

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 35 • nº 140
outubro/dezembro – 1998

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Estabilidade do servidor celetista da Administração Pública Direta ante a Emenda Constitucional nº 19, de 5 de junho de 1998

JOSÉ PITAS

A Carta Magna de 1988, em seu capítulo VII – Da Administração Pública, faz referência a cargos, empregos e funções públicas. Adota a expressão “servidor público”, como gênero de *funcionário público (servidor da Administração Direta sob regime administrativo, estatutário) e empregado público (servidor contratado sob regime privado)*:

“Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, 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;*”

Os termos em itálico destacam a alteração de redação introduzida pela Emenda Constitucional nº 19, publicada pelo Diário Oficial da União de 5 de junho de 1998.

Antes da Emenda Constitucional nº 19, compreendi que o regime jurídico dos servidores da Administração Pública Direta, não-sujeitos ao regime estatutário, deveria subordinar-se, subsidiariamente, às normas de Direito Privado compatíveis com as regras da Constituição Federal, especialmente os preceitos, na redação original, do § 2º do artigo 39 e 41 da Carta Política, por não se tratar de atividades com objetivo de exploração econômica, nos termos do § 1º do artigo 173:

“Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime

José Severino da Silva Pitas é Professor da Universidade de Franca e Juiz do Trabalho da 15ª Região.

jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.” (Redação original).

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

Art. 173.

“§ 1º A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.” (Redação original).

Contudo, a Emenda Constitucional nº 19, cedendo ao império da vontade histórica dominante, excluiu a diretriz programática do chamado *regime único*, inteligência essa que tem por efeito invalidar a construção jurídica do entendimento divulgado no artigo Servidor público: regime privado e regime estatutário apud *Revista de Informação Legislativa*, n. 135, p. 45-48. jul./set. 1997.

Sob o fundamento de que o empregado público permaneceria, provisoriamente, nessa situação até que fosse definitivamente integrado no regime estatutário, próprio da Administração Direta, e considerando que o regime prescrito pelo § 1º do artigo 173 destinava-se, expressamente, às entidades que exploram atividade econômica, criou-se a lacuna legal que autorizava, sistemática, teleológica e supletivamente, a aplicação da redação original do § 2º do artigo 39 e do artigo 41 da *Lex Legem*. Esses dispositivos induziam a possibilidade de se concluir pela aceitação da estabilidade do servidor público celetista após o período de estágio probatório, assim como, por imposição lógica da coerência, a não-aplicação das disposições não contempladas no § 2º do artigo referido, com inapelável desafio de eficácia, também, após a Emenda nº 19, de alguns deles aos celetistas:

II: seguro-desemprego, III: FGTS, XI: participação nos lucros, XIV: turno de revezamento, XXIV: aposentadoria, XXVI: convenções e acordos coletivos, XXIX: prescrição bienal, XXXII: discriminação de trabalho e do profissional.

Efetivamente, a situação jurídica do servidor público não-estatutário, vinculado à Administração Direta, é atípica, porque, não sendo estatutário e não sendo ligado à entidade que explore

atividade econômica, exige a aplicação supletiva das normas da Consolidação das Leis do Trabalho, respeitadas as disposições de ordem e de interesse público, freqüentemente presentes no Direito Positivo, inclusive Constitucional.

A despeito dessa concepção, no laboratório dos tribunais, vigem duas tendências hermenêuticas:

(a) daqueles que entendem que não se devem aplicar, em favor à Administração Pública, princípios que não estejam positivados objetivamente, como o Decreto-Lei nº 779/69, o art. 100 da Constituição Federal etc., e

(b) daqueles que entendem que a relação de emprego do servidor público da Administração Direta está afetada por princípios de interesse e ordem pública, que orientam a interpretação do Direito do Trabalho, especialmente tendo em vista a tutela do patrimônio público e dos valores consagrados no *caput* do art. 37 da Constituição Federal (Cf. art. 8º da CLT, que autoriza a aplicação da analogia e da equidade, “... mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.” Cf., também, art 5º da Lei de Introdução: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”).

Com a nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, tornou-se insubsistente o fundamento antes exposto, diante da definição inequívoca dada pelo § 3º, que substitui o § 2º do artigo 39, e da nova redação destinada ao artigo 41, para os quais o Legislador excluiu a concepção genérica de *servidor público* e limitou claramente o regime a que se referem aqueles preceitos, inclusive com força de interpretação autêntica:

Art. 39, § 3º – Aplica-se aos servidores ocupantes de *cargo público*...

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

Por conseguinte, eliminada do texto constitucional a opção programática do *regime único*, limitada com objetividade a aplicação do artigo 39 e 41 para o servidor estatutário, devem prevalecer, em relação ao servidor público não-estatutário, as regras jurídicas do direito privado, ressalvados os preceitos de interesse público, entre eles, a necessidade de concurso para investidura em emprego, bem como, em obediência aos princípios da imparcialidade, da

moralidade e da transparência da Administração Pública, a indispensabilidade da motivação do ato de rescisão do contrato de trabalho (*Caput do art. 37 da Constituição Federal*).

Contudo, nos limites da legislação brasileira, a despedida arbitrária não cria o direito à reintegração do servidor público celetista, ante o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da prevalência hierárquica da disposição do inciso I do art. 7º da Constituição Federal sobre a Convenção 158 da OIT (*ADIn N.º 1.480-3-DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Revista Ltr, p. 60-08, v. 1016 e, p. 61-09, v. 1159*), em consequência de que a garantia contra a despedida arbitrária prevista no inciso I do artigo 7º depende de Lei Complementar própria, aplicando-se, até que seja promulgada tal lei, o disposto no artigo 10 do Ato das Disposições Constitu-

cionais Transitórias (ADCT), ficando assegurado ao trabalhador o pagamento de 40% do FGTS devido (ADCT, art. 10, I), aplicando-se, em tese, contra o Administrador Público, as pressões deduzíveis do ilícito cometido.

Data venia, não prospera o argumento de que a exigência constitucional de concurso público para o servidor não-estatutário, assim como para os empregados da Administração Indireta, implica o direito de estabilidade, pois uma coisa é atendimento aos princípios fundamentais da transparência e moralidade da Administração Pública, outra coisa é o direito à estabilidade, que não deve fluir de interpretação duvidosa. Ademais, o critério do concurso público é constitucionalmente sinalizado com variações de complexidade em função da natureza da atividade objeto do concurso.