



Fernando Rabello

# O REGIME DE EMPREGO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

76

## *WORKING SYSTEM IN THE PUBLIC ADMINISTRATION SCOPE*

Luciano dos Santos Rezende

### RESUMO

Analisa a possibilidade de adoção do regime celetista na Administração Pública direta e indireta, bem como a situação jurídica dos empregos regidos pela CLT nas empresas públicas e sociedades de economia mista, em face das normas publicistas. Expõe a polêmica envolvendo a ressurreição do regime jurídico único, inclusive o âmbito de incidência e aplicação do regime de emprego na Administração Pública.

### PALAVRAS-CHAVE

Direito Administrativo; Direito do Trabalho; Administração Pública – direta; indireta; regime celetista; CLT – art. 482; regime de trabalho; CF 1988 – arts. 37; 39.

### ABSTRACT

*The author looks into the possibility of adoption of the CLT system by direct and indirect public administration, assessing the legal status of CLT-ruled employees within both public and semi-public entities, in view of public legal norms.*

*He points out the controversy involving the resurgence of a single legal system including the working system incidence scope and its application to public administration.*

### KEYWORDS

*Administrative Law; Labor Law; direct, indirect public administration; CLT (Brazilian Labor Code) system; CLT – article 482; working system; 1988 Brazilian Federal Constitution – articles 37, 39.*

## 1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Emenda Constitucional n. 19/98, o art. 39, da CF, passou a vigorar com nova redação, por meio da qual se extinguiu a previsão de um regime jurídico único para a Administração Pública direta, autárquica e fundacional.

Desde então, admitiu-se, sem maior dificuldade, o regime de emprego no âmbito da Administração Pública direta, autárquica e fundacional, além do que já vigorava para o restante da Administração indireta – empresas públicas e sociedades de economia mista.

Contudo, em 2 de agosto de 2007, o Supremo Tribunal Federal – STF concedeu liminar suspendendo a vigência do *caput* do art. 39, com a redação dada pela EC n. 19/98, fazendo restaurar a sua primitiva redação, com a estipulação do regime jurídico único.

A partir daí passou-se a questionar se seria possível ainda a utilização do regime celetista na Administração direta, autárquica e fundacional, bem assim a situação daqueles admitidos sob este regime até o momento da decisão do Supremo.

A par dessa discussão, impende ainda uma abordagem do regime celetista aplicado às empresas públicas e sociedades de economia mista, verificando o grau de influência do Direito público sobre o regime trabalhista, a ponto de derogá-lo, ou não.

Neste artigo, será analisado primeiramente se ainda há a possibilidade de adoção do regime celetista na Administração direta, autárquica e fundacional, e, se possível, em que termos, bem como a situação jurídica dos empregos regidos pela CLT nas empresas públicas e sociedades de economia mista, em face das normas publicistas. Para tanto será necessário o confronto e o entrelaçamento entre o Direito do Trabalho e o Direito Público.

## 2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

### 2.1 DEFINIÇÃO

O conceito de Administração Pública comporta vários sentidos e acepções,

destacando-se o subjetivo, ou formal, e o objetivo, ou material (DI PIETRO, 2001, p. 54). O primeiro refere-se às entidades, que, de modo geral, exercem a atividade administrativa, enquanto esta, como função, corresponde ao próprio segundo sentido.

No presente trabalho, o sentido dado à Administração Pública é o subjetivo, em função de se analisar o regime trabalhista em cada uma das pessoas jurídicas que executam, de alguma forma, a atividade administrativa e/ou os serviços públicos. Dessa forma, incluem-se os entes estatais, tais como a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como as autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

### 2.2 ADMINISTRAÇÃO DIRETA E INDIRETA

Quanto a sua organização, a Administração Pública divide-se em direta e indireta. Esta é uma divisão feita pelo art. 4º, do Decreto-lei n. 200/67, que trata da

reta os serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e na dos Ministérios. Por sua vez, a Administração indireta é integrada por autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, consoante o citado decreto, alterado pela Lei n. 7.596/87.

Há de se frisar, nesse momento, que, embora integrem a Administração indireta, as autarquias e fundações públicas gozam de um regime mais próximo ao da Administração direta, justamente por terem personalidade jurídica de Direito Público, ao contrário das empresas públicas e sociedades de economia mista, que estão submetidas ao regime típico das empresas privadas, no que se refere aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, por força do comando constitucional do art. 173, II.

Dessa forma, em relação aos servidores da Administração direta, autárquica e fundacional, há necessariamente

*[...] as autarquias e fundações públicas gozam de um regime mais próximo ao da Administração direta, justamente por terem personalidade jurídica de Direito Público, ao contrário das empresas públicas e sociedades de economia mista, que estão submetidas ao regime típico das empresas privadas, no que se refere aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários [...]*

organização administrativa federal, e foi abraçada pela doutrina dominante, em que pesem as críticas.

Administração direta corresponde à ideia de centralização das atividades públicas, ou seja, o Estado as presta diretamente, por intermédio dos órgãos e agentes que integram a sua pessoa, enquanto a Administração indireta representa a própria descentralização, na qual outras pessoas jurídicas, criadas pelo próprio Estado, executam suas atividades, de forma indireta.

Dessa forma, nos termos do citado art. 4º, compreende a Administração di-

uma expressa dissociação dos servidores (sentido amplo) empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista, os quais devem ser submetidos ao mesmo regime trabalhista das empresas privadas.

### 3 CLASSIFICAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS

Agente público é um conceito amplo, no qual se incluem as diversas espécies de servidores, que mais pertinem ao presente estudo, e deve ser utilizado para definir toda pessoa que preste serviços ao Estado ou desempenhe funções estatais, incluindo-se aí mesmo

aqueles que não integrem o aparelho estatal, tais como os particulares em colaboração com o poder público, a exemplo de empregados de empresas concessionárias e jurados.

Classificam-se os agentes públicos, segundo consentânea doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 246), em: a) agentes políticos; b) servidores estatais; c) particulares em colaboração com o poder público.

### 3.1 AGENTES POLÍTICOS

No dizer de Fernanda Marinela (2010, p. 541), são considerados agentes políticos *aqueles que constituem a vontade superior do Estado, que são os titulares de cargos estruturais à organização política do país, integrando o arcabouço constitu-*

***Com o advento da Emenda Constitucional n. 18/98, a expressão “servidor público” passou a ter alcance menos genérico, dirigindo-se apenas àqueles ocupantes de cargo ou emprego nas pessoas jurídicas de Direito público, já que a Seção II, da Constituição Federal [...] passou a tê-la como denominação.***

*cional do Estado, formando a estrutura fundamental do Poder.*

Tais agentes possuem vínculo de natureza política e sujeitam-se a regime estatutário. Enquadram-se nele os detentores de mandato eletivo, tais como presidente da República, governadores de Estado, prefeitos, deputados, senadores, além de ministros de Estado, secretários estaduais e municipais.

### 3.2 SERVIDORES ESTATAIS

Essa é a modalidade mais ampla e abrange todos os servidores integrantes da Administração direta e indireta, que mantêm um vínculo de trabalho profissional, não eventual e com dependência.

Tal categoria compreende os servidores públicos e os servidores das pessoas governamentais de Direito privado.

Com o advento da Emenda Constitucional n. 18/98, a expressão “servidor público” passou a ter alcance menos genérico, dirigindo-se apenas àqueles ocupantes de cargo ou emprego nas pessoas jurídicas de Direito público, já que a Seção II, da Constituição Federal, a qual cuida dessa categoria nos arts. 39 a 41, passou a tê-la como denominação.

#### 3.2.1 SERVIDOR PÚBLICO

Servidor público constitui-se em uma espécie de servidor estatal, composta pelos detentores de cargo ou emprego no âmbito da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, e respectivas autarquias e fundações públicas, ou seja, pessoas jurídicas de direito público da Administração direta e indireta.

Enquadram-se nessa espécie os servidores públicos *stricto sensu*, isto é, os servidores titulares de cargos públicos na Administração direta, denominados anteriormente funcionários públicos, como bem ressalta o professor Celso Antonio Bandeira de Melo (2009, p. 248), e nas autarquias e fundações de Direito público, sem olvidar ainda nas esferas dos Poderes Judiciário e Legislativo, submetidos a um regime legal ou estatutário.

Ainda sob esta classificação, há os servidores empregados públicos, isto é, ocupantes de emprego público na esfera da Administração direta e das demais pessoas de direito público acima referidas. Cumpre atentar que esta hipótese difere do clássico empregado público, contratado pelas pessoas jurídicas de Direito privado da Administração pública. A presente espécie recebe ainda outras denominações, tais como “celetista especial”, na dicção apropriada de Luís Henrique Martins dos Anjos (2005, p. 87), ou ainda servidor público celetista.

Aqui, diversamente, o regime é contratual, regido via de regra pela CLT, sendo que no plano federal fora instituído pela Lei n. 9962/2000, também aplicável paralelamente a tais servidores empregados federais, incidindo a Consolidação supletivamente, no que aquela não dispuser em contrário.

Com extrema precuidância, o insigne mestre Celso Antonio Bandeira de Mello detecta as hipóteses de existência de tais servidores: *b.1) haverem sido admitidos sob vínculo de emprego para funções materiais subalternas (quais as de artífice, servente, motorista, jardineiro, mecânico etc.), o que, como ao adiante se demonstrará, é constitucionalmente possível, embora não desejável.*

*Não se ignora que foram admitidas levas de servidores sob regime de emprego para funções diversas das indicadas e que não comportariam dito regime. É que, a partir da Emenda Constitucional n. 19, de 4.6.1998, foi alterado o art. 39 da Constituição, que previa o chamado regime jurídico único (o qual – presumia-se, então – deveria ser o de cargo público). Assim, suprimida que foi a referência a tal regime, surgiu o entendimento de que, quando a lei o desejasse, poderia criar empregos e adotar-lhes o correspondente regime, do que resultaram muitas admissões para empregos públicos. Anote-se que, hoje, por força de medida liminar deferida na ADIn 2135-4, em 2.8.2007, publicada no DOU de 14 do mesmo mês, foi suspensa a eficácia do art. 39, caput, na redação nova dada pela referida EC n. 19, até julgamento final desta ação, voltando destarte a vigorar, conquanto com efeitos ex nunc, a redação anterior do regime jurídico único.*

[...]

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

*b.3) contratados, nos termos do art. 37, IX, da Constituição, sob vínculo trabalhista, para atender a necessidade de excepcional interesse público, sob regime jurídico específico previsto na Lei n. 8.745, de 9.12.93. (MELLO, 2009, p. 248-249)*

Dessa forma, segundo a lição encimada, vê-se a possibilidade de quatro alternativas para a existência do servidor empregado público, quais sejam: para funções subalternas; os admitidos após a EC 19, e, portanto, durante o fim do regime jurídico único; remanescentes do regime anterior; e os contratados por contrato temporário.

Nessa última hipótese, cumpre divergir do festejado mestre, porquanto os servidores por contrato temporário não estariam submetidos a regime trabalhista.

Com efeito, após acirrada discussão doutrinária e jurisprudencial, o STF, alterando seu próprio entendimento, considera

atualmente que o contrato temporário previsto no inc. IX, do art. 37, da CF, configura um regime jurídico-administrativo, e não de natureza trabalhista.

Eis a decisão do Supremo Tribunal Federal: *AGRAVOS REGIMENTAIS EM RECLAMAÇÃO. ADI-MC 3.395/DF. CONTRATO TEMPORÁRIO. REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO. 2. No julgamento da medida cautelar na ADI n. 3.395/DF, entendeu o Tribunal que 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, entendida esta como a relação de cunho jurídico-administrativo. Os contratos temporários firmados pelo Poder Público com base no estatuto jurídico de seus servidores submetem-se ao regime jurídico-administrativo. 3. Não compete ao Tribunal, no âmbito estreito de cognição próprio da reclamação constitucional, analisar a regularidade constitucional e legal das contratações temporárias realizadas pelo Poder Público. 4. Agravos regimentais desprovidos, à unanimidade, nos termos do voto do Relator. (Rcl 4990 MC-Agr/PB Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 17/12/2007. DJ: 13.03.2008) (Grifos nossos). (APUD MARINELA, 2010, p. 626).*

Por via de consequência, a competência para julgar as ações que envolvam o conflito e a discussão entre os servidores contratados temporariamente e o poder público é da justiça comum, consoante entendimento do pretório excelso:

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. RECLAMAÇÃO. MEDIDA LIMINAR NA ADI 3.357. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIDORES PÚBLICOS. REGIME TEMPORÁRIO. JUSTIÇA DO TRABALHO. INCOMPETÊNCIA. 1. No julgamento da ADI 3.395-MC, este Supremo Tribunal suspendeu toda e qualquer interpretação do inciso I do artigo 114 da CF (na redação da EC 45/2004) que inserisse, na competência da Justiça do Trabalho, a apreciação de causas instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo. 2. Contratações temporárias que se deram com fundamento na Lei amazo-**

*nense n. 2.607/00, que minudenciou o regime jurídico aplicável às partes figurantes do contrato. Caracterização de vínculo jurídico-administrativo entre contratante e contratados. 3. Procedência do pedido. 4. Agravo regimental prejudicado. (Rcl 5381/AM – STF – Relator Min. Carlos Britto, julgamento: 17.03.2008, DJe: 147). (Grifos nossos). (IDEM, p. 626)*

Assim, os contratados temporariamente constituem-se, de forma própria e autônoma, em mais uma espécie de servidor público.

### **3.2.2 SERVIDOR DAS PESSOAS GOVERNAMENTAIS DE DIREITO PRIVADO**

Neste quadrante inserem-se os empregados das pessoas governamentais de Direito privado, ou seja, aquelas pessoas jurídicas que se situam na Administração pública indireta, a exemplo das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de Direito privado instituídas pelo poder público.

Tais servidores caracterizam o clássico empregado público e são necessariamente regidos pela CLT, por força do disposto no art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal, com algumas sujeições e características típicas do regime publicista, como melhor será visto adiante.

*[...] após acirrada discussão doutrinária e jurisprudencial, o STF, alterando seu próprio entendimento, considera atualmente que o contrato temporário previsto no inc. IX, do art. 37, da CF, configura um regime jurídico-administrativo, e não de natureza trabalhista.*

### **3.3 PARTICULARES EM COLABORAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

São os agentes públicos que, na qualidade de particulares e alheios ao estado, prestam ou exercem uma função pública, mesmo que temporariamente.

Podem ser eles requisitados, em caráter obrigatório, como os jurados e mesários, ou mesmo voluntários, a exemplo de médicos voluntários. Ainda há os agentes prestadores de serviços nas concessionárias e permissionárias de serviço público, assim considerados os empregados do transporte coletivo.

Destaquem-se aqui, ainda, os agentes delegados de função, referentes àqueles que exercem os serviços nota-

riais, ou seja, dos conhecidos cartórios extrajudiciais, ainda que tenham prestado concurso público, nos termos do art. 236, da Constituição Federal.

O insigne Celso Antonio Bandeira de Melo (2009, p. 250) insere também nesse item os que praticam, com o aval do poder público, certos atos de "força jurídica oficial", como os diretores de faculdades particulares reconhecidas.

### **4. O REGIME JURÍDICO ÚNICO E O ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DO REGIME DE EMPREGO**

A Constituição Federal de 1988, em sua redação original, estabelecia, em seu art. 39, *caput*, o regime jurídico único no âmbito da Administração direta, autárquica e fundacional, *verbis*: *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.*

Desde então, sob essa nova ordem constitucional, passou-se a entender predominantemente na doutrina a possibilidade de existência de apenas um único regime, qual fosse, o de cargo público, em que pesem posições contrárias.

Com o advento da Emenda Constitucional n. 19/98, a redação do citado

dispositivo foi alterada, para excluir a expressão "regime jurídico único", permitindo-se claramente, assim, o regime de emprego na Administração Pública direta, bem como nas autarquias e fundações públicas.

Na ocasião, houve por se questionar os limites de incidência do regime de emprego na Administração Pública, precisamente nas pessoas jurídicas de direito público, para funções tipicamente executadas por meio de cargos públicos, e portanto sujeitas a regime estatutário.

Discorrendo sobre o tema, Reinaldo Moreira Bruno e Manolo Del Olmo registram com propriedade: *Houve na doutrina quem defendesse, com indis-*

farçável acerto, que o fim do regime jurídico único não autorizava a adoção indiscriminada do regime da CLT, uma vez que regime jurídico administrativo requereria, de seus agentes, que fossem vinculados a Administração através de regime que contivesse as mesmas prerrogativas e sujeições, ou seja, um regime de direito público, comumente denominado de regime estatutário. (BRUNO; DEL OLMO, 2007).

Nesse contexto, fora promulgada a Lei n. 9986/2000, estabelecendo o regime de trabalho no âmbito das agências reguladoras, a qual fora objeto de questionamento no STF, acerca de sua constitucionalidade, por intermédio da ADIn n. 2310/DF.

Na citada ação, a suprema corte, por meio de decisão monocrática, em liminar, do Ministro Marco Aurélio, considerou:

**[...] há de se perquirir qual seria o regime jurídico mais apropriado para os servidores das pessoas jurídicas de direito público da Administração Pública, já que deveria ser único para todas estas pessoas, ao menos predominantemente entre seus servidores. Seria o estatutário, vinculado a cargo público, ou o regime de emprego?**

*Está-se diante de atividade na qual o poder de fiscalização, o poder de polícia fazem-se com envergadura ímpar, exigindo, por isso mesmo, que aquele que a desempenhe sinta-se seguro, atue sem receios outros, e isso pressupõe a ocupação de cargo público, a estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição Federal.*

Dessa forma, com a referida decisão do STF em afastar o regime de emprego das agências reguladoras, consolidou-se o entendimento pelo qual o exercício de competências e atividades tipicamente estatais deve ocorrer mediante agentes públicos submetidos somente a regime próprio e estatutário, ou seja, instituído por lei unilateralmente. (JUSTEN FILHO, 2009, p. 834).

Na prática, desde a Emenda Constitucional n. 19/98, passaram a coexistir concomitantemente os regimes estatutário e celetista em algumas administrações públicas de entes federados (BRUNO; DEL OLMO, 2007), o que fora sendo, aos poucos, acolmatado aos entendimentos doutrinários e jurisprudências.

Contudo, em 2007, o STF proferiu decisão liminar nos autos da ADIn n. 2.135/DF, para suspender a eficácia do art. 39, caput, da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional n. 19, de 4/6/98.

A citada decisão baseou-se em vício de tramitação da respectiva emenda, e assim restaurou os efeitos da redação original do art. 39, na qual continha o "regime jurídico único", com efeitos *ex nunc*, ou seja, daquela ocasião em diante.

Desta sorte, restou restaurada a exigência de um único regime jurídico para os servidores das pessoas jurídicas de Direito público da Administração Pública (administração direta e autarquias e fundações).

Em função dessa situação, há de se perquirir qual seria o regime jurídico mais apropriado para os servidores das pessoas

jurídicas de direito público da Administração Pública, já que deveria ser único para todas estas pessoas, ao menos predominantemente entre seus servidores. Seria o estatutário, vinculado a cargo público, ou o regime de emprego?

Como aqui nesse tópico já se asseverou, o regime de cargo público é o mais apropriado para a execução da maioria das funções típicas da Administração Pública. Certas funções, inclusive, não prescindem das características do regime estatutário, como decidiu o próprio STF, dito em linhas atrás, em razão das garantias mínimas que seus agentes devem ter, para atuar de forma isenta e técnica, visando lograr a consecução de uma ação impessoal do Estado, em prol do atendimento à finalidade e ao interesse público. Neste diapasão, torna-se necessária a concessão aos seus servidores de uma plêiade de direitos, tais como estabilidade, aposentadoria, irredutibilidade salarial, reintegração, dentre outros.

De outra parte, para o Estado, a instituição por lei de um regime estatutário, unilateralmente, reforça o resguardo à supremacia do interesse público. Com efeito, o poder público pode proceder à alteração unilateral, suprimindo direitos previstos, mas ainda não totalmente adquiridos, ao contrário do que ocorre no regime contratual, em que os direitos inicialmente estipulados na avença não podem ser suprimidos durante o contrato de trabalho, porquanto nele prevalece o princípio da inalterabilidade contratual, salvo mútuo consentimento e ausência de prejuízo por parte do empregado.

Os defensores da teoria do ato unilateral, ou regime estatutário, ainda sustentam que *a relação de função pública não pode ser equacionada sob um modelo contratual, uma vez que se reputa que o interesse público não pode ser objeto de transação jurídica, sob pena de restar inferiorizado* (NETTO, 2009), como é típico nas relações contratuais bilaterais, presentes no Direito privado.

Afora esta digressão ora percorrida, a qual conduz pela preferência em se utilizar o regime de cargo público e estatutário na Administração Pública, diante de sua melhor viabilidade, a própria Constituição Federal coloca uma pá de cal na questão, ao tratar dos servidores públicos nos arts. 39 a 41, em que institui um cabedal de regras para a constituição de um regime próprio e específico, diverso do trabalhista, no qual ela mesma faz expressa menção ao cargo público (cite-se, por exemplo, o § 3º e o art. 40). Como bem disse o professor Celso Antonio Bandeira de Mello, a Carta Magna *certamente não o fez para permitir, ao depois, que tal regime fosse desprezado e adotado o regime laboral comum (ainda que sujeito a certas refrações)*. (MELLO, 2009, p. 257).

Portanto, superada essa fase, em que se conclui pela utilização preferencial do regime estatutário, desdobra-se, via de consequência, um novo questionamento: poderia existir empregos, ou regime de emprego, nas pessoas jurídicas de Direito público da administração, mesmo em face da exigência de um único regime jurídico, que como já se viu é preferencialmente estatutário?

A questão torna-se mais tormentosa quando se verifica que a própria Constituição fala em empregos no âmbito das pessoas jurídicas de Direito público, como se vê do arts. 51, IV, 52, XIII, e especialmente do art. 61, § 1º, II, "a", *verbis*: **Criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração**

*direta e autárquica ou aumento de sua remuneração [...] (Grifo nosso)*

Pode-se pensar em um aparente conflito ou antinomia da própria Constituição, já que ela mesma institui o regime jurídico único, com ênfase no estatutário, para as pessoas de Direito público.

Contudo, seguindo-se a boa técnica de hermenêutica, na qual não existem palavras ou expressões em vão, é preciso compatibilizar todo o texto constitucional, de modo a dar maior eficácia possível às suas disposições, em consonância com os princípios da máxima efetividade constitucional e da concordância prática.

Logo, a expressa menção a “empregos” teria um sentido mais restrito e limitado, de forma a compatibilizá-lo com a vertente principal do texto constitucional, que fala em um regime jurídico único, sendo este inclinado para o estatutário, repita-se.

Quem muito bem se debruça sobre esta questão e encontra uma solução harmônica e razoável entre os dispositivos constitucionais é o professor Celso Antonio Bandeira de Mello.

Conforme aduz o citado mestre (MELLO, 2009, p. 256), a conciliação dos dispositivos é possível desde que se entenda que a intenção do art. 39 foi de estabelecer uma uniformidade de regime para os servidores da Administração direta, autarquias e fundações, da respectiva esfera política, evitando-se um tratamento diversificado e diferenciado, com vários regimes entre seus servidores, e não necessariamente um único regime para todos os servidores da Administração de Direito público. Calha transcrever as suas próprias palavras, ao elucidar melhor sua teoria: *Inadmita-se que quaisquer destas pessoas adotem para si um dado regime e atribuam à autarquia tal, à autarquia qual oi à fundação tal, diferentes regimes, criando uma pluralidade deles como ocorria antes da Constituição de 1988. Deve haver, isto sim, um “regime jurídico único” na intimidade das diversas ordens de governo.* (Idem).

Nessa esteira, melhor explicitando, se houver um determinado regime de Direito público na Administração direta, este mesmo regime deverá existir nas autarquias e fundações do respectivo ente. Da mesma forma, se houver a previsão

de regime de empregos residualmente em uma determinada autarquia, este mesmo regime deverá existir nas outras pessoas de Direito público, incluindo-se a própria Administração direta.

E quanto aos empregos nas pessoas de Direito público, assevera que as atividades básicas devem estar sujeitas ao regime de cargo, pois este é o corrente e normal, enquanto algumas atividades remanescentes, de menor importância, e consideradas como subalternas, estejam sujeitas ao regime de emprego.

Seriam consideradas atividades como tal, e sujeitas ao regime de emprego, serviços materiais próprios de serventes, motoristas, artífices, jardineiros, e até mecanógrafos e digitadores (MELLO, 2009, p. 261).

Enfim, o regime de emprego seria destinado àquelas atividades que não comprometam a finalidade pública e a atuação impessoal do Estado, dada a ausência de concessão de garantias aos seus agentes.

O restante da doutrina parece ainda tergiversar sobre o tema, discrepando desse entendimento, com variadas posições, ressalvado o professor Diógenes Gasparini, que entende possível a coexistência dos dois regimes, isto é, o estatutário e trabalhista. (GASPARINI, 2009, p. 225).

***[...] a melhor exegese constitucional aponta para a possibilidade de utilização do regime de emprego na Administração direta, autarquias e fundações, de modo residual, a par do regime estatutário, o qual deve ser o predominante e preferencial [...]***

O festejado professor José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 660) defende, em suma, que é possível as duas opções de regime (estatutário ou trabalhista), mas desde que se opte por apenas uma delas, para que seja “único”.

Para Marçal Justen Filho (2009, p. 714-715), somente é possível a convivência dos dois regimes na Administração direta, autarquias e fundações de Direito público no período compreendido entre a vigência da Emenda Constitucional n. 19/98 até 2/8/2007, data da decisão proferida pelo STF, na ADIn 2.135, contra o fim do regime jurídico único, já que seus efeitos não foram retroativos e, portanto, *ex nunc*. Assim, a partir da referida deci-

são, com a volta do regime jurídico único, não mais haveria o regime de emprego.

Fernanda Marinela (2010, p. 548) inclina-se também pela unicidade de regime, sendo preferencialmente o estatutário, mas não obrigatoriamente, e conclui ressalvando que ainda não há uma definição consolidada da abrangência da expressão “regime jurídico único”.

Contudo, não obstante todas essas posições doutrinárias, a melhor exegese constitucional aponta para a possibilidade de utilização do regime de emprego na Administração direta, autarquias e fundações, de modo residual, a par do regime estatutário, o qual deve ser o predominante e preferencial, como já expendido e defendido anteriormente.

#### **5 O REGIME DE EMPREGO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA E FUNDACIONAL**

Verificada a possibilidade de existência do regime de emprego nas pessoas jurídicas de Direito público da Administração (administração direta, autarquias e fundações), impende observar os regramentos e os contornos deste correspondente regime.

Os servidores empregados públicos, ou servidores celetistas, serão regidos

usualmente pela CLT, com as derrogações impostas pela própria Constituição Federal, que institui o regime publicista mínimo para todos os servidores públicos e estatais. Este patamar essencial inclui, primeiramente, a necessidade de criação dos empregos por lei (art. 61, § 1º, II, “a”), a exigência de aprovação em concurso público (art. 37, II), a obediência ao teto constitucional (art. 37, XI), a proibição de acumulação remunerada (art. 37, XII).

No caso da União, há ainda um regramento específico, como já se viu, constante na Lei n. 9.962, de 22/2/2000, sendo aplicada a CLT naquilo que aquela não dispuser em contrário. Cuida-se aqui

de uma derrogação da legislação trabalhista, por parte da própria União, que detém a competência para legislar sobre Direito do Trabalho.

A referida lei veda a aplicação do regime celetista para os cargos em comissão, para os servidores regidos pela Lei n. 8.112/90, como também para a criação de empregos que não sejam criados por meio de leis específicas.

Outrossim, reitera a exigência de aprovação em concurso público para a contratação no emprego público, e particularmente restringe o poder unilateral de rescisão do contrato de trabalho, pela Administração, às hipóteses do seu art. 3º, criando um "certo grau de estabilidade" para os empregados, no

**[...] as empresas criadas para a exploração da atividade econômica dispõem de certa liberdade para contratar empregados, sem concurso público, quando este se mostrar inviável em face da própria seleção típica e necessária do mercado de trabalho do setor privado, que absorve rapidamente os melhores profissionais.**

escólio da professora Maria Sylvania di Pietro (2001, p. 54). Tais hipóteses de rescisão elencadas no citado dispositivo consistem na prática de falta grave, dentre aquelas previstas no art. 482, da CLT, ou acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções, ou por necessidade de redução do quadro de pessoal, em virtude do excesso de despesa, nos termos de lei complementar, ou ainda por insuficiência de desempenho, apurado por meio de processo no qual se assegure recurso hierárquico e o prévio conhecimento dos padrões mínimos exigidos para continuidade da relação de emprego. Excluem-se dessas hipóteses as contratações de pessoal decorrentes dos contratos de autonomia de gestão previstos no § 8º do art. 37 da Constituição Federal, conforme assente no parágrafo único do citado art. 3º.

À propósito da efetiva estabilidade, aquela assegurada constitucionalmente no seu art. 41, existe forte divergência doutrinária e jurisprudencial sobre sua aplicabilidade aos empregados públicos das pessoas jurídicas de Direito público, ou simplesmente servidores celetistas.

O TST entende que tais servidores empregados são beneficiários da estabilidade do art. 41, da CF, nos termos do item I, da Súmula n. 390 (Resolução n. 129/05), abaixo transcrita: **ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL** (conversão das Orientações Jurisprudenciais ns. 229 e 265 da SBDI-1 e da Orientação Jurisprudencial n. 22 da SB-DI-2) – Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005.

**I – O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.** (ex-OJs ns. 265 da SBDI-1 – inserida em 27.09.2002 – e 22 da SBDI-2 – inserida em 20.09.00)

**II – Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista**

**no art. 41 da CF/1988.** (ex-OJ n. 229 da SBDI-1 – inserida em 20.06.2007) (Grifo nosso).

Na mesma linha de entendimento do colendo TST, posiciona-se a professora Alice Monteiro de Barros, para quem a estabilidade atinge os mencionados empregados públicos, desde que admitidos por concurso público (BARROS, 2007, p. 530).

Entretantes, considerável parcela da doutrina (SARAIVA, 2009, p. 320-323) obtempera não ser cabível a aplicação da sobredita estabilidade aos servidores empregados públicos, à luz da atual redação do art. 41, que se refere apenas aos servidores nomeados para cargo, *verbis*: **São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.** (Grifo nosso).

Com efeito, a primeira posição fazia sentido antes da alteração promovida pela Emenda Constitucional n. 19/1998 no art. 41 da CF, porquanto, em sua redação originária, este se referia genericamente a servidores.

Com relação aos empregados públicos dos Estados e Municípios, estes haverão de ser regidos necessariamente pela CLT, uma vez que a competência para instituir normas de direito do trabalho é privativa apenas da União (art. 22, CF).

Contudo, consoante corrente doutrinária (CAVALCANTE; JORGE NETO, 2009, p. 74-76), é possível Estados e Municípios editarem leis trabalhistas atinentes aos seus empregados, que equivaleriam ao regulamento de empresa, vinculando apenas as partes contratantes, e desde que em conformidade com o sistema jurídico-normativo trabalhista federal. Seria uma espécie de normatização, ou regulamentação, complementar a legislação trabalhista nacional, e em estrita consonância com esta. Nessa esteira, veja-se decisão da excelsa corte:

**DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E DO TRABALHO. SERVIDOR DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA: FÉRIAS: ADIANTAMENTO DA REMUNERAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI N. 1.139, DE 10.07.1996, DO DISTRITO FEDERAL, QUE DIZ: "Art. 1º - O adiantamento da remuneração de férias a servidor da administração direta, indireta, autárquica e fundacional do Distrito Federal será concedido no percentual de 40% (quarenta por cento) da remuneração líquida do respectivo mês, mediante solicitação expressa do servidor". 1. A expressão 'servidor da administração indireta' abrange o servidor das empresas públicas e das sociedades de economia mista. 2. Sucede que tais empresas estão sujeitas ao regime jurídico trabalhista (art. 173, § 1º, da C.F. de 05.10.1988, agora art. 173, § 1º, inciso II, em face da redação dada pela E.C. n. 19/98, que, no ponto, não a alterou). 3. Por outro lado, 'compete privativamente à União legislar sobre direito do trabalho' (art. 22, inc. I, da Constituição Federal). 4. E, sobre remuneração de férias de empregados de empresas privadas, já legislara a União Federal, na C.L.T. (art. 145), mais favoravelmente àqueles. 5. Ocorreu, na hipótese, usurpação de competência da União, pois, embora tenha o Distrito Federal competência para regular o regime jurídico de seus servidores (artigo 61, § 1º, inc. II, letra 'c', c/c artigos 32, § 1º, e 25, da C.F.), não a tem para regular direitos dos empregados em empresas privadas, como são as empresas públicas e as sociedades de economia mista, **ao menos quando contrarie norma expressa baixada pela União, que, a respeito, tem competência privativa.** 6. Precedentes do S.T.F. 7. Ação Di-**

*reta julgada procedente para se declarar a inconstitucionalidade do vocábulo "indireta" constante do texto referido. (ADI 1515 / DF – DISTRITO FEDERAL AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES Julgamento: 12/02/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno – DJ 11.4.2003 – p. 26.) (Grifo nosso).*

Cumpra ainda localizar aqui nesse tópico uma nova espécie de servidores empregados públicos, consistente nos agentes comunitários de saúde e agentes de combates às endemias, previstos constitucionalmente no § 4º do art. 198 da CF, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 51/06.

Por força do § 5º do citado dispositivo, a regulamentação do seu regime fora remetido à legislação infraconstitucional, ocorrendo por meio da Lei n. 11.350/06, a qual adotou o regime celetista, ressaltando, contudo, a possibilidade de Estados e Municípios adotarem regime próprio, mediante lei local.

O art. 9º, da citada lei, exige para a contratação a realização de processo seletivo, portanto o concurso público, vedando a contratação temporária ou a terceirização (art. 16), exceto nos casos de surtos endêmicos, conforme previsão legal. Destaque-se que o mencionado diploma legal assegura certa estabilidade aos empregados em questão, à semelhança do que ocorre no art. 3º da Lei n. 9.962/2000.

#### **6 O REGIME DE EMPREGO NO ÂMBITO DAS PESSOAS GOVERNAMENTAIS DE DIREITO PRIVADO**

Como já visto aqui neste estudo, no item 3.2.2, as pessoas governamentais de Direito privado compreendem as pessoas jurídicas de Direito privado da Administração indireta, ou seja, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Logo, seus servidores constituem o clássico empregado público. Para Marçal Justen Filho, esses agentes poderiam ser denominados de "empregados privados, em última análise" (JUSTEN FILHO, 2009, p. 715), por conta da personalidade jurídica de direito privado dos seus respectivos entes.

O empregado público é regido pela CLT, com as afetações próprias da Constituição Federal, de forma semelhante

ao regime do servidor analisado no item anterior, ressalvadas certas ponderações pontuais.

Aqui o concurso público também é regra para a admissão dos empregados, ressaltando-se o ingresso em certas hipóteses nas pessoas estatais voltadas para a exploração da atividade econômica. Cumpre, pois, fazer uma distinção entre as empresas estatais, independentemente da natureza de sua personalidade, se empresa pública ou sociedade de economia mista, mas sim em função da atividade que exercem. Caso sejam voltadas para a exploração da atividade econômica, seus empregados devem aproximar-se mais do regime de Direito privado, na esteira do disposto no art. 173, § 1º, II, da CF, diversamente dos empregados das empresas prestadoras de serviço público.

Desta sorte, as empresas criadas para a exploração da atividade econômica dispõem de certa liberdade para contratar empregados, sem concurso público, quando este se mostrar inviável em face da própria seleção típica e necessária do mercado de trabalho do setor privado, que absorve rapidamente os melhores profissionais.

O professor Celso Antonio Bandeira de Mello bem elucida tal posição, citando duas hipóteses: *Ressalve-se, todavia, que as pessoas estatais constituídas para exploração da atividade econômica dispõem de liberdade para contratar diretamente seus empregados nas hipóteses em que (a) a adoção de concurso público tolheria a possibilidade de atrair e captarem profissionais especializados que o mercado absorve com grande presteza e interesse ou (b) nos casos em que o recurso a tal procedimento bloquearia o desenvolvimento de suas normais atividades no setor.* (MELLO, 2009, p. 280).

De outra parte, caso não tenha havido o regular concurso público, fora das exceções acima, como exigido, haverá de ser decretada a nulidade do respectivo contrato, não obstante o pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitada o valor da hora do salário mínimo e dos valores referentes aos depósitos do FGTS, nos termos da Súmula n. 363, do TST.

Concernente à estabilidade cons-

titucional dos empregados públicos, é remansosa a jurisprudência do TST em não admiti-la, conforme assentado na Súmula 390, II, já transcrita acima.

Na mesma linha de entendimento, o TST considera como possível a dispensa imotivada do empregado público, sem a necessidade de sua motivação, excetuando apenas os empregados da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, por ela gozar de um regime semelhante ao da Fazenda Pública, consoante a Orientação Jurisprudencial – SDI – 1 n. 247:

*SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE.*

*1. 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;*

*2. 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 processuais.*

Vê-se assim que o TST seguiu o critério distintivo entre as empresas estatais de natureza da atividade, distanciando do regime privado uma empresa que presta relevante serviço público (ECT).

Na mesma linha de entendimento quanto à possibilidade de dispensa imotivada, o STF assim já se posicionou: *CONSTITUCIONAL. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DISPENSA IMOTIVADA. POSSIBILIDADE.*

*I. Ambas as Turmas desta Corte possuem entendimento no sentido de que os empregados admitidos por concurso público em empresa pública ou sociedade de economia mista podem ser dispensados sem motivação, porquanto aplicável a essas entidades o art. 7, I, da Constituição.*

*II. Agravo Regimental improvido (AI 6484 AgR/ES, STF – Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento: 20.11.2007, DJ 19.12.2007)*

Registre-se, contudo, que tal posição tem sofrido severas críticas da doutrina



na, ao ponderar a necessidade de motivação e de um regular processo, já que a admissão não fica também ao alvedrio da própria empresa, a qual deve estabelecer um concurso público.

Com efeito, por serem os empregados públicos agentes públicos e, portanto, desempenharem uma função pública, torna-se imprescindível assegurar-lhes um regular processo, com contraditório e ampla defesa, ainda que célere ou sumário, além da necessária observância ao princípio da motivação, pelo qual devem tomar conhecimento das razões da dispensa.

Acrescente-se que os empregados públicos se sujeitam ao teto remuneratório constitucional, equivalente ao subsídio de ministro do Supremo Tribunal Federal, previsto no art. 37, XI, salvo se os respectivos entes estatais (empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias) não receberem recursos por parte das pessoas jurídicas de Direito público da Administração direta para pagamento de pessoal ou com o custo em geral, conforme dispõe o § 9º, do art. 37, da CF.

Outra regra a que se sujeitam é a proibição de acumulação remunerada entre cargos, empregos e/ou funções, seja na Administração direta ou indireta, incluindo-se empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e sociedades controladas ainda que indiretamente pelo poder público, por força do disposto no art. 37, XVII, da CF.

Ademais, podem responder por improbidade administrativa, bem assim aos remédios constitucionais, tais como mandado de segurança, ação popular, dentre outros, e ainda são considerados "funcionários públicos" para fins penais, à luz do art. 327, do Código Penal.

## 7 CONCLUSÃO

Em face do exposto, contata-se a possibilidade de adoção do regime celetista nas pessoas jurídicas de Direito público (Administração direta, autárquica e fundacional), mesmo após a decisão do STF, que fez restaurar a redação original do *caput* do art. 39, o qual estipulava o regime jurídico único para os servidores da Administração pública direta, autárquica e fundacional.

A referida ilação decorre da necessidade de se preservar a máxima efetividade das normas constitucionais, em respeito aos princípios de hermenêutica constitucional, já que a carta suprema se refere a empregos no âmbito das pessoas jurídicas de Direito público.

Dessa forma, não há como olvidar que, na esfera da Administração Pública direta, autárquica e fundacional, deve se adotar preferencialmente o regime de cargos e, portanto, estatutário, ressaltando-se certas funções subalternas de menor importância para a função estatal, nas quais poderia incidir o regime de emprego.

Desta sorte, no âmbito das pessoas jurídicas da Administração direta, autárquica e fundacional, os empregos existentes são regidos pela CLT com as derrogações próprias do regime publicista da Constituição Federal, além da Lei n. 99.962, no caso específico da União.

Por seu turno, outrossim, os empregados das pessoas governamentais de Direito privado são regidos pela CLT, com as derrogações da CF, as quais aqui poderão ser mais atenuadas. Ou seja, o regime dos empregados em questão distancia-se mais do Direito público, em direção ao regime jurídico das empresas privadas, mormente para aquelas empresas que explo-

ram atividade econômica, em contraponto às prestadoras de serviço público.

## REFERÊNCIAS

- ANJOS, Luís Henrique Martins dos. Elementos para uma nova categorização dos agentes públicos brasileiros em face do Estado de Direito Democrático. *Revista da AGU*, Brasília, v. 4, n. 8, p. 87, 2005.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007. 530 p.
- BRUNO, Reinaldo Moreira; DEL OLMO, Manolo. A volta do regime jurídico único. *Fórum Administrativo: direito público*, Belo Horizonte, v. 7, n. 81, nov. 2007. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=48355>>. Acesso em: 25 maio 2010.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.
- CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. *O empregado público*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- GASPARINNI, Diógenes. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 4. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- NETO, Luísa Cristina Pinto e. A volta do regime jurídico único: algumas discussões inadiáveis sobre a função pública brasileira. *A&C: revista de direito administrativo & constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, n. 37, jul./set. 2009. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=62562>>. Acesso em: 27 maio 2010.
- SARAIVA, Renato. *Direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: Método, 2009.

Artigo recebido em 14/9/2010.

Artigo aprovado em 14/11/2010.

Luciano dos Santos Rezende é procurador federal.