

EMPREGADO PÚBLICO: ESTABILIDADE

RICARDO REGIS LARAIA (*)

Passados oito anos do advento da Constituição Federal de 1988, ainda pesam dúvidas quanto à existência ou não da estabilidade do empregado público, assim entendido aquele regido pelas normas da Consolidação das Leis do Trabalho. Os tratadistas pouco ou nada comentam sobre o assunto, e a jurisprudência ementada é escassa, até pelo habitual descaso da Administração Pública em recorrer das sentenças que lhe são desfavoráveis após o reexame necessário pelos Tribunais Regionais...

O artigo 37, inciso II, da Constituição Federal determina que "a investidura em cargo ou emprego público, depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração". Por sua vez, o artigo 41, *caput*, da Constituição, dispõe que "são estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público".

A par dos dois artigos acima, as opiniões dividem-se e variam substancialmente. Há os que defendem serem estáveis após dois anos de exercício tanto os servidores públicos estatutários, quanto empregados públicos, como há os que sustentam dirigir-se a estabilidade apenas aos integrantes da primeira categoria.

Os fundamentos também divergem: a primeira corrente adota o forte argumento de que a Carta Política não distingue as duas figuras, classificando ambas como servidores. E a segunda corrente sustenta inexistir o direito à estabilidade, afirmando que o vocábulo *servidor* dirige-se apenas aos funcionários estatutários. Ainda sustentam os adeptos da segunda corrente que a expressão *servidores públicos civis* exclui a categoria dos empregados públicos, e que o regime da estabilidade ao qual estão submetidos estes (CF, art. 7º, III), é incompatível com o regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

(*) Juiz do Trabalho, Presidente da 1ª JCI/Taubaté-SP. Professor de Direito do Trabalho da PUC/SP.

É bem verdade que o *caput* do artigo 41 da Constituição, acima transcrito, não faz qualquer distinção sobre referir-se aos servidores estatutários ou aos empregados públicos celetistas. E, nessa condição, lembrava Carlos Maximiliano, *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*⁽¹⁾. Entretanto, conforme o mesmo autor, deve-se observar que "cada palavra pode ter mais de um sentido; e acontece também o inverso — vários vocábulos se apresentam com o mesmo significado; por isso, da interpretação puramente verbal resulta ora mais, ora menos do que se pretendeu exprimir"⁽²⁾. Daí ser preferível a interpretação sistemática, em detrimento da literal⁽³⁾.

No tema em discussão é o que ocorre. Nas Seções I ("Disposições gerais") e II ("Dos servidores públicos civis"), do Capítulo VII ("Da administração pública"), do Título III ("Da organização do Estado"), o texto constitucional refere-se em diversas passagens a *cargos* e *empregos públicos*, dando claro sinal de possuírem acepções diferentes. O inciso I do artigo 37, por exemplo, prevê que os *cargos* e *empregos* públicos são acessíveis aos brasileiros, e o inciso II do mesmo artigo determina que a investidura em *cargo* ou *emprego* público depende de aprovação prévia em concurso, como visto. Celso Antônio Bandeira de Mello, também os distingue, afirmando⁽⁴⁾:

"*Cargos* são as mais simples e indivisíveis unidades de competência expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de direito público e criadas por lei, salvo quando concernentes aos serviços auxiliares do Legislativo, caso em que se criam por Resolução da Câmara ou do Senado, conforme se trate de uma ou de outra destas Casas.

(...)

Empregos públicos são núcleos de encargos de trabalho a serem preenchidos por agentes contratados para desempenhá-los, sob relação trabalhista. Sujeitam-se a uma disciplina jurídica que, embora sofra *algumas inevitáveis influências advindas da natureza governamental da entidade contratante*, basicamente, é a que se aplica aos *contratos* trabalhistas em geral; portanto, a *prevista na Consolidação das Leis do Trabalho*" (grifos do autor).

Já quanto ao vocábulo *servidor*, o artigo 39 e seus parágrafos, dão a entender ser exclusivo dos ocupantes de *cargos* públicos, ou *servidores estatutários*, como nos referimos adrede. Conforme prevêem aqueles dispositivos (grifos nossos):

"Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão no âmbito de sua competência, regime jurídico único e pla-

(1) "Hermenêutica e aplicação do Direito", 11ª ed., Forense, São Paulo, 1991, pág. 246.

(2) *Idem*, pág. 109.

(3) *Idem*, pág. 129.

(4) "Curso de Direito Administrativo", 5ª ed., Malheiros, São Paulo, 1994, págs. 126/127.

nos de carreira para os *servidores* da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

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

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

No entanto, melhor observando consta-se que o legislador constituinte também se refere a *empregado público*, quando utiliza a expressão *servidor*. É o que se percebe, por exemplo, da leitura do artigo 38 e seus incisos I a III (grifamos):

“Art. 38. Ao *servidor* público em exercício de mandato eletivo aplicam-se as seguintes disposições:

I — tratando-se de mandato eletivo federal, estadual ou distrital, ficará afastado de seu *cargo*, *emprego* ou função;

II — investido no mandato de Prefeito, será afastado do *cargo*, *emprego* ou função, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração;

III — investido no mandato de Vereador, havendo compatibilidade de horários, perceberá as vantagens de seu *cargo*, *emprego* ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo, e, não havendo compatibilidade, será aplicada a norma do inciso anterior”.

Conseqüentemente, é forçoso concluir nos termos da Constituição Federal de 1988 que, *servidor* é gênero, do qual *cargo* e *empregos* são espécies. Ou, na lição de *Bandeira de Mello*, *servidor* é a designação genérica que engloba todos aqueles que mantêm vínculos de trabalho profissional com a administração pública⁽⁵⁾.

Mas nem por isso é correto afirmar que a estabilidade prevista no *caput* do artigo 41 da Constituição, destina-se indistintamente aos ocupantes de *cargos* e de *empregos* públicos. Como se nota dos seus parágrafos, o artigo remete apenas à primeira categoria de servidores, repetindo seguidamente a expressão *cargo*:

“§ 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 recon-

duzido ao *cargo* de origem, sem direito à 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*”.

Reforça essa tese a observação de que o *caput* do mencionado artigo refere-se a “*servidores nomeados*”. Como se sabe, nomeação é forma de provimento de *cargo* público, cujo exemplo é o disposto no artigo 8º, I, da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que regulamenta o regime jurídico único dos servidores públicos civis da administração federal. Empregados públicos ou privados, são integrados ao serviço por simples *admissão*, ressalvando-se que aos primeiros se exige a prévia aprovação em concurso público (CF, art. 37, II), a fim de se resguardarem os princípios de legalidade, impessoalidade e moralidade da administração (CF, art. 37, *caput*). Nesse sentido é o aresto seguinte:

“Os servidores, a que alude o artigo 41, *caput*, da Carta Magna, são os estatutários, assim entendidos aqueles contratados pela administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas, atualmente disciplinados pela Lei 8.112/90. Assim, não há a estabilidade, após dois anos de efetivo exercício, aos empregados de empresas públicas, que se sujeitam, contudo, às disposições constitucionais relativas ao concurso público”⁽⁶⁾.

Discordamos, contudo, da distinção que se faz entre *servidor público* e *servidor público civil*, e que também tem se prestado a sustentar a tese da inaplicabilidade do artigo 41 da Constituição Federal aos empregados públicos. No magistério de *Celso Antônio Bandeira de Mello*, “servidores públicos civis são unicamente os servidores públicos (civis) da administração direta, das autarquias e das fundações públicas *ocupantes de cargos públicos*; excluídos, pois, os servidores empregados, isto é, os que a elas estejam vinculados por contrato, bem como os servidores das empresas públicas, sociedades de economia mista e das fundações de direito privado de acaso instituídas pelo Poder Público, pois todos estes são, igualmente, empregados, isto é, não titularizam cargos públicos”⁽⁷⁾.

Com o devido respeito à renomada opinião, nota-se que a expressão *servidores públicos civis* foi utilizada pelo constituinte na mesma acepção atribuída a *servidores*, simplesmente. Assim é que o artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias afirma serem estáveis os *servidores públicos civis* da Administração Federal, Estadual, do Distrito Federal e dos Municípios, que contavam com cinco anos de serviço em 5 de outubro

(6) TST, ED-RR 46.535/92.7, Relator Min. Helyo Gurgel, acórdão da 2ª Turma, n. 2.740/93, in *Valentin Carrion*, “Nova Jurisprudência em Direito do Trabalho”, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994, pág. 555, ementa 4.125).

(7) *Op. cit.*, pág. 126; grifos do original.

(5) *Idem*, págs. 125/126.

de 1988, e que não haviam ingressado por concurso. Ao mesmo tempo, o seu § 2º afirma que "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" (grifamos). Igualmente, o § 2º do artigo 40 do texto constitucional, refere-se a *cargos* ou *empregos* temporários, estando inserido na Seção II, do Capítulo VII, do Título III, que trata exclusivamente dos *servidores públicos civis*. Além disso, o artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias faz remissão expressa ao artigo 37 da Constituição, que, por sua vez, refere-se a *cargos e funções* públicas, conforme já se mencionou. Portanto, *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

Por conseguinte, é equivocada a posição expressada pelo acórdão regional abaixo transcrito, sendo mais consentânea a posição da colenda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, colacionada adiante:

"O empregado celetista não se encontra amparado pelo artigo 19 do ADCT, cuja proteção se dirige expressamente aos servidores públicos civis" (TRT 2ª Região, REXOFF 02940109383, acórdão 1ª Turma n. 10.127/96, de 14.2.96, Relator Juiz Floriano Corrêa Vaz da Silva)⁽⁸⁾.

"O artigo 19 do ADCT da Constituição Federal de 1988 não faz distinção entre estatutário e celetista, para o servidor que, preenchendo os requisitos nele contidos, estivesse em exercício há pelo menos cinco anos continuados na data da promulgação da Constituição Federal de 1988" (TST, RR n. 61.994/92.0, Relator Min. Indalécio Gomes Neto, acórdão 1ª Turma n. 1.341/93)⁽⁹⁾.

Aqui convém ressaltar uma outra distinção, ainda que não integre o tema proposto. Assim como o disposto no artigo 41 da Constituição Federal, o dispositivo do § 2º do artigo 39 é dirigido exclusivamente aos ocupantes de *cargos* públicos, pois quando o texto afirma aplicar-se a "esses servidores" alguns incisos do artigo 7º, está-se referindo àqueles mencionados no § 1º que lhe antecede, e que trata da "isonomia de vencimentos para *cargos* de atribuições iguais ou semelhantes do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário". Aos *empregados* públicos, aplicam-se todos os incisos do artigo 7º da Constituição Federal, inclusive os incisos XXX a XXXII, que proíbem a discriminação salarial.

Por último, cabe refutar o argumento de serem incompatíveis os regimes estabilitário e fundiário, por absoluta inconsistência. Mesmo com a edição das Leis ns. 5.107/66, 7.839/89 e 8.036/90, permanecem em vigor e com relativa eficácia os dispositivos dos artigos 492 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho. Não obstante o artigo 7º, III, da Cons-

tituição atual obrigar a adoção obrigatória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço após 5 de outubro de 1988, mantém-se a estabilidade dos empregados que naquela data contavam com mais de dez anos de serviço sem a opção. Assim, se aos estáveis decenais é compulsoriamente garantido o direito ao Fundo após 1988, não há qualquer incompatibilidade legislativa ou de princípios, entre a estabilidade do empregado, e a obrigação de o empregador efetuar as contribuições fundiárias relativas ao mesmo contrato.

De todo o exposto conclui-se, então, que *servidor público* e *servidor público civil* são expressões sinônimas, tratando-se de gênero, do qual *cargos* e *empregos* públicos são espécies. O texto constitucional por vezes emprega tais expressões em sua acepção genérica (ADCT 19, por exemplo), e por outras vezes as utiliza para dirigir-se a uma das espécies (artigo 39, § 2º, e artigo 41, *caput*), cabendo distinguir as hipóteses pela interpretação sistemática. Tanto aos ocupantes de *cargos*, quanto aos ocupantes de *empregos* públicos, exige-se a prévia aprovação em concurso público para o ingresso ao serviço (CF, art. 37, II). Os primeiros, são estáveis após dois anos de efetivo exercício (CF, art. 41, *caput*). Os segundos, são estáveis apenas se contavam com pelo menos cinco anos de serviço em 5 de outubro de 1988 (ADCT, art. 19).

(8) In Revista LTr, São Paulo, junho de 1996, volume 60, pág. 559.

(9) In Valentin Carrion, *op. cit.*, pág. 555, ementa 4.124.