

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 34 • nº 135

julho/setembro – 1997

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Servidor público: regime privado e estatutário

JOSÉ PITAS

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Regime próprio da empresa privada. 3. Administração pública direta. 4. Nova ordem jurídica - status profissional diferenciado. 5. Regime único e regime transitório. 6. Fundamento lógico do regime privado transitório. 7. Peculiaridades do modelo jurídico privado. 8. Casuísmo.

1. Introdução

Antes de 1988, imperava na relação servidor público-Estado, principalmente nas entidades políticas municipais, a utilização do regime privado da legislação comum trabalhista, a despeito da relação estatutária, material, originária e teleologicamente destinada à disciplina do regime aplicável ao servidor da Administração Pública Direta.

Após a Constituição de 1988, nova ordem jurídica foi estabelecida, mediante tratamento novo a relações antigas.

O artigo 39 da Lei Fundamental introduziu nova concepção de servidor público e preconizou *para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas* o regime único com planos de carreira, como modelo a ser perseguido pela Administração Pública.

O Estatuto do Servidor Público – *preceitua o § 1º do artigo 39 da Constituição Federal* – assegurará a isonomia de vencimentos, com as ressalvas próprias.

Por seu turno, o § 2º institui o regime provisório de transição entre o antigo *regime privado* e a nova ordem constitucional, ditando o contorno do que se pode denominar *CATEGORIA CONSTITUCIONAL DIFERENCIADA*, aplicável, imediatamente, ao servidor público

da administração direta, que não é estatutário, nem sujeito ao regime da empresa privada previsto no § 1º do artigo 173 da *Lex Legum*.

Hoje, a questão jurídica – Da Aplicação do Direito à Relação de Emprego Público – é intrinsecamente polêmica.

O peso do condicionamento histórico anterior à Constituição de 1988 impede o discernimento da situação nova e desencoraja a adesão a um sistema coerente, diante das conseqüências usualmente não aplicáveis.

Essa atitude é natural e corresponde ao fenômeno psicológico da *configuração das formas*, pelo qual a formação cerebral incipiente do recém-nascido ou os olhos (*ou intelecto*) do adulto, ao adentrar no escuro (*ou no desconhecido*), necessitam do processamento temporal das formas até que o cérebro consiga organizar os novos estímulos, as novas formas e assim assimilar, dominar, com nitidez, os contornos do novo.

2. Regime próprio da empresa privada

A Constituição Federal, em seu artigo 173, § 1º, determina a observação obrigatória do *regime próprio das empresas privadas* (CLT – *Consolidação das Leis do Trabalho*) ao Estado, nos casos de exploração econômica, por meio da empresa pública, da sociedade de economia mista ou de outras entidades.

Tal dispositivo não se refere à atividade desempenhada pelos servidores da Administração Direta, Autárquica ou Fundacional, sem finalidade de exploração econômica. Isso é claro.

3. Administração pública direta

Dispõe o artigo 39 da Constituição Federal 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.

4. Nova ordem jurídica - *status* profissional diferenciado

A tradição da aplicação do Direito do Trabalho ao servidor público, sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, até a Consti-

tuição de 1988, tem condicionado a interpretação das relações novas sob a equivocada diretriz simplista do direito privado, sem se atinar para a inovação trazida pelo artigo 39 e seus parágrafos, que outorgam a essa categoria de trabalhadores “*status*” *diferenciado constitucional*, à semelhança do que fez, *mutatis mutandis*, o parágrafo único do artigo 7º, ao modelar o “*status*” *profissional* constitucional do empregado doméstico.

5. Regime único e regime transitório

Têm-se, portanto, no Ordenamento Jurídico, até que o Ente Político venha a instituir o *regime único*, dois regimes: a) privado ou transitório, b) estatutário.

Em relação ao regime estatutário, não resta dúvida quanto ao universo do direito aplicável e quanto à competência da Justiça Comum (STF. ADIn 492-1/DF. Relator: Carlos Veloso. DJ, 16 nov. 1992).

No que concerne ao regime privado, observa-se constituir situação transitória, à qual o legislador constituinte aponta, no § 1º, art. 39, a legislação de *lege ferenda*, a ser positivada por ocasião da adoção do regime único; enquanto no parágrafo 2º, o constituinte fixa os contornos, imediatamente, aplicáveis aos contratos vigentes.

Portanto, a reta aplicação do Direito ao servidor público, sob o regime privado, observará, obrigatoriamente, o “*status*” *profissional* inovado pela Constituição Federal, por meio de seu § 2º, artigo 39.

Não se trata, portanto, do regime privado previsto no § 1º do artigo 173 – *regime jurídico próprio da empresa privada* – mas, regime privado diferenciado (CF, 39 § 2º).

6. Fundamento lógico do regime privado transitório

A disciplina aplicável ao regime do servidor público não-estatutário presume a observação de um postulado elementar, raiz da qual emerge o fundamento lógico da legitimidade do direito: a inexistência de contradição sistemática dos preceitos aplicáveis.

Ante a Nova Ordem Constitucional, daquela premissa essencial decorre a conclusão de que o perfil da categoria dos servidores públicos, tradicionalmente denominados “*celetistas*”, identifica-se pelos seguintes elementos:

I- "*status*" profissional básico: aplicação imediata dos direitos indicados pelo § 2º do artigo 39 da Constituição Federal;

II- *disciplina Integrativa*: aplicação do modelo jurídico privado, decorrente da necessidade de integração sistemática, ou de normas de formação autônoma, nos termos dos artigos 442 e 444 da CLT, naquilo que não venha contrariar a ordem jurídica ou norma de ordem pública.

7. Peculiaridades do modelo jurídico privado

Conseqüentemente, ressalvado o direito legitimamente adquirido pelo contrato de trabalho (CLT, arts. 442 e 444), não se aplicam ao servidor público celetista as normas excluídas, por opção da própria Constituição Federal, do rol discriminado no art. 39, § 2º:

a) Aviso prévio / direito potestativo

A exclusão do aviso prévio (art. 7º, inciso XXI) e da despedida (inciso I) leva necessariamente à adoção da disciplina residual do servidor público.

Conseqüência: aplica-se a esta categoria o artigo 41 da Carta Magna: "São estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público".

b) Seguro-desemprego

Inciso II: não tem direito ao seguro-desemprego.

c) FGTS

Inciso III: a Constituição Federal não obriga a aplicação da Lei nº 8.036/90 (FGTS) ao servidor da administração direta, autárquica ou fundacional, que não explore atividade econômica.

d) Participação nos lucros

Inciso XI: inaplicável a esta categoria a disciplina sobre participação nos lucros, ou resultados.

e) Turno de revezamento

Inciso XIV: inaplicável ao servidor público celetista o regime do turno de revezamento.

f) Aposentadoria

Inciso XXIV: inaplicável a disciplina prevista na legislação do trabalho sobre a aposentadoria.

Conseqüência: os efeitos contratuais decorrentes da aposentadoria são distintos daqueles oriundos do regime privado. Enquanto no

regime privado, a aposentadoria espontânea não extingue o contrato de trabalho (Lei nº 8.213/90, arts. 49 e seguintes e Medida Provisória nº 1.523/97), no regime público, esta é a regra pacífica: o vínculo do servidor público, seja estatutário ou não, rompe-se com a aposentadoria espontânea (entendimento que é reforçado com o disposto na Medida Provisória nº 1.523/97, que introduziu o parágrafo único no artigo 453, deixando claro este efeito em relação à empresa pública e sociedade de economia mista).

g) Convenções e acordos coletivos

Inciso XXVI: não reconhece a Constituição Federal a criação de normas coletivas aplicáveis ao servidor público.

h) Prescrição

Inciso XXIX: o prazo de prescrição aplicável ao servidor público federal, por consequência de regra residual, é de cinco anos, quanto a créditos resultantes das relações de trabalho, contado do ato de violação do direito, nos termos do disposto no artigo 110, inciso I, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e em relação aos demais entes políticos, o prazo previsto em seu próprio estatuto.

i) Discriminação de trabalho e do profissional.

Inaplicável a disciplina sobre proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos (inciso XXXII).

8. Casuísmo

Casuísmo: trabalhador aposentou-se, por tempo de serviço, em 3 de abril de 1996. Seu contrato de trabalho, portanto, dissolveu-se na respectiva data, fato que por si afasta a estabilidade, porque incompatíveis entre si tais institutos.

O período compreendido entre a rescisão do contrato de trabalho em 3 de abril de 1996 e o seu afastamento em 6 de janeiro de 1997, constitui novo contrato de trabalho, que a rigor só seria possível mediante novo concurso público e sem acumulação de vencimentos e proventos. Nula, portanto, a nova contratação, tácita (CLT, 442), nos termos do artigo 37, § 2º da Constituição Federal.

Indevido o aviso prévio, primeiro, porque o regime do servidor público da administração pública direta, admitido por concurso público,

é incompatível com o poder potestativo do empregador por força do que dispõe a norma constitucional (CF, 37, II, 39, § 2º e 41), *segundo*, porque não contemplado pelo § 2º do artigo 39 da *Lex Legum*, *terceiro*, porque o contrato foi extinto por aposentadoria, e *quarto* porque o segundo contrato é nulo.

Embora, *in casu*, o FGTS tenha sido integrado o contrato, como direito do trabalhador, a rescisão do vínculo, por aposentadoria, não autoriza a aplicação da multa de 40%, uma vez que esta só é devida “na hipótese de despedida pelo empregador sem justa causa” (*Lei n.º 8.036/*

90, art. 18, § 1º).

Não procede, também, a multa de 40% incidente sobre o segundo contrato de trabalho, por exigência de norma constitucional (“A não-observância do disposto nos incisos II e III importa a *nulidade do ato* e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei”, art. 37, § 2º, da Constituição Federal).

Observe-se que o comando constitucional não comina sanção apenas ao administrador público, mas reputa o próprio ato sem a garantia que lhe confere os efeitos normais previstos em lei.