento pacificado no TST, de acordo com a Súmula n. 244, inciso I: “O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, “b” do ADCT)”.

⁴⁴¹ “Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais: [...] V – nomear, contratar ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, *ex officio*, remover, transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito, nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados: a) a nomeação ou exoneração de cargos em comissão e designação ou dispensa de funções de confiança; b) a nomeação para cargos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais ou Conselhos de Contas e dos órgãos da Presidência da República; c) a nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados até o início daquele prazo; d) a nomeação ou contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo; e) a transferência ou remoção *ex officio* de militares, policiais civis e de agentes penitenciários; [...]”.

A jurisprudência reconhece a ampla abrangência da proibição, que beneficia também trabalhadores das empresas públicas e sociedades de economia mista, haja vista a inexistência de distinção na lei eleitoral ao tratar de “servidor público”⁴⁴².

4) Dispensa do empregado detentor da chamada *garantia de emprego acidentária*, prevista no art. 118 da Lei n. 8.213/91, segundo o qual o trabalhador acidentado “tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente”. Nessa situação, a lei não consigna expressamente a hipótese de perda do empregado por *justa causa*, mas também não estipula nada a respeito da *falta grave*. Tem prevalecido a noção de que o empregado acidentado também tem sua garantia de emprego limitada pela prática de conduta tipificada como *justa causa*, entendimento já pacificado na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho⁴⁴³.

⁴⁴² “LEGISLAÇÃO ELEITORAL. EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. Aos empregados das empresas públicas e das sociedades de economia mista regidos pela CLT aplicam-se as vedações dispostas no art. 15 da Lei n. 7.773, de 08.06.1989” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Orientação Jurisprudencial n. 51 da SBDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html>. Acesso em: 23 dez. 2010). A referência legislativa não mais se sustenta, contudo. É fato que o art. 15 da Lei n. 7.773/89 continha norma muito assemelhada ao atual art. 73 da Lei n. 9.504/97, o que, em termos práticos, na modifica na situação jurídica desses empregados. Mas, ao se considerar que a Lei n. 9.504/97 regulou inteiramente a matéria, com algumas inovações, e é posterior à Lei n. 7.773/89, não resta outra alternativa que não considerá-la revogada nesse ponto. O art. 15 da Lei n. 7.773/89 disciplinava o seguinte: “Art. 15. São vedados e considerados nulos de pleno direito, não gerando obrigações de espécie alguma para a pessoa jurídica interessada e nenhum direito para o beneficiário, os atos que, no período compreendido entre o trigésimo dia da publicação desta Lei e o término do mandato do Presidente da República, importarem em nomear, admitir ou contratar ou exonerar *ex officio*, demitir, dispensar, transferir ou suprimir vantagens de qualquer espécie de servidor público, estatutário ou não, da Administração Pública Direta ou Indireta e Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos Territórios. § 1º. Excetuam-se do disposto neste artigo: I – nomeação de aprovados em concurso público ou de ascensão funcional; II – nomeação ou exoneração de cargos em comissão e designação ou dispensa de função de confiança; III – nomeação para cargos da Magistratura, do Ministério Público, de Procuradores do Estado e dos Tribunais de Contas. § 2º. Os atos editados com base no § 1º deste artigo deverão ser fundamentados e publicados dentro de 48 (quarenta e oito) horas após a sua edição, no respectivo órgão oficial. § 3º. O atraso da publicação no Diário Oficial relativo aos 15 (quinze) dias que antecedem os prazos iniciais a que se refere este artigo implica a nulidade automática dos atos relativos a pessoal nele inseridos”.

⁴⁴³ “ESTABILIDADE PROVISÓRIA – ACIDENTE DO TRABALHO OU DOENÇA PROFISSIONAL – JUSTA CAUSA – PRESCINDIBILIDADE DA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO JUDICIAL PARA APURAÇÃO DE FALTA GRAVE – ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DOMINANTE NESTA CORTE SUPERIOR. 1. A jurisprudência dominante nesta Corte Superior segue no sentido de que a instauração de inquérito judicial para apuração de falta grave, que deve preceder a despedida por justa causa, aplica-se àqueles empregados detentores da estabilidade decenal prevista no art. 492 da CLT, a qual tem caráter definitivo, sendo incabível a sua extensão aos detentores de estabilidade provisória decorrente de acidente de trabalho, à míngua de previsão legal. 2. Na hipótese vertente, a Corte *a quo* entendeu inaplicável a exigência de inquérito para apuração de

Assim, para elidir a garantia de emprego também desses trabalhadores, basta um processo administrativo que reconheça a possibilidade de dispensa por justa causa.

5) Outra hipótese de trabalhador detentor de garantia de emprego refere-se ao empregado reabilitado ou deficiente habilitado, cuja dispensa “imotivada” somente poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante (art. 93 § 1º da Lei n. 8.213/91). A expressão “imotivada”, aqui, refere-se à dispensa “sem justa causa”. Daí decorre que, também nesse caso, o trabalhador conta com garantia de emprego *contra a dispensa sem justa causa*, de modo que a dispensa por justa causa, acaso configurada, pode ser reconhecida em processo administrativo.

Nesses casos, nos quais a lei *não* se refere expressamente à *falta grave*, ou nos quais a proteção do emprego recai somente *contra a dispensa sem justa causa*, não é necessário nenhum procedimento especial para que se elida a garantia de emprego do empregado estatal: basta o regular processo administrativo que reconheça a prática de conduta passível de ser capitulada e qualquer das descritas no rol do art. 482 da CLT, ou seja, *basta a existência de justa causa*.

falta grave, lastreando-se no conjunto probatório dos autos para concluir pela correta aplicação da justa causa à Obreira, uma vez que sua conduta se enquadrava no art. 482, a, da CLT. 3. Nesse diapasão, o acórdão regional revela-se em consonância com o entendimento jurisprudencial dominante nesta Corte Superior. Agravo de instrumento desprovido” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de Instrumento no Recurso de Revista n. 104740-11.2002.5.01.0026*. Relator: Ministro Ives Gandra Martins Filho. Órgão julgador: Sétima Turma. Brasília, DF, 12 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-AIRR%20-%20104740-11.2002.5.01.0026>>. Acesso em: 29 nov. 2010). “ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ARTIGO 118 DA LEI N. 8.213/91. Os pressupostos essenciais ao deferimento da garantia de emprego são o afastamento do empregado em decorrência de acidente de trabalho e o recebimento do auxílio-doença acidentário. Todavia, no caso dos autos, o E. Tribunal Regional deixou registrado que, na data da cessação do contrato de trabalho, por justa causa, foi concedido o afastamento do reclamante por quinze dias por meio de atestado médico, consignando que somente tempo depois, fora reconhecido o direito ao auxílio-doença. Dessa forma, não há como se considerar o reclamante portador de estabilidade provisória diante da dispensa por justa causa. O afastamento por motivo de doença, interrupção ou suspensão, impede tão-somente, a dispensa sem justa causa, jamais aquela fundada em prática de falta grave” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 715696-94.2000.5.05.5555*. Relator: Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga. Órgão julgador: Primeira Turma. Brasília, DF, 30 de junho de 2004. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-RR%20-%20715696-94.2000.5.05.5555>>. Acesso em: 29 nov. 2010).

8.8.2 *Dispensas incompatíveis com a via do processo administrativo*

Em relação a trabalhadores que contam com outras modalidades de garantia de emprego, diversas das mencionadas no subtópico anterior, o processo administrativo não se presta para reconhecer a ocorrência de conduta que venha a ensejar a dispensa por justa causa. E isso acontece porque, *nessas situações, a legislação exige que o empregador obtenha pronunciamento judicial – na Justiça do Trabalho – que reconheça a prática de “falta grave”*.

Nesse sentido, dispõe o art. 853 da CLT que o empregador “apresentará reclamação por escrito à Junta ou Juízo de Direito⁴⁴⁴, dentro de 30 (trinta) dias, contados da data da suspensão do empregado”. A lei denomina essa medida inapropriadamente de *inquérito* (quando na verdade se trata de uma demanda ou, simplesmente, *ação*, conforme a terminologia adotada pelos arts. 3º e 263 do Código de Processo Civil⁴⁴⁵) *para apuração* (a decisão judicial não procederá a nenhuma apuração, mas sim ao reconhecimento) *de falta grave*, entendida esta como sinônimo de justa causa, mas com sutil diferença de intensidade em relação à justa causa, que será aferida no caso concreto.

A primeira modalidade de proteção empregatícia imune ao processo administrativo como meio de terminação do contrato estatal de emprego é 1) a *estabilidade decenal*, prevista no art. 492 da CLT, segundo o qual “o empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas”. Essa comprovação somente pode ser feita *judicialmente*, por meio do inquérito para apuração de falta grave, conforme prevê o art. 494 da CLT (“o empregado acusado de falta grave poderá ser suspenso de suas funções, mas a sua despedida só se tornará efetiva após o inquérito e que se verifique a procedência da acusação”).

⁴⁴⁴ A referência a “juízo de direito” refere-se à existência de localidades não abrangidas pela jurisdição de nenhuma Vara do Trabalho. Nessa situação deve ser invocada a disposição do art. 668 da CLT (“nas localidades não compreendidas na jurisdição das Juntas de Conciliação e Julgamento, os Juízos de Direito são os órgãos de administração da Justiça do Trabalho, com a jurisdição que lhes for determinada pela lei de organização judiciária local”).

⁴⁴⁵ O Código de Processo Civil utiliza o termo *ação* como sinônimo de demanda. Essa é a linha seguida pelo art. 3º (“para propor ou contestar *ação* é necessário ter interesse e legitimidade”) e pelo art. 263 (“considera-se proposta a *ação*, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. A propositura da *ação*, todavia, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no art. 219 depois que for validamente citado”).

O inquérito foi idealizado *somente* para apurar essas situações envolvendo empregado com *estabilidade decenal*. As demais situações, relacionadas a trabalhadores cuja dispensa somente é viabilizada dessa forma, decorreram de progressivas extensões legais relativas ao inquérito para a apuração de falta grave, o que se fez em “contraponto” à progressiva retirada da estabilidade decenal do ordenamento jurídico: a mesma Lei n. 5.107/66, que instituiu a opção pelo FGTS – “opção” raramente lastreada em espontânea manifestação de vontade do trabalhador – e que significou o primeiro marco para o progressivo desaparecimento da estabilidade decenal, também foi a primeira a exigir o inquérito para situação diversa da estabilidade decenal: também foi protegido pela exigência do inquérito judicial, a partir daí, o dirigente sindical.

As demais situações que necessitam do inquérito judicial para a viabilização da dispensa são as seguintes:

2) Empregados *eleitos para órgãos de direção das entidades sindicais, titulares e suplentes, desde o registro da candidatura até um ano após o final do mandato* – o art. 8º, VIII, da Constituição ressalva a perda da garantia apenas se houver prática de conduta tida como falta grave *nos termos da lei*; e a lei, no caso o art. 543 § 3º da CLT, disciplina que essa garantia não perdurará se houver cometimento de falta grave *apurada nos termos da Consolidação*⁴⁴⁶, donde se constata a necessidade do inquérito para despedir o dirigente sindical, no sentido apontado pela Súmula n. 197 do Supremo Tribunal Federal (“o empregado com representação sindical só pode ser despedido mediante inquérito em que se apure falta grave”).

3) Empregados *eleitos diretores de cooperativas por eles criadas* – nesse caso, o art. 55 da Lei n. 5.764/71 estipula que esses trabalhadores “gozarão das garantias asseguradas aos dirigentes sindicais pelo artigo 543 da Consolidação das Leis do Trabalho”, de modo que idêntico regime de garantia de emprego – inclusive a sua elisão *somente* por meio de processo judicial – deve-lhe ser estendida.

⁴⁴⁶ “Art. 543. [...] § 3º. Fica vedada a dispensa do empregado sindicalizado ou associado, a partir do momento do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação de entidade sindical ou de associação profissional, até 1 (um) ano após o final do seu mandato, caso seja eleito, inclusive como suplente, salvo se cometer falta grave devidamente apurada nos termos desta Consolidação”.

4) Empregados *titulares e suplentes da representação dos trabalhadores no Conselho Nacional da Previdência Social* – o art. 3º § 7º da Lei n. 8.213/91 assegura que eles somente poderão “ser demitidos [*rectius*: dispensados] por motivo de falta grave, regularmente comprovada através de processo judicial”, sendo forçoso concluir que também nesse caso o ajuizamento do inquérito é necessário.

5) Empregados *titulares e suplentes da representação dos trabalhadores no Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)* – em relação a essa situação, o art. 3º § 9º da Lei 8.036/90 estipula que esses trabalhadores somente poderão “ser demitidos [*rectius*: dispensados] por motivo de falta grave, regularmente comprovada através de *processo sindical*”.

Logo depois da promulgação da lei do FGTS, causou certa estranheza essa “nova modalidade de processo”, pois a fórmula do *processo sindical* era situação até então inexistente no ordenamento jurídico nacional – e ainda o é, ao menos para decidir sobre a perda de um emprego. Algum tempo depois, a doutrina fez as correções devidas⁴⁴⁷, devendo ser interpretada essa expressão como “*processo judicial*”, de modo que esses trabalhadores teriam a mesma garantia de emprego daqueles empregados detentores da chamada “estabilidade *sindical*”.

Em todas essas situações, portanto, o processo administrativo será inválido para decidir a respeito da perda do emprego em razão de conduta faltosa do trabalhador: deve-se ajuizar demanda na Justiça do Trabalho (ou no Juízo de Direito investido em jurisdição trabalhista, se for o caso), sendo facultado ao empregador *suspender o empregado até a decisão no processo* (art. 494 da CLT: “o empregado acusado de falta grave poderá ser suspenso de suas funções, mas a sua despedida só se tornará efetiva após o inquérito e que se verifique a procedência da acusação”).

⁴⁴⁷ Em relação a este dispositivo, Sergio Torres Teixeira faz as seguintes ponderações: “Quanto à forma de comprovação do ato faltoso, o legislador utilizou a expressão ‘processo sindical’, instituto desconhecido do direito pátrio. Alguns juristas passaram a defender a ideia da instituição de um novo tipo de inquérito administrativo, desenvolvido perante representante das entidades sindicais. Atualmente, no entanto, uma reflexão mais profunda levou à constatação de que ocorreu apenas um pequeno deslize terminológico do legislador na redação do § 9º, cuja finalidade era submeter a concretização da despedida ao mesmo procedimento solene exigido na estabilidade sindical: o inquérito judicial perante a Justiça do Trabalho” (TEIXEIRA, Sergio Torres. *Proteção à Relação de Emprego*. São Paulo: LTr, 1998, p. 282).

Nessas hipóteses, pois, somente a partir da decisão judicial pela *procedência* das alegações do empregador é que o empregado pode ser despedido, *elidindo-se a garantia de emprego*, ou, no primeiro dos casos acima enumerados, a própria *estabilidade decenal*.

8.8.3 Trabalhadores eleitos para a Comissão de Conciliação Prévia

O art. 625-A da CLT estipula que as empresas e os sindicatos “podem instituir Comissões de Conciliação Prévia, de composição paritária, com representantes dos empregados e dos empregadores, com a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho”. Essas comissões servem como instâncias “informais” de solução alternativa de conflitos, de modo semelhante a uma mediação.

Sendo constituída no âmbito da empresa, a Comissão terá “metade de seus membros será indicada pelo empregador e a outra metade eleita pelos empregados, em escrutínio secreto, fiscalizado pelo sindicato da categoria profissional” (art. 625-B, I, da CLT). Uma vez composta a Comissão, o “mandato dos seus membros, titulares e suplentes, é de um ano, permitida uma recondução” (art. 625-B, III, da CLT).

Na composição paritária da Comissão, os membros que foram *eleitos* pelos empregados terão direito à garantia do emprego. Dispõe o art. 625-B § 1º da CLT que “é vedada a dispensa dos representantes dos empregados membros da Comissão de Conciliação Prévia, titulares e suplentes, até um ano após o final do mandato, salvo se cometerem falta grave, nos termos da lei”.

E nesse ponto surge uma das maiores controvérsias a respeito do assunto “garantia de emprego”: a vedação da dispensa pode ser elidida pela dispensa por justa causa? Ou é necessário o ajuizamento de demanda na Justiça do Trabalho?

Os posicionamentos são divididos. Uma parcela da doutrina sustenta que esses empregados podem ser dispensados por justa causa, sem a necessidade de processo judicial, pois a menção legal à “falta grave” não indica necessariamente que se deve “ajuizar o inquérito para a apuração de falta

grave”⁴⁴⁸, devendo ainda ser ressaltado que “falta grave” e “justa causa” não são expressões com concepções uniformes e distintas na Consolidação das Leis do Trabalho⁴⁴⁹.

Outros sustentam que o fato de o dispositivo indicar a necessidade de *falta grave nos termos da lei* para dispensar o empregado é sintomático da obrigatoriedade do ajuizamento do inquérito para a apuração de falta grave⁴⁵⁰.

A opção que se faz é pela segunda corrente. Com efeito, ao dispor acerca da “falta grave nos termos da lei”, o art. 625-B § 1º da CLT faz referência ao que a *lei estipula para a falta grave*. E, nesse caso, o art. 493 (“constitui falta grave a prática de qualquer dos fatos a que se refere o art. 482, quando por sua repetição ou natureza representem séria violação dos deveres e obrigações do empregado”) e o art. 494 (“o empregado acusado de falta grave poderá ser suspenso de suas funções, mas a sua despedida só se tornará efetiva após o inquérito e que se verifique a procedência da acusação”) da CLT não deixam dúvidas: a falta grave nos termos da lei deverá ser *apurada por inquérito na Justiça do Trabalho*. Esse entendimento parece estar sendo firmado na jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho⁴⁵¹. O Tribunal Superior do Trabalho ainda não se pronunciou expressamente sobre o assunto, embora,

⁴⁴⁸ Esse é o posicionamento de Sergio Pinto Martins: “A falta grave do empregado será a prevista no art. 482 da CLT. A expressão nos termos da lei refere-se à falta grave e não à forma de sua apuração. Assim, a falta não será apurada mediante inquérito para apuração de falta grave, pois a norma não menciona a mesma expressão do § 3º do art. 543 da CLT, que determina que a falta será devidamente apurada ‘nos termos desta Consolidação’, o que remete o intérprete aos arts. 853 a 855 da CLT” (MARTINS, Sergio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 486-487).

⁴⁴⁹ “[...] eventual rescisão por justa causa destes integrantes não ensejará interposição de inquérito judicial para a apuração de falta grave. É que o referido dispositivo é claro quando fale em cometimento de falta grave nos termos da lei, que, por sua vez, não se confunde com falta grave ‘devidamente apurada nos termos desta Consolidação’, consoante consta do § 3º do art. 543 da CLT, quando se reporta ao dirigente sindical” (DALLEGRAVE NETO, José Affonso; VIANNA, Cláudia Salles Vilela. *Rescisão do Contrato de Trabalho – Doutrina e Prática*. São Paulo: LTr, 2001, p. 46). Destaques conforme o original.

⁴⁵⁰ “A CLT refere-se, no art. 625-B § 1º a falta grave nos termos da lei, isto é, apurada nos termos da lei, ou seja, em inquérito para a apuração de falta grave” (ALMEIDA, Cleber Lúcio de. *Direito Processual do Trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 897)

⁴⁵¹ “Detém os membros da Comissão, titulares e suplentes, garantia provisória de emprego até um ano após o final do mandato, o que importa dizer que sua dispensa condiciona-se a prévio procedimento de inquérito para apuração da prática de falta grave, nos moldes dos arts. 494 da CLT. Criou-se, pois, nova forma de estabilidade, a par das já asseguradas ao dirigente sindical, ao membro de CIPA e à gestante, além da prevista em norma coletiva e da estabilidade acidentária [...]. Destarte, faz jus o reclamante à indenização substitutiva, razão pela qual nego provimento ao recurso” (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região (Goiás). *Recurso Ordinário n. 01737-2006-008-18-00-6*. Relator: Juíza Ialva Luza Guimarães Mello. Órgão julgador: Primeira Turma. Goiânia, 07 de março de 2007. Disponível em: <http://www.trt18.jus.br:7090/pls/site/getpdf?p_id=41488&p_tipo=acordaos_2a_pdf>. Acesso em: 30 jan. 2011).

indiretamente, já tenha dado mostras de que a interpretação ora defendida – que a configuração de falta grave “*nos termos da lei*” é suficiente para a necessidade de inquérito judicial – deve ser a adotada nas suas decisões acerca desses casos⁴⁵².

8.8.4 Trabalhadores estabilizados pelo art. 19 do ADCT

Os trabalhadores que, em 05 de outubro de 1988, estavam há pelo menos cinco anos continuados em exercício na Administração Direta, autárquica ou fundacional, passaram a ser *estáveis* pela Constituição da República, mesmo sem terem feito concurso e mesmo sem ocuparem cargo – configurando, pois, a inusitada situação de servidor *estável sem ser efetivo* ou mesmo de *estável sem titularizar um cargo público*.

Em relação à dispensa desses servidores, cabe analisar a extensão de sua estabilidade e a processualização subjacente.

Como já afirmado, a esses trabalhadores foi estendida a estabilidade constitucional do art. 41, incluindo o regramento previsto nos respectivos parágrafos, o que, na redação original do art. 41 da Constituição, dava-lhe o

⁴⁵² “ESTABILIDADE CONTRATUAL – INQUÉRITO PARA APURAÇÃO DE FALTA GRAVE – DESNECESSIDADE. É preciso salientar que o inquérito judicial, como instrumento processual viabilizador da dispensa por justa causa de empregado, titular de estabilidade, reporta-se necessariamente às hipóteses previstas em lei. Com efeito, segundo se constata do artigo 853 c/c artigo 494, ambos da CLT, o inquérito era imprescindível para dispensa do empregado titular da estabilidade decenal, já extinta com o advento da Constituição de 88, cujo artigo 7º, inciso I, elegeu a indenização compensatória como proteção da relação de emprego. O inciso VIII, do artigo 8º, da Constituição, por sua vez, dispõe sobre a admissibilidade da resolução do contrato de trabalho do dirigente sindical, nos termos da lei. Essa ressalva ‘nos termos da lei’ tem iniludível efeito receptivo não só do artigo 482 e suas alíneas, mas igualmente do § 3º do artigo 543, no tópico dedicado à apuração da falta, que o legislador ordinário determinou se procedesse nos termos da Consolidação, num claro reconhecimento da pertinência das normas procedimentais dos artigos 494 e 853 da CLT. Com isso, depara-se com o seu descabimento na hipótese de estabilidade contratual. É que, tratando-se de estabilidade instituída pelo empregador, por ato unilateral seu, a vantagem deve ser interpretada nos termos da sua instituição. Se se visou a concessão da estabilidade, pura e simplesmente, isto é, se espontaneamente abdicou do poder potestativo de rescisão contratual, circunscrevendo-o à prática de justa causa, não cabe ao Judiciário, indo além da sua vontade, impor-lhe a observância de instrumento procedimental alienígena ao ato de instituição do benefício. Recurso a que se nega provimento” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 114400-58.2001.5.18.0004*. Relator: Ministro Antônio José de Barros Levenhagen. Órgão julgador: Quarta Turma. Brasília, DF, 18 de dezembro de 2003. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-RR%20-%20114400-58.2001.5.18.0004>>. Acesso em: 29 nov. 2010).

direito de *somente perder o emprego em virtude de sentença transitada em julgado ou por meio de processo administrativo em que lhe fosse assegurada ampla defesa* (art. 41 § 1º) e o direito de, extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade, “ficar em disponibilidade remunerada, até seu adequado aproveitamento em outro cargo” (art. 41 § 3º).

Assim, o empregador estatal pode dispensar o trabalhador estabilizado pelo art. 19 do ADCT *pode ser dispensado por justa causa, bastando que esteja comprovada em processo administrativo*. Não há, pois, obrigatoriedade de ajuizar o inquérito para a apuração de falta grave, ao contrário do entendimento que a jurisprudência chegou a sustentar⁴⁵³. E isso porque a estabilidade *constitucional* do art. 41 *não se confunde com a estabilidade decenal do art. 492 da CLT nem com as demais garantias de emprego previstas na legislação trabalhista*. Conceber-se o contrário – ou seja, que o empregado mencionado no art. 19 do ADCT somente poderia ser dispensado depois da sentença do inquérito judicial para a apuração de falta grave – implicaria a *deturpação* da estabilidade constitucional, pois, na Constituição, a estabilidade *pode ser elidida por processo administrativo*.

A isso se acrescente o fato de que, se o art. 19 do ADCT estendeu, aos trabalhadores não concursados que estavam em exercício há pelo menos cinco anos continuados, a *estabilidade constitucional* que se refere ao servidor

⁴⁵³ “SERVIDOR PÚBLICO CELETISTA. ESTABILIDADE DO ART. 19 DO ADCT. FALTA GRAVE. INQUÉRITO JUDICIAL. NECESSIDADE. O artigo 19 do ADCT considera estável o servidor contratado pelo regime da CLT, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados e que não tenha sido admitido na forma regulada no artigo 37 da Constituição Federal. O servidor detentor da estabilidade prevista no art. 19 do ADCT só pode ser despedido pela apuração da falta grave apurada em inquérito judicial, ficando afastada a necessidade de instauração prévia de inquérito administrativo. Recurso de revista conhecido e provido” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 536766-18.1999.5.04.5555*. Relator: Ministro Antônio José de Barros Levenhagen. Órgão julgador: Quarta Turma. Brasília, DF, 07 de agosto de 2002. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-RR%20-%20536766-18.1999.5.04.5555>>. Acesso em: 29 nov. 2010). “SERVIDOR PÚBLICO REGIDO PELA CLT – ESTABILIDADE – ARTIGO 19 DO ADCT – DISPENSA POR FALTA GRAVE – INQUÉRITO JUDICIAL – IMPRESCINDIBILIDADE. O empregado admitido sem concurso, sob o regime trabalhista, e beneficiário da estabilidade do artigo 19 do ADCT, somente pode ser dispensado, por justa causa, após regular inquérito judicial. Impertinente juridicamente a invocação de inquérito administrativo, na forma prevista no artigo 41, § 1º da Constituição Federal, para legitimar a dispensa, de vez que referido instituto tem por destinatário o servidor nomeado em virtude de concurso para cargo público e, portanto, sujeito às regras de natureza estatutária. Recurso de embargos não conhecido” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Embargos em recurso de Revista n. 325154-34.1996.5.09.5555*. Relator: Ministro Milton de Moura França. Órgão julgador: Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Brasília, DF, 07 de maio de 2001. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-E-RR%20-%20325154-34.1996.5.09.5555>>. Acesso em: 29 nov. 2010).

concursado ocupante de cargo efetivo, *não há porque os trabalhadores estabilizados do art. 19 do ADCT terem um regramento acerca da estabilidade mais rígido do que os servidores concursados*. O alcance da estabilidade constitucional para uns e para outros é o mesmo. E, sendo assim, o servidor estável, na Constituição (seja ele regido pelo art. 41, seja pelo art. 19 do ADCT) deve ter idêntica disciplina quanto à estabilidade, o que torna imperioso afirmar que, em ambos os casos, *a estabilidade constitucional pode ser elidida por processo administrativo, sendo desnecessário o ajuizamento de inquérito judicial para a apuração de falta grave*⁴⁵⁴.

Além disso, esse trabalhador tem direito à disponibilidade, que decorre da extinção de sua ocupação ou da declaração da desnecessidade do posto de trabalho ora ocupado. Nesse caso, *deve haver um processo administrativo também para efetivar essa disponibilidade*, observando-se uma peculiaridade: nessa situação, o trabalhador a ser posto em disponibilidade pode *impugnar as razões pelas quais sua ocupação está sendo extinta ou está sendo tida como desnecessária*, não havendo defesa direta, pois, contra condutas individuais suas.

⁴⁵⁴ “RECURSO DE EMBARGOS. SERVIDOR PÚBLICO. ESTABILIDADE. ARTIGO 19 DO ADCT. DEMISSÃO. FALTA GRAVE. INQUÉRITO JUDICIAL. O artigo 19 do ADCT consagra a estabilidade extraordinária ou excepcional no serviço público, que se assemelha àquela delimitada no artigo 41, § 1º, da Constituição Federal, em que o servidor estável tem a garantia de não ser demitido senão em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada a ampla defesa, sendo desnecessário, pois, a instauração do inquérito judicial previsto no artigo 853 da CLT para apuração da falta grave, que era exigido nos casos de dispensa de empregados detentores da estabilidade decenal ou definitiva garantida aos trabalhadores antes da Constituição Federal de 1988. Recurso de embargos conhecido e não provido” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 481730-84.1998.5.09.5555*. Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. Órgão julgador: Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Brasília, DF, 28 de maio de 2007. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-ED-RR%20-%20481730-84.1998.5.09.5555>>. Acesso em: 29 nov. 2010). “INQUÉRITO PARA APURAÇÃO DE FALTA GRAVE. ESTABILIDADE. ART. 19 DO ADCT DA CF/88. 1. A lei somente exige e autoriza o manejo de inquérito para apuração de falta grave no caso de empregados portadores da antiga estabilidade decenal (artigo 492, CLT) e da estabilidade assegurada aos dirigentes sindicais (art. 543, § 3º, da CLT). Não há tal exigência, pois, em se tratando de empregado titular da estabilidade prevista no art. 19 do ADCT da CF/88. Aplica-se, a propósito, o princípio da legalidade (CF/88, art. 5º, II). 2. Em caso de empregado amparado por tal estabilidade, à semelhança do cipeiro e tantos outros, assiste ao empregador o direito de despedir diretamente o empregado, por justa causa, independentemente de aquiescência judicial e, se acionado, cabe-lhe o ônus de provar os fatos que determinaram a despedida motivada. 3. Recurso de revista não conhecido” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 611233-43.1999.5.12.5555*. Relator: Ministro João Oreste Dalazen. Órgão julgador: Primeira Turma. Brasília, DF, 05 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-RR%20-%20611233-43.1999.5.12.5555>>. Acesso em: 29 nov. 2010).

8.9 Dispensa sem justa causa do empregado estatal

Dispensa sem justa causa é *antônimo* de dispensa por justa causa. Enquanto esta se baseia na quebra de um ou alguns dos deveres contratuais expostos no art. 482 da CLT e legislação correlata, a dispensa sem justa causa é a providência adotada pelo empregador que decide terminar o contrato por iniciativa própria, *sem fundamento em qualquer das hipóteses de justa causa legalmente previstas*, de modo que essa concepção é exemplo de *resilição unilateral*⁴⁵⁵.

Há, no entanto, mais de uma espécie de dispensa sem justa causa, que merecem tratamento em subtópicos específicos, a fim de que sejam abordadas as suas peculiaridades.

8.9.1 Dispensa discriminatória

De acordo com a Convenção n. 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que aborda a *discriminação em matéria de emprego e profissão*, incorporada e em vigor no ordenamento jurídico brasileiro (Decreto n. 62.150, de 19 de janeiro de 1968), considera-se discriminação toda conduta que implique distinção, exclusão ou preferência “fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão” (art. 1º, “a”, da Convenção n. 111).

A Constituição da República não menciona expressamente a possibilidade de dispensa discriminatória. Há referências constitucionais à “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil” (art. 7º, XXX), à “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência” (art. 7º, XXXI) e à “proibição de distinção entre trabalho

⁴⁵⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Contratos: Teoria Geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 277.

manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos” (art. 7º XXXII), mas nada que diga respeito expressamente à dispensa do empregado.

Na busca de um fundamento “positivado” para contrastar com a dispensa discriminatória, pode-se invocar, ainda, o texto que enuncia o princípio constitucional da isonomia, segundo o qual “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º, *caput*). Além, é claro, da Convenção n. 111 da OIT.

Há que se notar, contudo, que *não-discriminação* e *isonomia* não se confundem. O primeiro traria um comando negativo (*não destinar tratamento desqualificante*), ao passo que a segunda tem um viés *promocional*, com vistas a propiciar a igualação, material e formal, entre os indivíduos⁴⁵⁶.

Na legislação ordinária, é relevante destacar as normas da Lei n. 9.029/95, que estipulam o seguinte:

Art. 1º. Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

[...]

Art. 4º. O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre (*Redação dada pela Lei n. 12.288, de 2010*):

I – a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;

⁴⁵⁶ “Há certa dúvida sobre se cabe falar-se em princípio de não-discriminação ou princípio de isonomia, como proposição geral externa aplicável ao ramo trabalhista especializado. A dúvida é razoável, pois, afinal, não é pacífica a própria diferenciação entre as duas noções. Contudo, não são conceitos efetivamente idênticos. O princípio da não-discriminação é princípio de proteção, de *resistência*, denegatório de conduta que se considera gravemente censurável. Portanto, labora sobre um *piso de civilidade* que se considera mínimo para a convivência entre as pessoas. Já o princípio da isonomia é mais amplo, mais impreciso, mais pretensioso. Ela ultrapassa, sem dúvida, a mera não-discriminação, buscando igualizar o tratamento jurídico a pessoas ou situações que tenham relevante ponto de contato entre si. Mas não é, necessariamente (embora em certas situações concretas possa se confundir com isso), princípio de resistência básica, que queira essencialmente evitar conduta diferenciada por fator injustamente desqualificante. A isonomia vai além, podendo seu comando igualizador resultar de mera conveniência política, cultural ou de outra natureza (embora estas também sejam importantes, é claro), sem comparecer, no caso, fundamentalmente para assegurar um *piso mínimo de civilidade* para as relações entre as pessoas” (DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 774-775).

II – a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.
[...]

Assim, o ordenamento justralhista conta com um plexo de normas que asseguram ao trabalhador, antes e durante o contrato de trabalho, significativa proteção contra a discriminação. Especificamente na hipótese de dispensa discriminatória, o trabalhador pode optar pela “readmissão” (*rectius*: reintegração) ou o pagamento em dobro da remuneração devida enquanto durou o afastamento.

Nesse caso, a dispensa é obviamente *sem justa causa*, já que o trabalhador, à evidência, não descumpriu qualquer dever contratual mencionado na legislação trabalhista. Mas, por ter viés discriminatório, é absolutamente *proibida e uma afronta à Constituição*. Não por acaso, a lei já presume a ocorrência de dano moral em face dessas práticas, com o escopo de impedir que continue a disseminar-se a interpretação que se firmou, especialmente na Justiça do Trabalho, segundo a qual seria indispensável a “prova do abalo provocado pelo dano moral” para que o trabalhador obtivesse indenização⁴⁵⁷.

8.9.2 *Dispensa arbitrária*

A Constituição dispõe, no art. 7º, I, que é direito do trabalhador “relação de emprego protegida contra *despedida arbitrária ou sem justa causa*, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”. A introdução de dois termos diferentes deixa entrever a dissociação conceitual entre ambos. Mas o regramento quanto às consequências de uma e

⁴⁵⁷ Exemplo recente do que ocorreu no Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (Bahia): “DANO MORAL. REQUISITOS DA REPARAÇÃO CIVIL. A reparação civil por danos morais, na forma do art. 186 do Código Civil, *reclama a prova do abalo psíquico sofrido pelo paciente*; o ato culposo ou doloso (comissivo ou omissivo) do agente; e o nexa causal que os una. Eis os requisitos legais” (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (Bahia). *Recurso Ordinário n. 0130000-89.2009.5.05.0008*. Relator: Juiz Renato Mário Borges Simões. Órgão julgador: Segunda Turma. Salvador, 20 de janeiro de 2011. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/jurisprudencia/modelo/AcordaoConsultaBlobTexto.asp?v_id=214758>. Acesso em: 30 jan. 2011). Destaques não constam no original.

de outra – nos termos de uma Lei Complementar que até hoje não veio – será, tudo indica, feito de maneira uniformizada, o que é lamentável.

A Consolidação das Leis do Trabalho, ao disciplinar a proteção destinada ao membro da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), reconhece como arbitrária a despedida que “não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro” (art. 165 da CLT). Embora existam diversos conceitos formulados pela doutrina acerca desse instituto, o entendimento aqui sustentado é que o conceito legal, embora idealizado para reger estritamente a situação do membro da CIPA, atende satisfatoriamente à configuração jurídica da arbitrariedade da dispensa, embora não seja perfeito⁴⁵⁸.

Assim, a *causa* da despedida deve ser localizada em qualquer dessas circunstâncias: motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. Em pelo menos um desses motivos a dispensa deve estar fundada para não ser caracterizada como *dispensa arbitrária*.

Por *motivo disciplinar* deve-se entender a prática de conduta tipificada como sendo de *justa causa*, nos termos do art. 482 da CLT (ou outras modalidades previstas na legislação extravagante). Por *motivo técnico* é possível conceber o aproveitamento inadequado do empregado na estrutura empresarial, ou a inadequação do trabalhador ao serviço, de modo que *tecnicamente* a prestação do serviço esteja prejudicada. Por *motivo econômico* deve-se entender a existência de conjunturas na economia como um todo, que afetam decisiva e especificamente a continuidade da atividade empresarial nos padrões até então verificados. E por *motivo financeiro* é possível entender o desequilíbrio nas contas do empregador, de modo que se torna inviável a manutenção da quantidade de postos de trabalho até então oferecida.

Se a dispensa não for fundada em *nenhum* desses motivos, estará configurada a *dispensa arbitrária*, que é caracterizada por ser desprovida de qualquer fundamento plausível e que representa, em sua plenitude, o suposto “direito potestativo” do empregador de livrar-se do empregado quando bem entender.

⁴⁵⁸ Igualmente no sentido de que o conceito legal é satisfatório para definir a *despedida arbitrária*: MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Despedida arbitrária ou sem justa causa*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 47.

A Constituição, ao utilizar *duas expressões* no art. 7º, I – *dispensa arbitrária* ou *dispensa sem justa causa* – pareceu ter conferido autonomia conceitual à dispensa arbitrária, distinguindo-a da *dispensa sem justa causa*. Esta última seria, constitucionalmente, a dispensa em que há fundamento plausível para a dispensa (como a inaptidão do empregado ou a desnecessidade dos seus serviços na dinâmica empresarial), mas que não se configura justa causa pela inexistência de quebra da boa-fé e dos deveres contratuais previstos na lei (ou seja: não se configuram as condutas do art. 482 da CLT).

Assim, seria possível distinguir uma e outra pelo conceito. E *também pelas consequências*: a despedida arbitrária seria inconstitucional e, portanto, vedada. Sua ocorrência ensejaria a reintegração do trabalhador ao emprego ou o pagamento de indenização se a reintegração fosse desaconselhável (arts. 496 a 498 da CLT⁴⁵⁹). Já a dispensa sem justa causa, permitida, acarretaria o pagamento de indenização compensatória ao trabalhador, não havendo ilícito patronal.

No Supremo Tribunal Federal, contudo, firmou-se a interpretação de que a Constituição não conferia qualquer prestígio especial à proteção da relação de emprego⁴⁶⁰, limitando-se apenas a prever *in abstracto* a indenização

⁴⁵⁹ “Art. 496. Quando a reintegração do empregado estável for desaconselhável, dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio, especialmente quando for o empregador pessoa física, o tribunal do trabalho poderá converter aquela obrigação em indenização devida nos termos do artigo seguinte. Art. 497. Extinguindo-se a empresa, sem a ocorrência de motivo de força maior, ao empregado estável despedido é garantida a indenização por rescisão do contrato por prazo indeterminado, paga em dobro. Art. 498. Em caso de fechamento do estabelecimento, filial ou agência, ou supressão necessária de atividade, sem ocorrência de motivo de força maior, é assegurado aos empregados estáveis, que ali exerçam suas funções, direito à indenização, na forma do artigo anterior”. Deve ser alertado, contudo, que esses dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho referem-se à extinta *estabilidade decenal*, que asseguraria ao trabalhador a perenidade no emprego após dez anos de serviço prestados ao mesmo empregador. Mas as diretrizes estabelecidas por essas regras poderiam ser aplicadas sem sobressaltos às hipóteses de dispensa arbitrária, caso se reconhecesse a amplitude da disciplina constitucional a respeito, o que ainda não ocorreu.

⁴⁶⁰ “Recurso extraordinário. Dispensa de emprego. [...] Não estabeleceu a Constituição de 1988 qualquer exceção expressa que conduziria à estabilidade permanente, nem é possível admiti-la por interpretação extensiva ou por analogia, porquanto, como decorre, inequivocamente do inciso I do artigo 7º da Constituição a proteção que ele dá à relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa é a indenização compensatória que a lei complementar terá necessariamente que prever, além de outros direitos que venha esta a estabelecer, exceto, evidentemente, o de estabilidade permanente ou plena que daria margem a um *bis in idem* inadmissível com a indenização compensatória como aliás se vê da disciplina provisória que se encontra nos incisos I e II do artigo 10 do ADCT. Recurso extraordinário não conhecido” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 179193/PE*. Relator: Ministro Moreira Alves. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Brasília, DF, 18 de dezembro de 1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=224314>>. Acesso em: 29 nov. 2010).

compensatória em face da despedida arbitrária ou sem justa causa, que seriam sinônimas.

Em sentido diametralmente oposto, as disposições da Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que chegaram a ser incorporadas no ordenamento jurídico nacional em 1996, por meio do Decreto n. 1.855/96, estipulavam a necessidade de *justificação da dispensa*. O art. 4º da Convenção disciplina ser vedada a dispensa do trabalhador “a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço”.

As disposições dessa Convenção, porém, conquanto tivessem notória afinidade com o art. 7º, I, da Constituição, foram duplamente refutadas pelo ordenamento jurídico brasileiro: primeiro por decisão do Supremo Tribunal Federal, que sustentou a *necessidade de lei complementar para diferenciar a despedida arbitrária da despedida sem justa causa e para impor a obrigatoriedade de motivação da dispensa*⁴⁶¹, congelando, na prática, qualquer

⁴⁶¹ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONVENÇÃO N. 158/OIT – PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA [...]. É na Constituição da República – e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas – que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe – enquanto Chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto. O *iter* procedimental de incorporação dos tratados internacionais – superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado – conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes. SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do *treaty-making power*, pelo Estado brasileiro – não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) –, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. O Poder Judiciário – fundado na supremacia da Constituição da República – dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência. PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS

eficácia do art. 7º, I, da Constituição enquanto não sobreviesse a lei complementar exigida. Depois, o golpe derradeiro: o governo brasileiro denunciou a Convenção n. 158, deixando de aplicá-la no ordenamento jurídico interno⁴⁶².

Obviamente as duas medidas merecem reprimendas. A decisão do STF recusa qualquer eficácia ao disposto no art. 7º, I, da Constituição, negando a efetividade do direito fundamental ao emprego, o que reduz a fundamentalidade desse direito à mera “conveniência” do legislador, situação de todo inadmissível

INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em conseqüência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes. TRATADO INTERNACIONAL E RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR. O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio *pacta sunt servanda*, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público. Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil – ou aos quais o Brasil venha a aderir – não podem, em conseqüência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA CONVENÇÃO N. 158/OIT, DESDE QUE OBSERVADA A INTERPRETAÇÃO CONFORME FIXADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. A Convenção n. 158/OIT, além de depender de necessária e ulterior intermediação legislativa para efeito de sua integral aplicabilidade no plano doméstico, configurando, sob tal aspecto, mera proposta de legislação dirigida ao legislador interno, não consagrou, como única conseqüência derivada da ruptura abusiva ou arbitrária do contrato de trabalho, o dever de os Estados-Partes, como o Brasil, instituírem, em sua legislação nacional, apenas a garantia da reintegração no emprego. Pelo contrário, a Convenção n. 158/OIT expressamente permite a cada Estado-Parte (Artigo 10), que, em função de seu próprio ordenamento positivo interno, opte pela solução normativa que se revelar mais consentânea e compatível com a legislação e a prática nacionais, adotando, em conseqüência, sempre com estrita observância do estatuto fundamental de cada País (a Constituição brasileira, no caso), a fórmula da reintegração no emprego e/ou da indenização compensatória. Análise de cada um dos Artigos impugnados da Convenção n. 158/OIT (Artigos 4º a 10)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1480MC/DF*. Relator: Ministro Celso de Mello. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Brasília, DF, 04 de setembro de 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=347083>>. Acesso em: 29 nov. 2010).

⁴⁶² “Decreto n. 2.100, de 20 de dezembro de 1996. ‘Torna pública a denúncia, pelo Brasil, da Convenção da OIT n. 158 relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador’. O Presidente da República torna público que deixará de vigorar para o Brasil, a partir de 20 de novembro de 1997, a Convenção da OIT n. 158, relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, adotada em Genebra, em 22 de junho de 1982, visto haver sido denunciada por Nota do Governo brasileiro à Organização Internacional do Trabalho, tendo sido a denúncia registrada, por esta última, a 20 de novembro de 1996”.

juridicamente⁴⁶³. Quanto ao decreto que “denunciou a vigência interna” da Convenção n. 158 da OIT, também ele mostra-se incompatível com a Constituição, e também com as disposições internacionais relacionadas à denúncia de Convenções, já que o Chefe do Executivo “comunicou” a denúncia por decreto, sem ter competência para fazê-lo, nem observar o prazo em que essa providência deveria ter sido adotada⁴⁶⁴.

Independentemente da polêmica envolvendo o art. 7º, I, da Constituição e a vigência ou não da Convenção n. 158 da OIT, é necessário trabalhar a

⁴⁶³ “[...] era nítida a intenção do Constituinte em evitar que os direitos fundamentais ficassem ao obséquio do legislador infraconstitucional. [...] Ademais disso, também considerando o método histórico de interpretação do art. 5º § 1º da CF, e consciente de que deve o jurista perquirir no sistema normativo, até a exaustão, todas as potencialidades dos comandos normativo-constitucionais [...] firmamos nossa posição em favor da direta e imediata aplicação de todas as normas definidoras de direitos fundamentais, independentemente de qualquer *interpositio legislatoris*, que é até desnecessária. Isso significa que a norma-princípio do art. 5º, §1º, da Constituição Federal, tem por finalidade irrecusável propiciar a aplicação imediata de todos os direitos fundamentais, sem necessidade de qualquer intermediação concretizadora, assegurando, em última instância, a *plena justiciabilidade* destes direitos, no sentido de sua imediata exigibilidade em juízo, quando omitida qualquer providência voltada à sua efetivação. De mais a mais, e em reforço a esses argumentos, ainda nos cumpre anotar que, também com base em Häberle – como a realidade social conforma substancialmente a interpretação da Constituição –, a realidade consistente no desejo de todos pelo gozo imediato dos direitos fundamentais impõe que a interpretação do art. 5º, §1º seja no sentido da aplicabilidade direta desses direitos” (CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do Estado Constitucional de Direito: um suporte axiológico para a efetividade dos direitos fundamentais sociais*. In: _____; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). *Temas de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 80-81).

⁴⁶⁴ “[...] o Poder Executivo, mediante o Decreto n. 2.100, de 20 de dezembro de 1996, publicado em 23 de dezembro de 1996, acatando a interpretação que se tornou predominante à época no sentido da inaplicabilidade da Convenção no ordenamento nacional, tornou pública a denúncia da Convenção, realizada pelo Governo, em carta enviada à OIT, em 20 de novembro de 1996, explicitando que a Convenção 158 deixaria de ter vigência em nosso ordenamento, a partir de 20 de novembro de 1997. O problema é que a denúncia produziu efeitos internos apenas com a publicação do Decreto 2.100, o que se deu em 23 de novembro de 1996, e conforme ensina Cássio de Mesquita Barros Jr., mesmo que considerada a possibilidade de se efetuar a denúncia, tomando-se como parâmetro a vigência da Convenção 158 no âmbito internacional, a Convenção só poderia ter sido denunciada até 22 de novembro de 1996, vez que a Convenção, adotada pela 68ª da OIT, em 22 de junho de 1982, entrou em vigor no âmbito internacional em 23 de novembro de 1985, após efetivadas duas ratificações junto à OIT, conforme previsto no art. 15.2 da Convenção. Assim, mesmo considerando-se o prazo dos doze meses subseqüentes ao decênio de vigência no plano internacional, a denúncia somente poderia ser efetivada pelo Brasil até 22 de novembro de 1996. Mas como se viu, o Decreto de denúncia foi publicado em 23 de novembro, e ainda para produzir efeitos a partir de 20 de novembro do ano seguinte. Além disso, não é sequer correta esta interpretação de que o prazo de dez anos de vigência, para se efetuar a denúncia, conta-se a partir da vigência da Convenção no âmbito internacional. Conforme ensina Arnaldo Süssekind, o prazo de 10 anos conta-se a partir ‘de cada ratificação’ e não do prazo de vigência internacional da Convenção original. Por fim, dê-se relevo à posição de Márcio Túlio Viana, que destaca a inconstitucionalidade da denúncia, na medida em que o ato praticado pelo chefe do Poder Executivo, de denunciar, mediante Decreto, a Convenção, extrapolou os limites de sua competência, constitucionalmente fixados. Argumenta Viana: ‘se é o Congresso quem aprova os tratados internacionais’, ‘como pode o Presidente, por ato isolado, denunciá-los?’ (MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O Direito do Trabalho Como Instrumento de Justiça Social*. São Paulo: LTr, 2000, p. 339).

concepção de *dispensa arbitrária* à luz da dinâmica do emprego público, considerando que, mesmo sem a lei complementar prevista na Constituição, e mesmo sem a invocação dos dispositivos da Convenção n. 158 da OIT, é *possível sustentar a inviabilidade jurídica de o Estado empregador despedir o empregado arbitrariamente*.

Viu-se, no Capítulo IV deste texto, que *motivo é a circunstância material que alicerça a decisão externada pelo ato administrativo*. Motivo, pois, pode ser tomado pela acepção de *causa*.

Para evitar a despedida arbitrária é necessário que o *motivo legalmente amparado* esteja adequadamente configurado. A revelação da adequação desse motivo encontra, no âmbito do Estado, apenas um canal: a *motivação expressa*.

Também em outra passagem deste texto, igualmente no Capítulo IV, defendeu-se a concepção de que *a motivação deve enunciar fundamentos fáticos (motivos) e também fundamentos jurídicos, além de correlacionar adequadamente ambos os fundamentos no sentido de esclarecer os parâmetros utilizados para a tomada de decisão*. Essa situação decorre tanto da consagração do Estado Democrático de Direito na ordem constitucional brasileira (art. 1º), quanto da cidadania (art. 1º, II), da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), dos princípios constitucionais da Administração Pública (art. 37, *caput*) e também da exigência expressa de motivação *sempre que os atos administrativos* – como o é, no âmbito estatal, o ato que dispensa o trabalhador – *“neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses”* (art. 50, I, da Lei n. 9.784/99).

Daí decorre que, para o Estado, *a dispensa promovida sem motivação (em sentido material e formal) será tida, independentemente da efetiva existência de motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, como dispensa arbitrária*.

E essa dispensa será *duplamente arbitrária*. Primeiro, por violar o dever estatal genérico de *prestar contas acerca do exercício do poder ao seu verdadeiro titular – o povo* – pois, como se sabe, a prática de atos estatais arbitrários viola frontalmente esse dever, inafastável do Estado Democrático de Direito. E em segundo lugar, por violar um dever *específico* de apresentação do motivo por ocasião da dispensa do trabalhador, caso em que o Estado evita essa circunstância com a simples medida de *cumprir o seu dever de motivação dos atos administrativos*.

Assim, o Estado empregador *não poderá despedir arbitrariamente*, embora possa despedir sem justa causa. Ao menos essa diferenciação quanto aos efeitos decorre *diretamente da Constituição* (Estado Democrático de Direito somado aos princípios constitucionais da Administração Pública). A Lei Complementar exigida pelo art. 7º, I, da Constituição, se promulgada, não poderá alterar esse panorama, sob pena de *inconstitucionalidade*.

8.9.3 Dispensa sem justa causa, porém justificada

Da exclusão das espécies *dispensa arbitrária* e *dispensa discriminatória* do gênero *dispensa sem justa causa*, resta, para abrigar todas as demais hipóteses de *resilição unilateral por parte do empregador*, a espécie *dispensa justificada sem justa causa*.

Essa modalidade de dispensa abrange todas as modalidades de rompimento contratual em que *o empregador tem uma justificção juridicamente fundada*, porém *sem representar quebra dos deveres contratuais previstos expressamente em lei por parte do empregado*. Em outras palavras: existem razões para que o contrato de trabalho seja extinto, por iniciativa do empregador, e elas não dizem respeito à conduta faltosa do empregado.

Nessa situação, como se exige a *expressa demonstração* do motivo para a promoção da dispensa, obviamente o empregador estatal deverá efetivá-la de maneira *motivada*, material e formalmente, sob pena de consolidar uma prática arbitrária e, por isso mesmo, *inconstitucional*.

Saliente-se, ainda, que o entendimento prevalecente na doutrina e na jurisprudência direciona-se no sentido de que, das três espécies de dispensa sem justa causa (*discriminatória, arbitrária e justificada sem justa causa*), apenas a primeira delas seria juridicamente vedada ao empregador comum. Essa situação não ocorre com o empregador estatal: *tendo em vista que ao Estado brasileiro, Democrático de Direito, é absolutamente vedado adotar práticas arbitrárias*, tem-se que *o empregador estatal somente poderá promover dispensa sem justa causa sem ela for expressamente motivada e juridicamente justificada*. Não há, pois, como se conceber “direito potestativo” ao empregador estatal: suas

dispensas sem justa causa limitam-se apenas aos casos em que *há um motivo juridicamente respaldado para que se despeça o empregado concursado*.

8.9.4 Situações de dispensa justificada sem justa causa

Sabe-se, a partir do contraponto empreendido em face do teor do art. 482 da CLT (e legislação esparsa correlata), que a ocorrência de quebra, pelo empregado, de dever contratual expressamente previsto em lei enseja, para o empregador, a possibilidade de dispensar o trabalhador *por justa causa*. Ao revés, se não houver o enquadramento da conduta em qualquer das hipóteses legalmente tipificadas como “justa causa”, haverá *dispensa sem justa causa*.

Dessas hipóteses de dispensa sem justa causa, apenas a possibilidade de *dispensa justificada sem justa causa* é possível ao empregador estatal, afastada terminantemente a viabilidade de *dispensa discriminatória* (em qualquer caso inconstitucional e ensejadora de reparação por danos extrapatrimoniais) e, no caso do empregador estatal, também deve ser refutada a possibilidade de *dispensa arbitrária*, pois incompatível com o Estado Democrático de Direito e com o dever estatal de motivação das decisões.

Cabível, pois, uma breve enumeração de exemplos para que se evite conceber essa situação de maneira maniqueísta.

Os casos de *dispensa justificada sem justa causa* podem ser divididos em cinco modalidades diferenciadas, que são as seguintes:

- 1) inaptidão/imperícia do empregado ou insuficiência de desempenho;
- 2) anulação administrativa do concurso, especificamente para o emprego em relação ao qual o trabalhador ocupa depois de aprovado na seleção;
- 3) necessidade de saída do empregado em razão do retorno, por decisão judicial, de trabalhador que anteriormente ocupava a vaga;
- 4) extinção do emprego, ou declaração de sua desnecessidade; e
- 5) necessidade de redução do quadro de pessoal, em face da ocorrência de excesso de despesa.

Essa classificação quanto à *divisão das modalidades de dispensa justificada sem justa causa* será significativamente útil por ocasião do estudo da

processualização da dispensa do empregado estatal, acarretando procedimentos diferenciados a depender do caso envolvido. É o que se passa a demonstrar.

8.10 Processualização da dispensa sem justa causa do empregado estatal

Não é necessário conceber, a fim de resguardar o emprego estatal do trabalhador concursado, que a sua proteção empregatícia atrela-se à estabilidade constitucional prevista no art. 41. Basta, para tanto, que se tenha em vista a *necessidade de processualizar a dispensa do empregado estatal*, de modo que a sua dispensa pode-se dar até mesmo sem justa causa. Mas *sempre* dependente de motivação.

Entre o servidor público ocupante de *cargo* e o trabalhador que exerce um *emprego*, as hipóteses de exclusão do quadro funcional são bastante parecidas, especialmente no que concerne à *demissão do servidor estatutário* e à *dispensa por justa causa do empregado estatal*, ambas pressupondo a prática de conduta *faltosa* por parte do trabalhador. As diferenças dizem respeito, em suma, aos casos em que *a exclusão do quadro funcional não depende de conduta faltosa do trabalhador*.

O servidor estatutário pode perder o cargo sem que haja conduta faltosa de sua parte. Em *algumas situações terá direito à retribuição pecuniária*, caso da perda de cargo por excesso de despesa, situação que lhe dará direito a uma indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço, conforme art. 169 § 5º da Constituição, ou no caso de disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até que haja o seu aproveitamento em outro cargo, nos termos do art. 41 § 3º da Constituição. Em outras circunstâncias ele *não terá esse direito*, como acontece com a exoneração de servidor não aprovado no estágio probatório (art. 20 § 2º da Lei n. 8.112/90) e como pode vir a acontecer com a perda de cargo em decorrência da insuficiência de desempenho, caso o Projeto de Lei Complementar acerca do assunto, até o momento não transformado em lei, seja aprovado nos termos em que fora

formulado originalmente⁴⁶⁵. Em ambos os casos, nada impede que ele seja indenizado proporcionalmente ao tempo de serviço pela perda do cargo, mas a legislação, até o momento, não prevê esse benefício.

A perda do emprego por parte do empregado estatal, nos casos em que a saída dos quadros estatais *não* decorre de conduta faltosa sua, é regulada de forma diversa: *em qualquer caso de dispensa sem justa causa haverá indenização*. Assim, se o trabalhador for dispensado em razão de insuficiência de desempenho, ou em razão do excesso de despesa, ser-lhe-á assegurado, *sempre*, o direito às verbas resilitórias trabalhistas (décimo terceiro proporcional, férias proporcionais, etc.), sem prejuízo da liberação dos valores depositados em sua conta do FGTS, acrescidos da multa de 40% (quarenta por cento). Em contrapartida, por não deter a estabilidade (ressalvada a situação do trabalhador estabilizado pelo art. 19 do ADCT), o empregado estatal não pode permanecer no serviço público em disponibilidade, de modo que, extinto o emprego em que se encontra, sua saída dos quadros estatais é consequência inevitável, sendo-lhe asseguradas nesse caso, contudo, as verbas devidas por ocasião da *dispensa sem justa causa*.

8.10.1 Inaptidão ou insuficiência de desempenho do empregado

A principal – e talvez a única – circunstância imputável ao trabalhador que pode ensejar a sua dispensa *sem* justa causa é a situação de insuficiência de desempenho, a qual, ao contrário do que ocorre com o servidor *estável* ocupante de *cargo efetivo*, não necessita de Lei Complementar para ser veiculada, bastando uma lei ordinária de cada um dos entes federativos (União, Estado,

⁴⁶⁵ O Projeto de Lei Complementar (PLP) n. 248, de iniciativa da Presidência da República, que “disciplina a perda de cargo público por insuficiência de desempenho do servidor público estável, e dá outras providências” conta com o seguinte dispositivo acerca dessa situação: “Art. 11. Será exonerado o servidor estável que receber: I – dois conceitos sucessivos de desempenho insatisfatório; ou II – três conceitos interpolados de desempenho insatisfatório nas últimas cinco avaliações” (BRASIL. Presidência da República. *Projeto de Lei n. PLP-248/1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/Plp/plp248.htm>. Acesso em: 28 nov. 2010). Ao considerar o servidor como “exonerado”, o projeto pretende utilizar o mesmo regramento aplicável ao servidor em estágio probatório que não esteve apto à estabilidade, ou seja: a perda de cargo, denominada nesse caso de “exoneração” por não ter caráter sancionatório, não enseja o direito à indenização.

Distrito Federal e Municípios) ou, no caso das empresas estatais, de ato administrativo interno, uma *portaria* por exemplo⁴⁶⁶, que fixe critérios objetivos *anteriores* ao período de avaliação, como faculta o art. 444 da CLT, segundo o qual as relações de trabalho “podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes”.

A hipótese de insuficiência de desempenho afigura-se vizinha da conduta *culposa*, já tantas vezes mencionada como caracterizadora da *justa causa*. O que as diferencia é, em suma, o seguinte traço característico: a *imperícia*, que se pode denominar também, na oportunidade, de *inaptidão*⁴⁶⁷.

Da leitura das hipóteses de *justa causa* previstas no art. 482 da CLT, verifica-se que nenhuma delas diz respeito ao *resultado* do trabalho. A *qualidade técnica* da tarefa, conquanto possa influenciar na definição da remuneração e seja um critério justificador de diferença salarial⁴⁶⁸, *não pode ser qualificada como uma falta do trabalhador*. Em razão disso, a conduta *culposa* referida como padrão configurador da *justa causa* *não leva em consideração a imperícia do trabalhador para a conformação do conceito de “culpa” no âmbito do Direito do Trabalho*.

Nesse sentido são as palavras de Mauricio Godinho Delgado:

⁴⁶⁶ Portarias “são atos administrativos formais praticados por autoridades administrativas de nível inferior ao Chefe do Executivo, quaisquer que sejam seus escalões, que se destinam a uma variedade de situações, como expedir orientações funcionais em caráter concreto (menos ampla que a instrução), impor a servidores determinada conduta funcional, instaurar procedimentos investigatórios e disciplinares” (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 122).

⁴⁶⁷ “*Imperícia* – esta forma de exteriorização da culpa decorre da falta de aptidão ou habilidade específica para a realização de uma atividade técnica ou científica” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 171).

⁴⁶⁸ A CLT considera que a qualidade técnica do trabalho influencia na diferenciação salarial. Não havendo discrepância técnica entre as tarefas desempenhadas, é discriminatória a distinção salarial existente perante o mesmo empregador, na mesma localidade, prestado em idêntica função: “Art. 461. Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade. § 1º. Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a 2 (dois) anos”. No mesmo sentido é a Súmula n. 6, VII, do Tribunal Superior do Trabalho: “Súmula n. 6. [...] VII – Desde que atendidos os requisitos do art. 461 da CLT, é possível a equiparação salarial de trabalho intelectual, que pode ser avaliado por sua perfeição técnica, cuja aferição terá critérios objetivos [...]” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n. 6*. Brasília, DF, 21 de novembro de 2003. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html>. Acesso em: 29 nov. 2010).

O Direito do Trabalho produz algumas adequações aos critérios penalistas e civilistas gerais concernentes à noção de dolo ou culpa. Em primeiro plano, a intenção e a culpa têm de ser examinadas em concreto, isto é, considerando-se o nível socioeconômico e outros aspectos subjetivos relevantes. Isso porque é evidente que a intenção dolosa ou a conduta culposa podem atenuar-se em função da maior simplicidade na formação pessoal, escolar e profissional do indivíduo. A par disso, nem sempre a imperícia pode ser causa ensejadora do exercício do poder disciplinar. Na verdade, raramente o será. É que vigoram no Direito do Trabalho tanto o princípio da direção empresarial sobre o contrato e seu cumprimento, como o da assunção dos riscos contratuais pelo empresário. Ora, o primeiro coloca sob a responsabilidade do empregador a análise da efetiva aptidão obreira para a execução do objeto do contrato (inclusive valendo-se do contrato de experiência), ao passo que o segundo não permite ao trabalhador assumir os riscos do próprio trabalho prestado⁴⁶⁹.

Por isso, a *inaptidão* do trabalhador para o serviço *pode justificar* a sua dispensa. Mas ela será *sem justa causa*, tendo em vista que *nenhuma das hipóteses de dispensa por justa causa* pode ser invocada nessa circunstância.

Nessa situação, o processo administrativo, iniciado pelo empregador, será deflagrado visando à dispensa *sem justa causa*, devendo ser indicada, na intimação inicial destinada ao trabalhador, a circunstância que motiva a adoção dessa providência (art. 26 § 1º, VI, da Lei n. 9.784/99).

Não bastará, para que se cumpram as exigências formais da motivação exigida na Lei n. 9.784/99, a mera indicação de que “o processo administrativo será iniciado para fins de efetivar a dispensa *sem justa causa*”. Nem mesmo se houver menção à “dispensa sem justa causa em razão de desempenho insuficiente”. Isso porque a Lei n. 9.784/99 exige, no art. 50 § 1º, que “a motivação deve ser explícita, clara e congruente”. Assim, desde a intimação inicial, deve o empregador estatal apontar os fundamentos fáticos e jurídicos em que se apóia para proceder à dispensa (motivação explícita), sendo obrigatório, ainda, que dela o trabalhador tenha condições de extrair o processo lógico e jurídico que embasa a decisão de deflagrar o processo administrativo (motivação clara) e que, da interação entre os pressupostos enunciados e o processo lógico

⁴⁶⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 1.185.

de tomada de decisão, seja possível concluir que a abertura do processo justifica-se *em tese* (motivação congruente).

O cumprimento dessas exigências legais quanto à motivação somente ocorrerá se, desde a intimação inicial, houver a descrição das circunstâncias que justificariam a qualificação do desempenho do trabalhador como “insuficiente”, devendo essa providência estar lastreada em documentos como avaliações e cópias de pelo menos parte do trabalho desenvolvido pelo empregado que estaria em desconformidade com os padrões previstos.

Deve ser assinalado, ainda, que, nessa situação, *somente será possível a dispensa sem justa causa do trabalhador estatal se houver normatização prévia dos critérios de aferição*. Sem essa normatização, o trabalhador *não poderá ser dispensado com fundamento na insuficiência de desempenho*, pois a ausência de critérios objetivos é terreno propício para o arbítrio, situação manifestamente contrária ao Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido estipula a Lei n. 9.962/2000, que “disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências”:

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

[...]

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.

A insuficiência de desempenho deve, pois, ser apurada em procedimento (*rectius*: processo). Deve ser assegurado, ainda, ao menos um recurso hierárquico (a Lei n. 9.784/99 prevê a decisão em até trinta dias, prorrogáveis, nos termos do art. 49 e mais trinta dias para a decisão do recurso, a teor do que dispõe o art. 59 § 1º). O recurso *deve ter efeito suspensivo*: essa é uma situação facultativa na Lei n. 9.784/99, mas que, em face da necessidade de se conceder o aviso prévio apenas depois da decisão final administrativa, essa *facultatividade* transmuda-se em *obrigatoriedade do efeito suspensivo*. E os padrões mínimos

exigidos para a continuidade da relação de emprego correspondem à normatização prévia dos critérios de aferição do desempenho, a partir dos quais o empregado estatal terá plena ciência das suas deficiências no trabalho.

No curso do processo administrativo, pois, o trabalhador terá a possibilidade de exercer a sua ampla defesa. Caberá ao empregador estatal, assim como ocorre na hipótese de processualização da dispensa por justa causa, a demonstração inequívoca da ocorrência dos fundamentos fáticos e jurídicos apontados como justificadores da dispensa. Não comprovada essa justificativa, o processo administrativo deverá reconhecer a ausência de suporte fático-jurídico necessário para a efetivação da dispensa do trabalhador. Após arquivados os autos, novo processo administrativo somente pode ser instaurado se houver *novas práticas do trabalhador que possam configurar, em tese, sua inaptidão para o emprego público*. E isso porque se forma, em favor do trabalhador e contra o Estado, a chamada *coisa julgada administrativa*, que confere segurança jurídica ao empregado depois de ter sido “inocentado” no processo administrativo⁴⁷⁰.

Não havendo comprovação da inaptidão do trabalhador, estará caracterizada, *in casu*, a dispensa *arbitrária*, vedada ao empregador estatal, como já exposto anteriormente.

8.10.2 Anulação administrativa do concurso público

⁴⁷⁰ Algumas vezes, com a expressão, muito criticada, ‘coisa julgada administrativa’ pretende-se referir a situação sucessiva a algum ato administrativo em decorrência do qual a Administração fica impedida não só de retratar-se dele na esfera administrativa, mas também de questioná-lo judicialmente. Vale dizer: a chamada ‘coisa julgada administrativa’ implica, para ela, a definitividade dos efeitos de uma decisão que haja tomado. O tema diz respeito exclusivamente aos atos ‘ampliativos’ da esfera jurídica dos administrados. O fenômeno aludido só ocorre em relação a este gênero de atos. Trata-se, portanto, de instituto que cumpre uma função de garantia dos administrados e que concerne ao tema da segurança jurídica estratificada já na própria órbita da Administração. Ressalte-se que a chamada ‘coisa julgada administrativa’ abrange a irrevogabilidade do ato, mas sua significação é mais extensa. Com efeito, nela se compreende, além da irrevogabilidade, uma irretratabilidade que impede o questionamento do ato na esfera judicial, ao contrário da mera irrevogabilidade, que não proíbe à Administração impugnar em juízo um ato que considere ilegal e não mais possa rever na própria esfera. Inversamente, seu alcance é menos extenso do que o da coisa julgada propriamente dita. Com efeito, sua definitividade está restrita a ela própria, Administração, mas terceiros não estão impedidos de buscar judicialmente a correção do ato” (MELLO. Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 452).

A anulação do concurso público somente impacta na dispensa do trabalhador se for total ou, se parcial, que tenha afetado o emprego para o qual o empregado estatal concorreu e se habilitou. Nesse caso, a anulação do concurso fica sujeita ao regramento do art. 54 da Lei n. 9.784/99, segundo o qual “o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”. Como essa decisão afeta a esfera jurídica dos trabalhadores, é inadmissível o afastamento dos empregados sem a instauração de processo administrativo específico a respeito⁴⁷¹.

O processo administrativo deve seguir a tramitação genericamente prevista na Lei n. 9.784/99, devendo, na intimação inicial, constar *não só a decisão que determinou a anulação do concurso, mas também as razões dessa decisão*, que passam a integrar a motivação da possível dispensa sem justa causa do empregado estatal.

Obviamente as possibilidades de defesa ficam diminuídas em face da predeterminação do Estado no sentido de anular o concurso público. Por isso, deve-se questionar a eficácia da instauração de um processo administrativo com a finalidade de *apenas retardar a saída do trabalhador*, já que a sua dispensa afigura-se inevitável. Por que então não dispensar o trabalhador de imediato?

A resposta a esse questionamento baseia-se na Constituição: a imposição instantânea da dispensa, surpreendendo o trabalhador, sem lhe franquear

⁴⁷¹ “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. CONCURSO PÚBLICO. EXONERAÇÃO, SEM O DEVIDO PROCESSO LEGAL E SEM O CONTRADITÓRIO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. Conforme previsto no art. 535 do CPC, os embargos de declaração têm como objetivo sanar eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida. Desde que tenha apresentado fundamentos suficientes a embasar sua decisão, não está o magistrado obrigado a rebater, um a um, os argumentos das partes. 2. Os servidores públicos concursados, nomeados, empossados e que estejam em estágio probatório não podem ser exonerados em razão de anulação de concurso público sem que lhes seja assegurada a observância dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Precedentes. 3. Recurso especial conhecido e improvido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 623027/MA*. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Órgão julgador: Quinta Turma. Brasília, DF, 18 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000252957%27>>. Acesso em: 29 nov. 2010). “AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO. EXONERAÇÃO. SERVIDORES NOMEADOS E EMPOSSADOS. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. INOBSERVÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. É vedada a exoneração de servidor público em razão de anulação de concurso público sem que lhe seja oportunizado o contraditório e a ampla defesa. Precedentes. Agravo regimental desprovido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial n. 863333/SE*. Relator: Ministro Felix Fischer. Órgão julgador: Quinta Turma. Brasília, DF, 06 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=\000288158>>. Acesso em: 29 nov. 2010).

qualquer tipo de argumentação, nada mais é do que a conhecida *verdade sabida*, tida por inconstitucional, já que inviabiliza o exercício do contraditório e da ampla defesa, retirando do cidadão a possibilidade de defender-se conforme os ditames do devido processo legal⁴⁷². Por isso mesmo, a possibilidade de dispensa “imediate”, com fundamento na ideia de “desnecessidade” do processo administrativo, deve ser rechaçada.

O processo administrativo, conquanto tenha pequena chance de êxito para o trabalhador, não será inócuo nesses casos: é possível, por exemplo, que uma trabalhadora defenda-se no sentido de esclarecer que, admitida de boa-fé, está grávida e conta com garantia de emprego que inviabiliza a sua dispensa imediata; ou ainda, que o concurso foi feito para prover empregos cuja carência no Estado era notória e que, dispensando-se todos os trabalhadores habilitados no último concurso, haveria solução de continuidade no serviço público, devendo ser adotada ao menos uma regra de transição que possibilite realizar novo concurso e, até que os novos aprovados sejam convocados, devem ser mantidos os trabalhadores do concurso anulado até a recomposição do quadro funcional.

O fato é que, independentemente do que seja apurado no processo administrativo, o empregado *não poderá permanecer no serviço público* em face do concurso anulado. Assim, a consequência inevitável será a sua dispensa. Mas, apesar de previsível o resultado do processo administrativo, há situações que podem retardar essa saída. E é em função delas que deve ser obrigatoriamente instaurado o processo administrativo.

⁴⁷² “Verdade sabida era o procedimento de imposição instantânea da penalidade administrativa, quando o servidor fosse surpreendido praticando uma inflação administrativa ou logo após tê-la praticado. A penalidade era imposta como que em estado de flagrância pelo superior hierárquico, que tomava conhecimento imediato da inflação praticada e, usando do poder disciplinar, instantaneamente aplicava a respectiva sanção. Assim sendo, quando, *verbi gratia*, um chefe de serviço surpreendesse seu subordinado dormindo na repartição pública, como ele próprio já tomara imediato conhecimento de uma infração, também imediatamente já aplicava a penalidade administrativa, sem qualquer oportunidade de defesa ao servidor tido por faltoso, que, caso pudesse demonstrar sua inocência (ex: por ser diligente e assíduo, não quisera faltar ao serviço nem mesmo quando o médico lhe receitara certo medicamento que causava o inconveniente da sonolência), ficava impossibilitado de defesa, nada podendo dizer em seu benefício, já que só lhe restava a via recursal administrativa ou mesmo a via judicial para rediscutir a matéria. Importante salientar que, a partir de 1988, com a edição da atual Constituição Federal, que, estendeu os princípios do contraditório e da ampla defesa ao procedimento administrativo, a aplicação de penalidades administrativas através da ‘verdade sabida’ deixou de existir, porque, em razão da imediatidade da aplicação das sanções, tal procedimento se distancia do que o legislador constitucional adotou como norte dos procedimentos administrativos, por suprimir a possibilidade de defesa e implicar em punição sumária” (HERNANDEZ, Ary César. O contraditório e a ampla defesa no processo administrativo. *Revista Justitia*. São Paulo, v. 62, n. 189/192, p. 263-269, jan./dez. 2000).

8.10.3 Retorno de outro trabalhador, reintegrado por decisão judicial

No que concerne à dispensa do empregado estatal em razão do retorno, por decisão judicial, de trabalhador que ocupava a vaga, o regramento jurídico guarda algumas peculiaridades. Caso o trabalhador que retorna se tratasse de servidor público estável, ele seria “reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço”, conforme estipula o art. 41 § 2º da Constituição. Como, no entanto, não se aplica a estabilidade constitucional ao empregado estatal, nem a disponibilidade, à exceção da situação prevista no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a solução para o retorno do empregado ao seu antigo posto de trabalho seria a *dispensa sem justa causa* do trabalhador que ocupou o seu lugar. Ao menos à primeira vista.

Uma breve digressão deve ser feita na oportunidade. No Brasil tornou-se vitoriosa a tese da *inexistência de relação contratual entre o servidor estatutário e o Estado*. Assim, não haveria contrato entre esses polos, mas sim uma relação *institucional*, com forte influência hegeliana⁴⁷³. Panorama diferente ocorre no Direito do Trabalho, em que o institucionalismo perdeu força, triunfando a noção de que a relação de trabalho pressuporia um *contrato*.

⁴⁷³ A concepção do institucionalismo remonta à crítica que Hegel dirigiu a Rousseau, no sentido de que seria inviável ter o Estado um fundamento contratual, como se defendia na obra *O Contrato Social* (Cf. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Tradução Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 327). A rejeição do contratualismo em Hegel atinge também outros quadrantes: para ele, por exemplo, não haveria como se entender o casamento como contrato, o que rendeu críticas a Immanuel Kant (*Ibidem*, p. 72); e a relação do funcionário com o Estado também não se firmava em bases contratuais, como se verifica pelo seguinte excerto: “[...] o serviço do Estado exige o sacrifício das satisfações individuais, e arbitrárias, das finalidades subjetivas, mas reconhece o direito de, no cumprimento do dever, e só nele, obter tais satisfações. Aí reside, neste aspecto, aquela união do interesse particular e do interesse geral que constitui o princípio do Estado e lhe dá a sua solidez interior. Por isso a situação de funcionário não é uma situação contratual, embora haja, de ambas as partes, um consentimento e uma prestação. O fornecedor não é chamado a uma prestação única e contingente, tal como o mandatário, mas nessa situação põe o principal interesse da sua situação espiritual particular. Do mesmo modo, aquilo que ele deve e o que se lhe confia é uma coisa particular qualitativamente exterior; o valor de tal coisa, enquanto algo de interior, é diferente da sua extrinsecidade e não fica diminuído pelo não-cumprimento do que se estipula. O que o servidor do Estado tem de fornecer é, na sua forma imediata, um valor absoluto” (*Ibidem*, p. 270).

O maior expoente do institucionalismo no Direito do Trabalho brasileiro, Luiz José de Mesquita, embora negasse a contraposição absoluta entre *contrato* e *instituição*, firmava as bases do que se entendia por *instituição*:

[...] não basta que os componentes da instituição tenham consciência da 'ideia comum' em que devem colaborar. Sem organização não poderão realizá-la [...].

A instituição é um organismo, não do tipo biológico, mas moral, em que seus membros, integrando-se num todo, são, contudo, diferenciados, não orgânica, mas hierarquicamente. É preciso, pois, que haja um princípio unitivo e diretivo do organismo, o qual é a autoridade.

É por causa desta organização que o grupo institucional é estável e permanente, apesar das mudanças do pessoal que se substitui continuamente. O princípio da continuidade da empresa é bem uma manifestação de que nela deve haver uma organização que permaneça e dure, apesar das alterações por que costuma passar, mesmo na sua direção⁴⁷⁴.

Percebe-se o quanto essas formulações influenciaram a formação da teoria estatutária no Direito Administrativo brasileiro: inegáveis as repercussões, entre os administrativistas, das formulações acerca da *ideia comum* (equivalente ao conceito tradicional de "interesse público"), do *princípio unitivo e diretivo do organismo* (correspondente à inexistência de contraposição de vontades que caracteriza o contrato) e da *estabilidade e permanência do grupo institucional, apesar das mudanças de pessoal* (que faz menção à ideia do cargo público como "conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional", a teor do que dispõe o art. 3º da Lei n. 8.112/90).

Dessa teorização sucede que os cargos públicos são "as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de Direito Público e criadas por lei"⁴⁷⁵. Assim, o servidor *ocupa* ou *titulariza* um cargo, dele podendo ser sair para que essa unidade ideal seja *ocupada* por outro servidor. Assim, nessa formulação, o cargo é perene. Os indivíduos que o ocupam, passageiros.

⁴⁷⁴ MESQUITA, Luiz José de. *Direito disciplinar do trabalho: uma interpretação institucionalista do direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1950, p. 22.

⁴⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 251.

Situação diferente ocorre no Direito do Trabalho. Segundo José Martins Catharino, o contrato de emprego é “*intuitu personae* em relação ao [empregado]; subjetivamente infungível a obrigação assumida, intransmissível *causa mortis*, nem sujeita a sucessão singular”⁴⁷⁶.

Dessas concepções sumamente diversas entre o vínculo institucional do servidor estatutário e o contratual do empregado público, deve-se asseverar que *não existe titularização de empregos públicos*. Sendo o contrato *intuitu personae*, tem-se que, na verdade, o empregado concursado concorre aos postos de emprego no Estado sem que eles estejam “carimbados” ou “vagos”. O ato normativo que cria empregos públicos deve ser limitado ao quantitativo de ocupações. E só: não há vinculação entre “antigo titular” e “novo titular” do emprego, exatamente porque não existe titularização de empregos. Assim, uma vaga aberta de emprego *não significa que houve sucessão de trabalhadores*. Há, sim, um novo contrato de emprego, que será firmado em obediência ao quantitativo de vagas máximas previstas em lei. No cargo público o tratamento jurídico é diverso: o servidor novo *ocupa a vaga deixada pelo antigo servidor*. Assim, nas relações empregatícias firmadas com o Estado, o *contrato de trabalho gravita em torno do empregado*. Já na vinculação estatutária, *é o servidor quem gravita em torno do cargo público*.

Por isso, defende-se ser *inaplicável ao emprego público* o disposto no art. 41 § 2º da Constituição, que prevê a reintegração do servidor que retorna ao cargo amparado em decisão judicial, e comina que “o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço”. Em Direito do Trabalho não se pode manejar a ideia do “eventual ocupante da vaga”, exatamente porque cada trabalhador ocupa a sua própria e personalíssima vaga.

Assim, se o trabalhador dispensado irregularmente obtiver na Justiça o direito a retornar ao emprego estatal, esse retorno não implicará a saída de nenhum dos empregados estatais admitidos posteriormente, a não ser que não haja mais disponibilidade de empregos. Não havendo a existência de empregos disponíveis, na própria ocupação ou em posto equivalente, devem ser invocados

⁴⁷⁶ CATHARINO, José Martins. *Contrato de Emprego*. 2. ed. Guanabara: Trabalhistas S/A, 1965, p. 24.

os preceitos do Decreto n. 3.151/99, que podem ser tomados, aqui, como regra para as demais esferas federativas, a partir do critério da analogia. Não sendo a *estabilidade constitucional* extensível ao empregado estatal, tanto a recondução quanto a disponibilidade estão descartadas nesse caso.

Explica-se a adoção do Decreto n. 3.151/99 como fundamento normativo para essa hipótese de dispensa porque a invalidação da dispensa do antigo empregado, com conseqüente retorno desse trabalhador ao antigo posto de trabalho ocupado, de modo a acarretar a necessidade de *saída do ocupante ulterior do emprego*, equivale, materialmente a uma *dispensa sem justa causa deste último empregado, em razão da extinção do seu emprego*.

Assim sendo, o procedimento para a dispensa do trabalhador que tenha sido afetado pelo retorno judicialmente respaldado do antigo empregado deve seguir os mesmos parâmetros aplicáveis à dispensa sem justa causa em razão da extinção do emprego público, porque *materialmente a hipótese de dispensa do trabalhador admitido ulteriormente ampara-se nesta justificativa*. Por isso, é fundamental que a intimação inicial do processo administrativo informe *precisamente as razões que levam à dispensa desse empregado, inclusive correlacionando o teor da decisão judicial obtida pelo trabalhador que retorna com a necessidade de dispensar o trabalhador prejudicado pelo retorno*, sob pena de ser tida como arbitrária, e, portanto, inválida, a dispensa sem justa causa do empregado estatal.

De acordo com o art. 3º do Decreto n. 3.151/99, a extinção do cargo (tomado aqui como “emprego”) impõe à Administração o dever de adotar, separada ou cumulativamente, os seguintes critérios de análise, “pertinentes à situação pessoal dos respectivos ocupantes, para fins de disponibilidade: I – menor tempo de serviço; II – maior remuneração; III – idade menor; IV – menor número de dependentes”. Esses critérios deverão ser aplicados na dispensa do trabalhador motivada pela extinção do emprego, devendo ser fundamentada tanto a escolha do critério quanto as razões pelas quais outros trabalhadores não foram afetados, caso haja extinção não da carreira, mas sim do quantitativo de ocupações disponíveis. Não é o bastante, pois, para que haja a devida motivação da dispensa nesse caso, apontar os critérios e a situação isolada do empregado diante deles. *É preciso também que o trabalhador a ser dispensado tenha ciência de sua situação dentro do contingente de trabalhadores afetados por essa*

decisão, sendo obrigatório também que os critérios de aferição da situação dos demais trabalhadores acompanhem documentalmente a intimação inicial, permitindo-se que todos os envolvidos conheçam a situação dos demais.

Assim, esse trabalhador, a ser dispensado sem justa causa em função do retorno de outro empregado indevidamente dispensado, tem o direito de saber – e eventualmente questionar, no curso do processo administrativo – os critérios pelos quais ele, e não outro empregado, sofrerá a dispensa sem justa causa.

8.10.4 Extinção do emprego, ou declaração de sua desnecessidade

Nessa hipótese, o ente estatal não mais identificará o cerne da questão na conduta do trabalhador, mas sim na sua própria. E essa situação gera um *duplo* agravamento probatório para o Estado: primeiro porque o trabalhador praticamente não terá provas contra essa situação, de modo que *todo o ônus da prova recairá sobre o Estado*, tendo o ente estatal de assumir um *ônus argumentativo diferenciado*⁴⁷⁷, já que são limitadíssimas as possibilidades probatórias do trabalhador em casos que tais; e o segundo alicerce desse agravamento probatório diz respeito aos destinatários: o Estado terá de demonstrar, já na intimação inicial, como cumprimento à exigência legal de motivação “explícita, clara e congruente” (art. 50 § 1º da Lei n. 9.784/99), a razão de *ter sido escolhido o emprego público ocupado pelo trabalhador para a “extinção”* (e não outro emprego), no primeiro caso; e *a justificativa para que o trabalhador sujeito à dispensa foi o “escolhido” para conter o excesso de despesas* (e não outros trabalhadores), no segundo caso.

⁴⁷⁷ “[...] tanto as normas que concedem direitos fundamentais ao indivíduo como as que ordenam a persecução de interesses da comunidade, podem ser concebidas como princípios. É possível introduzir uma carga de argumentação em benefício dos princípios do primeiro tipo e contra os do segundo, é dizer, uma carga de argumentação em benefício dos bens individuais e contra os bens coletivos” (ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 101). No original em espanhol: “[...] tanto las normas que conceden derechos fundamentales al individuo como las que ordenan la persecución de intereses de la comunidad, pueden ser concebidas como principios. Es posible introducir una carga de argumentación en beneficio de los principios del primer tipo y en contra de los del segundo, es decir, una carga de argumentación en beneficio de los bienes individuales y en contra de los bienes colectivos”.

Na esfera federal, normatiza a extinção de cargos públicos (ou a sua injustificável e inócua “declaração de desnecessidade”⁴⁷⁸) os dispositivos do Decreto n. 3.151, de 23 de agosto de 1999, o qual “disciplina a prática dos atos de extinção e de declaração de desnecessidade de cargos públicos, bem assim a dos atos de colocação em disponibilidade remunerada e de aproveitamento de servidores públicos”. Esses dispositivos, em caso de ausência de norma específica de outras esferas federativas, podem ser tomados, aqui, como regra, a partir do critério da analogia.

Segundo esse Decreto, a extinção de cargos públicos, ou a sua declaração de desnecessidade, decorrem de “extinção ou de reorganização de órgãos ou de entidades” (art. 2º). Assim sendo, é fundamental que a intimação inicial do processo administrativo informe *uma dessas circunstâncias* (ou a extinção ou a reorganização), sob pena de ser tida como arbitrária, e, portanto, inválida, a dispensa sem justa causa do empregado estatal.

A extinção do órgão ou entidade estatal é circunstância facilmente verificável, bastando que haja, na intimação inicial, indicação da lei que adotou essa solução, bem como a transcrição dos trechos pertinentes. Já a “necessidade de reorganização” é uma formulação bem mais imprecisa, embora seja possível adotar alguns parâmetros objetivos, pois a reorganização não é meramente um ato “interno”: deve existir ao menos um *decreto* a esse respeito, de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, conforme exige a Constituição, no art. 84 IV, alínea “a”, que estipula competir ao Presidente da República “a organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos”. Também esse ato normativo deverá ser transcrito, apontando, ainda, os estudos ou as atas de reuniões que precederam a tomada de posição da Administração Pública no sentido de extinguir o emprego. A ausência desse esclarecimento também configurará providência atentatória ao Estado Democrático de Direito.

De acordo com o art. 3º do Decreto n. 3.151/99, a extinção do cargo (tomado aqui como “emprego”) impõe à Administração o dever de adotar, separada ou cumulativamente, os seguintes critérios de análise, “pertinentes à situação pessoal dos respectivos ocupantes, para fins de disponibilidade: I – menor tempo de serviço; II – maior remuneração; III – idade menor; IV – menor

⁴⁷⁸ Conferir, neste texto, Capítulo VII, tópico 7.3, nota de rodapé n. 310.

número de dependentes”. Esses critérios deverão ser aplicados na dispensa do trabalhador motivada pela extinção do emprego, devendo ser fundamentada tanto a escolha do critério quanto o alcance da medida.

A “extinção” aqui tratada pode ter duas configurações: ou a extinção pode afetar *alguns* empregos na carreira, ou pode afetar *todos os empregos da carreira*, situação em que a *própria carreira seria extinta*.

No primeiro caso, o processo administrativo deverá revelar, desde a intimação inicial, as razões pelas quais outros trabalhadores não foram afetados. Não é o bastante, pois, para que haja a devida motivação da dispensa nesse caso, apontar os critérios e a situação isolada do empregado diante deles. *É preciso também que o trabalhador tenha ciência de sua situação dentro do contingente de trabalhadores afetados por essa decisão, sendo obrigatório também que os critérios de aferição da situação dos demais trabalhadores acompanhem documentalmente a intimação inicial, permitindo-se que todos os envolvidos conheçam a situação dos demais.*

O art. 5º do Decreto n. 3.151/99 estipula que “extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade, o servidor estável nele investido será imediatamente posto em disponibilidade, com remuneração proporcional ao respectivo tempo de serviço”. Esse dispositivo, contudo, não se aplica *in totum* ao empregado público, pois, conforme visto no subtópico anterior, não existe uma “unidade de emprego” com existência própria, ao contrário do que ocorre com o cargo. Assim, o empregado não pode ser atingido pela extinção do “seu” emprego, situação que jurídica e tecnicamente não existe, mas sim por extinção de alguns dos empregos componentes da carreira. Nesse caso, sua continuidade no serviço será aferida com base nos critérios do art. 3º do Decreto n. 3.151/99, acima referidos. Como o empregado estatal não tem direito à disponibilidade, ele poderá ser aproveitado em outro emprego com atribuições e remuneração equivalentes ou dispensado sem justa causa, caso o aproveitamento seja inviável – e a inviabilidade do aproveitamento também deverá estar adequadamente motivada no processo administrativo que visa à dispensa do trabalhador.

No caso de extinção da própria carreira, não haveria a possibilidade de aferição de quais trabalhadores deveriam permanecer no emprego. Como ao empregado estatal não se aplica o instituto da disponibilidade, restariam duas

situações possíveis: o aproveitamento em emprego com remuneração e atribuições equivalentes, ou a dispensa sem justa causa.

8.10.5 *Dispensa fundada em excesso de despesa*

No caso da dispensa sem justa causa fundada em excesso de despesa, os critérios são definidos pela Lei n. 9.801/99, que se refere somente à “perda do cargo público pelo servidor estável”, mas que também pode ser, por analogia, aplicada aos empregos públicos, *desde que se observe que a Constituição confere preferência à manutenção dos servidores estáveis em relação aos não estáveis (como ocorre com os empregados estatais)*, a teor do dispõe o art. 169 §§ 3º e 4º⁴⁷⁹.

De acordo com o art. 2º § 2º dessa lei, é necessário que se indique *critérios gerais impessoais* para que o trabalhador seja desligado do serviço público. Esses critérios são: 1) menor tempo de serviço público; 2) maior remuneração; 3) menor idade. A lei, contudo, não impõe a necessidade de combiná-los, de modo que *um desses critérios será o escolhido*. É possível, contudo, que o critério geral escolhido seja “combinado com o critério complementar do menor número de dependentes para fins de formação de uma listagem de classificação” (art. 2º § 3º da Lei n. 9.801/99). Obviamente, em se tratando de decisão administrativa, as razões que levaram à escolha de determinado critério deverão ser explicitadas.

Esses critérios deverão lastrear documentalmente a intimação inicial do processo administrativo. Também nesse caso não será suficiente, para que haja a devida motivação da dispensa, apenas apontar os critérios e a situação isolada do empregado diante dos aspectos balizadores da aferição impessoal. *É preciso*

⁴⁷⁹ “Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar. [...] § 3º. Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no *caput*, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências: I – redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança; II – exoneração dos servidores não estáveis. § 4º Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal [...]”.

também que o trabalhador tenha ciência de sua situação dentro do contingente de trabalhadores afetados por essa decisão. Não basta, portanto, indicar que o empregado é o décimo numa listagem de vinte indivíduos que serão dispensados: devem-se indicar também os *critérios de aferição da situação dos demais trabalhadores, permitindo-se que todos os trabalhadores ameaçados pela dispensa por excesso de despesa conheçam a situação dos demais*, tanto os que estão na mesma situação (ou seja, os “dispensáveis” em virtude do excesso de despesa), quanto aqueles que não se encontram sob a mesma ameaça (ou seja: também as informações concretas dos empregados preservados em face do corte de despesas deverão ser disponibilizadas pela Administração).

Somente seguindo esses parâmetros é que será possível atestar a regularidade do processo administrativo que se destina a embasar a dispensa *sem justa causa* do empregado estatal.

8.10.6 Compatibilização do processo administrativo com o aviso prévio

Resta, em relação à despedida sem justa causa do empregado estatal, abordar o aviso prévio em face da processualização da dispensa.

De acordo com o art. 487, *caput*, da CLT, “não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato deverá avisar a outra da sua resolução”. Esse comunicado – aviso prévio – deverá ocorrer com a antecedência mínima de trinta dias, nos termos do art. 7º, inciso XXI, da Constituição (“Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXI – aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei”).

Perceba-se que a lei menciona o fato de parte *querer resiliir o contrato* (textualmente: “quiser rescindir”). Assim, numa interpretação mais apressada, seria possível assinalar que o Estado empregador deveria/poderia avisar previamente o trabalhador desde o início do processo administrativo para a dispensa sem justa causa, pois teria sido nesse momento a ocorrência do “desejo” de dispensar o trabalhador.

Essa ilação não é a mais coerente, entretanto. Isso porque o “desejo” do Estado, ou a “vontade administrativa” não se confunde com o interesse de um agente público. Ela somente pode ser manifestada após *a decisão estatal processualmente construída*. Assim, essa *vontade administrativa* submete-se ao “controle produzido pela procedimentalização. A formação de vontade administrativamente relevante tem de seguir as etapas predeterminadas e respeitar o procedimento”⁴⁸⁰.

Por isso, a *vontade administrativa* relacionada à dispensa do empregado estatal *somente se manifesta após a decisão final da qual não caiba mais recurso administrativo*. É possível, pois, que na oportunidade de comunicação formal ao trabalhador da decisão que reconheceu, administrativamente, a necessidade de dispensá-lo sem justa causa, seja, também, comunicada a “intenção” do Estado em não mais necessitar dos seus serviços a partir do trigésimo dia a contar da cientificação do empregado. A dação do aviso prévio, pois, pode ser concomitante com a comunicação formal da decisão final administrativa que firmou o entendimento de dispensá-lo.

No período do aviso prévio, porém, é possível que a decisão seja revista pelo próprio empregador estatal. Nesse sentido, estipula o art. 65, *caput*, da Lei n. 9.784/99, que “os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada”. Assim, se houver qualquer nova circunstância que justifique a manutenção do trabalhador nos quadros estatais, é possível que o Estado exerça, também motivadamente nos autos do mesmo processo administrativo, a prerrogativa da *reconsideração* prevista no art. 489 da CLT⁴⁸¹. Se o trabalhador aceitar a reconsideração proposta, o processo será arquivado, e o contrato de emprego continuará a vigorar, como se o processo não tivesse existido, nem o aviso prévio sido dado.

⁴⁸⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 376.

⁴⁸¹ “Art. 489. Dado o aviso prévio, a rescisão torna-se efetiva depois de expirado o respectivo prazo, mas, se a parte notificante reconsiderar o ato, antes de seu termo, à outra parte é facultado aceitar ou não a reconsideração. Parágrafo único. Caso seja aceita a reconsideração ou continuando a prestação depois de expirado o prazo, o contrato continuará a vigorar, como se o aviso não tivesse sido dado”.

8.11 Expiração do prazo do contrato de experiência

A Consolidação das Leis do Trabalho admite três situações de contratação a termo, ao estipular que “o contrato por prazo determinado só será válido em se tratando: a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo; b) de atividades empresariais de caráter transitório; c) de contrato de experiência” (art. 443 § 2º).

A primeira dessas hipóteses refere-se *ao serviço que, por sua natureza, é transitório*. Assim, por exemplo, é o caso das contratações efetuadas para a substituição de empregado afastado ou para o acréscimo excepcional de serviço na empresa em certo período (as contratações temporárias para o período natalino é o mais conhecido exemplo). A segunda hipótese diz respeito ao fato de *a própria atividade empresarial ser transitória*, como ocorre com algumas empresas que atuam em exposições agropecuárias, que não têm atividade fora do evento. Em ambos os casos, tem-se a realização de *atividade intrinsecamente temporária*⁴⁸², estando justificado, pois, o fato de a contratação não ser feita sem prazo, ao contrário do que ocorre ordinariamente no Direito do Trabalho.

Situação diversa ocorre no contrato de experiência: nesta modalidade de contratação, que não pode, nos termos do art. 445, Parágrafo Único, da CLT, exceder a noventa dias – ao contrário dos demais contratos a prazo previstos na CLT, que não podem exceder a dois anos (art. 445, *caput*) – não há restrição quanto ao tipo de serviço ou à atividade empresarial. Assim, qualquer empregador pode, no ato da admissão, contratar trabalhador para prestar serviço durante esse período de prova, limitado a noventa dias (o prazo pode ser inferior a este). Superado o período de experiência, com a manutenção da prestação do serviço pelo empregado, o contrato converte-se automaticamente em pacto sem prazo, haja vista que essa modalidade de contratação traz em seu âmago uma

⁴⁸² Essa expressão é encontrada em NAVARRO, Antonio V. Semperre. La contratación temporal y el Estatuto de los Trabajadores: cuestiones generales. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Madrid, n. 58, p. 151-183, 2005. Disponível em: <http://internet.mtas.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/58/Est08.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2010.

“vocação natural” para a pactuação sem restrição de prazo⁴⁸³, ao contrário das duas outras modalidades de contratação supramencionadas.

Pode o empregador, também, prorrogar o período de experiência originalmente formulado, desde que se limite a *uma prorrogação apenas* (limitação que afeta todos os contratos a prazo previstos na CLT, nos termos do art. 451), e que, somado o período inicial de experiência com o da sua prorrogação, não se ultrapasse os noventa dias estipulado em lei.

Exatamente porque o contrato de experiência *não se limita a atividades intrinsecamente temporárias* é que ele é de fundamental relevância no estudo da relação de emprego estatal: como a convocação do contrato de experiência em contrato sem prazo (contrato por prazo indeterminado) *depende da iniciativa de ambas as partes*, de maneira *tácita* (simplesmente não interrompendo a prestação de serviço após a expiração do limite legal de noventa dias⁴⁸⁴) ou *expressa* (firmando acordo no sentido de converter a modalidade contratual), é relevante analisar a contratação por experiência, efetuada por ente estatal, que *não se converte em contrato por prazo determinado em função da iniciativa do empregador de não mais contar com o trabalhador contratado*.

Firmou-se, em outra passagem deste texto⁴⁸⁵, o entendimento segundo o qual *o empregado estatal, independentemente da natureza do empregador, não está sujeito às regras do estágio probatório*. Isso, no entanto, não implica a

⁴⁸³ “A vocação natural do contrato de experiência é converter-se em contrato a prazo indeterminado (tanto que a conversão dar-se-á naturalmente, desde que as partes não se manifestem em sentido contrário), justificando-se plenamente a incidência da proteção legal em favor do empregado acidentado, mormente em se considerando a responsabilidade objetiva do empregador, a quem incumbe zelar pela segurança e higiene do ambiente de trabalho” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 6584400-94.2002.5.04.0900*. Relator: Ministro Lelio Bentes Corrêa. Órgão julgador: Primeira Turma. Brasília, DF, 28 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-RR%20-%206584400-94.2002.5.04.0900>>. Acesso em: 29 nov. 2010).

⁴⁸⁴ “CONTRATO DE EXPERIÊNCIA – PRORROGAÇÃO TÁCITA – ACIDENTE DE TRABALHO – ESTABILIDADE. O contrato de experiência, por se revestir de características peculiares, não pode ser prorrogado de forma tácita. A uma, porque constitui condição especial do contrato de trabalho, hipótese na qual se exige, na forma do art. 29 da CLT, anotação específica na CTPS, tanto da formalização do primeiro período contratual experimental, como de uma eventual prorrogação. A duas, porque os efeitos peculiares do vencimento do contrato de experiência, com a possibilidade de conversão em contrato por prazo indeterminado, exigiriam, a bem da segurança jurídica, a especificação da data exata do vencimento e/ou da extensão da prorrogação. Vale lembrar que a Lei estipula o limite máximo de 90 dias, mas o empregador poderá, ao seu alvedrio, estabelecer qualquer período de duração inferior a esse limite” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 7811200-27.2003.5.04.0900*. Relator: Ministro José Simpliciano Fontes de F. Fernandes. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, DF, 14 de março de 2007. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-RR%20-%207811200-27.2003.5.04.0900>>. Acesso em: 29 nov. 2010).

⁴⁸⁵ Capítulo VII, tópico 7.2.

retirada de qualquer possibilidade de avaliação do trabalhador por parte do Estado empregador: resta-lhe, na contratação regida pela legislação trabalhista, a possibilidade do *contrato de experiência*, que terá, portanto, a mesma finalidade do estágio probatório: a de *avaliar a prestação de serviço por parte do trabalhador concursado para ocupar um emprego público*.

Ao comentar essa possibilidade, José Luiz Ferreira Prunes sustenta que “nada impede que o candidato vitorioso no concurso, com excelente classificação, venha a cumprir o período de experiência e, se a experiência for insatisfatória para o empregador, o contrato não prosseguirá depois do período de prova”⁴⁸⁶. A jurisprudência também admite, praticamente sem sobressaltos, a possibilidade de contratação por experiência na Administração Pública⁴⁸⁷.

Admitida a possibilidade de contratação empregatícia por experiência na Administração Pública, a questão central do assunto ora abordado – e a mais relevante para os fins deste estudo – cinge-se em saber *quais as peculiaridades que envolvem o encerramento da contratação por experiência efetuada pelo Estado empregador*.

Já se afirmou, linhas atrás, que o contrato de experiência *não é intrinsecamente temporário*, destinando-se a qualquer atividade e a qualquer empregador, desde que se efetive a contratação nos moldes legalmente previstos. Há, pois, verdadeira “vocação” do contrato de experiência em convolar-se em contratação sem prazo. Por isso mesmo, *o fato de negar a prestação de serviço após a expiração do contrato de experiência, seja qual for o seu prazo (limitado a noventa dias) implica ao Estado a assunção do dever de explicitar as*

⁴⁸⁶ PRUNES, José Luiz Ferreira. *Contrato de trabalho com cláusula de experiência*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2001, p. 77.

⁴⁸⁷ “CONTRATO DE EXPERIÊNCIA – SERVIDOR PÚBLICO – CONCURSO PÚBLICO E ESTABILIDADE – VIOLAÇÃO DO ART. 41 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Empregado que firma contrato de experiência não tem direito à estabilidade no emprego, mesmo quando seu empregador é pessoa jurídica de direito público. Por isso mesmo, o fato de o reclamante ter se submetido a concurso público não descaracteriza a natureza do vínculo jurídico que manteve com a reclamada, ou seja, de contrato a prazo, uma vez que a exigência decorre de expressa previsão constitucional (art. 37, II, da Constituição Federal), e tem por objetivo observar a moralidade e a impessoalidade da Administração Pública quando contrata. O concurso público visa impedir que determinadas pessoas, que gozem de amizade ou simpatia do administrador público, sejam contratadas, em detrimento de terceiros que não usufruam o mesmo tratamento, com nítida ofensa ao princípio da isonomia e com evidentes prejuízos aos serviços públicos. O concurso público não transmuda a natureza de um contrato de experiência e muito menos assegura estabilidade ao empregado. Recurso de revista conhecido e provido” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 130900-31.2002.5.04.0401*. Relator: Ministro Milton de Moura França. Órgão julgador: Quarta Turma. Brasília, DF, 08 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-E-ED-RR%20-%20130900-31.2002.5.04.0401>>. Acesso em: 29 nov. 2010).

razões pelas quais a contratação por experiência não fora convertida em contratação sem prazo.

Em outras palavras: *a ausência de conversão do contrato de experiência em contrato de emprego sem prazo exige a explicitação da motivação por parte do ente estatal.* Equipara-se, pois, essa não-conversão, à dispensa arbitrária, igualmente vedada ao Estado empregador em razão da prática de ato caracterizado pelo principal inimigo do Estado Democrático de Direito – a arbitrariedade – e também vedada em face do descumprimento dos princípios constitucionais da Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) insculpidos no *caput* do art. 37 da Constituição.

Nesse sentido, ressalte-se que há quase meio século Nélcio Reis já expunha que “a liberdade de rescisão, sem causa, ao arbítrio exclusivo de uma das partes, [...] tira ao contrato todos os seus verdadeiros efeitos, tornando-o *sem objeto*, mero contrato a prazo, do tipo comum, sem as reservas deste”⁴⁸⁸. Essa lição, segundo o autor (em posição isolada, diga-se, mas juridicamente fundamentada), deveria ser aplicada à contratação por experiência “normal”, que ocorre entre particulares. Não é exagero conceber que, com ainda mais razão, esse entendimento também deve ser aplicável aos entes estatais que contratam por experiência, à vista dos princípios dos arts. 1º e 37 da Constituição, que direcionam a atividade estatal no sentido da negação da arbitrariedade e da necessidade de motivação das decisões do Estado⁴⁸⁹.

Consigne-se, ainda, que é possível, nos contratos a prazo – como é o caso do contrato de experiência – a terminação do contrato antes do advento do termo

⁴⁸⁸ REIS, Nélcio. *Contrato de Prova*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, p. 149.

⁴⁸⁹ “Antes de mais nada, é bom que se diga que o contrato de experiência previsto na CLT assume outra feição quando se trata de Administração Pública. Isto porque, ao contratar adotando tal forma, o ente público não se desvincula dos princípios administrativos que o regem. Logo, o simples término do período de experiência não é motivo apto a ensejar a ruptura contratual, devendo restar comprovado o verdadeiro motivo da dispensa” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de Instrumento no Recurso de Revista n. 145440-09.2005.5.15.0099*. Relator: Ministro Caputo Bastos. Órgão julgador: Sétima Turma. Brasília, DF, 12 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-AIRR%20-%20145440-09.2005.5.15.0099>>. Acesso em: 29 nov. 2010). Infelizmente, esse acórdão não representa uma mudança de entendimento do Tribunal Superior do Trabalho acerca da (des)necessidade de motivação das decisões estatais. A situação transcrita envolve um recorrente que é pessoa jurídica de direito público (Município), que está “incluído” no conceito de Administração Pública, segundo o TST – ao contrário do que ocorreria com as empresas públicas e sociedades de economia mista, “entes que se equiparam ao empregador privado”. Mas a diretriz desse acórdão, com base nas razões já trabalhadas neste texto, pode ser estendida, sim, a toda a Administração Pública, direta ou indireta. Apesar da restrição vislumbrada pelo TST, de que como Administração Pública somente podem ser entendidas as pessoas jurídicas de direito público interno.

ad quem. Essa providência pode ocorrer de duas maneiras: 1) por meio do simples rompimento (*resilição unilateral*), caso em que, se a iniciativa partir do empregador, este arcará com o custo daí decorrente, nos termos do art. 479 da CLT⁴⁹⁰ ou, se a iniciativa for do empregado, a este caberá a assunção desse ônus, conforme o art. 480 da CLT⁴⁹¹; 2) através da chamada “cláusula assecuratória do direito recíproco de resilição antecipada”, caso em que são aplicáveis, “caso seja exercido tal direito por qualquer das partes, os princípios que regem a rescisão dos contratos por prazo indeterminado” (art. 481 da CLT). Ou seja: nesta segunda hipótese, a inserção prévia dessa cláusula implica o direito ao que Orlando Gomes denominou de *resilição bilateral convencional*⁴⁹², em que as partes convencionam, antecipadamente, acerca do direito de qualquer delas de recusar a continuação do liame contratual; nessa situação, será necessária a dação do aviso prévio, bem como o pagamento de todos os direitos resilitórios previstos para a dispensa sem justa causa relativa aos contratos sem prazo (“contrato por prazo indeterminado”⁴⁹³).

No caso da contratação por experiência efetuada por empregador estatal, é possível tanto uma quanto outra situação. Mas, em ambas, *a terminação do contrato de experiência também exige motivação processualmente construída*,

⁴⁹⁰ “Art. 479. Nos contratos que tenham termo estipulado, o empregador que, sem justa causa, despedir o empregado será obrigado a pagar-lhe, a título de indenização, e por metade, a remuneração a que teria direito até o termo do contrato. Parágrafo único. Para a execução do que dispõe o presente artigo, o cálculo da parte variável ou incerta dos salários será feito de acordo com o prescrito para o cálculo da indenização referente à rescisão dos contratos por prazo indeterminado”.

⁴⁹¹ “Art. 480. Havendo termo estipulado, o empregado não se poderá desligar do contrato, sem justa causa, sob pena de ser obrigado a indenizar o empregador dos prejuízos que desse fato lhe resultarem. § 1º. A indenização, porém, não poderá exceder àquela a que teria direito o empregado em idênticas condições. [...]”.

⁴⁹² “O modo normal de resilição bilateral é o distrato, negócio jurídico pelo qual as partes, declarando conjuntamente a vontade de dar cabo do contrato, rompem o vínculo extinguindo a relação jurídica. É, em síntese, um contrato para extinguir outro. Mas também há resilição convencional quando no próprio contrato se atribui a faculdade de resilir a qualquer dos contratantes. Se eles estipulam que pode ser dissolvido antes da expiração do termo, assim o deseje uma das partes, como se verifica, por exemplo, no contrato de trabalho por tempo determinado em que se reservam o direito de resilir, *ante tempus*, mediante aviso prévio. A resilição, apesar de se efetuar em virtude da declaração de vontade de um só dos estipulantes é, em verdade, convencional, porque resulta de acordo feito no momento da conclusão do contrato. Nessa hipótese, porém, não se pode falar propriamente em distrato, embora a resilição seja por mútuo consentimento” (GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 185).

⁴⁹³ Menciona-se a expressão “contrato por prazo indeterminado” apenas pela recorrência no seu uso cotidiano, na doutrina justralhista e na jurisprudência laboral. Mas a expressão é evidentemente redundante: se *prazo* significa “lapso de tempo determinado”, não é possível denominar um contrato como “por prazo determinado” ou “por prazo indeterminado”. O correto é mencionar “com prazo” ou “sem prazo”, sob pena de cometer-se pleonasmos viciosos

haja vista serem hipóteses de dispensa sem que o trabalhador houvesse dado causa, situação que, no Estado, só é admissível se houver motivação explícita.

Admitir-se que o Estado, em qualquer das situações em que o *contrato de experiência não atinge a sua vocação de converter-se em contrato sem prazo*, pudesse resili-lo sem o dever de enunciar a *expressa motivação processualmente construída* seria o mesmo que aceitar que o cumprimento desse contrato pudesse ocorrer por meio de uma *execução puramente simbólica*⁴⁹⁴, servindo essa pactuação como meio de acobertar diversas práticas estatais atentatórias à Constituição. O que, obviamente, é inadmissível.

8.12 Processualização do término do contrato de experiência

A terminação do contrato de experiência, envolvendo o empregado estatal, também se sujeita à necessidade de justificação e processualização por parte do Estado empregador, com a diferença de que, não se manifestando ao final do prazo do contrato de experiência – limitado a noventa dias, nos termos do art. 445, Parágrafo Único, da CLT – o contrato será *automaticamente convertido em “contrato por prazo indeterminado”*. Isso decorre da já mencionada “vocação natural” do contrato de experiência em convolar-se em contrato sem restrição de prazo.

O término do vínculo, pois, significa abrupto encerramento na prestação de serviços pelo trabalhador ao Estado, de modo que essa atitude, por parte do ente estatal, deverá estar lastreada em pelo menos uma hipótese dentre aquelas apontadas quando da abordagem da dispensa sem justa causa: insuficiência de desempenho, extinção do emprego, ou declaração de sua desnecessidade; necessidade de redução do quadro de pessoal, em face da ocorrência de excesso de despesa, anulação do concurso, especificamente para o emprego em que se habilitara o trabalhador, e necessidade de saída do empregado em razão do retorno, por decisão judicial, de trabalhador que anteriormente ocupava a vaga.

⁴⁹⁴ Essa expressão encontra-se em REIS, Nélío. *Contrato de Prova*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, p. 148.

As mesmas regras e restrições abordadas por ocasião da análise de cada uma dessas modalidades de dispensa sem justa causa são aplicáveis também para o encerramento do contrato de experiência. Claro que, havendo razões para dispensar o trabalhador *por justa causa*, nada impede que o Estado adote as providências que entender devidas, sempre respeitando a necessidade de instaurar-se o processo administrativo correspondente.

Há, porém, uma ressalva: *todo o processo administrativo, inclusive o resultado da apreciação do recurso contra a primeira decisão, deverá ser iniciado ainda com o prazo do contrato de experiência em curso e finalizado até o final desse prazo.*

Trata-se de uma situação que exigirá bastante da agilidade administrativa do empregador estatal, à vista da exiguidade do prazo, que poderá ser ainda menos extenso caso se pretenda efetuar a contratação por experiência por lapso inferior a noventa dias. Mas não há outra solução possível: se a *vontade administrativa somente se aperfeiçoa no momento da decisão final* e esta decisão *somente pode ser proferida após processo em que se respeite o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa*, não há como o Estado pretender encerrar o contrato de experiência sem se desvencilhar desse encargo.

É possível – e normal – que o processo administrativo somente seja concluído após a expiração do prazo do contrato de experiência. Nessa situação, ante a impossibilidade legal de que o contrato de experiência prolongue-se além do prazo de noventa dias, o contrato de emprego será tido como *convertido em contrato por prazo indeterminado*, decorrendo daí que a decisão administrativa que conclui pelo rompimento do contrato equivalerá a uma *dispensa sem justa causa*, sendo aplicáveis nesse caso as regras que disciplinam essa modalidade de terminação contratual trabalhista – inclusive com a necessidade de conceder-se aviso prévio e de pagar a multa sobre os valores depositados na conta vinculada do FGTS do trabalhador. Não há como a decisão do processo administrativo pretender ter efeitos *ex tunc* nesse caso, pois os prazos e as hipóteses de contratação a termo no Direito do Trabalho não admitem ampliação por ato das partes, ainda que consensual, sem que ocorra ilicitude.

8.13 Invalidação do processo administrativo na Justiça do Trabalho

O descumprimento das exigências constitucionalmente estabelecidas (e reforçadas infraconstitucionalmente) acerca da garantia do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa acarreta, sem dúvida, a invalidação da dispensa pela Justiça do Trabalho.

A competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar tais causas decorre insofismavelmente da norma veiculada pelo texto do art. 114, inciso I, da Constituição, segundo o qual compete à Justiça do Trabalho processar e julgar “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”. É certo que nesse caso há de ser observada a decisão cautelar do Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) n. 3.395 MC/DF, segundo a qual não se inclui no conceito de “relação de trabalho” os servidores estatutários⁴⁹⁵. Assim, todos os empregados estatais, exatamente por serem regidos pela legislação trabalhista, ajuizarão a sua demanda na Justiça do Trabalho, visto não se enquadrarem no conceito de “estatutários”, nos termos fixados pelo Supremo Tribunal Federal.

Quanto à desconstituição da dispensa efetuada irregularmente pelo ente estatal opta-se, neste texto, pelo termo “invalidação” porque não há uma formulação uniforme acerca das nulidades dos atos da Administração Pública: diversos são os posicionamentos acerca do tema no Direito Administrativo brasileiro⁴⁹⁶, havendo quem sustente até mesmo a existência de classificações

⁴⁹⁵ “INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Competência. Justiça do Trabalho. Incompetência reconhecida. Causas entre o Poder Público e seus servidores estatutários. Ações que não se reputam oriundas de relação de trabalho. Conceito estrito desta relação. Feitos da competência da Justiça Comum. Interpretação do art. 114, inc. I, da CF, introduzido pela EC 45/2004. Precedentes. Liminar deferida para excluir outra interpretação. O disposto no art. 114, I, da Constituição da República, não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3395-MC/DF*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Brasília, DF, 05 de abril de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=390700>>. Acesso em: 29 nov. 2010).

⁴⁹⁶ “A ausência de leis administrativas que sistematizem casos de invalidade e seus efeitos propiciou que surgissem três diferentes posições quanto aos atos inválidos no Direito Administrativo brasileiro. A) Alguns entendem que o vício acarreta sempre a nulidade do ato. E a posição de Hely Lopes Meirelles, por exemplo. B) Outros, como Tito Prates da Fonseca e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, sustentam que a tradicional distinção entre atos nulos e anuláveis aplica-se ao Direito Administrativo. De acordo com este último autor, as espécies mencionadas se contrapõem em que:

“quinárias” acerca dos vícios dos atos administrativos⁴⁹⁷. No direito estrangeiro as opiniões também são divergentes: na Itália, por exemplo, a doutrina faz divisão bipartida entre ato nulo e anulável, de acordo com o grau de violação do paradigma normativo da norma que atribui o exercício da função administrativa a determinado(s) agente(s) estatal(is)⁴⁹⁸; já na Argentina, a distinção baseia-se, a

a) os atos nulos não são convalidáveis, ao passo que os anuláveis o são. Vale dizer: conhecido o vício, há maneiras de corrigi-lo retroativamente; b) os atos nulos, em juízo, podem ser fulminados sob provocação do Ministério Público quando lhe caiba intervir no feito, ou *ex officio* pelo juiz, ao passo que os anuláveis dependem desta arguição pelos interessados para serem fulmináveis; c) os atos nulos só prescrevem *longi temporis*, enquanto os anuláveis prescrevem *brevi temporis*. C) Seabra Fagundes defende uma divisão tricotômica: nulos, anuláveis e irregulares; ressalvando, todavia, que as duas primeiras espécies não correspondem às do Código Civil, nem quanto aos tipos de vício nem quanto aos efeitos deles. Todos negam relevância jurídica à espécie atos inexistentes, indicando que, de direito, equivalem aos atos nulos” (MELLO. Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 459-460).

⁴⁹⁷ “O elenco dos defeitos dos atos administrativos, em ordem crescente de gravidade, é o seguinte: – irregularidade irrelevante; – irregularidade suprível; – nulidade relativa; – nulidade absoluta; – inexistência jurídica. Há *irregularidade irrelevante* quando a desconformidade não traduz infração a valor ou interesse jurídicos. O exemplo clássico é o erro na grafia de uma palavra, no corpo de um ato administrativo. Se o equívoco é evidente e não altera o sentido da oração, não se deve reconhecer a existência de um vício jurídico. A *irregularidade suprível* é aquela em que existe defeito sanável, sem que tal acarrete lesão a valor ou a interesse jurídicos. Esse é o caso de um ato de aposentadoria que contempla equívoco quanto à data a partir da qual produzirá efeitos. É possível produzir a correção, sem que o ato equivocadamente seja excluído da vida jurídica, mantendo-se os efeitos do ato cujo defeito foi sanado. A *nulidade relativa* ocorre quando o defeito afeta interesses disponíveis de sujeitos específicos, o que acarreta que a pronúncia do defeito depende de provocação do interessado. No caso de nulidade relativa, admite-se que o ato defeituoso produza os seus efeitos até a pronúncia do vício (ou, em alguns casos, até que o particular lesado contra ele se insurja). A *nulidade absoluta* se verifica quando o defeito lesiona interesses indisponíveis ou interesses disponíveis de sujeitos indeterminados, o que impõe o dever-poder de a Administração Pública pronunciar o vício de ofício, com efeitos geralmente retroativos à data em que se configurou o defeito. [...] A *inexistência jurídica* se verifica quando não existem os requisitos mínimos necessários à qualificação de um ato como jurídico. Não obstante, podem existir alguns eventos no mundo dos fatos. Mas esses eventos são totalmente desconformes aos modelos jurídicos. O grau de desconformidade é tão intenso que nem cabe aludir a um ‘ato jurídico defeituoso’ – existe apenas ato material, destituído de qualquer carga jurídica. Lembre-se que essa categoria abrange os chamados atos administrativos putativos, os quais podem gerar efeitos jurídicos” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 367-368).

⁴⁹⁸ “As consequências que o ordenamento jurídico prevê em relação aos casos em que o ato administrativo afasta-se do paradigma normativo varia de acordo com a modalidade de norma desrespeitada: – o ato administrativo praticado em desconformidade com as disposições atributivas do poder é nulo; – se, ao invés disso, houver discrepância do ato administrativo em relação às normas de ação que disciplinam o exercício do poder, o ato será qualificado como anulável [...]” (CASSETTA, Elio. *Manuale di Diritto Amministrativo*. 7. ed. rev. e aum. Milano: Giuffrè, 2005, p. 506). Para que essa formulação adapte-se ao direito brasileiro, deve-se entender, neste trecho, “disposições atributivas do poder” como “normas que disciplinam a competência e o motivo” e “normas de ação que disciplinam o exercício do poder” como “normas que impõem a observância ao procedimento e à finalidade juridicamente estabelecidos”. No original em italiano: “Le conseguenze che l’ordinamento prevede con riferimento ai casi in cui il provvedimento sia difforme dal paradigma normativo variano a seconda del tipo di norma non rispettata: – il provvedimento emanato in violazione delle norme attributive del potere è nullo; – ove invece esso, dia difforme dalle norme di azione che disciplinano l’esercizio del potere va qualificato come annullabile [...]”

depende da escolha doutrinária, ora na dicotomia ato anulável e ato nulo⁴⁹⁹, ora na bipartição entre nulidade absoluta e nulidade relativa⁵⁰⁰.

Com a finalidade de evitar confusões terminológicas, firmam-se as seguintes premissas que balizarão este tópico: 1) a invalidação ora referida diz respeito à ausência de motivo, motivação, competência, finalidade adequada ou violação ao devido processo legal e ao contraditório e à ampla defesa, ou à deturpação de qualquer deles, de modo que as garantias constitucionais e legais mínimas do trabalhador não tenham sido respeitadas no processo administrativo; 2) a invalidação ora referida refere-se ao fato de o trabalhador *já ter ajuizado a demanda pertinente na Justiça do Trabalho*, de maneira que se torna irrelevante

⁴⁹⁹ “[...] distinguimos três categorías de nulidad del acto administrativo, denominadas resumidamente de anulabilidad (ou nulidade relativa), nulidad (ou nulidade absoluta ou ainda atos nulos de nulidade absoluta) e inexistencia (ou atos administrativos inexistentes, ou vias de fato administrativas, ou inexistência do ato administrativo). A distinção em relação ao direito civil, no qual se distingue entre ato nulo e anulável, como duas categorías diferentes, e a nulidade absoluta e relativa, como outras duas categorías, no direito administrativo há somente duas ou no máximo três categorías (caso se inclua a inexistência). A utilização dos termos anulável e nulo não tem uma necessária correlação com os vocábulos análogos do direito privado, pois o sistema de nulidades administrativas tem seus próprios princípios, derivados da doutrina, da jurisprudência e do Decreto-Lei n. 19.549/72. [...] poderíamos delinear como características gerais as seguintes: o ato administrativo válido e o ato administrativo anulável, que são os que não têm vícios irrelevantes ou não muito graves, são considerados atos regulares; o ato administrativo nulo, que têm vícios graves ou muito graves, é um ato irregular. Em caso de vícios grosseiros, o ato denomina-se como inexistente” (GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 3 – El Acto Administrativo. 8. ed. Buenos Aires: F.D.A., 2004, p. V-2). No original em espanhol: “[...] distinguimos tres categorías de nulidad del acto administrativo, denominadas estipulativamente anulabilidad (o nulidad relativa), nulidad (o nulidad absoluta, o actos nulos de nulidad absoluta) e inexistencia (o actos administrativos inexistentes, o vias de hecho administrativas, o inexistencia de acto administrativo). A diferencia del derecho civil, en que se distingue entre el acto nulo y anulable, como dos categorías y la nulidad absoluta y relativa, como otras dos categorías distintas, en el derecho administrativo se hacen solamente dos o a lo sumo tres (si se incluye la inexistencia) categorías. La utilización de los términos anulado y nulo no tiene una necesaria correlación con los vocablos análogos del derecho privado, pues el sistema de nulidades administrativas tiene sus propios principios, derivados de la doctrina, la jurisprudencia y el decreto-ley 19.549/72. [...] podríamos delinear como características generales las siguientes: el acto administrativo válido y el acto administrativo anulado, que son los que tienen vicios intrascendentes o no demasiado graves, son considerados actos regulares; el acto administrativo nulo, que es el que tiene vicios graves o muy graves, es un acto irregular. En caso de vicios groseros, el acto se denomina inexistente”.

⁵⁰⁰ “As características que definem o estatuto jurídico da nulidade absoluta no direito nacional positivo são: a) o ato não é suscetível de saneamento; b) a ação para pleitear a nulidade absoluta é imprescritível, c) o ato inquinado de nulidade absoluta deve ser revogado na esfera administrativa, salvo se estiver estabilizado e consentido e se houver gerado direitos subjetivos que se estejam cumprindo. A nulidade relativa, ao revés, é suscetível de saneamento, é prescritível e tem um peculiar regime de estabilidade” (CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo II. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002, p. 152); No original em espanhol: “Las características que tipifican el régimen jurídico de la nulidad absoluta en el ordenamiento positivo nacional son las siguientes: a) el acto no es susceptible de saneamiento; b) la acción para demandar la nulidad absoluta es imprescriptible; c) el acto afectado de nulidad absoluta debe ser revocado en sede administrativa, excepto si el mismo estuviera firme y consentido y hubiera generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo. La nulidad relativa, en cambio, es susceptible de saneamiento, es prescriptible y tiene un peculiar régimen de estabilidad”.

o debate sobre a invalidação judicial ou administrativa, de ofício ou mediante requerimento; 3) a invalidação aqui abordada refere-se à decisão *judicial* que tenha reconhecido a invalidade do processo administrativo, no todo ou em parte.

Firmadas essas bases teóricas, passa-se à análise do reconhecimento judicial da nulidade do processo administrativo de dispensa do trabalhador.

8.13.1 Invalidação judicial da dispensa por justa causa

A justa causa não reconhecida no Judiciário Trabalhista converte-se, geralmente, em dispensa *sem* justa causa, exatamente em razão de não estar patentemente configurada qualquer das hipóteses de falta contratual previstas no art. 482 da CLT. A Justiça do Trabalho não reconhece a regularidade da justa causa atribuída pelo empregador ao empregado e condena o primeiro a pagar a este as verbas devidas (geralmente, décimo terceiro proporcional, férias proporcionais, liberação dos valores depositados na conta do FGTS e a respectiva multa), além de acrescentar mais trinta dias ao tempo de serviço, em face da chamada “projeção do aviso prévio” estabelecida pelo art. 487 § 1º da CLT quando não há a concessão do aviso prévio na época devida (“a falta do aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integração desse período no seu tempo de serviço”).

Essa situação, no entanto, *não deve ocorrer dessa forma quando se tratar de empregador estatal*. Viu-se que ao empregador estatal é vedado dispensar o trabalhador, ainda que por justa causa, sem a necessária precedência do processo administrativo específico para tanto. A solução que autoriza a mera conversão, na Justiça do Trabalho, da dispensa por justa causa em dispensa sem justa causa, implica afirmar que o processo administrativo seria uma providência simbólica: bastaria ao empregador estatal, que pretendesse se livrar do trabalhador, reconhecer no processo administrativo uma justa causa qualquer, desprovida de qualquer fundamento fático ou jurídico, ou mesmo não instaurar qualquer processo, sabendo-se que, no Judiciário, a consequência mais

“gravosa” seria o pagamento das verbas devidas, em face do reconhecimento da dispensa *sem justa causa*.

Está evidente a fraude que essa visão possibilita: adotar esse entendimento implica aceitar que *o empregador estatal poderia dispensar arbitrariamente sem justa causa*, solução que não condiz com o ordenamento jurídico.

A Consolidação das Leis do Trabalho somente possibilita a reintegração do trabalhador nos casos em que a falta grave do trabalhador estável não houver sido reconhecida na sentença do inquérito para a apuração de falta grave (que não é inquérito, mas demanda judicial), conforme estipula o seu art. 495, que trata da dispensa do empregado detentor da *estabilidade decenal*: “reconhecida a inexistência de falta grave praticada pelo empregado, fica o empregador obrigado a readmiti-lo no serviço e a pagar-lhe os salários a que teria direito no período da suspensão”. A referência legal à *readmissão* é tecnicamente inadequada: nesta expressão deve conter a ideia de *reintegração*, que assegura ao trabalhador o retorno ao trabalho e o pagamento dos valores devidos durante o tempo em que ele ficou indevidamente afastado do emprego; já a *readmissão* implica o retorno ao trabalho, mas sem efeitos salariais relativos ao período em que não houve prestação de serviço por parte do empregado⁵⁰¹.

Nesse caso, a Consolidação das Leis do Trabalho assegura o pagamento *em dobro* das verbas devidas na extinção do contrato, se a reintegração do empregado estável for desaconselhável ou se houver extinção da empresa ou do posto de trabalho, nos termos dos arts. 496, 497 e 498⁵⁰².

⁵⁰¹ “A jurisprudência nacional criou uma verdadeira distinção entre *reintegração* e *readmissão*: a primeira resulta da aplicação integral do presente artigo [*no caso, o art. 495 da CLT*]; a segunda, não. Pode-se dizer que a *reintegração* compreende a *readmissão*, não sendo verdadeira a recíproca. A ordem judicial de *readmissão* mantém o vínculo contratual para o futuro, sem efeitos salariais pretéritos. A de *reintegração*, além de declarar a incolumidade da relação de emprego, determina o pagamento dos salários, retroativamente” (CATHARINO, José Martins. *Contrato de Emprego*. 2. ed. Guanabara: Trabalhistas S/A, 1965, p. 443).

⁵⁰² “Art. 496. Quando a *reintegração* do empregado estável for desaconselhável, dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio, especialmente quando for o empregador pessoa física, o tribunal do trabalho poderá converter aquela obrigação em indenização devida nos termos do artigo seguinte. Art. 497. Extinguindo-se a empresa, sem a ocorrência de motivo de força maior, ao empregado estável despedido é garantida a indenização por rescisão do contrato por prazo indeterminado, paga em dobro. Art. 498. Em caso de fechamento do estabelecimento, filial ou agência, ou supressão necessária de atividade, sem ocorrência de motivo de força maior, é assegurado aos empregados estáveis, que ali exerçam suas funções, direito à indenização, na forma do artigo anterior”.

Além da CLT, a Lei n. 9.029/95, que disciplina a vedação a práticas discriminatórias no trabalho, também estipula que o trabalhador poderá, em caso de dispensa discriminatória, optar entre “a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais” (art. 4º, inciso I) ou “a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais”. Apesar de mais uma vez utilizar indevidamente o vocábulo “readmissão”, percebe-se tratar de verdadeira *reintegração* do trabalhador. Esta somente não ocorreria se o trabalhador *optasse* pela manutenção da dispensa, e o pagamento em dobrado dos valores devidos durante o período de afastamento.

O art. 28, *caput*, da Lei n. 8.112/90 não discrepa dessa linha: segundo seu texto, a reintegração é “a reinvestidura do servidor estável no cargo anteriormente ocupado, ou no cargo resultante de sua transformação, quando invalidada a sua demissão por decisão administrativa ou judicial, com ressarcimento de todas as vantagens”.

São três disposições legais diversas, que disciplinam três situações diferentes. O art. 495 da CLT dispõe sobre o retorno ao trabalho do empregado estável, detentor de estabilidade decenal, em caso de falta grave não reconhecida pelo Judiciário Trabalhista. O art. 4º da Lei n. 9.029/95 disciplina a reintegração em caso de despedida discriminatória. Já o art. 28 da Lei n. 8.112/90 aborda sobre o direito de reintegração se a “demissão” do servidor estatutário for invalidada. Nos três casos há uma linha de coerência, que se equilibra na seguinte circunstância: *em qualquer caso de retirada do trabalhador do seu posto de trabalho, ser-lhe-á assegurado o retorno, com a remuneração integral relativa ao período de afastamento, caso a sua saída tenha sido reconhecida como ilícita.*

Apesar de a legislação não ser expressa quanto à invalidação da justa causa atribuída em processo administrativo viciado ou inexistente, há suporte interpretativo para que se aplique a mesma solução na hipótese do trabalhador estatal indevidamente dispensado sem justa causa: afinal *os três dispositivos legais que tratam do assunto consignam consequências idênticas às dispensas ilicitamente efetuadas.* Como a dispensa por justa causa sem respaldo

consistente em processo administrativo *também* é uma dispensa ilícita, nada mais adequado que aplicar idêntica solução.

Assim, a dispensa por justa causa do empregado estatal invalidada no Judiciário acarretará a reintegração do trabalhador e os efeitos contratuais do período de afastamento, como se não houvesse solução de continuidade na prestação dos serviços. Caso o trabalhador opte pela manutenção da dispensa, ser-lhe-á “garantida a indenização por rescisão do contrato por prazo indeterminado, paga em dobro” (art. 497 da CLT).

Se, ao retornar, o trabalhador deparar-se com a extinção do seu emprego (que não se confunde com a extinção da *vaga*, situação que, no emprego público, é irrelevante, como visto no subtópico 8.10.3, acima), não lhe socorrerá a prerrogativa da disponibilidade, sendo inviável a aplicação analógica do art. 28 § 1º da Lei n. 8.112/90, segundo o qual “na hipótese de o cargo ter sido extinto, o servidor ficará em disponibilidade”. Como não há disponibilidade no emprego público, é de se verificar a possibilidade de manutenção do trabalhador em algum posto de trabalho idêntico ou compatível com suas funções anteriormente exercidas. Caso contrário, um dos ocupantes desses postos de trabalho poderá ser dispensado sem justa causa, observando-se, uma vez mais, os critérios estabelecidos no subtópico 8.10.3, acima.

8.13.2 Invalidação da dispensa de empregado estável ou detentor de garantia de emprego

Os empregados nessa situação deverão ser diferenciados conforme a dispensa seja factível pelo processo administrativo (subtópico 8.8.1 deste texto, acima) ou infensa a esse processo (subtópico 8.8.2).

Caso se trate de dispensa de trabalhadores do primeiro grupo, são inteiramente aplicáveis as formulações apresentadas no tópico anterior, já que eles podem perder o posto de trabalho na Administração Pública em face do cometimento de conduta tipificada como “justa causa” nos termos da CLT. É o caso da dispensa por justa causa do empregado titular ou suplente de representação dos trabalhadores na Comissão Interna de Prevenção de

Acidentes (CIPA), da empregada gestante, do empregado detentor da “garantia de emprego eleitoral”, do empregado detentor da garantia de emprego acidentária, do empregado reabilitado ou deficiente habilitado e do trabalhador estabilizado constitucionalmente pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Caso se trate de trabalhadores incluídos no segundo grupo – caso dos empregados beneficiados com a estabilidade decenal, dos empregados eleitos para órgãos de direção das entidades sindicais, dos eleitos diretores de cooperativas por eles criadas, dos titulares e suplentes da representação dos trabalhadores no Conselho Nacional da Previdência Social, dos titulares e suplentes da representação dos trabalhadores no Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e dos membros eleitos para a Comissão de Conciliação Prévia – a situação deve ser analisada de modo sumamente diferenciado.

Isso porque a invalidação judicial da dispensa, nesses casos, pode ocorrer tanto a partir de uma demanda ajuizada pelo empregado quanto *por uma demanda ajuizada pelo empregador*.

Explica-se: o empregado estatal detentor de alguma dessas garantias, que venha a ser indevidamente dispensado, tem, por óbvio, total interesse em desconstituir a dispensa. Para tanto, basta ajuizar uma demanda na Justiça do Trabalho, requerendo a invalidação judicial da dispensa, que o direito à reintegração, com as consequências previstas nos arts. 495 a 498 da CLT⁵⁰³, será automaticamente reconhecido em caso de procedência das alegações. Relembre-se que, nesses casos, *exatamente porque o processo administrativo não é capaz de fundamentar juridicamente essas dispensas, deve o empregador buscar o reconhecimento da falta grave por meio de processo judicial*. Assim, a

⁵⁰³ “Art. 495. Reconhecida a inexistência de falta grave praticada pelo empregado, fica o empregador obrigado a readmiti-lo no serviço e a pagar-lhe os salários a que teria direito no período da suspensão. Art. 496. Quando a reintegração do empregado estável for desaconselhável, dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio, especialmente quando for o empregador pessoa física, o tribunal do trabalho poderá converter aquela obrigação em indenização devida nos termos do artigo seguinte. Art. 497. Extinguindo-se a empresa, sem a ocorrência de motivo de força maior, ao empregado estável despedido é garantida a indenização por rescisão do contrato por prazo indeterminado, paga em dobro. Art. 498. Em caso de fechamento do estabelecimento, filial ou agência, ou supressão necessária de atividade, sem ocorrência de motivo de força maior, é assegurado aos empregados estáveis, que ali exerçam suas funções, direito à indenização, na forma do artigo anterior”.

dispensa desses empregados, caso seja fundada em processo administrativo, independentemente de sua regularidade formal, é tida como nula.

O empregador estatal, por seu turno, não tem interesse algum em desconstituir a dispensa fundada em processo administrativo. Mas é possível que a irregularidade da dispensa seja reconhecida *na própria demanda ajuizada por ele*. Trata-se, aqui, do inquérito para a apuração de falta grave, já abordado sucintamente no subtópico 8.8.2, acima. Essa situação – de o empregador estatal demandante deparar-se com a invalidação da dispensa do empregado que somente poderia perder o emprego se cometesse falta grave – decorre do fato de que o inquérito judicial para a apuração de falta grave detém *natureza dúplice*, ou seja, a improcedência do pedido formulado pelo autor já basta para que o réu obtenha o bem da vida em disputa, sendo desnecessário tanto o ajuizamento de reconvenção quanto o pedido expresso em contestação⁵⁰⁴.

Assim, a dispensa desses empregados do aqui denominado “segundo grupo” – trabalhadores que somente poderão ser dispensados se houver procedência do pedido formulado no inquérito judicial para a apuração de falta grave – também poderá ser judicialmente invalidada, observando-se critérios distintos a depender da situação envolvida e da decisão judicial a ser proferida.

Se o trabalhador for dispensado pelo simples reconhecimento de justa causa ou “falta grave” em processo administrativo, a dispensa será invalidada pelo defeito de forma, independentemente do conteúdo do processo ou da observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa na esfera administrativa, pois se exige o reconhecimento judicial da falta grave por demanda específica – o inquérito para a apuração de falta grave previsto nos arts. 494 e 853 da CLT⁵⁰⁵.

Se houver o ajuizamento do inquérito e este for julgado improcedente, o trabalhador será reintegrado ao serviço em caso de suspensão, com efeitos

⁵⁰⁴ “Do prisma material, é dúplice a ação, provocando o *iudicium duplex*, na qual a contestação do réu já basta à obtenção do bem da vida. Em geral, o autor pede e o réu somente impede; na *actio duplex*, o ato de impedir (contestação) já expressa um pedido contrário. Tal característica deriva do direito material posto em causa (*rectius*: mérito, pretensão processual ou objeto litigioso)” (ASSIS, Araken de. *Procedimento sumário*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 93).

⁵⁰⁵ “Art. 494. O empregado acusado de falta grave poderá ser suspenso de suas funções, mas a sua despedida só se tornará efetiva após o inquérito e que se verifique a procedência da acusação. Parágrafo único. A suspensão, no caso deste artigo, perdurará até a decisão final do processo. Art. 853. Para a instauração do inquérito para apuração de falta grave contra empregado garantido com estabilidade, o empregador apresentará reclamação por escrito à Junta ou Juízo de Direito, dentro de 30 (trinta) dias, contados da data da suspensão do empregado”

retroativos (tempo de serviço, remuneração, demais verbas trabalhistas) à data da suspensão; se não houve suspensão do empregado, situação fática pouco comum, o contrato de emprego seguirá o seu curso normal.

Caso, porém, haja o ajuizamento do inquérito e este venha a ser julgado procedente, o contrato de emprego é considerado extinto no momento da suspensão, caso esta tenha acontecido. Se não houve a suspensão prévia, a sentença apenas autoriza a dispensa, não se prestando para “rescindir”, *ope judicis*, o contrato de emprego. Bastará ao empregador efetuar a dispensa do empregado, escudado pela sentença.

8.13.3 Invalidação da dispensa sem justa causa

A dispensa sem justa causa do empregado estatal somente pode ser efetuada por processo administrativo, como já analisado anteriormente (tópico 8.10 e subtópicos).

Invalidada judicialmente a dispensa sem justa causa, o trabalhador terá direito à reintegração, com efeitos pecuniários *ex tunc*, tal como ocorre nas dispensas por justa causa invalidadas judicialmente (conferir subtópico 8.13.1, acima). Não será cabível o mero pagamento das verbas resilitórias devidas porque essa solução significaria a frustração do Estado Democrático de Direito, dos princípios constitucionais da Administração Pública e o triunfo da arbitrariedade. O processo administrativo para a dispensa do trabalhador estatal é uma garantia respaldada constitucionalmente e, como tal, deve ser adequadamente tutelada.

Das três modalidades possíveis de dispensa sem justa causa (a *discriminatória*, a *arbitrária* e a *justificada*), a primeira é ilícita para qualquer empregador, seja ele privado ou estatal. O entendimento predominante é que a *arbitrária* seria lícita para o empregador privado, havendo controvérsias quanto à sua admissibilidade em relação ao empregador público (controvérsia que estudo não segue – defende-se, com evidente respaldo constitucional, a *ilicitude da dispensa arbitrária do empregado estatal*). Já a dispensa justificada sem justa

causa seria lícita tanto para o empregador privado quanto para o empregador público.

Em razão disso, a dispensa *arbitrária* na esfera estatal deve ser tida como *ilícita*, assim como o é a dispensa *discriminatória*. Em razão da similitude de situações, deve ser aplicável a essas situações o mesmo regramento jurídico, qual seja, aquele conformado no texto do art. 4º da Lei n 9.029/95⁵⁰⁶, à exceção do dano moral, a não ser que se prove que, além de arbitrária, a dispensa promovida pelo ente estatal tenha, *in casu*, também um cariz discriminatório.

Há soluções diversas a depender da modalidade de dispensa, contudo.

Se a dispensa sem justa causa estiver fundada em circunstância imputável ao trabalhador (no caso, a imperícia/inaptidão ou o desempenho insuficiente), a invalidação do processo acarretará a sua reintegração e os efeitos dela decorrentes, conforme art. 4º, I, da Lei n. 9.029/95, apesar de o texto da norma utilizar, indevidamente, a expressão “readmissão”. O trabalhador, na Justiça, poderá optar pela “percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais” (art. 4º, II), devendo ser destacado que essa opção é *do trabalhador*, não cabendo intervenção do juízo a respeito da definição de “alternatividade” ou “subsidiariedade” dessa obrigação: se o trabalhador não se manifestar expressamente nesse sentido, nos autos do processo, a solução será a reintegração.

As demais modalidades de dispensa sem justa causa, por não decorrerem de circunstâncias imputáveis ao trabalhador, devem ater-se ao exame das situações suscitadas pelo Estado para a efetivação dessa providência.

Na hipótese de dispensa fundada na anulação administrativa do concurso, caberá ao Judiciário analisar essa alegação. Se o concurso foi anulado por razões juridicamente insustentáveis, o trabalhador será reintegrado ao emprego, aplicando-se, novamente, o art. 4º da Lei n. 9.029/95, excluindo-se a indenização por danos morais, a não ser que se comprove alguma prática lesiva a direito extrapatrimonial do trabalhador. O ônus da prova da irregularidade do concurso

⁵⁰⁶ “Art. 4º. O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre: I – a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais; II – a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais”.

cabará ao ente estatal. O retorno do trabalhador nesses casos será incondicionado e imediato, independentemente da conjuntura estrutural do ente estatal empregador.

A solução é um tanto diversa no que concerne às outras três possibilidades de dispensa justificada sem justa causa, quais sejam: necessidade de saída do empregado em razão do retorno, por decisão judicial, de trabalhador que anteriormente ocupava a vaga; extinção do emprego, ou declaração de sua desnecessidade; e necessidade de redução do quadro de pessoal, em face da ocorrência de excesso de despesa. Nessas três situações a solução será uniforme caso a dispensa seja invalidada judicialmente, bastando verificar em qual das duas hipóteses a seguir o caso concreto poderá ser enquadrado: 1) se a justificativa invocada pelo Estado não for devidamente caracterizada no processo, será devida a reintegração imediata do trabalhador, aplicando-se as disposições do art. 4º da Lei n. 9.029/95; porém, 2) se a justificativa for devidamente caracterizada pelo Estado, mas houver a possibilidade de aproveitamento do trabalhador em emprego com atribuições e remuneração equivalente, o trabalhador será reintegrado nessa ocupação, devendo ser anotada em sua Carteira de Trabalho e Previdência Social a mudança de posto de trabalho, aplicando-se, também nesse caso, as disposições do art. 4º da Lei n. 9.029/95.

8.13.4 Invalidação do término do contrato de experiência

Tendo “vocação natural” para convolar-se em contrato sem prazo (“contrato por prazo indeterminado”), o encerramento do contrato de experiência equivale a uma dispensa sem justa causa, embora sem os efeitos pecuniários desta.

Por isso, o encerramento do contrato de experiência pelo simples advento do seu termo *ad quem*   providência vedada ao Estado empregador, por equivaler a uma despedida arbit ria. Assim, cabem aqui as mesmas considera es feitas por ocasião da invalida o judicial da dispensa sem justa causa, analisada no subtópico anterior.

Destaque-se, ainda, que a única peculiaridade desse tipo de invalidação judicial – o fato de se tratar de contrato a prazo – não repercute no pleito de reintegração do trabalhador: a reintegração judicialmente determinada deverá impor o retorno do trabalhador e o pagamento dos dias de afastamento, com a integração do tempo de serviço, independentemente da expiração ou não do prazo do contrato. Afinal, se o contrato de emprego não continuou por atitude imputável ao Estado, está-se diante de uma dispensa. E se a justificativa apresentada no Judiciário não foi suficiente para convencer o órgão jurisdicional acerca de sua adequação ao caso, a dispensa será invalidada, situação que também atrai o regramento do art. 4º da Lei n. 9.029/95, assim como as demais situações de invalidação de dispensa sem justa causa do empregado estatal.

8.14 Por fim: um paralelo entre alienação de bens e dispensa do empregado estatal

Determina o art. 37, inciso XXI, da Constituição de 1988, que “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”.

Infraconstitucionalmente, a Lei n. 8.666/93, que “institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências”, disciplina os procedimentos que envolvam a aquisição de bens e serviços e a alienação de bens do Estado. Segundo essa lei, considera-se como *alienação* “toda transferência de domínio de bens a terceiros” (art. 6º, IV, da Lei n. 8.666/93).

De acordo com o art. 17 da Lei n. 8.666/93, “a alienação de bens da Administração Pública, *subordinada à existência de interesse público devidamente justificado*, será precedida de avaliação” (destaques acrescidos). Percebe-se que *somente* se houver *justificativa devida* – ou seja, enunciação expressa da *motivação* – é que as alienações poderão ser efetivadas regularmente.

Além disso, *nenhum bem será alienado sem avaliação prévia*. E a maioria das alienações *deverá ser precedida de processo licitatório* (há exceções na lei quanto à exigência de licitação, conforme estipula o art. 17, I e II⁵⁰⁷).

Diante dessas situações, fica evidente a *cautela adotada pelo Estado no momento de livrar-se de alguns bens*: a legislação exige a justificação da alienação (*sempre*), a avaliação dos bens (*sempre*) e o processo licitatório (na *maioria* das vezes).

Em contraponto a isto, há o trabalhador estatal. Ser humano. Destinatário de princípios constitucionais tão intensos quanto aviltados: a cidadania (art. 1º, II, da Constituição), a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição) e o valor social do trabalho (art. 1º, IV), dentre outros. Infelizmente, muitos dos trabalhadores estatais são dispensados sem qualquer motivação. Muitos dos que contam com a dispensa “motivada” não contam com um processo administrativo prévio a essa decisão. E muitos dos que contam com o processo administrativo não têm garantia de cumprimento do princípio do devido processo legal.

⁵⁰⁷ “Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: I – quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos: a) doação em pagamento; b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas ‘f’, ‘h’ e ‘i’; c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei; d) investidura; e) venda a outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo; f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; g) procedimentos de legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei no 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal incluía-se tal atribuição; h) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; i) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União na Amazônia Legal onde incidam ocupações até o limite de 15 (quinze) módulos fiscais ou 1.500ha (mil e quinhentos hectares), para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais; II – quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos: a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência sócio-econômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação; b) permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública; c) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica; d) venda de títulos, na forma da legislação pertinente; e) venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades; f) venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe”.

As diversas providências analisadas neste estudo, no sentido de *motivar* e *processualizar* a dispensa do empregado estatal – todas amparadas no ordenamento jurídico fundado no Estado Democrático de Direito e nos princípios supramencionados – estão, lamentavelmente, em profunda dissociação com o que se pratica nas repartições públicas e nas dependências das empresas estatais. Uma parte do problema é explicada pela ausência de legislação específica a esse respeito, aspecto em que a *mera alienação de bens pelo Estado conta com regulação muito mais precisa que a dispensa do trabalhador*. A outra parte do problema – que responde, na prática, por quase todos os casos de violação da dignidade do trabalhador estatal no ato da despedida – decorre da dificuldade de disseminação dos preceitos democráticos e da postura de dignificação do ser humano, alçados a nível constitucional como *direitos fundamentais*.

É estarrecedora a inversão de valores ora perpetrada, incompatível com a sociedade contemporânea. Há mais de dois séculos Immanuel Kant já construía a seguinte formulação a respeito:

Os seres cuja existência depende não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como *meios*, e por isso se chamam *coisas*, ao passo que os seres racionais se chamam *pessoas*, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto do respeito)⁵⁰⁸.

Na formulação kantiana, qualquer *pessoa* deve ser tratada como um *fim*, não como *meio*. O fato de ser *pessoa* já limita, contra o ser humano, a possibilidade de *arbítrio*, impondo que se lhe trate com *respeito*. Na seara das relações entre empregado e Estado, a *motivação* e a *processualização* das decisões estatais concernentes à dispensa do trabalhador são veículos que trazem em si esse valor: o *respeito*, refutando-se qualquer *arbítrio*.

Kant ainda dedica algumas linhas a abordar a relação entre “coisa – preço” e “pessoa – dignidade”, da seguinte maneira:

⁵⁰⁸ KANT, Immanuel. Fundamentos da Metafísica dos Costumes. In: *Os Pensadores – Kant (II)*. Tradução Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 141. Destaques não constam no texto original.

No reino dos fins tudo tem um *preço* ou uma *dignidade*. Uma coisa que tem um preço pode ser substituída por qualquer outra coisa equivalente; pelo contrário, o que está acima de todo preço e, por conseguinte, o que não admite equivalente, é o que tem uma dignidade⁵⁰⁹.

Em sua construção filosófica, Kant observa que “preço” e “dignidade” são concepções que não admitem qualquer equivalência: *dignidade* é qualidade que só se relaciona com a *pessoa*. Já o *preço* relaciona-se com a *coisa*. Em razão disso, a pessoa está acima de qualquer preço. Ou, em outras palavras: *é indigno tratar qualquer pessoa no mesmo patamar ou em patamar inferior a uma coisa*.

Considerar que as “coisas” (bens) têm o “direito” de serem alienadas *somente após providência motivada e processualizada e não conceber que as pessoas não tenham esse “direito”* significa *subverter* a dignidade, tomando-a como “preço”. Nada justifica o fato de ser necessário controlar processualmente o despojamento de um bem por parte da Administração e não adotar, no mínimo, a mesma providência no momento de saída do trabalhador dos quadros estatais.

Não se olvide que o controle processualizado das alienações não são instituídos em favor dos bens, mas sim para assegurar a lisura do procedimento e evitar prejuízos ao Estado. *E mesmo analisando o problema sob essa ótica, por que não seria lícito controlar processualmente a saída de um trabalhador estatal, se também neste caso o Estado pode vir a ter prejuízo?*

A recusa em processualizar a dispensa do trabalhador é, em outras palavras, *reduzi-lo a uma “casta” jurídica inferior ou equivalente a uma coisa*, circunstância que, além de atentar contra a moral e a ética, também é *multifariamente inconstitucional*, por violar um sem-número de princípios constitucionais, em especial a *cidadania* (art. 1º, II, da Constituição), a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III, da Constituição) e o *valor social do trabalho* (art. 1º, IV).

A postura de dispensar o empregado sem prestar contas das razões pertinentes, nem permitir que ele se contraponha a essa medida, implica uma *reificação* do trabalhador, tratando-o como “coisa”, despido de qualquer característica intrinsecamente humana (dignidade, sentimento, respeito, etc.).

⁵⁰⁹ *Ibidem*, p. 150. Destaques conforme o texto original.

Segundo Axel Honneth, inspirado nas formulações de Karl Marx, “a reificação pressupõe que nós nem percebamos mais nas outras pessoas as suas características que as tornam propriamente exemplares do gênero humano: tratar alguém como uma *coisa* significa justamente tomá-la(o) como *algo*”⁵¹⁰. Esse conceito amolda-se à perfeição à situação de se considerar que o trabalhador estatal pode ser *dispensado imotivadamente*, arbítrio que nem mesmo a *alienação de bens* enfrenta: são incompatíveis com a Constituição as condutas *reificadoras* do trabalhador, como se este fosse mero valor de uso, descartável e indigno. Pelo contrário, torna-se necessário entronizar uma *consciência constitucional cidadã*, no sentido de que a preservação dos direitos dos administrados – e do trabalhador estatal no particular – seja uma *obrigação estatal*, não uma simples *liberalidade*.

Em face disso, o mínimo que se pode pretender é que tenha o trabalhador estatal, ao menos, a possibilidade de defender-se contra a perda do emprego, sendo esclarecido quanto às razões dessa medida (*motivação*) e tendo a possibilidade de interagir dialeticamente na formação da decisão administrativa (*processualização*). Quaisquer outras posturas estatais que não viabilizem esses mecanismos de segurança e defesa do empregado estatal serão tidas como posturas *reificadoras*.

Embora seja desejável a existência de uma lei que discipline o assunto, a *motivação* e a *processualização* da dispensa do empregado estatal são *exigências que decorrem insofismavelmente da ordem constitucional*. A Constituição, como foi exaustivamente abordado, traz todos os parâmetros que conferem um mínimo de *dignificação* no momento da dispensa do trabalhador. Basta, ao Estado, cumpri-la.

⁵¹⁰ HONNETH, Axel. Observações sobre a reificação. Tradução Emil Sobottka e Giovani Saavedra. *Civitas – Revista de Ciências Sociais*. Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 68-79, jan./abr. 2008. Destaques conforme o original.

Capítulo IX – Conclusões

Do que foi abordado no transcorrer do texto decorrem as conclusões que seguem.

1) O Estado de Polícia caracterizava-se pelo poder ilimitado conferido ao monarca, do que decorria o autoritarismo e arbitrariedade das práticas estatais.

2) O Estado de Direito em sentido *formal* tinha como traço característico a limitação legal ao poder do soberano, mas esses limites eram apenas retóricos: nada impediria que as leis fossem confeccionadas para conferirem um viés justificador do arbítrio.

3) O Estado de Direito em sentido *material* caracterizou-se pela *constitucionalização dos direitos naturais*, de modo a limitar os excessos no exercício do poder e a manipulação casuística dos direitos do indivíduo por parte da autoridade central.

4) O Estado Social de Direito estruturava-se nos preceitos do chamado *constitucionalismo social*, e pressupunha que a Constituição deveria consagrar mecanismos assecuratórios da igualdade entre os indivíduos e impor ao Estado o dever de prestar serviços e conceder direitos em face do cidadão.

5) O Estado Democrático de Direito caracteriza-se pela salvaguarda dos direitos fundamentais e pela possibilidade de decisão popular acerca dos destinos do Estado.

6) Práticas estatais que se fundam numa pretensa “supremacia do Estado”, são absolutamente arbitrárias e, por isso, devem ser rechaçadas num Estado Democrático de Direito.

7) A noção contemporânea de cidadania deve abarcar o direito a ter direitos e o direito a influenciar o destino do Estado, com a participação do cidadão nas decisões estatais. Recusados esses direitos, não haverá cidadania plena.

8) O conceito tradicional de interesse público contrapõe-se ao interesse particular, superando-o; assim, em caso de conflito entre ambos, sempre prevaleceria o interesse público.

9) Na concepção tradicional, o Estado titularizaria o interesse público, de modo que qualquer ameaça advinda dos interesses particulares legitimaria o Estado a utilizar a força contra o indivíduo para salvaguardá-lo.

10) Não existe um princípio da “supremacia do interesse público”, de modo que a tentativa de utilização de um conceito apriorístico deste implica a opção pelo autoritarismo, em detrimento dos direitos fundamentais.

11) A concepção contemporânea de *interesse público* deve ponderar, no caso concreto, os interesses individuais e coletivos envolvidos, de modo a maximizar a eficácia das normas constitucionais.

12) Uma decisão estatal *motivada* deve enunciar fundamentos fáticos (motivos) e também fundamentos jurídicos, além de correlacionar adequadamente ambos os fundamentos no sentido de esclarecer os parâmetros utilizados para a tomada de decisão.

13) Uma decisão estatal *adequadamente motivada* preenche quatro requisitos: a congruência, a exatidão, a suficiência e a clareza. Além disso, a motivação deve ser *anterior* ou *contemporânea* à decisão estatal. Nunca posterior.

14) A motivação é um exercício de argumentação estatal. Sempre que se fizer necessário adotar uma providência contrária ao cidadão, deve o Estado desincumbir-se do ônus argumentativo, ante a necessidade de preservação dos direitos individuais do administrado.

15) Decisão estatal sem motivação é exercício de pura arbitrariedade. Por isso, os atos estatais devem ser, sempre, motivados, exigência que decorre do Estado Democrático de Direito.

16) A discricionariedade não deve ser compreendida como “liberdade de escolha do agente”, mas sim como uma técnica de ponderação que, destinada a preencher vazios contudísticos, esteja submetida a um *contingenciamento constitucionalizado das opções de decisão*, de maneira que o agente estatal responsável pela decisão deva sempre optar pela “melhor” decisão. A demonstração dessa melhor escolha somente é possível se a decisão estiver expressamente motivada.

17) Todos os princípios constitucionais da Administração Pública referidos no *caput* do art. 37 da Constituição – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência – exigem, em maior ou menor grau, a motivação como

instrumento de sua realização, demonstrando que, também sob este aspecto, a ausência de motivação numa decisão estatal implica uma *inconstitucionalidade*.

18) A concepção tradicional acerca do ato administrativo – segundo a qual essa providência seria dotada de *presunção de legitimidade*, *imperatividade* e *autoexecutoriedade* – revela-se inspirada em realidade incompatível com o Estado Democrático de Direito, razão pela qual é necessário adaptá-la à ordem constitucional vigente.

19) Os atos estatais devem contemplar técnicas condizentes com o Estado Democrático de Direito, tais como o *consenso/adesão*, a *motivação/explicação* e a *participação administrativa*, que se tornam providências a serem buscadas pela Administração Pública contemporânea.

20) O Estado Democrático de Direito exige a observância do processo de confecção dos atos estatais, de modo que a concepção de ato administrativo unilateral mostra-se anacrônica em face dessa realidade.

21) Toda decisão administrativa necessita ser democraticamente legitimada. Por isso, toda a atividade decisória estatal deve permitir que o administrado interaja com a confecção da decisão. E isso se dará por meio do processo administrativo.

22) No Estado Democrático de Direito, o processo passa a ser um direito-garantia fundamental do cidadão, que tem o caráter multifacetado: é, ao mesmo tempo, um direito de defesa, direito de participação e direito a prestações.

23) Com a elevação do processo administrativo ao posto de cerne de toda a atividade decisória estatal, torna-se necessário, em função disso, considerar que o *devido processo legal* passa a ostentar a condição de princípio cardeal do Direito Administrativo.

24) O processo administrativo viabiliza um consenso procedimental que legitima a decisão estatal na soberania popular, ainda que se afigure um dissenso conteudístico quanto ao teor da decisão.

25) O histórico constitucional acerca dos trabalhadores estatais sempre se caracterizou por ser impreciso, favorecendo a existência de práticas autoritárias em relação aos servidores públicos e o uso da máquina administrativa para favorecimentos pessoais.

26) A Constituição de 1988 diferencia os servidores públicos entre os ocupantes de cargo (servidores estatutários) e os ocupantes de emprego

(empregados públicos), mas estabelece tratamento pouco equilibrado entre eles: grande parte das disposições constitucionais acerca dos trabalhadores estatais destinam-se aos servidores estatutários, sendo lacônica a disciplina acerca do empregado público.

27) As empresas públicas e sociedades de economia mista, embora sejam regidas pelo direito privado, devem observar diversos preceitos constitucionais relativos à Administração Pública, sendo-lhes vedada a livre admissão e dispensa de empregados.

28) Não há, em relação ao regime jurídico do empregado público, qualquer diferença entre estar empregado numa entidade estatal *prestadora de serviços públicos* ou numa entidade *exploradora de atividade econômica*.

29) O regime trabalhista figurou como o preferido das administrações públicas durante muito tempo, graças ao desvirtuamento viabilizado por ordens constitucionais anteriores: acreditava-se que o trabalhador estatal regido pela Consolidação das Leis do Trabalho poderia ser livremente admitido e/ou dispensado pela autoridade administrativa, possibilidade que se mostrou valiosa em diversas eleições, em detrimento da profissionalização das carreiras estatais.

30) A Constituição de 1988 não assegura estabilidade a nenhum empregado público, independentemente das alterações advindas a partir da Emenda Constitucional n. 19/98, visto que esse direito somente se limita a servidor estatutário ocupante de cargo efetivo.

31) Embora não detenha a estabilidade constitucional, o empregado público não pode ser dispensado livremente, sendo necessária a existência de motivação suficiente e adequada, processualmente controlável, que justifique sua exclusão dos quadros funcionais do Estado.

32) Não havendo direito à estabilidade, ao empregado público não se aplicam as regras relativas ao estágio probatório. Eventual necessidade administrativa de avaliar o empregado público é viabilizada, nos termos da legislação trabalhista, pelo contrato de experiência.

33) A Constituição não diferencia “empregado público” do “empregado celetista na Administração Pública”. Consequentemente, não existem duas modalidades de emprego público.

34) Apesar do entendimento jurisprudencial em sentido contrário, as empresas estatais não podem dispensar livremente os seus empregados, visto

que também a elas são aplicáveis as exigências do Estado Democrático de Direito (que veda a arbitrariedade no processo decisório estatal) e os princípios constitucionais da Administração Pública, que determinam o agir estatal motivado.

35) Indevidamente equiparado à Fazenda Pública, os Correios (e demais empresas estatais prestadoras de serviços públicos) não necessitam de regulação diferenciada para disciplinar a dispensa de seus empregados, bastando-lhe observar, como as demais empresas estatais (exploradoras de atividade econômica) os preceitos democráticos e os princípios constitucionais da Administração Pública.

36) O ato que decide pela dispensa do trabalhador é inequivocamente ato administrativo, já que, ao menos formalmente, é regido por preceitos juspublicísticos, ainda que se trate de providência adotada no âmbito de uma relação de emprego, tradicionalmente vista como de “direito privado”.

37) À falta de legislação específica para disciplinar a processualização da dispensa do empregado estatal, deve-se aplicar os preceitos da Lei n. 9.784/99 como instrumento normativo de garantia do devido processo legal ao trabalhador afetado pela dispensa.

38) A dispensa por justa causa do empregado estatal deve fundar-se numa das condutas descritas no rol do art. 482 da CLT, e ser contundentemente demonstrada em processo administrativo específico, sob pena de invalidade do ato.

39) O processo administrativo não inviabiliza a imediatidade na dispensa por justa causa, desde que considere que a imediatidade será avaliada tendo em vista o início do processo e a celeridade de sua tramitação.

40) A justa causa por abandono de emprego admite a intimação editalícia e o transcorrer do processo ainda que o trabalhador não seja localizado. Deve-se, no entanto, providenciar defensor dativo para que o empregado não seja alijado do direito de defender-se administrativamente.

41) A acumulação de cargos, empregos e funções é circunstância que justifica a dispensa por justa causa, desde que se conceda ao trabalhador a oportunidade de exercer a opção por uma das ocupações públicas.

42) É inconstitucional, pela ausência de proporcionalidade na sanção e pela agressão à dignidade do trabalhador, a aposição da nota “a bem do serviço

público” em sua dispensa por justa causa, ainda que sua conduta tenha sido extremamente gravosa.

43) Alguns trabalhadores que contam com garantia de emprego podem ser dispensados pelo Estado, desde que se apure a ocorrência de justa causa em processo administrativo. São eles: titulares e suplentes de representação dos trabalhadores na Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA); gestantes; empregados estatais beneficiados com a estabilidade eleitoral; detentores da chamada garantia de emprego acidentária; empregado reabilitados ou deficientes habilitados. Também podem ser dispensados após comprovação da justa causa em processo administrativo os trabalhadores estabilizados pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

44) Outros trabalhadores detentores de estabilidade ou garantia de emprego são infensos à dispensa por justa causa reconhecida em processo administrativo, sendo necessário que, nessas situações, o Estado ajuíze demanda específica na Justiça do Trabalho, para obter o reconhecimento da falta grave que autorizaria a terminação do contrato de emprego. Essa situação ocorre com os seguintes trabalhadores: empregados detentores da estabilidade decenal celetista; empregados eleitos para órgãos de direção das entidades sindicais, titulares e suplentes; empregados eleitos diretores de cooperativas por eles criadas; empregados titulares e suplentes da representação dos trabalhadores no Conselho Nacional da Previdência Social; empregados titulares e suplentes da representação dos trabalhadores no Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); trabalhadores eleitos para comporem Comissão de Conciliação Prévia empresarial.

45) O Estado pode dispensar o trabalhador sem justa causa, desde que demonstre razões suficientes para fazê-lo, sendo viável a hipótese da dispensa justificada sem justa causa. Proíbe-se, no entanto, que o Estado promova dispensas discriminatórias e/ou arbitrárias.

46) As hipóteses de dispensa sem justa causa podem ser fracionadas em cinco modalidades: dispensa por inaptidão/imperícia do empregado ou insuficiência de desempenho; dispensa por anulação administrativa do concurso; dispensa por necessidade de saída do empregado em razão do retorno, por decisão judicial, de trabalhador que anteriormente ocupava a vaga; dispensa em face da extinção do emprego, ou declaração de sua desnecessidade; dispensa

por necessidade de redução do quadro de pessoal, em face da ocorrência de excesso de despesa. A distinção dessas modalidades condicionará a tramitação do respectivo processo administrativo.

47) A dispensa sem justa causa por insuficiência de desempenho deverá ser lastreada em descumprimento de indicativos de produtividade previamente estabelecidos. Esses indicativos deverão acompanhar a intimação inicial do processo administrativo, de modo a oportunizar ao trabalhador a ampla defesa.

48) A dispensa sem justa causa por anulação do concurso deverá respeitar o prazo decadencial de cinco anos. No processo administrativo, o trabalhador deverá ter ciência não só do teor da decisão que anulou o concurso, mas também das razões que levaram a Administração Pública a adotar essa providência.

49) A dispensa sem justa causa em razão do retorno, por decisão judicial, de empregado estatal anteriormente dispensado necessita observar, antes de sua efetivação, se não há vaga disponível no quadro funcional, com vistas a oportunizar-lhe o aproveitamento em emprego com atribuições e remuneração equivalentes. Não sendo isso possível, é lícito ao Estado promover a dispensa sem justa causa, observando-se critérios impessoais de identificação dos trabalhadores a serem despedidos, quais sejam: menor tempo de serviço; maior remuneração; idade menor; menor número de dependentes.

50) A dispensa sem justa causa fundada na extinção do emprego, motivada pela extinção do próprio do órgão ou entidade estatal, ou pela sua reorganização, deverá ser processualizada, devendo a intimação inicial do processo administrativo conter inteiro teor do ato normativo que determinou a extinção/reorganização, bem como os fundamentos que levaram a Administração Pública a decidir dessa forma. O trabalhador deverá ser, também nesse caso, aproveitado sempre que possível, permitindo-se a dispensa sem justa causa, devidamente fundamentada, observando-se os critérios impessoais referidos no item anterior, que vão definir a preferência na manutenção do emprego.

51) A dispensa sem justa causa fundada no excesso de despesa deve levar em conta critérios gerais impessoais, que são, em regra, os seguintes: menor tempo de serviço público; maior remuneração; menor idade. Além disso, o processo administrativo de dispensa deverá indicar não só os dados pertinentes ao trabalhador isoladamente considerado, mas também dados comparativos,

para que o trabalhador tenha ciência de sua situação dentro do contingente de empregados estatais afetados por essa decisão.

52) O aviso prévio na dispensa de empregado estatal sem justa causa somente será dado após a última decisão administrativa que concluiu pela dispensa sem justa causa. Somente nesse momento é que se forma a “vontade administrativa”. Nada impede, porém, que, em razão de revisão administrativa que reconsidere a decisão de dispensar o empregado, seja desconsiderado o aviso prévio, prosseguindo o contrato como se ele não tivesse sido dado.

53) Como o contrato de experiência destina-se à conversão em contrato sem prazo, a decisão estatal que conclui pelo seu encerramento no termo *ad quem* deverá ser processualizada, com a ciência do trabalhador acerca de suas avaliações nesse período.

54) A dispensa por justa causa do empregado estatal invalidada no Judiciário acarretará a reintegração do trabalhador e os efeitos contratuais do período de afastamento, como se não houvesse solução de continuidade na prestação dos serviços. Caso o trabalhador opte pela manutenção da dispensa, assegura-se-lhe a indenização prevista para a rescisão do contrato por prazo indeterminado, paga em dobro.

55) Aplicam-se as mesmas considerações do item anterior para a invalidação judicial da dispensa por justa causa do empregado titular ou suplente de representação dos trabalhadores na Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), da empregada gestante, do empregado detentor da “garantia de emprego eleitoral”, do empregado detentor da garantia de emprego acidentária, do empregado reabilitado ou deficiente habilitado e do trabalhador estabilizado constitucionalmente pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Essas modalidades de garantia de emprego prescindem do inquérito judicial para a apuração de falta grave para que sejam suplantadas: basta a configuração de justa causa.

56) Os empregados beneficiados com a estabilidade decenal, os empregados eleitos para órgãos de direção das entidades sindicais, os trabalhadores eleitos diretores de cooperativas por eles criadas, os titulares e suplentes da representação dos trabalhadores no Conselho Nacional da Previdência Social, os titulares e suplentes da representação dos trabalhadores no Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e os membros

eleitos para a Comissão de Conciliação Prévia somente podem ser dispensados a partir de decisão judicial, em inquérito para a apuração de falta grave. Se houver o ajuizamento do inquérito e este for julgado improcedente, o trabalhador será reintegrado ao serviço em caso de suspensão, com efeitos retroativos (tempo de serviço, remuneração, demais verbas trabalhistas) à data da suspensão; se não houve suspensão do empregado, situação fática pouco comum, o contrato de emprego seguirá o seu curso normal. Caso haja o ajuizamento do inquérito e este venha a ser julgado procedente, o contrato de emprego é considerado extinto no momento da suspensão, caso esta tenha acontecido. Se não houve a suspensão prévia, a sentença apenas autoriza a dispensa, caso em que bastará ao empregador efetuar a dispensa do empregado, escudado pela sentença.

57) A dispensa sem justa causa invalidada judicialmente acarretará, para o Estado, o dever de reintegrar o trabalhador, com todos os efeitos pecuniários do período do afastamento indevido do empregado. Aplica-se, para reger essas situações, o art. 4º da Lei n. 9.029/95, assegurando-se ao trabalhador a opção entre ser reintegrado ou, aceitando a dispensa, receber em dobro a remuneração do período do afastamento.

58) A invalidação da dispensa do empregado estatal fundada no término do contrato de experiência segue as mesmas regras da invalidação da dispensa sem justa causa, assegurando-se ao trabalhador o pagamento dos dias de afastamento, com a integração do tempo de serviço, independentemente da expiração ou não do prazo do contrato.

59) Toda a atividade estatal deverá ser processualizada. É atentatória à Constituição a dispensa de empregado estatal que não se submeta a procedimento controlável e motivado, visto que até mesmo alienações de bens são precedidas de justificativas e avaliações prévias ao processo administrativo.

60) A livre dispensa do empregado estatal, sem a devida motivação e sem a necessária processualização, implica desrespeito à sua condição de cidadão de um Estado Democrático de Direito, além de afetar indelevelmente a sua dignidade, pois, na condição de *pessoa*, o mínimo que se exige do Estado é que haja o devido *respeito*. Negar a processualização da dispensa significa tratar o trabalhador como *coisa*, reificando-o.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. *Direito Processual do Trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. *Regime Jurídico Único do Servidor Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1990.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A supremacia do interesse público no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público Contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel. (Org.) *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e Controle do Ato Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

ASSIS, Araken de. *Procedimento sumário*. São Paulo: Malheiros, 1996.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARMENTO, Daniel. (Org.) *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BADENI, Gregorio. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo I. 2. ed. Buenos Aires: La Ley, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo, Saraiva, 1999.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar./maio 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-13-mar%c7o-2007-gustavo-binenbojm.pdf>>. Acesso em: 31 dez. 2010.

_____. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel. (Org.) *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

_____. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6. ed. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORBA, Francisco S. (Coord.). *Dicionário UNESP do português contemporâneo*. São Paulo: UNESP, 2004.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. PLP-248/1998*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=21616>. Acesso em: 28 nov. 2010.

BRASIL. Presidência da República. *Projeto de Lei n. PLP-248/1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/Plp/plp248.htm>. Acesso em: 28 nov. 2010

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial n. 863333/SE*. Relator: Ministro Felix Fischer. Órgão julgador: Quinta Turma. Brasília, DF, 06 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br//SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn='000288158>>. Acesso em: 29 nov. 2010.

_____. *Embargos de Declaração no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 18203/AM*. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Órgão julgador: Quinta Turma. Brasília, DF, 06 de dezembro de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200400677481&dt_publicacao=13/02/2006>. Acesso em: 29 nov. 2010.

_____. *Recurso Especial n. 1.119.377/SP*. Relator: Ministro Humberto Martins. Órgão julgador: Primeira Seção. Brasília, DF, 26 de agosto de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=907787&sReg=200900123050&sData=20090904&formato=html>. Acesso em: 29 nov. 2010.

_____. *Recurso Especial n. 1148460/PR*. Relator: Ministro Castro Meira. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, DF, 19 de outubro de 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Acordaos/IntegraAcordao.asp?num_registro=200900305180&dt_publicacao=28/10/2010>. Acesso em: 29 nov. 2010.

_____. *Recurso Especial n. 623027/MA*. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Órgão julgador: Quinta Turma. Brasília, DF, 18 de outubro de 2005. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000252957%27>>. Acesso em: 29 nov. 2010.

_____. *Recurso Especial n. 723.296/SP*. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, DF, 27 de abril de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=9754998&sReg=200500191036&sData=20100519&sTipo=5&formato=html>. Acesso em: 29 nov. 2010.

_____. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 24551/MT*. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Órgão julgador: Quinta Turma. Brasília, DF, 03 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000356693%27>>. Acesso em: 29 nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2135-MC/DF*. Relator: Ministro Néri da Silveira. Relatora para o acórdão: Ministra Ellen Gracie. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Brasília, DF, 02 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=513625>>. Acesso em: 29 nov. 2010.

_____. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1480MC/DF*. Relator: Ministro Celso de Mello. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Brasília, DF, 04 de setembro de 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=347083>>. Acesso em: 29 nov. 2010.

_____. *Ação Cível Originária n. 765/RJ*. Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator para o acórdão Ministro Menezes Direito. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Brasília, DF, 13 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessotexto.asp?id=2609126&tipoapp=rtf>>. Acesso em: 05 fev. 2011.

_____. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 290.014 AgR/RJ*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Órgão julgador: Primeira Turma. Brasília, DF, 06 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=299831>>. Acesso em: 23 jun. 2010.

_____. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 236.373 AgR/DF*, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Órgão julgador: Primeira Turma. Brasília, DF, 08 de fevereiro de 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=290745>>. Acesso em: 23 jun. 2010.

_____. *Mandado de Segurança n. 154134/SP*. Relator: Ministro Sydney Sanches. Órgão julgador: Primeira Turma. Brasília, DF, 15 de dezembro de 1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=211762>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

_____. *Mandado de Segurança n. 21.236/DF*. Relator: Ministro Sydney Sanches. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Brasília, DF, 02 de maio de 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85461>>. Acesso em: 29 nov. 2010.

_____. *Mandado de Segurança n. 21322/DF*. Relator: Ministro Paulo Brossard. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Brasília, DF, 03 de dezembro de 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85492>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

_____. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3395-MC/DF*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Brasília, DF, 05 de abril de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=390700>>. Acesso em: 29 nov. 2010.

_____. *Recurso Extraordinário n. 179193/PE*. Relator: Ministro Moreira Alves. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Brasília, DF, 18 de dezembro de 1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=224314>>. Acesso em: 29 nov. 2010.

_____. *Recurso Extraordinário n. 229696/PE*. Relator: Ministro Ilmar Galvão, Relator para o acórdão Ministro Maurício Corrêa. Órgão julgador: Primeira Turma. Brasília, DF, 16 de novembro de 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessotexto.asp?id=2609126&tipoapp=rtf>>. Acesso em: 05 fev. 2011.

_____. *Recurso Extraordinário n. 247.678-1/RJ*. Relator: Ministro Moreira Alves. Órgão julgador: Primeira Turma. Brasília, DF, 20 de abril de 1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/util/obterPaginador.asp?numero=21236&classe=MS>>. Acesso em: 29 nov. 2010.

_____. *Recurso Extraordinário n. 419.875/RO*. Decisão Monocrática do Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 29 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessotexto.asp?id=2486509&tipoapp=rtf>>. Acesso em: 05 fev. 2011.

_____. *Recurso Extraordinário n. 472490/BA*. Decisão Monocrática do Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 21 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessotexto.asp?id=2794915&tipoapp=rtf>>. Acesso em: 05 fev. 2011.

_____. *Recurso Extraordinário n. 592004/AL*. Decisão Monocrática do Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 22 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessotexto.asp?id=2758527&tipoapp=rtf>>. Acesso em: 05 fev. 2011.

_____. *Recurso Extraordinário n. 93564/MG*. Relator: Ministro Néri da Silveira. Órgão julgador: Primeira Turma. Brasília, DF, 10 de junho de 1983. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=187066>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

_____. *Súmula Vinculante n. 5*. Brasília, DF, 16 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJe_105_11_06_2008.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2010.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região (Goiás). *Recurso Ordinário n. 01737-2006-008-18-00-6*. Relator: Juíza Ialva Luza Guimarães Mello. Órgão julgador: Primeira Turma. Goiânia, 07 de março de 2007. Disponível em: <http://www.trt18.jus.br:7090/pls/site/getpdf?p_id=41488&p_tipo=acordaos_2a_pdf>. Acesso em: 30 jan. 2011.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (Bahia). *Recurso Ordinário n. 0130000-89.2009.5.05.0008*. Relator: Juiz Renato Mário Borges Simões. Órgão julgador: Segunda Turma. Salvador, 20 de janeiro de 2011. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/jurisprudencia/modelo/AcordaoConsultaBlobTexto.asp?v_id=214758>. Acesso em: 30 jan. 2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação Cível n. 2000.71.00.020202-6/RS*. Relator: Juiz Luiz Carlos de Castro Lugon. Órgão julgador: Terceira Turma. Porto Alegre, 22 de junho de 2004. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/inteiro_teor.php?orgao=1&numeroProcesso=200071000202026&dataPublicacao=11/08/2004>. Acesso em: 25 nov. 2010.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (TST). *Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, 2008.

_____. *Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 111-34.2010.5.10.0000*. Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. Órgão julgador: Sexta Turma. Brasília, DF, 15 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-AIRR%20-%20111-34.2010.5.10.0000>>. Acesso em: 29 jan. 2011.

_____. *Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 193740-96.2006.5.02.0044*. Relator: Juiz Convocado Flavio Portinho Sirangelo. Órgão julgador: Sétima Turma. Brasília, DF, 27 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-AIRR%20-%20193740-96.2006.5.02.0044>>. Acesso em: 29 jan. 2011.

_____. *Agravo de instrumento no Recurso de Revista n. 226640-86.2006.5.02.0318*. Relator: Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, DF, 27 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-AIRR%20-%20226640-86.2006.5.02.0318>>. Acesso em: 05 fev. 2011.

_____. *Agravo de Instrumento no Recurso de Revista n. 34040-08.2008.5.10.0007*. Relatora: Ministra Dora Maria da Costa. Órgão julgador: Oitava Turma. Brasília, DF, 14 de abril de 2010. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-AIRR%20-%2034040-08.2008.5.10.0007>>. Acesso em: 29 nov. 2010.

_____. *Agravo de Instrumento no Recurso de Revista n. 104740-11.2002.5.01.0026*. Relator: Ministro Ives Gandra Martins Filho. Órgão julgador: Sétima Turma. Brasília, DF, 12 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-AIRR%20-%20104740-11.2002.5.01.0026>>. Acesso em: 29 nov. 2010.

_____. *Agravo de Instrumento no Recurso de Revista n. 145440-09.2005.5.15.0099*. Relator: Ministro Caputo Bastos. Órgão julgador: Sétima Turma. Brasília, DF, 12 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-AIRR%20-%20145440-09.2005.5.15.0099>>. Acesso em: 29 nov. 2010.

_____. *Demissões na ECT: TST publica alteração da OJ 247*. Brasília, DF, 13 de novembro de 2007. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/no_noticias_NOVO.Inicio?p_cod_area_noticia=ASCS>. Acesso em: 23 jun. 2010.

_____. *Embargos em Recurso de Revista n. 415074-26.1998.5.17.5555*. Relator: Ministro João Batista Brito Pereira. Órgão julgador: Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, DF, 1º de março de 2004. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-E-RR%20-%20415074-26.1998.5.17.5555>>. Acesso em: 29 nov. 2010.

_____. *Embargos em recurso de Revista n. 325154-34.1996.5.09.5555*. Relator: Ministro Milton de Moura França. Órgão julgador: Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Brasília, DF, 07 de maio de 2001. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-E-RR%20-%20325154-34.1996.5.09.5555>>. Acesso em: 29 nov. 2010.

_____. *Orientação Jurisprudencial n. 22 da Subseção de Dissídios Individuais 2 (SBDI-2)*. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html>. Acesso em: 23 jun. 2010.

_____. *Orientação Jurisprudencial n. 51 da Subseção de Dissídios Individuais 1 (SBDI-1)*. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html>. Acesso em: 23 dez. 2010.

_____. *Orientação Jurisprudencial n. 247 da Subseção de Dissídios Individuais 1 (SBDI-1)*. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html>. Acesso em: 23 jun. 2010.

_____. *Recurso de Revista n. 100-68.1989.5.01.0201*. Relator: Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, DF, 15 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-RR%20-%20100-68.1989.5.01.0201>>. Acesso em: 29 jan. 2011.

_____. *Recurso de Revista n. 114400-58.2001.5.18.0004*. Relator: Ministro Antônio José de Barros Levenhagen. Órgão julgador: Quarta Turma. Brasília, DF, 18 de dezembro de 2003. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-RR%20-%20114400-58.2001.5.18.0004>>. Acesso em: 29 nov. 2010.

_____. *Recurso de Revista n. 1162300-24.2008.5.09.0651*. Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. Órgão julgador: Sexta Turma. Brasília, DF, 13 de

outubro de 2010. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-RR%20-%201162300-24.2008.5.09.0651>>. Acesso em: 29 dez. 2010.

_____. *Recurso de Revista n. 130900-31.2002.5.04.0401*. Relator: Ministro Milton de Moura França. Órgão julgador: Quarta Turma. Brasília, DF, 08 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-E-ED-RR%20-%20130900-31.2002.5.04.0401>>. Acesso em: 29 nov. 2010.

_____. *Recurso de Revista n. 16600-50.2007.5.04.0023*. Relator: Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos. Órgão julgador: Sétima Turma. Brasília, DF, 16 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-RR%20-%2016600-50.2007.5.04.0023>>. Acesso em: 05 fev. 2011.

_____. *Recurso de Revista n. 26200-29.2006.5.15.0022*. Relator: Ministro João Batista Brito Pereira. Órgão julgador: Quinta Turma. Brasília, DF, 15 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-RR%20-%2026200-29.2006.5.15.0022>>. Acesso em: 05 fev. 2011.

_____. *Recurso de Revista n. 329149-50.1996.5.02.5555*. Relator: Ministro Rider Nogueira de Brito. Órgão julgador: Quinta Turma. Brasília, DF, 08 de setembro de 1999. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-RR%20-%20329149-50.1996.5.02.5555>>. Acesso em: 29 nov. 2010.

_____. *Recurso de Revista n. 37500-92.2005.5.17.0013*. Relator: Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, DF, 17 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-RR%20-%2037500-92.2005.5.17.0013>>. Acesso em: 29 dez. 2010.

_____. *Recurso de Revista n. 3800-56.2008.5.04.0701*. Relator: Ministro Renato de Lacerda Paiva. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, DF, 17 de março de 2010. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-RR%20-%203800-56.2008.5.04.0701>>. Acesso em: 29 jan. 2011.

_____. *Recurso de Revista n. 425655/1998*. Relator: Ministro João Batista Brito Pereira. Órgão julgador: Quinta Turma. Brasília, DF, 06 de março de 2002. Disponível em: <<http://brs02.tst.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=3506617.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em: 29 nov. 2010.

_____. *Recurso de Revista n. 449870-97.1998.5.15.5555*. Relator: Ministro Emmanoel Pereira. Órgão julgador: Primeira Turma. Brasília, DF, 12 de março de 2003. Disponível em: <<http://brs02.tst.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=333231.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em: 29 nov. 2010.

_____. *Recurso de Revista n. 479878/1998*. Relator: Ministro Vantuil Abdala. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, DF, 13 de setembro de 2000. Disponível em: <<http://brs02.tst.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=211555.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em: 29 nov. 2010.

_____. *Recurso de Revista n. 481730-84.1998.5.09.5555*. Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. Órgão julgador: Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Brasília, DF, 28 de maio de 2007. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-ED-RR%20-%20481730-84.1998.5.09.5555>>. Acesso em: 29 nov. 2010.

_____. *Recurso de Revista n. 536766-18.1999.5.04.5555*. Relator: Ministro Antônio José de Barros Levenhagen. Órgão julgador: Quarta Turma. Brasília, DF, 07 de agosto de 2002. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-RR%20-%20536766-18.1999.5.04.5555>>. Acesso em: 29 nov. 2010.

_____. *Recurso de Revista n. 565250-27.1999.5.01.5555*. Relatora: Ministra Dora Maria da Costa. Órgão julgador: Primeira Turma. Brasília, DF, 08 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-RR%20-%20565250-27.1999.5.01.5555>>. Acesso em: 29 nov. 2010.

_____. *Recurso de Revista n. 611233-43.1999.5.12.5555*. Relator: Ministro João Oreste Dalazen. Órgão julgador: Primeira Turma. Brasília, DF, 05 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-RR%20-%20611233-43.1999.5.12.5555>>. Acesso em: 29 nov. 2010.

_____. *Recurso de Revista n. 6584400-94.2002.5.04.0900*. Relator: Ministro Lelio Bentes Corrêa. Órgão julgador: Primeira Turma. Brasília, DF, 28 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-RR%20-%206584400-94.2002.5.04.0900>>. Acesso em: 29 nov. 2010.

_____. *Recurso de Revista n. 677233/2000*. Relator: Ministro Milton de Moura França. Órgão julgador: Quarta Turma. Brasília, DF, 18 de abril de 2001. Disponível em: <<http://brs02.tst.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=290125.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em: 29 nov. 2010.

_____. *Recurso de Revista n. 715696-94.2000.5.05.5555*. Relator: Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga. Órgão julgador: Primeira Turma. Brasília, DF, 30 de junho de 2004. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-RR%20-%20715696-94.2000.5.05.5555>>. Acesso em: 29 nov. 2010.

_____. *Recurso de Revista n. 77340-15.2003.5.04.0281*. Relator: Ministro Augusto César Leite de Carvalho. Órgão julgador: Sexta Turma. Brasília, DF, 02 de junho de 2010. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-RR%20-%2016600-50.2007.5.04.0023>>. Acesso em: 05 fev. 2011.

_____. *Recurso de Revista n. 7811200-27.2003.5.04.0900*. Relator: Ministro José Simpliciano Fontes de F. Fernandes. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, DF, 14 de março de 2007. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-RR%20-%207811200-27.2003.5.04.0900>>. Acesso em: 29 nov. 2010.

_____. *Recurso de Revista n. 8400-44.1999.5.01.0047*. Relator: Ministro José Simpliciano Fontes de F. Fernandes. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, DF, 25 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-RR%20-%208400-44.1999.5.01.0047>>. Acesso em: 29 nov. 2010.

_____. *Remessa “ex officio” e recurso ordinário em ação rescisória n. 641376/2000*. Relator: Ministro José Luciano de Castilho Pereira. Órgão julgador: Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2001. Disponível em: <<http://brs02.tst.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=333231.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em: 29 nov. 2010.

_____. *Súmula n. 6*. Brasília, DF, 21 de novembro de 2003. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html>. Acesso em: 29 nov. 2010.

_____. *Súmula n. 32*. Brasília, DF, 21 de novembro de 2003. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html>. Acesso em: 29 nov. 2010.

_____. *Súmula n. 390, I*. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html>. Acesso em: 23 jun. 2010.

_____. *Súmula n. 390, II*. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html>. Acesso em: 23 jun. 2010.

BREWER-CARÍAS. Allan-Randolph. *Derecho Administrativo*. Tomo I – Los Supuestos Fundamentales del Derecho Administrativo. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1975.

CAIDEN, Gerald E.; VALDÉS, Daisy de Asper y. A essência do profissionalismo no Serviço Público. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, DF, ano 35, n. 138, p. 139-153, abr./jun. 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO FILHO. José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CASSETTA, Elio. *Manuale di Diritto Amministrativo*. 7. ed. rev. e aum. Milano: Giuffrè, 2005.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo II. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002.

CASTRO, Carlos Borges de. *Regime Jurídico da CLT no Funcionalismo*. São Paulo: Saraiva, 1981.

CATHARINO, José Martins. *Contrato de Emprêgo*. 2. ed. Guanabara: Trabalhistas S/A, 1965.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *A volta do regime jurídico único*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10621/a-volta-do-regime-juridico-unico>>. Acesso em: 04 set. 2010.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. *O Empregado Público*. São Paulo: LTr, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COELHO, Rogério Viola. *A Relação de Trabalho com o Estado*. São Paulo: LTr, 1994.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A Estabilidade do Servidor Público Regido pela CLT e o Artigo 41 da Constituição da República. In: SOARES, José Ronald Cavalcante. (Coord.). *O Servidor Público e a Justiça do Trabalho – Homenagem ao Ministro Ronaldo José Lopes Leal*. São Paulo: LTr, 2005.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do Estado Constitucional de Direito: um suporte axiológico para a efetividade dos direitos fundamentais sociais. In: _____; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Temas de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2007.

DALLARI, Adilson Abreu. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso; VIANNA, Cláudia Salles Vilela. *Rescisão do Contrato de Trabalho – Doutrina e Prática*. São Paulo: LTr, 2001.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

DELLAGNEZZE, René. *Empresa Pública*. Taubaté: Cabral, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo Positivo*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERRO, Marlúcia Lopes. *Sociedade de Economia Mista & Despedida Imotivada*. São Paulo: LTr, 2007.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *O Estado no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1996.

FREITAS, Ney José de. *Dispensa de Emprego Público e o Princípio da Motivação*. Curitiba: Juruá, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Contratos: Teoria Geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GIL, Antonio Carlos. *Métodos e Técnicas de Pesquisa Social*. São Paulo: Atlas, 1999.

GOMES, Fábio Bellote. *Elementos de Direito Administrativo*. Barueri: Manole, 2006.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Emílio. *O Poder Regulamentar do Empregador*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 1 – Parte General. 8. ed. Buenos Aires: F.D.A., 2003.

_____. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2 – La Defensa del Usuario y del Administrado. 8. ed. Buenos Aires: F.D.A., 2006.

_____. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 3 – El Acto Administrativo. 8. ed. Buenos Aires: F.D.A., 2004.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GUERZONI FILHO, Gilberto. Análise da Lei n. 9.962, de 22 de fevereiro de 2000: a contratação de servidores públicos pela CLT. *Revista de Informação Legislativa*, v. 37, n. 146, p. 25-53, abr./jun. 2000.

HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro – Estudos de Teoria Política*. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume 1. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Tradução Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HERNANDEZ, Ary César. O contraditório e a ampla defesa no processo administrativo. *Revista Justitia*. São Paulo, v. 62, n. 189/192, p. 263-269, jan./dez. 2000.

HOBBS, Thomas. *Leviatã – Ou matéria, forma e poder de uma República eclesiástica e civil*. Organizado por Richard Tuck. Tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva e Claudia Berliner. Revisão da tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HONNETH, Axel. Observações sobre a reificação. Tradução Emil Sobottka e Giovani Saavedra. *Civitas – Revista de Ciências Sociais*. Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 68-79, jan./abr. 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

KANT, Immanuel. Fundamentos da Metafísica dos Costumes. *In: Os Pensadores – Kant (II)*. Tradução Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Introdução de J. W. Gough, tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília, DF, Universidade de Brasília, 1980.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O Direito do Trabalho Como Instrumento de Justiça Social*. São Paulo: LTr, 2000.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Despedida arbitrária ou sem justa causa*. São Paulo: Malheiros, 1996.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Direito Municipal Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime dos Servidores da Administração Direta e Indireta*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. Sociedades mistas, empresas públicas e o regime de direito público. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abr./maio 2002. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-10-maio-2007-celso%20antonio.pdf>>. acesso em: 2 dez. 2010.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MESQUITA, Luiz José de. *Direito disciplinar do trabalho: uma interpretação institucionalista do direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1950.

MORAES FILHO, Evaristo de. *A Justa Causa na Rescisão do Contrato de Trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

_____. *Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos na Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1991.

_____. Mutações do Direito Administrativo: novas considerações, avaliação e controle das transformações. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, jun./ago. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-2-junho-2005-diogo%20figueiredo.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. O princípio da eficiência e a Lei n. 9.784/99. *Revista da Procuradoria Geral do INSS*, Brasília, DF, v. 7, n. 3, p. 45-60, out./dez. 2000.

_____. O Processo Administrativo no Rol dos Direitos e Garantias Individuais. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. *Processo Administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99*. 2. ed. at. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2003.

MUKAI, Toshio. *O direito administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Estabilidade e disponibilidade do servidor público celetista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

NAVARRO, Antonio V. Semperre. La contratación temporal y el Estatuto de los Trabajadores: cuestiones generales. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Madrid, n. 58, p. 151-183, 2005. Disponível em: <http://internet.mtas.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/58/Est08.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2010.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEVES, Sergio Luiz Barbosa. *Regime Jurídico Único e os Servidores Públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1991.

OHLWEILER, Leonel. A concepção dogmática do direito administrativo: contributo para uma (re)construção hermenêutica. *In: Revista de Informação Legislativa*, v. 42, n. 167, p. 171-189, jul./set. 2005.

OYANGUREN, Armando Rizo. *Manual Elemental de Derecho Administrativo*. León: Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, 1991.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Reforma do Estado para a Cidadania – A Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional*. Brasília, DF: ENAP, 1998.

PINTO E NETTO, Luísa Cristina. *A Contratualização da Função Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PRUNES, José Luiz Ferreira. *Contrato de trabalho com cláusula de experiência*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2001.

_____. *Justa Causa e Despedida Indireta*. Curitiba: Juruá, 1995.

REIS, Nélio. *Contrato de Prova*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROJAS, Andrés Serra. *Derecho Administrativo – Primer Curso*. Cidade do México: Porrúa, 2001.

SALIM, Adib Pereira Netto. A dispensa de empregados em empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos ou exploradoras de atividades econômicas em regime de monopólio. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 43, n. 73 p. 19-27, jan./jun. 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente: Contra o Desperdício de Experiência – Para Um Novo Senso Comum: A Ciência, o Direito e a Política na Transição Paradigmática*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

_____. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. Tradução Mouzar Benedito. São Paulo: Boitempo, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*. São Paulo: ESDC, n. 09, p. 361-388, jan./jun. 2007.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: _____. (Org.) *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARMENTO, George. Apresentação. In: _____ (Org.). *Direitos Humanos e Bioética*. Maceió: EDUFAL, 2002, cap. 1.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel. (Org.) *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova Constituição*. 2 ed. São Paulo: LTr, 1992.

SILVA, Ênio Morais da. Estado Democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*, v. 42, n. 167, p. 213-229, jul./set. de 2005.

SOARES, Ricardo Mauricio Freire. *Curso de Introdução ao Estudo do Direito*. Salvador: Juspodivm, 2009.

STOLLEIS, Michael. *Public Law in Germany – 1800-1914*. New York: Berghahn Books, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. Processo e Procedimento Administrativo no Brasil. In: _____; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coords.). *As leis de processo administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TEIXEIRA, Sergio Torres. *Proteção à relação de emprego*. São Paulo: LTr, 1998.

VAUGHAN, C. E. *The political writings of Jean-Jacques Rousseau*. v. 1. Oxford: Basil Blackwell, 1915.

VIEIRA, Luiz Vicente. *A democracia em Rousseau – A recusa dos pressupostos liberais*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Contrato de Trabalho com o Estado*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002.

XIMENES, Júlia Maurmann. Reflexões sobre o conteúdo do Estado Democrático de Direito. *Revista Científica Eletrônica ATENA*, v. 2, 2007. Disponível em: <http://www.iesb.br/ModuloOnline/Atena/arquivos_upload/Julia%20Maurmann%20Ximenes.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2010.

ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ZYMLER, Benjamin. Questões de controle, controle das finanças públicas no Brasil: visão atual e prospectiva. *Revista do Tribunal de Contas da União*, v. 29, n. 76, p. 15-42, abr./jun. 1998.