

INTRODUÇÃO

A presente monografia vem trazer a discussão sobre a necessidade de Processo Administrativo para demissão de empregados de empresas públicas, posto que regidos pela CLT. Assim, a temática gira em torno da pergunta: É juridicamente possível a demissão de empregados públicos sem Processo Administrativo onde lhes seriam assegurados a ampla defesa e o contraditório?

É entendimento doutrinário que, no que tange as normas aplicadas à empresa pública, há uma derrogação parcial das normas do direito privado e uma sujeição constitucional às normas de direito público. Portanto, como a admissão de pessoal deve obedecer aos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade, o desligamento deve seguir o mesmo caminho, por se tratar de um ato administrativo.

Para nortear a hipótese de pesquisa, utiliza-se como marco teórico o entendimento do doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello:

Assim como não é livre a admissão de pessoal, também não se pode admitir que os dirigentes da pessoa tenham o poder de desligar seus empregados com a mesma liberdade com que o faria o dirigente da empresa particular (...) a empresa estatal é entidade preposta a objetivos de toda coletividade (...) para despedir um empregado é preciso que tenha havido um processo regular, com direito à defesa, para a apuração da falta cometida ou da sua inadequação às atividades que lhe concernem. Desligamento efetuado fora das condições indicadas é nulo.¹

Tendo em vista toda a problemática que envolve o assunto, a metodologia aplicada será teórica dogmática, com o uso da legislação e das doutrinas relevantes para os ramos estudados, notadamente o Direito Administrativo, o Direito Constitucional e o Direito do Trabalho.

Este trabalho é dividido em 3 capítulos. Sendo que em um primeiro momento são abordados os princípios constitucionais e administrativos que orbitam sobre o tema em estudo, e também a definição de conceitos importantes que são necessários para um melhor entendimento da pesquisa.

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28 ed. Ref. ampl. e atual. até a emenda constitucional 67, de 22.12.2010. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 221.

Em um segundo capítulo é feita uma diferenciação entre as normas de direito público e direito privado que regem a contratação e a demissão de funcionários. Neste ponto, o foco principal será o Direito Administrativo e o Direito do Trabalho.

Por fim, o terceiro capítulo traz considerações acerca do objeto principal da pesquisa, a impossibilidade de demissão de empregados públicos sem o devido processo administrativo.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Para nortear este trabalho monográfico é primordial a conceituação dos temas que envolvem a matéria. Analisaremos preliminarmente o conceito de demissão trazido pelo Direito do Trabalho.

A demissão é a extinção dos contratos de trabalho celebrados por tempo indeterminado. Tal ruptura pode ocorrer em virtude de uma ampla gama de fatores rescisórios.²

Outro termo importante nesta pesquisa é o conceito de empresa pública. Para isso recorreremos ao conceito legislativo de empresa pública trazido pelo Decreto Lei 200/67:

é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por Lei para exploração da atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.³

Apesar da citação supracitada mostrar a íntegra do inciso II do artigo 5º do referido decreto Lei, tal conceito, conforme assevera Alexandre Mazza, está desatualizado em três pontos principais, a saber:

- a) capital exclusivo da União: na verdade a doutrina considera que o capital da empresa pública dever ser exclusivamente público, podendo sua origem ser federal, distrital, estadual ou municipal;
- b) criadas por lei: a nova redação do art. 37, XIX, da Constituição Federal, dada pela Emenda n. 19/98, prescreve que empresas públicas e sociedades de economia mista não são criadas por lei, mas mediante autorização legislativa;
- c) para exploração de atividade econômica: atualmente empresas públicas podem desempenhar dois tipos diferentes de atuações: exercer atividades econômicas ou prestar serviços públicos.⁴

Resumidamente, teríamos o conceito atual de empresa pública como uma entidade com personalidade jurídica de direito privado, constituída de capital exclusivamente público, criada mediante autorização legislativa, para exercer atividades econômicas ou prestar serviços públicos.

² DELGADO, Maurício Godinho; **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr. 2011. p. 1077.

³ BRASIL, Decreto Lei 200 (1967). **Decreto Lei 200**. Brasília, DF: Senado, 1967.

⁴ MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 171.

É importante salientar que estas empresas fazem parte da administração indireta e o ingresso em seus quadros se dá mediante aprovação em concurso público. Ademais, seus empregados são considerados servidores públicos. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

São servidores públicos em sentido amplo, as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos, e compreendem: 1. Os servidores estatutários, sujeitos ao regime estatutário e ocupantes de cargos públicos; 2. os empregados públicos, contratados sob o regime da legislação trabalhista e ocupantes de emprego público e; 3. Os servidores temporários, contratados por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público; eles exercem função, sem estarem vinculadas a cargo ou emprego.⁵

Os servidores públicos estatutários tem a vantagem constitucional de estabilidade após o estágio probatório e somente perderão seus cargos, dentre outros motivos, depois de regular processo disciplinar em que lhe seja garantida a ampla defesa. Portanto, de acordo com o artigo 41 da Constituição, o processo disciplinar é necessário para a aplicação de pena que sujeite o agente a perda do cargo.

O processo desenvolve-se em quatro fases: instauração, instrução, defesa, relatório e decisão.⁶

Tendo em vista os preceitos constitucionais que dizem respeito aos servidores públicos estatutários, e também todas as normas que regem o direito administrativo, conclui-se pela obrigatoriedade do processo administrativo para dispensa destes agentes. Essa imperatividade se faz necessária porque a demissão afeta interesses de terceiros, portanto, é considerada ato administrativo. Maria Sylvia Zanella Di Pietro conceitua ato administrativo como a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle do Judiciário.⁷

Outro conceito imprescindível para o desenvolvimento desta pesquisa é o de empregado público. Para Alexandre Mazza empregados públicos são aqueles que ingressam nos quadros da administração indireta por meio de concurso público para ocupar empregos públicos, tendo uma vinculação contratual com o Estado regida pela

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 528 – 529.

⁶ Ibidem, p. 339.

⁷ Ibidem, p. 198.

Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Por isso, são conhecidos como “celetistas”.⁸

Estes empregados não têm a estabilidade daqueles que são admitidos no regime estatutário, portanto, não há estágio probatório, mas apenas um período de experiência, como preceitua o artigo 455 parágrafo único da CLT.

Com essas duas características básicas que envolvem o universo dos empregados públicos, chegamos à conclusão que estes se submetem a um regime híbrido, ora se sujeitam a normas de direito público, ora de direito privado. O ingresso nos quadros das empresas se dá através de concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvados os cargos de direção e assessoramento que são de livre nomeação e exoneração. Ademais, todos se submetem a vedação constitucional de acumulação de cargos, a tratamento penal dos servidores estatutários, sua remuneração está sujeita ao teto constitucional e outras características próprias do direito administrativo.⁹

A doutrina e a jurisprudência têm divergido diante da lacuna existente quanto a necessidade de procedimento administrativo para a dispensa de empregados públicos, tendo em vista o sincretismo que há nas normas aplicadas a estes servidores. Até que ponto se aplicam as normas de direito público e até que ponto se aplicam aquelas de direito privado?

O Tribunal Superior do Trabalho tem se posicionado pela possibilidade de dispensa imotivada de empregados públicos, e via de consequência, a desnecessidade de processo administrativo. Assim, encontramos a Orientação Jurisprudencial nº 247 da SBDI-1, *in verbis*:

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

⁸MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 489.

⁹BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais.

Percebe-se, portanto, que o Tribunal Superior do Trabalho criou uma discriminação não estendendo o dever de motivar a dispensa aos demais empregados das outras prestadoras de serviços públicos, tendo em vista o sincretismo normativo que todos participam.

Portanto, diante do exposto pretende-se concluir com essa pesquisa que não exigir das empresas públicas a observância de um processo administrativo para dispensa de seus empregados, atenta flagrantemente contra as normas e princípios do Direito Administrativo e causa grande insegurança jurídica.

CAPÍTULO I

CONCEITOS E PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

1.1. Regime Jurídico Administrativo

O artigo 37 da Constituição da República inaugura a base principiológica de todo o Direito Administrativo, porém, antes de enfrentarmos na conceituação de cada princípio, os explícitos e os implícitos, tendo em vista que nem todos podem ser encontrados de forma explícita na Constituição, cabe-nos analisarmos o Regime Jurídico Administrativo.

Primeiramente, é preciso salientar que tudo o que acontece na administração pública está intimamente ligado a restrições e privilégios. Quanto as restrições, cabe ponderar que toda a Administração Pública está impedida de atuar sem observar a base legal e principiológica que rege esse sistema. Por outro lado, a Administração Pública goza de diversos privilégios não estendidos aos particulares, como por exemplo, os prazos processuais estendidos, a impenhorabilidade de seus bens e outros.¹⁰

O professor Mateus Carvalho mostra que Regime Jurídico Administrativo se resume em:

Conjunto harmônico de princípios que definem a lógica de atuação do ente público, o qual se baseia na existência de limitações e prerrogativas em face do interesse público. Esses princípios devem guardar entre si essa lógica, havendo entre eles, um ponto de coincidência.¹¹

É importante frisar que a Administração Pública pode se submeter tanto ao regime jurídico de direito público quanto ao de direito privado, sendo que esta opção é feita pela Constituição ou por lei. Portanto, conclui-se que à Administração é vedado por ato próprio a escolha de um regime não autorizado em lei, por força do princípio da legalidade.¹² Tal matéria será pormenorizada no capítulo 3 que tratará especificamente das empresas públicas.

¹⁰DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. **Direito Administrativo**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 61.

¹¹ CARVALHO, Mateus. **Manual de Direito Administrativo**. 2. ed. Bahia: JusPODIVM, 2015. p. 55.

¹² DI PIETRO, op. cit., p. 61.

Diante do exposto até agora, entende-se que a conduta do administrador público deve sempre ter por base os privilégios e as restrições impostas, disto decorrem como consequência dois princípios que são a base para os demais, a saber: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público.

Para Mateus Carvalho:

O interesse público é supremo sobre o interesse particular, e todas as condutas estatais têm como finalidade satisfação das necessidades coletivas. Nesse sentido, os interesses da sociedade devem prevalecer diante das necessidades específicas dos indivíduos, havendo a sobreposição das garantias do corpo coletivo, quando em conflito com as necessidades de um cidadão, se analisado isoladamente (...)¹³

Concorrendo com o princípio citado acima, encontramos também a vedação imposta ao administrador de abrir mão do interesse público em sua conduta. Assim, entende-se que é impossível desrespeitar, mesmo que essa pareça ser a opção mais justa no caso concreto, os limites da atuação administrativa.

Cumpre-nos ressaltar que os dois princípios supracitados servem de base para os demais que serão enfrentados a partir de agora.

1.2. Princípios

Inicialmente, cabe-nos ponderar que o rol de princípios citados abaixo não é exaustivo. Citamos principalmente os princípios explícitos na Constituição Federal, e mais abaixo colacionamos alguns ensinamentos sobre o princípio da motivação, tendo em vista que ele é de importância solar para o desenvolvimento deste trabalho de conclusão de curso.

Vivemos sob a égide de um Estado Democrático de Direito, portanto nada mais óbvio de que toda a conduta do administrador público estar vinculada a observância do princípio da legalidade. Em nossas atividades particulares aprendemos desde a mais tenra idade que tudo é permitido fazer se não houver lei que impeça. Todavia, quando se trata de administração pública ao administrador só é permitido praticar

¹³ CARVALHO, Mateus. **Manual de Direito Administrativo**. 2. ed. Bahia: JusPODIVM, 2015. p. 58.

algum ato se houver autorização legal. Esta é a chamada legalidade positiva ou princípio da reserva legal.¹⁴

Para Hely Lopes Meirelles o princípio da legalidade:

(...) significa estar a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa a mandamentos da lei, deles não podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor. Qualquer ação estatal sem o corresponde calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação. Seu campo de ação, como se vê, é bem menor que o do particular. De fato, este pode fazer tudo que a lei permite e tudo que a lei não proíbe; aquela só pode fazer tudo que a lei autoriza e, ainda assim, quando e como a lei autoriza. (...) ¹⁵

Cabe ressaltar que hodiernamente o princípio da legalidade não está vinculado ao simples cumprimento da lei em sentido estrito, ou seja, os agentes públicos devem respeitar a lei e os outros instrumentos normativos existentes na ordem jurídica. Por isso se fala hoje de um princípio da juridicidade.¹⁶

Por sua vez, decorre do princípio da impessoalidade o dever de o Estado atuar de forma a promover os interesses da coletividade. Portanto, condutas que beneficiem ou prejudiquem alguém em especial são consideradas atentatórias a este princípio.

O princípio da impessoalidade estabelece um dever de imparcialidade na defesa do interesse público, impedindo discriminações e privilégios indevidamente dispensados a particulares no exercício da função administrativa.¹⁷

Em outro viés, decorre também deste princípio a necessidade de mostrar para a sociedade que os serviços prestados pelos diferentes órgãos governamentais não devem ser atribuídas a um funcionário ou autoridade específico, mas a entidade pública. É possível extrair tal aplicação do § 1º do artigo 37 da Constituição Federal, *in verbis*:

§ 1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou serviços públicos.¹⁸

¹⁴MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2013.p. 87.

¹⁵MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; EMMANUEL FILHO, José Burle. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros. 2015. p. 61

¹⁶MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 87.

¹⁷ Ibidem, p. 92.

¹⁸BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

Conclui-se, portanto, que o princípio da impessoalidade tem como objetivos impedir dentro da esfera administrativa discriminações por favoritismos, perseguições e vinculação da imagem do agente ao serviço prestado.

Dando continuidade ao estudo dos princípios, é notório que toda a administração pública, os agentes e a administração em si, deve ter sua conduta embasada em princípios éticos, temos portanto o princípio da moralidade. Através do princípio da moralidade podemos criar a figura do “bom administrador”

O princípio da moralidade causa grande discussão na doutrina porque alguns doutrinadores acreditam que ele é um desdobramento do princípio da legalidade. Entretanto o entendimento dominante gira no sentido da autonomia deste princípio. Ademais, pondera-se que legalidade e moralidade não são considerados sinônimos no direito.

Objetivando consubstanciar o princípio da moralidade encontramos no ordenamento jurídico brasileiro diversos dispositivos. Cite-se como exemplo o inciso LXXIII do artigo 5º da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 5º - Qualquer cidadão é parte legítima para propor **ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa**, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;¹⁹**(grifos nossos)**

Vale destacar que a moralidade administrativa diverge da moral comum. Não há uma vinculação entre uma e outra. Agir com moralidade na administração não quer dizer obediência a moral comum.

Noutro giro, conforme definido no art. 2º, parágrafo único, V, da Lei n. 9.784/99, o princípio da publicidade pode ser definido como o dever de divulgação oficial dos atos administrativos. Consagra-se nisto o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos.²⁰

¹⁹BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

²⁰MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28 ed. Ref. ampl. e atual. até a emenda constitucional 67, de 22.12.2010. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 114.

Para Alexandre Mazza, tal princípio encarta-se num contexto geral de livre acesso dos indivíduos a informações de seu interesse e de transparência na atuação administrativa.²¹

O princípio da publicidade está inserido na Carta da República em diversos incisos do artigo 5º. XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; XXXIV: são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal; LXXII: conceder-se-á habeas data: a) 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; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso judicial ou administrativo.²²

Faz-se necessário salientar que, a própria Constituição traz exceções ao princípio da publicidade quando ocorre risco para: a) a segurança do Estado; b) a segurança da sociedade e; c) a intimidade dos envolvidos;

Para a corrente majoritária, encabeçada por Hely Lopes Meirelles, a publicidade é requisito de eficácia e moralidade do ato.²³ Este princípio de extrema importância, pois tem como objetivo, não somente o aspecto de divulgação oficial dos atos administrativos, mas também visa propiciar o conhecimento das condutas dos agentes.

O Princípio da Eficiência foi inserido ao artigo 37da Constituição pela Emenda Constitucional nº 19/98, e tem como objetivos principais economicidade, redução de desperdício, qualidade, rapidez, produtividade e rendimento funcional.²⁴ É conhecido na Itália como o “dever de boa administração”, que impõe à Administração Pública

²¹ MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 117

²²BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

²³MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; EMMANUEL FILHO, José Burle. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros. 2015.p. 98.

²⁴MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2013.p. 121.

direta e indireta a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento.²⁵

Para Di Pietro, o princípio da eficiência pode ser apresentado sob dois aspectos, quais sejam: o modo de atuação do agente público e o modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública. Em ambos, o objetivo maior é alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.²⁶

Ainda falando sobre o princípio da eficiência, cabe lembrar que este não autoriza o administrador a ferir outros princípios para lograr o êxito necessário, portanto, ele deve seguir em conjunto com os demais princípios, sobretudo ao da legalidade.

Conforme citado no começo da explanação sobre os princípios do direito administrativo brasileiro, é salutar lembrar que o Princípio da Motivação é muito importante para o entendimento da problemática desta pesquisa.

A motivação é requisito básico para validade de todo e qualquer ato administrativo. Porém, para entender melhor este princípio é necessário fazer a diferenciação de alguns termos que podem causar confusão. Assim, abaixo recorreremos aos ensinamentos de Alexandre Mazza²⁷ que enumera conceitos que envolvem o dever de motivar, a saber:

- a) Motivação: é a justificativa escrita sobre as razões fáticas e jurídicas que determinaram a prática do ato. Exemplo: na multa de trânsito, o documento de notificação do infrator contém a motivação do ato.
- b) Motivo: é o fato que autoriza a realização do ato administrativo. Exemplo: a infração é o motivo da multa de trânsito.²⁸
- c) Causa: é o nexo de pertinência lógica entre o motivo do ato e o conteúdo, sendo útil para aferir a proporcionalidade da conduta. Exemplo: a demissão de servidor público motivada em faltas justificadas é ato de punição desproporcional e ilegal, tendo em decorrência um defeito de causa.
- d) Móvel: é a intenção declarada pelo agente como justificativa para prática do ato. Exemplo: prefeito que declara interesse público determinado imóvel para construir uma creche diante da inadiável necessidade de atender as crianças carentes do bairro (móvel do decreto).
- e) Intenção real: é a verdadeira razão que conduziu o agente a praticar o ato. Exemplo: decreto expropriatório praticado com a intenção real de perseguição contra o dono. Se a intenção real comprovadamente não coincidir com o móvel (intenção declarada), o ato administrativo pode ser anulado.

²⁵ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 76.

²⁶DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. **Direito Administrativo**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011.p. 85

²⁷MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 125-126

²⁸ O "Motivo" é um dos requisitos do ato administrativo a concepção moderna adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello entende que este constitui pressuposto objetivo atinente a situação fática que autoriza a prática do ato. É requisito discricionário.

No âmbito federal, a Lei 9.784/99 em seu artigo 50, tem a seguinte redação:

Art. 50 Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I – Neguem, limitem ou afetem direito ou interesses;

II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V – decidam recursos administrativos;

VI – decorram de reexame de ofício;

VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.²⁹

No ato administrativo é imprescindível que sejam demonstrados tanto os fundamentos normativos, quanto o embasamento fático que levou a administração a agir de determinado modo. A motivação deve ser anterior ao ato ou contemporânea a este.³⁰

1.3. Atos Administrativos

Existe uma ferrenha discussão na doutrina acerca da definição de ato administrativo. Os diferentes critérios levam em consideração o órgão que pratica o ato e também o tipo da atividade exercida.

Para os adeptos da corrente subjetiva, os atos administrativos são exclusivamente aqueles provenientes dos órgãos administrativos. Portanto, esta corrente exclui o exercício atípico dos poderes legislativo e judiciário. Por outro lado, os entusiastas do critério objetivo, também conhecido como material, definem que ato administrativo pode ser praticado por qualquer um dos poderes, desde que, por óbvio, no exercício de atividade administrativa. Este último é o aceito majoritariamente.

Depois de uma minuciosa análise de todas as características dos atos administrativos, Maria Sylvia Zanella Di Pietro conclui que o ato administrativo é uma

²⁹BRASIL, Lei 9.784 (1999). **Lei 9.784**. Brasília, DF: Senado, 1999.

³⁰MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28 ed. Ref. ampl. e atual. até a emenda constitucional 67, de 22.12.2010. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 77.

declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle do Poder Judiciário.³¹

Tais atos são dotados de atributos que decorrem da supremacia do interesse público sobre o privado. Essas características são o que basicamente os diferenciam dos atos particulares. Dentre outros atributos, citamos principalmente a presunção de legitimidade, imperatividade, autoexecutoriedade e tipicidade.

Dizer que os atos administrativos presumem-se legítimos ou verídicos significa dizer que até prova em contrário, estes são considerados válidos para o Direito, ou seja, que foram executados em conformidade com a lei.³² Alguns autores, dentre eles Maria Sylvia Zanella Di Pietro, entende que as expressões “legitimidade” e “veracidade”, não podem ser tratados como sinônimos. Em seu entendimento, enquanto aquela diz respeito a conformidade do ato com a lei, esta, leva em consideração aos fatos, e em decorrência deste atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela administração.³³

Outro atributo importante do ato administrativo é a imperatividade. Tomando por base que os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância, tal característica é um divisor de águas em comparação com os atos particulares, pois para que seja criada uma obrigação neste último, faz-se necessária a concordância das partes.³⁴

Também de importância solar para o direito administrativo, não poderíamos nos esquecer da autoexecutoriedade. Segundo os ensinamentos de Alexandre Mazza, esta, permite que a Administração Pública realize a execução material dos atos administrativos ou de dispositivos legais, usando a força física se preciso for para desconstituir situação violadora da ordem jurídica.³⁵

Mais adiante, este mesmo autor traz alguns exemplos bem conhecidos:

- a) guinchamento de carro parado em local proibido;
- b) fechamento de restaurante pela vigilância sanitária;
- c) apreensão de mercadorias contrabandeadas;
- d) dispersão de passeata imoral;

³¹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011.p. 198.

³² MAZZA, Alexandre. **Manual deDireito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 209.

³³ DI PIETRO. op. cit., p. 199-200;

³⁴ Ibidem. p. 202.

³⁵ MAZZA, op. cit., p. 212.

- e) demolição de construção irregular em área de manancial;
- f) requisição de escada particular para combater incêndio;
- g) interdição de estabelecimento comercial irregular;
- h) destruição de alimentos deteriorados expostos a venda;
- i) confisco de medicamentos necessários para a população, em situação de calamidade pública.³⁶

Por fim, vinculado ao princípio da legalidade encontramos a tipicidade que, obriga que o ato administrativo observe o que está previsto em lei. Para os particulares em geral, é possível fazer tudo desde que tal ação não seja vedada pela lei. Todavia, quando se trata de ato administrativo, este deve corresponder as figuras definidas previamente pela lei como aptas a produzir determinados resultados. Para cada finalidade que a Administração pretende alcançar existe um ato definido em lei.³⁷

1.3.1. Fases de constituição do ato administrativo

Os atos administrativos estão sujeitos a três planos lógicos para sua formação, quais sejam: existência, validade e eficácia.

Tomando por base a proposta deste trabalho de conclusão de curso, por ora, cabe-nos fixar no conceito da validade tendo em vista que ela interfere diretamente no objeto de estudo.

Para Mateus Carvalho a validade do ato administrativo é aferida quando todas as etapas realizadas estiverem de acordo com a lei. Portanto, ato válido é aquele que foi criado de acordo com as regras previamente estabelecidas na legislação pertinente.³⁸

Deste conceito é possível extrair o entendimento que orbita em todo o direito administrativo, aquele que diz que no caso de inexistência de preceito legal não pode haver atuação administrativa.

³⁶ MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 212.

³⁷ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanela. **Direito Administrativo**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 203.

³⁸ CARVALHO, Mateus. **Manual de Direito Administrativo**. 2. ed. Bahia: JusPODIVM, 2015. p. 269.

1.3.2. Nulidade, anulação e convalidação dos atos administrativos

Como o objeto deste estudo está intimamente ligado as questões que envolvem os atos administrativos, faz-se necessário ponderar que a divisão destes em fases é necessária para aferirmos se existem vícios em sua constituição.

Grande parte da doutrina defende que a invalidação ou anulação do ato administrativo provem da dissonância entre conduta com e o ordenamento administrativista. Os atos expedidos em desconformidade com a lei podem ser: atos inexistentes, nulos, anuláveis e irregulares.³⁹ Todavia, definiremos abaixo aqueles que são mais relevantes para o objeto de estudo, a saber: os atos nulos e os atos anuláveis.

Segundo Mateus Carvalho:⁴⁰

Atos nulos são aqueles declarados em lei como tais. Com efeito, a nulidade decorre do desrespeito à lei em algum de seus requisitos, ensejando a impossibilidade de convalidação, por não admitirem conserto. Sua retirada produz efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativos, ensejando a retirada do ato desde a sua origem, a despeito das garantias dos beneficiados pela conduta estatal viciada.

Os atos anuláveis são aqueles que possuem vícios que admitem conserto, não obstante tenham sido praticados em desacordo com a legislação aplicável. Em tais casos, por se tratar a ilegalidade presente no ato de vício sanável, ele pode ser convalidado, passando a produzir efeitos normalmente.

Por fim, conforme observamos nos conceitos citados acima, os atos nulos não são passíveis de convalidação enquanto os anuláveis o são.

Entende-se por convalidação ou saneamento o ato administrativo pelo qual é suprido o vício existente em um ato ilegal.⁴¹ Para que ocorra a convalidação é necessário que o vício seja sanável e além disso não cause prejuízo a terceiros ou a administração.

³⁹CARVALHO, Mateus. **Manual de Direito Administrativo**. 2. ed. Bahia: JusPODIVM, 2015. p. 287-288.

⁴⁰ Ibidem, 287-288

⁴¹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. **Direito Administrativo**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 248.

1.4. Administração indireta

O Estado é o responsável pela prestação dos mais diversos serviços públicos e, pode executar essas atividades diretamente pelos entes federativos ou indiretamente por meio da conhecida administração indireta. No primeiro caso há um concentração das atividades e a responsabilidade pode ser da União dos Estados ou dos Municípios, é a chamada centralização. Por sua vez, quando a Administração Pública leva aos cidadãos os serviços públicos indiretamente, por meio das diferentes entidades, estamos diante da descentralização, ou seja, da administração pública indireta.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera que:

A descentralização administrativa ocorre quando as atribuições que os entes descentralizados exercem só têm o valor jurídico que lhes empresta o ente central; suas atribuições não decorrem, com força própria, da Constituição, mas do poder central. É o tipo de descentralização própria dos Estados unitários, em que há um centro único de poder, do qual se destacam, com relação de subordinação, os poderes das pessoas jurídicas locais.⁴²

O Estado não é capaz de prestar diretamente todos os serviços necessários às mais variadas demandas da sociedade, sendo assim, o exerce de forma indireta por meio de algumas entidades descentralizadas que são pessoas jurídicas autônomas com natureza de direito público ou de direito privado.

Dentre as de direito público temos as autarquias, as fundações, as agências reguladoras e as associações públicas. Noutro giro, as entidades de direito privado são as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações governamentais. O foco principal deste trabalho será fixado nas empresas públicas, tomando por base a problemática a ser discutida. Portanto, mais à frente separamos um tópico específico para conceituar e discutir as características de tal entidade.

⁴²DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 421

1.5. Empresas Públicas

As empresas públicas são consideradas espécie do gênero empresas estatais, levando em consideração que as sociedades de economia mista também são empresas estatais.

Tais empresas fazem parte da administração indireta e, atualmente, podem ser destinadas a fins econômicos ou de prestação de serviços públicos. Edimir Netto de Araújo faz um paralelo bastante salutar que diz respeito da tendência atual da administração utilizar métodos da administração empresarial. Em suas palavras:

Constata-se que nas últimas décadas, buscando-se a racionalização dos serviços públicos através da adoção de métodos usuais da administração empresarial, verificou-se uma tendência de, nos serviços autárquicos, perseguir-se a transformação, ou ao menos a aproximação do modelo empresarial, e também uma ampliação dos objetivos das empresas estatais, para abranger fins antes característicos dos entes autárquicos, o que acabou resultando em modelos de convergência, especialmente para prestação de serviços públicos. (...) utilizando o instrumento “empresa”, o Estado brasileiro (e suas entidades federativas) pode desempenhar “atividades econômicas” ou “serviços públicos” (...) ⁴³

Infere-se portanto que a utilização da designação “empresa” não traz à tona um entendimento exclusivamente econômico, mas também de prestação de serviços.

As empresas públicas são pessoas jurídicas de direito privado que seguem regime misto, haja vista não gozarem de prerrogativas inerentes ao Estado, submetendo-se, entretanto, às limitações do Estado que decorrem dos princípios administrativos. Portanto São criadas por lei específica, podendo se revestir de qualquer forma societária admitida no direito, sendo possível até mesmo na forma de sociedade unipessoal, com capital integralmente público sem a participação de particulares.

Alguns autores quando se referem as normas aplicadas às empresa públicas tendem a dizer que uma importante característica aplicada a ela é o regime híbrido. Isso porque ora elas se sujeitam às normas de direito público, ora às normas de direito privado. Como exemplos da primeira, podemos citar a obrigatoriedade de licitação e a necessidade de concurso público. Por sua vez as empresas públicas

⁴³ARAÚJO, Edimir Netto. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 p. 219.

estão sujeitas às normas de direito privado quando por exemplo há inexistência de vantagens fiscais ou processuais.

Por fim, cabe comentar que é autorizada a criação de empresas públicas por qualquer ente da federação, desde que, por óbvio, tenha lei específica autorizando. Trazemos a frente, a título de exemplo, algumas empresas públicas e o ente instituidor. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) – União; MGS – Administração e Serviços S.A. – Estado de Minas Gerais; SP- Urbanismo – Município de São Paulo.

1.6. Agentes Públicos

O termo agente público é gênero que tem como espécies: servidores públicos em sentido amplo, agentes políticos, servidores públicos em sentido estrito ou estatutários, os contratados por tempo determinado e os empregados públicos.

O doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello define que:

Quem quer que desempenhe funções estatais, enquanto as exercita, é um agente público. Por isto, a noção abarca tanto o Chefe do Poder Executivo (em quaisquer das esferas) como os senadores, deputados, vereadores, os ocupantes de cargos ou empregos públicos da Administração direta dos três Poderes, os servidores das autarquias, das fundações governamentais, das empresas públicas e sociedades de economia mista nas distintas órbitas de governo, os concessionários e permissionários de serviço público, os delegados de função ou ofício público, os requisitados, os contratados sob locação civil de serviços e os gestores de negócios públicos.⁴⁴

Apesar de encontramos essa vasta gama de agentes públicos, a Constituição Federal estabelece dois regimes principais de contratação para os serviço público: o estatutário, ou de cargo público, e o celetista, ou de emprego público. Não desprezamos a importância dos outros agentes, mas esse será o nosso foco no próximo tópico.

⁴⁴MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28 ed. Ref. ampl. e atual. até a emenda constitucional 67, de 22.12.2010. São Paulo: Malheiros, 2010.p. 245

1.7. Servidores Públicos Estatutários e Empregados Públicos

A princípio, cabe-nos ponderar que, dependendo do doutrinador, encontramos designações diferentes, para tais agentes públicos. Encontramos na doutrina as expressões “funcionário público”, “servidor público”, “empregado público”, “agente público”, “servidor estatutário”, “servidor celetista” e outras. Entretanto, neste trabalho, quando nos referirmos aos funcionários regidos pelo regime estatutário, utilizaremos a expressão “servidor estatutário” e, por sua vez, designaremos “empregados públicos” aqueles agentes públicos regidos pela CLT.

Segundo Alexandre Mazza o regime estatutário é o regime comum de contratação de agentes pela Administração Direta e também pelas pessoas jurídicas de direito público da Administração indireta. Os servidores estatutários ingressam na Administração pública por meio de concurso de provas ou de provas e títulos, portanto, sua vinculação é estatutária e não contratual.⁴⁵

Segundo preceito constitucional, aos servidores estatutários é assegurada a estabilidade após o cumprimento de estágio probatório de 3 anos. Durante este período é feita uma avaliação periódica do servidor. Neste sentido assevera Alexandre Mazza:

O regime de cargo público é mais vantajoso e protetivo para o agente do que o do empregado público. Isso porque o regime de cargo foi concebido pra garantir maior estabilidade no exercício das funções públicas, protegendo o servidor contra influências partidárias e pressões políticas provocadas pela constante alternância na cúpula diretiva do Estado.

A principal vantagem conferida aos estatutários é a estabilidade adquirida após o estágio probatório. Essa estabilidade consiste na impossibilidade de perda do cargo, a não ser nas hipóteses constitucionalmente previstas. Segundo o artigo 41, § 1º da Constituição Federal, o servidor estável só perderá o cargo por: a) sentença judicial transitada em julgado; b) processo administrativo disciplinar; c) avaliação periódica de desempenho. Além dessa três formas, é possível ser decretada a perda do cargo também para redução de despesas com pessoal.⁴⁶

É importante ressaltar que aos servidores estatutários estão garantidos os direitos previstos no artigo 39, § 3º da Constituição Federal. A eles também, a Carta Magna impõe algumas restrições, como exemplos podemos citar: vedação de

⁴⁵MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 487.

⁴⁶ Ibidem, p. 487.

acumulação remunerada de cargos públicos, teto remuneratório, podem ser responsabilizados por atos de improbidade administrativa e outros.

Por sua vez, os empregados públicos ingressam por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos para ocupar empregos públicos, tendo uma vinculação contratual com o Estado regida pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.⁴⁷

Como sua vinculação com a Administração pública é contratual, este regime é menos protetivo. Após a posse, os empregados públicos não têm estágio probatório, mas se sujeitam ao período de experiência com duração de noventa dias, previsto no art. 455, parágrafo único, da CLT.⁴⁸

Porém, existem várias características que assemelham os empregados públicos dos servidores públicos. Mateus Carvalho defende que não obstante sejam regulados por vínculo de emprego e estejam vinculados a entidades com personalidade jurídica de direito privado, estes agentes se submetem a algumas restrições aplicadas aos servidores públicos em geral. São proibidos de acumularem seus empregos com outros cargos ou empregos públicos, salvo as exceções constitucionalmente admitidas, são considerados agentes públicos para fins de responsabilização por atos de improbidade administrativa seus atos se submetem a correção e controle judicial, por meio dos remédios constitucionais, devem se submeter a concurso público de provas ou de provas e títulos para celebração de contrato de emprego e, conseqüente, criação de vínculo com o poder público, nos moldes estipulados pelo art. 37, II da Constituição Federal, seus salários estão submetidos ao limite constitucional aplicado aos servidores públicos em geral. Por fim, a despeito de se submeterem a determinadas regras públicas, o regime aplicado a estes servidores é de emprego, portanto se submetem a regime geral de previdência social, entre outras normas de direito privado a eles aplicáveis.⁴⁹

Conclui-se, portanto, que apesar de existirem diferenças entre os servidores estatutários e os empregados públicos, há características que os aproximam, tornando-os bastante semelhantes.

⁴⁷MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 487.

⁴⁸Ibidem, p. 488.

⁴⁹CARVALHO, Mateus. **Manual de Direito Administrativo**. 2. ed. Bahia: JusPODIVM, 2015. p. 762.

CAPÍTULO II - CONTRATAÇÃO E DEMISSÃO

2.1. A contratação no direito privado

Inicialmente, é importante ponderar que a expressão “contratação no direito privado”, denota as contratações feitas por empregadores de diferentes ramos privados, exclui-se, portanto, as contratações das sociedades de economia mista e empresas públicas, tendo em vista que apesar de se aplicar a estas muitas normas de direito privado, em grande parte seguem o direito público.

Feitas as devidas considerações, recorreremos a CLT e a doutrina para conceituar e caracterizar os contratos de trabalho regidos por este diploma e pela Constituição Federal.

O artigo 443 da CLT tem a seguinte redação:

Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

Infere-se com o dispositivo supracitado que há uma liberdade para a formação do contrato de trabalho regido por tal diploma. Entende-se também que, o contrato já pode nascer com um termo final pré-estabelecido ou por tempo indeterminado.

Todavia, segundo Maurício Godinho Delgado a definição expressa no artigo 443 da CLT não observa, a melhor técnica de construção de definições. Para ele:

Na caracterização do contrato de trabalho pode-se indicar um significativo grupo de elementos relevantes. Trata-se de um pacto de Direito Privado, em primeiro lugar. É contrato sinalagmático, além de consensual, e celebra-se *intuito personae* quanto ao empregado. É ele, ainda, pacto de trato sucessivo e de atividade. Finalmente, é contrato oneroso, dotado também de alteridade, podendo, além disso, ser acompanhado de outros contratos acessórios.⁵⁰

Diante da explanação do autor concluímos por uma caracterização bastante civilista no que tange aos contratos de trabalho. Ademais, sendo este um negócio jurídico, requer para sua validade, cumprir os requisitos essenciais encontrados nos

⁵⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 544-546.

artigos 104, 138 e seguintes do Código Civil, a saber: agente capaz; objeto lícito, possível e determinado; forma prescrita ou não defesa em lei; consentimento; ausência de vícios sociais e; causa.

O caput do artigo 443 da CLT, citado anterior, mostra a ideia que os contratos podem ser por prazo indeterminado ou determinado.

O contrato por prazo indeterminado é regra nos pactos empregatícios, e é caracterizado por não possuir um termo temporal extintivo, mantendo-se, assim, indeterminadamente no tempo. Para se ter uma ideia, em decorrência do princípio da continuidade da relação de emprego e da norma mais favorável, o ônus de prova do término do contrato de trabalho é do empregador, este é o conteúdo da Súmula 212 do TST.

Por sua vez, entende-se da redação do § 1º do artigo 443 do Estatuto Celetista que o contrato por tempo determinado pode depender de termo prefixado, da execução de serviços especificados ou da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada.

Mais à frente, o §2º do artigo citado acima, tem em sua redação que o contrato por prazo determinado só será válido em casos determinados. Vólia Bomfim Cassar defende que a legislação brasileira firmou como regra a limitação à liberdade de contratar por prazo determinado, permitindo-a apenas nos casos autorizados em lei, sendo insuficiente a vontade das partes para validade da cláusula de duração determinada, pois o § 2º o art. 443 da CLT só admite para: serviço de natureza transitória; atividade empresarial transitória e; contrato de experiência.⁵¹

Existem muitos outros pontos que envolvem os contratos de trabalho, todavia, o que nos cabe é discutir a sua formação e sua extinção para traçarmos paralelos com o direito público. Neste primeiro momento nos fixamos na sua formação e mais adiante da sua extinção.

⁵¹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2015. p. 591-595

2.2. A contratação no direito público

Na Administração Pública não encontramos a liberdade para contratar como nas empresas privadas. Respeitados os casos excepcionais, via de regra, a contratação em toda administração pública direta e indireta requer prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargos em comissão. Este é preceito constitucional presente no artigo 37 da Constituição de 1988.

Além do concurso público e também dos cargos em comissão, o próprio texto constitucional no inciso IX do artigo citado acima ressalva que, é possível ingressar nos quadros da administração por meio de contratação por necessidade temporária e excepcional interesse público.

Por fim, cabe reiterar que toda a administração pública está sujeita ao cumprimento do que está previsto no artigo 37 da Constituição, portanto, as empresas públicas e as sociedades de economia mista apesar de não gozarem de certos privilégios da administração direta, estão obrigadas a observar as regras para ingresso em seus quadros.

2.2.1. Do concurso público e das exceções

A administração pública em todos os seus atos, deve observar os princípios da impessoalidade, moralidade, isonomia e outros. A obrigatória realização de concurso público para ingresso nos quadros da administração, nada mais é do que o cumprimento destes três princípios. Mateus Carvalho defende que:

O requisito básico para garantia da impessoalidade, moralidade e isonomia no acesso a cargos públicos é a realização de concurso público, de provas ou de provas e títulos, uma vez que os critérios de seleção são objetivos, não admitindo quaisquer espécies de favoritismos ou discriminações indevidas.⁵²

Por se tratar de cargo público a administração não pode utilizar de favoritismos para contratar, os requisitos para contratação devem estar bem

⁵² CARVALHO, Mateus. **Manual de Direito Administrativo**. 2. ed. Bahia: JusPODIVM, 2015. p. 774

explícitos e se embasarem nas normas. Além disso, o acesso deve ser isonômico, ou seja, não havendo distinção de pessoas que se encontram na mesma situação.

O concurso público é uma disputa, um procedimento prático-jurídico posto à disposição da Administração Pública, para seleção do futuro melhor servidor, necessário à execução de serviços de sua responsabilidade. É considerado também, um procedimento complexo, porque nem todos que alcançam o mínimo para a aprovação são considerados aptos para a função pública.

Neste sentido advoga Diógenes Gasparini:

O concursando deve demonstrar suficiência, estar entre os classificados e em correspondência com as vagas abertas. Só assim estará em condições de ser nomeado e apenas isso. Nenhum direito subjetivo tem à nomeação, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial tradicional, salvo se dentro do prazo de validade do concurso a Administração Pública preterir, por qualquer modo, os aprovados e classificados. Não obstante o referido princípio da competitividade, não se anula o concurso se somente um candidato dele participar e lograr aprovação. Pelo concurso afastam-se os inábeis e os indicados por figuras proeminentes do mundo administrativo, social e político e prestigiam-se os mais aptos dos interesses da Administração Pública. Pelo concurso concretiza-se o princípio da igualdade. De sorte que não se pode outorgar vantagens a quem quer que seja, sob pena de violação desse princípio, salvo se a própria Lei Maior o permitir, como ocorre com o § 1º do artigo 19 do ADCT da Constituição Federal.⁵³

É possível também concluir através de uma análise do artigo 37 da Constituição algumas características importantes do concurso público. Seu prazo é de no máximo 2 anos prorrogável por igual período, ou seja, caso no edital esteja previsto que a validade do concurso será de 6 meses, por exemplo, em caso de prorrogação deverá ser de mais 6 meses.⁵⁴ O prazo de validade deve ser contado a partir da homologação do concurso.⁵⁵

Outra característica importante está disposta no inciso IV do artigo supracitado e, diz respeito ao fato de que se por ventura durante o prazo de validade de concurso previsto no edital for aberto novo concurso, aqueles aprovados no primeiro deverão ser convocados prioritariamente sobre os novos concursandos.⁵⁶

⁵³GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p.231-232.

⁵⁴BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁵⁵MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 494

⁵⁶BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

Cumpra ressaltar que, conforme decisões recentes o candidato aprovado dentro do número de vagas anunciadas no edital, tem direito líquido e certo à nomeação.⁵⁷

Noutro giro encontramos no texto constitucional outras formas de ingresso na Administração Pública. A primeira delas são os cargos em comissão, ocupados para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento. Nestas funções não há de se falar em estabilidade, são cargos de livre nomeação e livre exoneração.⁵⁸

Há ainda a possibilidade de contratação temporária de servidores para prestação de serviços de excepcional interesse público. Sendo assim, a Constituição não faz a exigência de concurso público para o ingresso. Por tratar-se de situação excepcional, transitória e pela necessidade de se atender uma situação urgente, a realização do procedimento seletivo poderia trazer prejuízos aos interesses da Administração.⁵⁹

Diogenes Gasparini cita uma outra forma de contratação de agentes públicos, o processo seletivo público. A lei n. 11.350/2006 regulamentou o § 5º do art.198 da Constituição e em seu art. 9º dispõe que:

A contratação de agentes comunitários de saúde e de agentes de combate a endemias deverá ser precedida de processo seletivo público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para o exercício das atividades, que atenda aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.⁶⁰

O mesmo autor citado defende que o processo seletivo difere do concurso público, por ser menos demorada a sua execução e menos burocratizada, contudo, sem negligenciar do atendimento ao princípio da igualdade e da necessidade de selecionar os melhores candidatos para a execução dos serviços almejados.⁶¹

⁵⁷ MAZZA, op. cit., p. 494.

⁵⁸BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁵⁹ CARVALHO, Mateus. **Manual de Direito Administrativo**. 2. ed. Bahia: JusPODIVM, 2015. p. 775.

⁶⁰GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 237

⁶¹ Ibidem, p. 238

2.3. Extinção do contrato de trabalho no direito privado

Os contratos de trabalho conforme disposição da CLT podem extinguir-se por diversos motivos, entretanto, o presente tópico se encarregará apenas das dispensas mais relevantes para a proposta desta pesquisa. Serão abordadas a dispensa sem justa causa e a dispensa por justa causa obreira. Apenas como ilustração, ponderamos que além destas, são modalidades de extinção contratual: o término antecipado de contrato a termo, a rescisão por culpa recíproca, a rescisão indireta e outros.

Iniciaremos pormenorizando as características da dispensa sem justa causa. A princípio, caber ressaltar que a terminologia varia de doutrinador para doutrinador. Maurício Godinho Delgado,⁶² utiliza o termo “despedida injusta”. Por seu turno, Vólia Bomfim Cassar⁶³ prefere a denominação “dispensa sem justa causa”. Utilizaremos esta última.

Para a referida autora, a dispensa sem justa causa é a declaração unilateral constitutiva (negativa) e receptiva de vontade, feita pelo empregador ao empregado, no sentido de romper o contrato sem um justo motivo.⁶⁴ A questão de ser uma dispensa sem motivo significa que é irrelevante para o direito essa motivação, não necessitando ser explicitada, é a denúncia vazia do contrato.⁶⁵

Quanto a natureza jurídica das despedida imotivada Vólia Bomfim Cassar, pondera:

A despedida é um direito potestativo, isto é, uma faculdade jurídica que depende unicamente da vontade do denunciante. Emitida a declaração de vontade ela se aperfeiçoa quando chegar ao destinatário, independentemente da aceitação ou não do trabalhador notificado.⁶⁶

É importante notarmos que na dispensa sem justa causa o empregador é investido de autonomia para agir. Não é necessária a demonstração de nenhuma falta cometida pelo empregado. Na dispensa há a mesma liberdade encontrada para contratar, respeitadas por óbvio a normas trabalhistas, o empregador está livre para

⁶² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 1255.

⁶³ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2015. p. 1022

⁶⁴ Ibidem, p. 1023.

⁶⁵ DELGADO, op. cit., p. 1251.

⁶⁶ CASSAR. op. cit., p. 1022.

contratar sem ter que demonstrar para o Estado que sua empresa precisa de empregados. Vale ressaltar que em alguns países a dispensa do empregado por ato do empregador deve estar lastreada em motivo considerado consistente, ainda que esse motivo não consubstancia infração cometida pelo obreiro.⁶⁷

Existem requisitos que devem ser observados para a validade da dispensa sem justa causa, sendo assim, Vólia Bomfim Cassar entende que:

Para a validade da dispensa é necessário o preenchimento de alguns requisitos: declaração de vontade receptícia; capacidade do empregador e do empregado; legitimidade de quem emite a declaração; e a homologação do recibo de quitação do pedido de demissão, no órgão competente, para os contratos com mais de um anos de vigência – art. 477, § 1º, da CLT.⁶⁸

Até este ponto notamos uma certa injustiça se considerarmos unicamente o lado do obreiro, sabendo que o empregador goza de tamanhas prerrogativas. Porém, é mandamento Constitucional a proteção ao trabalhador no caso de dispensa sem justa causa. Assim, o legislador constitucional e também o infraconstitucional criaram dispositivos extremamente onerosos para que o empregador dispense imotivadamente.

A dispensa sem justa causa propicia o pagamento do maior número de parcelas rescisórias entre os diversos tipos de término contratual regulados pelo Direito do Trabalho. O empregador deve arcar com parcelas inerentes ao aviso-prévio, férias proporcionais acrescidas de 1/3, 13º salário proporcional, liberação de depósitos do Fundo de Garantia, com acréscimo de 40% e, de acordo com o caso outras indenizações.⁶⁹

Entretanto, há casos em que a liberdade do empregador para dispensar é restringida por certas limitações legais. Alguns empregados gozam de certa estabilidade temporal e somente podem ser dispensados por justa causa.

Maurício Godinho Delgado trata estas limitações como “Causas Restritivas” e as divide em três grupos principais: as situações de estabilidade no emprego, as garantias provisórias de emprego e as situações de interrupção e suspensão contratuais.⁷⁰

⁶⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 1247.

⁶⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2015. p. 1024.

⁶⁹ DELGADO. op. cit., p.1256.

⁷⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 1257.

Quanto as situações de estabilidade cite-se a velha estabilidade celetista prevista no artigo 492 da CLT que, veda a dispensa arbitraria dos trabalhadores que alcançaram mais de 10 anos e 1 dia de tempo de serviço. Todavia, com o advento da Constituição de 1988, essa limitação somente favorece antigos empregados, cujo direito adquirido remonta ao período anterior a atual Constituição.⁷¹

Como exemplo de garantias provisórias de emprego, podemos citar a estabilidade do dirigente sindical e também a de seu suplente que desde o registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação sindical até um ano após o final do mandato não pode ser dispensado sem justa causa.⁷²

Ressaltamos por fim, um exemplo de garantia provisória de emprego trazido pela legislação previdenciária. O artigo 118 da Lei 8.213/91 assevera que o empregado que sofreu acidente de trabalho somente pode ser dispensado sem justa causa após 12 meses do retorno ao trabalho.⁷³

Feitas as considerações a respeito da dispensa sem justa causa, analisaremos as características da dispensa por justa causa.

Estão previstos no artigo 482 da CLT os motivos em que o empregado pode ser demitido por justa causa. São eles: ato de improbidade; incontinência de conduta ou mau procedimento; 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; condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena; desídia no desempenho das respectivas funções; embriaguez habitual ou em serviço; violação de segredo da empresa; ato de indisciplina ou de insubordinação; abandono de emprego; 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; 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; prática constante de jogos de azar e;

⁷¹Ibidem, p. 1257-1259

⁷²BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁷³BRASIL, Lei 8.213 (1991). **Lei 8.213**. Brasília, DF: Senado, 1991.

prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional.⁷⁴

Não temos a pretensão de pormenorizar cada uma destas causas, mas abaixo elucidaremos aquelas mais relevantes e que causam maior dificuldade na interpretação cotidiana.

A incontinência de conduta é caracterizada quando o empregado comete atos inconvenientes aos hábitos e costumes, desrespeito aos colegas de trabalho, pornografia e obscenidade são alguns exemplos.⁷⁵

Uma peculiaridade importante da condenação criminal é que esta deve ter transitado em julgado, para que o empregado possa ser demitido por justa causa.⁷⁶

Entende-se por conduta desidiosa as faltas leves, porém uma única falta pode ser considerada atitude desidiosa e, conseqüentemente ensejar a despedida do empregado. Sem ser exaustivo citamos como exemplos as faltas injustificadas, os atrasos frequentes e a baixa produção.

Apesar de parecerem sinônimas, a insubordinação e a indisciplina são diferentes. Enquanto naquela o empregado desobedece uma ordem específica do empregador, seja verbal ou escrita, a indisciplina acontece por descumprimento de norma geral.⁷⁷

Maurício Godinho Delgado define a dispensa sem justa causa como:

...motivo relevante, previsto legalmente, que autoriza a resolução do contrato de trabalho por culpa do sujeito comitente da infração – no caso, o empregado. Trata-se pois, da conduta tipificada em lei que autoriza a resolução do contrato de trabalho por culpa do trabalhador.⁷⁸

Ressalte-se, contudo, que a CLT prevê que até mesmo os empregados que gozam de estabilidade podem ser demitidos por justa causa, cumprindo o empregador, todavia, o rito disposto no artigo 494, *in verbis*: 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.⁷⁹

⁷⁴ BRASIL, Decreto Lei 5.452 (1943). **Decreto Lei 5.452**. Brasília, DF: Senado, 1943.

⁷⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 1294

⁷⁶ Ibidem, p. 1296.

⁷⁷ Ibidem, p. 1299.

⁷⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011 p. 1.285.

⁷⁹ BRASIL, Decreto Lei 5.452 (1943). **Decreto Lei 5.452**. Brasília, DF: Senado, 1943.

Na prática, se o empregado estável comete alguma falta que enseje sua despedida por justa causa, primeiramente ele deve ser suspenso de suas funções e, no prazo de 30 dias contatos da suspensão o empregador tem que apresentar reclamação na Vara do Trabalho para apuração da falta.⁸⁰

Sendo tão graves os motivos que ensejam a despedida por justa causa e, levando em consideração que a dispensa do empregado, caso a falta não fosse cometida, não seria a vontade do empregador, concluímos que o estado não pode onerar a firma para despedir.

Cumpre ressaltar, portanto, conforme a doutrina de Maurício Godinho Delgado:

A mais severa das penas aplicáveis ao obreiro é a dispensa por justa causa. Enfocada por diversos preceitos celetistas, a penalidade conduz à extinção do contrato sob ônus do trabalhador faltoso. Com isso, a pena não somente autoriza o descumprimento do princípio trabalhista geral da continuidade da relação de emprego, como extingue o pacto, negando ao trabalhador quaisquer das verbas rescisórias previstas em outras modalidades de rompimento do contrato. De par com tudo, lança indissimulável mácula na vida profissional do trabalhador (embora tal mácula não possa ser referida nas anotações da CTPS obreira).⁸¹

Neste tipo de dispensa o empregado somente recebe de verbas rescisórias o saldo de salário e férias vencidas acrescidas de 1/3.

2.4. Perda do cargo na Administração Pública direta, autárquica e fundacional pública

Variados são os fatores que levam a perda do cargo de um servidor público. Diogenes Gasparini faz um excelente classificação de todas as causas de extinção do vínculo do servidor. Para o referido autor temos causas por atos administrativos, fatos naturais e sentença.

A extinção do vínculo por ato administrativo pode ser de ofício ou a pedido do servidor. Ocorre de ofício nos casos de demissão, exoneração, revogação do

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011. p.1.311.

provimento ou redução de despesas e, a pedido do servidor, por aposentadoria ou vontade deste.⁸²

Extinção por idade-limite atingida, morte ou invalidez são causas naturais de afastamento. Por fim, temos também demissão por sentença judicial transitada em julgada.⁸³

Alguns destes motivos podem ser encontrados no texto constitucional, mais precisamente no §1º do artigo 41 e no artigo 169.

O primeiro motivo trazido pela Carta Magna é a sentença judicial transitada em julgado. Neste caso ocorre a demissão do servidor por sentença judicial. Geralmente a sentença não vem tratar diretamente da perda do cargo, mas a medida ocorre como um pena acessória a principal, como por exemplo nas condenações por improbidade administrativa. Nesta situação a extinção do vínculo é automática, embora devam ser realizadas as devidas anotações no prontuário do servidor e solucionados todos os seus direitos e obrigações.⁸⁴

Ressalta-se contudo, que na demissão proveniente de sentença judicial a Constituição é pontual ao ponderar que a sentença deve ter transitado em julgado, portanto, não é possível a exclusão do servidor se a decisão está pendente de recurso.

Outro motivo de perda de cargo está presente no inciso II da Constituição, *in verbis*: “mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa.”

Por ser considerado um ato administrativo, conforme exposto anteriormente, no ato de demissão a administração deve demonstrar os motivos que a fez tomar atitude tão drástica e, durante este processo o empregado deve ter a oportunidade de apresentar sua defesa.⁸⁵

⁸² GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2010p. 302.

⁸³ Ibidem, p. 302.

⁸⁴ Ibidem, p. 307.

⁸⁵ CARVALHO, Mateus. **Manual de Direito Administrativo**. 2. ed. Bahia: JusPODIVM, 2015. p. 807.

Uma terceira forma de perda de cargo de servidor público estável é a avaliação periódica de desempenho, porém, antes de trazer as características deste motivo, é necessário fazer algumas diferenciações, tendo em vista que esta avaliação difere daquela que é executada durante o estágio probatório.

Não é novidade que para o ingresso em cargos públicos é necessária a prévia aprovação em concurso público. Depois de nomeado e de entrar em exercício, no caso do regime estatutário, o funcionário passa por um período em que é avaliado, o conhecido estágio probatório.

A lei que rege o funcionalismo público federal, Lei 8.112/90, preconiza em seu texto que o estágio probatório tem duração de 2 anos, todavia, adotamos o preceito esculpido do caput do artigo 41 da Constituição, ou seja, a estabilidade se dá com 3 anos. Para Mateus Carvalho o estágio probatório é:

...fase na qual o servidor público está sendo avaliado, entro da execução da atividade pública, com a intenção de se verificar se possui aptidão para o exercício daquelas funções para as quais foi designado, analisando-se aspectos como a sua aptidão e capacidade para o desempenho do cargo, observados os fatores de assiduidade, disciplina, capacidade de iniciativa, produtividade e responsabilidade, necessários à garantia de eficiência na prestação da atividade pública pelo órgão.⁸⁶

Feitas as devidas considerações, notamos que, adquirida a estabilidade, ou seja, findo o período probatório, o inciso III do artigo 41 da Constituição prevê que o servidor pode ser demitido mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho. Essa avaliação é considerada norma de eficácia limitada por depender de regulamentação, mas é certo que o texto legal deverá assegurar ao funcionário o contraditório e a ampla defesa.⁸⁷

Outra causa importante de perda de cargo público está prevista no artigo 169 da Constituição. Este dispositivo prevê que se porventura a despesa com pessoal dos entes federativos exceder os limites estabelecidos em lei complementar este podem adotar determinadas medidas. Consta no referido artigo:

^{3º} Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no caput, a União, os

⁸⁶ Ibidem, p. 809.

⁸⁷ CARVALHO, Mateus. **Manual de Direito Administrativo**. 2. ed. Bahia: JusPODIVM, 2015. p. 807.

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.

§ 5º O servidor que perder o cargo na forma do parágrafo anterior fará jus a indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço.⁸⁸

Foram enumeradas até este ponto as situações mais relevantes para a proposta ora em estudo, mas existem dois conceitos, a demissão e a exoneração, que serão tratados adiante.

A exoneração é o desligamento do servidor público sem caráter punitivo e, pode ocorrer tanto por vontade da administração quanto do servidor. Por sua vez a demissão do servidor estável pertencente a Administração Pública direta, autárquica ou fundacional, é um ato punitivo e exige processo administrativo ou judicial para a apuração da falta cometida. Tal ato deve ser motivado sob pena de invalidação.⁸⁹ Portanto, a demissão é a saída punitiva compulsória decorrente de uma decisão administrativa ou judicial, fundada em alguma infração funcional cometida pelo servidor.⁹⁰

2.5. Do Processo Administrativo Disciplinar

O processo administrativo é considerado um dos mais importantes instrumentos para garantia dos administrados ante a prerrogativas públicas e, é um sucessão de atos administrativos que tendem a um resultado final conclusivo.⁹¹

Nesta mesma perspectiva Maria Sylvia Zanella de Pietro considera que o processo administrativo é uma série de atos coordenados para realização de fins

⁸⁸BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁸⁹ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2010p. 303.

⁹⁰ MAZZA, Alexandre. **Manual deDireito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 507.

⁹¹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28 ed. Ref. ampl. e atual. até a emenda constitucional 67, de 22.12.2010. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 490-491.

estatais. Divergindo de Celso Antônio Bandeira de Mello, a referida doutrinadora considera que processo e procedimento não são sinônimos. Enquanto este é o conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativos, é um rito uma forma de proceder, o processo administrativo é o instrumento indispensável para o exercício de função administração, tudo o que a administração faz fica documentado em um processo.⁹²

Como se vê, o conceito de processo administrativo não está restrito ao processo disciplinar, mas engloba todos atos executados pela administração para a realização de sua finalidade. Pode designar um conjunto de atos executórios ou preparatórios e, ainda, os documentos referentes a determinados processos.

Conforme já exposto em tópicos anteriores o servidor público estável pode perder seu cargo em virtude de processo administrativo em que será apurada a falta cometida. Encontramos também outros dispositivos que asseguram e regulam o processo administrativo. No âmbito federal citamos como exemplo a Lei 9.784 de 1999 que estabelece normas básicas sobre o processo administrativo na administração federal direta e indireta.⁹³ A título de informação trazemos também a Lei 14.184/2002 que estabelece normas gerais sobre o processo administrativo na no Estado de Minas Gerais.⁹⁴

Cumpramos ressaltar ainda que, em nosso país não há dualidade de jurisdição, ou seja, não podemos falar em um órgão que julgue exclusivamente as questões da administração pública. O processo é conhecido como “gracioso” porque os próprios órgãos da Administração são encarregados de fazer atuar a vontade da lei, com vistas à consecução dos fins estatais que lhe estão confiados. Em contrapartida, há em alguns países o processo “contencioso” que se desenvolve perante um órgão cercado de garantias que asseguram sua independência e imparcialidade.⁹⁵

O processo administrativo disciplinar tem por finalidade apurar a infração cometida pelo servidor e, definir a sanção que será aplicada a este. O seu

⁹²DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. **Direito Administrativo**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p.623.

⁹³BRASIL, Lei 9.784 (1999). **Lei 9.784**. Brasília, DF: Senado, 1999.

⁹⁴MINAS GERAIS, Lei 14.184 (2002). Lei 14.184. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=Lei&num=14184&comp=&ano=2002>. Acesso em 06/06/2016 as 16h:30min.

⁹⁵DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. **Direito Administrativo**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 625.

desenvolvimento deve respeitar o procedimento previsto em lei.⁹⁶ A guisa de exemplo, a Lei 8.112/90 que rege o funcionalismo público em âmbito federal prevê em seu artigo 127 as penalidades disciplinares que podem ser aplicadas aos servidores, a saber: advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição do cargo em comissão e destituição de função comissionada.⁹⁷

A Lei supracitada em seu artigo 143 dispõe que no caso de cometimento de alguma irregularidade pelo servidor, a autoridade é obrigada a promover a apuração mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado a ampla defesa.⁹⁸

O processo é realizado por comissões disciplinares que, conforme assevera Di Pietro é um:

sistema que tem a vantagem de assegurar maior imparcialidade na instrução do processo, pois a comissão é órgão estranho ao relacionamento entre o funcionário e o superior hierárquico. Para garantir a imparcialidade, tem-se entendido, inclusive na jurisprudência, que os integrantes da comissão devem ser funcionários estáveis e não interinos ou exoneráveis *ad nutum*.⁹⁹

O processo disciplinar é desenvolvido em 3 fases: a) instauração, com a publicação do ato que constitui a comissão; b) inquérito administrativo, que compreende instrução defesa e relatório; c) julgamento.¹⁰⁰

Na instauração há designação da comissão processante que será composta obrigatoriamente por três servidores estáveis. Estes servidores não podem ser cônjuges ou parentes até o terceiro grau do acusado.¹⁰¹ Esta comissão toma a iniciativa para levantamento das provas, podendo realizar ou determinar as diligências necessárias.

Para assegurar o contraditório deve ser dado ao indiciado a oportunidade de acompanhar a instrução, com ou sem defensor.¹⁰² A instrução se divide em três

⁹⁶ CARVALHO, Mateus. **Manual de Direito Administrativo**. 2. ed. Bahia: JusPODIVM, 2015. p. 866

⁹⁷ BRASIL, Lei 8.112 (1990). **Lei 8.112**. Brasília, DF: Senado, 1990.

⁹⁸ BRASIL, Lei 8.112 (1990). **Lei 8.112**. Brasília, DF: Senado, 1990.

⁹⁹DI PIETRO op., cit. .p. 639.

¹⁰⁰ MAZZA, Alexandre. **Manual deDireito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2013.p. 520.

¹⁰¹ CARVALHO, Mateus. **Manual de Direito Administrativo**. 2. ed. Bahia: JusPODIVM, 2015. p. 866.

¹⁰² DI PIETRO, op. cit., p. 639.

momentos, a instrução probatória, citação do acusado para manifestar defesa e, por fim a elaboração do relatório pela comissão.¹⁰³

Depois da apresentação do relatório, a autoridade julgadora deverá proferir o julgamento, no prazo de 20 dias.

2.6. Perda do cargo na Administração Pública indireta

Até o momento tratamos da extinção do vínculo empregatício dos servidores estatutários, isto é, aqueles investidos na Administração Pública direta, autárquica ou fundacional pública através de concurso público. Mas cabe ressaltar os pormenores da dispensa dos empregados investidos na Administração Pública indireta, notadamente empregados de empresas públicas ou sociedades de economia mista.

A Súmula 390 do TST tem o seguinte teor:

ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL.

I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.

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/1988.¹⁰⁴

Observamos a inaplicabilidade da do artigo 41 da CF no que tange a estabilidade aos servidores públicos celetistas, da administração indireta, isto é, os empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista, não há de se falar nestes casos de estabilidade.

Mesmo diante da inaplicabilidade da estabilidade aos empregados públicos há uma ferrenha discussão doutrinária da possibilidade de dispensa imotivada destes. Citamos como exemplo a Orientação Jurisprudencial 247 da SDI – 1 do TST trazida no início desta obra. Esta Orientação prevê em seu item I que mesmo aqueles empregados admitidos através de concurso público podem ser dispensados

¹⁰³ CARVALHO, op. cit., p. 1145.

¹⁰⁴BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 390. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-390. Acesso em: 04/06/2016 as 12h:33min.

imotivadamente. O item II cria uma ressalva para os funcionários da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, exigindo portanto, a motivação.

Por ora não aprofundaremos nesta questão porque será abordado em detalhes em um próximo capítulo, mas cabe dizer que, em resumo, para demissão de empregados públicos o processo administrativo não é necessário e quanto a motivação há uma grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial que, reiteramos, será pormenorizada no próximo capítulo.

CAPÍTULO III - A NECESSIDADE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA DEMISSÃO DE EMPREGADOS PÚBLICOS

3.1. A sujeição constitucional das empresas públicas as normas de Direito Administrativo.

Conforme já explicitado anteriormente, as empresas públicas têm natureza jurídica de direito privado. Apesar disso, estão sujeitas as normas que regem o direito público, como por exemplo a obrigatoriedade de concurso público para ingresso no quadro de funcionários. São considerados entes híbridos tendo em vista o sincretismo existente em suas relações com os particulares e com a administração direta.

Decorre de tal sujeição, proveniente do mandamento constitucional presente no artigo 37 da Carta Magna, prerrogativas e responsabilidades como: imunidade de impostos, os bens são públicos, respondem objetivamente pelos prejuízos causados a terceiros, estão sujeitas à impetração de mandado de segurança, contratação de serviços mediante licitação, contratação de pessoal através de concurso público, dentre outras.¹⁰⁵

O inciso II do artigo 173 da Constituição prevê que as empresas públicas e sociedades de economia mista estão sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias. Uma leitura desatenta e sem considerar a interpretação do Supremo Tribunal Federal, nos levaria a concluir que existe uma contradição quanto a posição doutrinária citada no parágrafo anterior e o artigo supracitado.

O posicionamento do Excelso Tribunal brasileiro, no que tange as questões tributárias, assegura às empresas públicas prestadoras de serviços públicos os privilégios fiscais da administração direta, além disso, em âmbito federal, atribui à Empresa de Correios e Telégrafos (ECT) os mesmos privilégios da Fazenda Pública,

¹⁰⁵ MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 174.

quer em relação a imunidade tributária, direta ou indireta, impenhorabilidade de bens rendas e serviços, foro e prazos e custas processuais.¹⁰⁶

Ainda fazendo uma interpretação do § 2º do artigo 173 da Constituição, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 596.729 conclui que:

Assim, não se aplicam às empresas públicas, às sociedades de economia mista e a outras entidades estatais ou paraestatais que explorem serviços públicos a restrição contida no art. 173, § 1º, da CF, isto é, a submissão ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, nem a vedação do gozo de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado (CF, artigo 173, § 2º).” (RE 220.906, voto do rel. min. **Maurício Corrêa**, julgamento em 16-11-2000, Plenário, DJ de 14-11-2002.) **Vide:** RE 596.729-AgR, rel. min. **Ricardo Lewandowski**, julgamento em 19-10-2010, Primeira Turma, DJE de 10-11-2010.¹⁰⁷

Celso Antônio Bandeira de Mello em seu curso de Direito Administrativo faz um pormenorização bastante enriquecedora de alguns artigos da Constituição que, as empresas públicas estão envolvidas por normas que impedem a simetria de regime jurídico entre elas e generalidade de sujeitos de Direito privado.

O artigo 37, *caput*, declara submissas aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência a administração direta ou indireta. O inciso XIX do artigo citado dispõe que somente por lei específica pode ser autorizada a criação de empresa pública. O artigo 49, XX, submete à fiscalização e controle do Congresso Nacional os atos do Poder Executivo, incluídos os da Administração indireta. O artigo 71 incisos II, III, IV, submetem ao julgamento do Tribunal de Contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos da Administração direta e indireta. O artigo 169, § 1º, dispõe que a concessão de qualquer vantagem, aumento de remuneração, criação de cargos ou alteração de estrutura de carreiras, bem como admissão de pessoal a qualquer título pelos órgãos e entidades da Administração direta e indireta, só poderão ser feitas se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender as às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes.¹⁰⁸

¹⁰⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**. <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/>. Acesso em: 01/06/2016 às 16h:43min.

¹⁰⁷ Ibidem.

¹⁰⁸MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28 ed. Ref. ampl. e atual. até a emenda constitucional 67, de 22.12.2010. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 201-203.

Além destas características que flagrantemente diferenciam as empresas prestadoras de serviços públicos daquelas estritamente privadas e também das empresas públicas exploradoras de atividade econômica, notamos também que de modo geral estas entidades estão sujeitas nos contratos de serviços, compras, alienações e publicidade a observância dos imperativos da Lei 8.666 de 1993 que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública.¹⁰⁹

3.2.A derrogação parcial das normas do direito privado e a sujeição constitucional às normas de direito público, aplicadas aos empregados públicos

Depois de passar por todas as peculiaridades que envolvem o universo dos empregados públicos, é possível concluir que estes submetem-se à um regime em que ora são aplicadas normas do direito do trabalho comum, ora normas atinentes aos servidores públicos estatutários.

Por terem sua carteira de trabalho assinada, portanto regidos pela CLT, o empregados públicos estão sujeitos as sanções disciplinares e as prerrogativas previstas no diploma celetista. Como exemplo podemos citar as normas relativas a suspensão disciplinar, advertências, jornada de trabalho, acordos e convenções coletivas, direito ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) dentre outras.¹¹⁰

Malgrado estarem abarcados pelas normas celetistas, o empregados públicos estão sujeitos também às regras aplicadas à Administração Pública Direta. Sendo assim, é possível concluir que há uma aplicação concomitante das normas.

Conforme já explicitado anteriormente, para o ingresso no emprego é necessária prévia aprovação em concurso público; caso cometam algum ilícito penal, os empregados podem responder por crime contra a administração pública; podem ser chamados a ocupar cargos de confiança de livre nomeação e exoneração; seus vencimentos estão limitados ao teto do funcionalismo público; proibição de acumulação remunerada de cargos empregos e funções, ressalvados os casos

¹⁰⁹BRASIL, Lei 8.666 (1993). **Lei 8.666**. Brasília, DF: Senado, 1993.

¹¹⁰GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 492-493

permitidos pela Constituição. Essas e outras características aproximam bastante os empregados públicos dos servidores estatutários.¹¹¹

3.3.A Súmula 390 do TST

A Súmula 390 do TST tem a seguinte redação:

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 nºs 229 e 265 da SBDI-1 e da Orientação Jurisprudencial nº 22 da SBDI-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-OJsnºs 265 da SBDI-1 - inserida em 27.09.2002 - e 22 da SBDI-2 - inserida em 20.09.2000)

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 nº 229 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)¹¹²

O dispositivo em análise vem trazer à discussão sobre a estabilidade conferida aos empregados celetistas da Administração direta, autárquica e fundacional e também a impossibilidade de reconhecimento desta, para os empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista.

Pontuamos primeiramente que a referida estabilidade proposta pela Súmula é aquela conferida precipuamente aos servidores estatutários, segundo disposição Constitucional. Entretanto, após acaloradas discussões nos tribunais, o TST resolveu converter as Orientações Jurisprudências 229, 265 da SBDI-1 e a Orientação Jurisprudencial 22 da SBDI-2 na Súmula 390 e, assim, estender a estabilidade a determinados empregados públicos.

Concluimos com a leitura do inciso I da Súmula citada e também com o estudo da legislação trabalhista que, os empregados abarcados por essa interpretação têm dupla garantia, isto é, são beneficiados pelo Fundo de Garantia por Tempo de Serviço

¹¹¹BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

¹¹²BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 390. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-390. Acesso em: 04/06/2016 as 12h:33min.

(FGTS) e são estáveis após 3 anos de efetivo serviço, podendo perder seus cargos depois de devido processo administrativo.

Por seu turno, o mesmo dispositivo exclui aqueles empregados que prestem serviço em empresas públicas ou sociedades de economia mista, sobre o argumento que estas empresas se equiparam aos particulares no trato com seus empregados.

Cumprе ressaltar que até hoje esta demanda gera discussões jurisprudenciais e doutrinárias. Alguns entendem que a aplicação do item I da Súmula 390 fere flagrantemente a Constituição, tendo em vista que aos trabalhadores já é garantido o FGTS, sendo portanto desnecessária a estabilidade. Outros entendem que a discriminação trazida pelo item II não poderia existir.

No próximo tópico faremos uma análise da Orientação Jurisprudencial 247 da SBDI-1 do TST e aprofundaremos um pouco sobre a questão da motivação para dispensa dos empregados públicos.

3.4. A Orientação Jurisprudencial 247 da SBDI-1 do TST

A Orientação Jurisprudencial 247 da SBDI-1 do TST, já citada no começo deste trabalho, em seu item I prevê que não é necessária a motivação para validade da dispensa de empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista. Mais à frente, no item II entende que para dispensa de empregados da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) a motivação é necessária.¹¹³

Entramos, portanto, na discussão sobre a motivação do ato de dispensa de empregados públicos. Como sabemos, na iniciativa privada a regra é que para ocorrer dispensa de empregado não é necessário motivar tal ato. Dispensa imotivada, dispensa sem justa causa e dispensa arbitrária, são alguns dos termos encontrados na doutrina para designar essa faculdade do empregador privado.

O entendimento da Orientação Jurisprudencial citada acima estabeleceu uma prerrogativa aos funcionários dos correios em detrimento aos empregados das

¹¹³BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. OJ nº 247 da SBDI-1. Orientações Jurisprudenciais. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_241.htm#TEMA247. Acesso em 03/05/2016 as 13h:13min.

demais empresas e sociedades de economia mista. Segundo o colendo Tribunal Superior do Trabalho, a dispensa deve prescindir da devida 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.

Neste ponto podemos notar um sério conflito de interpretação se levarmos em consideração que o STF entende que, sem exceção, não se aplicam às empresas públicas, às sociedades de economia mista e a outras entidades estatais ou paraestatais que explorem serviços públicos a restrição contida no art. 173, § 1º, da CF, isto é, a submissão ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, nem a vedação do gozo de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

Após o julgamento do Recurso Extraordinário 589998/PI, julgado pelo STF, e publicado em março de 2013, tendo como Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, ficou decidido que "é obrigatória a motivação da dispensa unilateral de empregado por empresa pública e sociedade de economia mista tanto da União, quanto dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios", decisão a qual foi dada repercussão geral, tendo sido rejeitado pedido de modulação de seus efeitos. Assim, ainda que a relação seja regida pelo artigo 173, § 1º, inciso II, da CF, a partir de então todas as dispensas de empresas públicas ou sociedades de economia pública, em todas as esferas administrativas, devem conter motivação específica para a dispensa de empregados concursados.¹¹⁴

A título de exemplo, depois do STF concluir pelo entendimento supracitado, foi editada no Estado de Minas Gerais a Resolução SEPLAG 23/2015, sendo que seu artigo 1º tem a seguinte redação:

Art. 1º Fica vedada a dispensa de empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista vinculada a Administração Estadual admitido mediante concurso/seleção pública ou em data anterior ao advento da Constituição Federal de 1988, sem a devida motivação do ato de dispensa.¹¹⁵

¹¹⁴Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 589998/PI. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=589998&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 04/06/2016 às 22h:13min.

¹¹⁵<http://assepemgs.comunidades.net/resolucao-seplag-n-23-de-4-de-maio-de-2015> - Acesso em 02-06-2015 às 20h:57min.

Cumpre-nos ressaltar que a Resolução SEPLAG 23/2015 revogou a Resolução SEPLAG 40/2010 que assegurava aos empregados da administração indireta a prerrogativa de somente serem dispensados após regular processo administrativo.

3.5. O Recurso Extraordinário 589998

Em outubro de 2001 um empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), foi dispensado imotivadamente após ter aposentado por tempo de contribuição. O empregado ingressou com uma reclamação trabalhista e obteve êxito em todas as instâncias, tendo sua reintegração deferida, culminando por fim, com a interposição de Recurso Extraordinário pelos Correios no STF.

O referido recurso tramita até hoje porque é discutida a modulação de efeitos do acórdão proferido em 20/03/2013, mas o objeto deste tópico é justamente essa rica decisão que parece ter sido um “divisor de águas” para o entendimento da doutrina e da jurisprudência. A ementa do Acórdão é a seguinte:

EMENTA : EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. RE PARCIALMENTE PROVIDO. I - Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC nº 19/1998. Precedentes. II - Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa. III – A motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir. IV - Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho.¹¹⁶

Através da análise da ementa acima, já possível perceber por qual tese reclamante e reclamado optaram para o convencimento dos julgadores.

¹¹⁶Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 589998/PI. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=589998&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 04/06/2016 as 22h:13min.

O reclamante postulava reintegração no emprego sob o argumento que por se tratar de empregado público, gozava de estabilidade e somente poderia ser dispensado após regular processo administrativo. Por sua vez, a ECT alegava que apesar de a empresa ser beneficiada por determinados privilégios da fazenda pública, esse fato não tem um condão de dar aos empregados o benefício da dispensa motivada, e nem estabilidade para garantir reintegração no emprego.

Depois de uma abastada discussão em que os ministros utilizaram diversos entendimentos doutrinários, o Plenário do STF deu provimento parcial ao recurso dizendo que é inafastável a obrigatoriedade de motivação para dispensa de empregados públicos, mas que estes não estão encobertos pela estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição, sendo que apenas os servidores estatutários gozariam deste direito.

O relator do recurso foi o ministro Ricardo Lewandowski e em seu voto ponderou que embora as empresas estatais tenham natureza jurídica de direito privado, elas se submetem a um conjunto de limitações que tem por finalidade a realização do interesse público, portanto, há uma derrogação parcial das normas de direito privado em favor de certas regras de direito público.¹¹⁷

Rebatendo a tese da recorrente o relator defendeu que é incabível a aplicação exclusiva das normas celetistas aos empregados públicos, tendo em vista que as empresas públicas e sociedades de economia mista fazem parte da administração indireta, portanto, devem ser fieis cumpridoras dos princípios esculpidos no artigo 37 da Constituição. Entende também que a necessidade de concurso público para o ingresso em tais instituições decorre dos princípios da impessoalidade e isonomia.

Nesta mesma linha de argumentação entende o relator que:

(...) a motivação do ato de dispensa visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir, razão pela qual se impõe, na espécie, não apenas seja a despedida motivada como precedida de um procedimento formal, em que se garanta ao empregado o direito ao contraditório, quando lhe seja imputada conduta desabonadora, porquanto, além de conferir-se a necessária publicidade à demissão, ficará o ato devidamente documentado e arquivado na empresa, permitindo seja a sua fundamentação a qualquer momento contrastado às normas legais aplicáveis.¹¹⁸(grifos nossos).

¹¹⁷Ibidem.

¹¹⁸Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 589998/PI. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=589998&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 04/06/2016 as 22h:13min.

Em resumo, a decisão discutida concluiu que aos empregados públicos não é garantida a estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição, mas que a empresas públicas e sociedades de economia mista devem observar um procedimento formal para a dispensa de seus empregados. Portanto, o princípio da motivação dos atos administrativos deve ser observado durante a dispensa de um empregado público, sob pena deste ato ser considerado nulo.

3.6. Vinculação do Princípio da Motivação ao Processo Administrativo Disciplinar

O processo administrativo disciplinar é aquele instaurado para apuração das faltas cometidas pelos servidores estatutários. No âmbito federal, é regulamentado pela Lei 8.112, notadamente no artigo 143 e seguintes. Dispõe o artigo citado que a autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar. Apesar de o foco deste trabalho ser a questão da demissão, ressaltamos que o processo administrativo também deve ser observado para aplicação de outras sanções disciplinares, assegurado, por óbvio, a ampla defesa em todos casos.¹¹⁹

A Lei 9.784/99 regula o processo administrativo na administração pública federal e, para o melhor entendimento deste tópico imprescindível a citação de alguns pontos do artigo 2º da norma citada.

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único: Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

VII – indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinaram a decisão.¹²⁰

¹¹⁹BRASIL, Lei 8.112 (1990). **Lei 8.112**. Brasília, DF: Senado, 1990.

¹²⁰ BRASIL, Lei 9.784 (1999). **Lei 9.784**. Brasília, DF: Senado, 1999.

O princípio da obrigatória motivação impõe à Administração Pública o dever de indicar os pressupostos de fato e de direito que determinaram a prática do ato, é um mecanismo de controle sobre a legalidade e legitimidade dos atos administrativos que deve ser apresentado por escrito, sob pena de invalidade.¹²¹

Entendemos portanto que a motivação é a justificativa escrita do ato, mas para que isso ocorra é necessário primeiramente que se tenha um motivo. Este último é o fato que ensejou a realização do ato administrativo. Como exemplo podemos citar que o motivo da instauração de um processo administrativo é a falta cometida pelo servidor.

É possível perceber que há uma forte ligação entre o processo administrativo disciplinar e o princípio da obrigatória motivação. Concluimos isto ao analisarmos que para instaurar um processo administrativo disciplinar é necessário que o servidor cometa alguma infração prevista em seu estatuto.

Por fim, advertimos que a citação de normas federais se faz necessária para o melhor entendimento da proposta, tendo em vista que a legislação dos estados tende a seguir a estas.

3.7. A estabilidade ante o regime de contratação

A Constituição Federal em seu artigo 41 estabelece que os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo após regular concurso público, adquirem estabilidade após três anos de efetivo exercício e, findo este prazo, somente perderam seus cargos em virtude de sentença judicial transitada em julgado, processo administrativo, ou ainda, no caso de avaliação periódica de desempenho. Além desses motivos, não poderíamos nos esquecer que o artigo 169 da própria Constituição prevê a possibilidade de demissão de empregado estável para redução com despesa de pessoal.¹²²

Observamos que o regime de contratação dos servidores estatutários é bastante protetivo. É o regime comum de contratação de agentes públicos pela

¹²¹MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 110.

¹²²BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

Administração Direta e também das pessoas jurídicas de direito público da Administração Indireta. Conclui-se portanto que sua vinculação não tem natureza contratual mas sim estatutária.¹²³

Portanto, falar de estabilidade, respeitadas as exceções dos empregados celetistas da administração indireta, está intrinsecamente ligado aos servidores regidos por estatuto. Este entendimento está em concordância com os preceitos jurisprudenciais do STF.

Por seu turno, segundo entendimento do STF, aos empregados públicos funcionários da administração indireta não é assegurada a estabilidade, porque sua vinculação com o Estado é contratual e regida pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Entretanto, é possível dizer que por não gozarem de estabilidade os empregados celetistas das empresas estatais podem ser demitidos sem um processo administrativo? Esta indagação será respondida no próximo tópico.

3.8. A demissão de empregados públicos

Diante de todo o exposto é possível concluir que existem pelo menos três posicionamentos diferentes a respeito da necessidade de processo administrativo para dispensa de empregados públicos.

Uma parcela da doutrina entende que tais empregados podem ser dispensados sem a necessidade da Administração Pública motivar o ato, ou seja, demonstrar os motivos por escrito da dispensa. Segundo este entendimento é descabido o argumento que, se para contratar é necessário um procedimento formal, qual seja, o concurso público, para demitir seria imprescindível a motivação. Defendendo essa tese advoga Vólia Bomfim Cassar que:

A exigência de prévia aprovação em concurso público é regra geral para contratação de qualquer servidor público, seja empregado ou estatutário. A dispensa do empregado não está relacionada a forma de admissão, seja porque a Carta não exigiu qualquer procedimento prévio para tal medida, seja porque a regra geral da CLT nada menciona. Rejeita-se o argumento de que a Administração Pública deve motivar o ato da dispensa, pois amparada por tal princípio, uma vez que a despedida é ato

¹²³ MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 487.

discricionário e não vinculado e, por isso, prescinde de justificativa ou motivação.¹²⁴

Por seu turno, a jurisprudência do TST, apesar de o STF já ter se posicionado a respeito do assunto, na Orientação Jurisprudencial 247 da SBDI-1, já citada inúmeras vezes neste trabalho, entende que não é necessário os dirigentes de empresas públicas e sociedades de economia mista demonstrar os motivos fáticos e jurídicos que embasam a dispensa de empregado. Entretanto, esta mesma Orientação garante aos empregados da Empresa de Correios e Telégrafos (ECT) essa prerrogativa.

Noutro giro, a doutrina majoritária encabeçada por Celso Antônio Bandeira de Mello¹²⁵, Alexandre Mazza¹²⁶ e Mateus Carvalho¹²⁷, fixou o entendimento que para dispensa de empregados públicos imprescindível se faz a motivação. Para eles a demissão é ato administrativo e por isso obrigatório é demonstrar o embasamento de fato e de direito do ato de dispensa.

Por fim, o STF no Recurso Extraordinário 589998 mitigou o posicionamento da doutrina e da jurisprudência. Interessante notar que a decisão afastou a aplicação do disposto no artigo 41 da Constituição, ou seja, a necessidade de processo administrativo para a dispensa de empregados públicos, mas optou pela necessidade de motivar o ator. Mas como dito anteriormente em diversos pontos do acórdão, seja pela argumentação do relator, ou das citações doutrinárias, foi possível perceber algumas contradições. O relator em uma das citações diz que não é necessário processo administrativo, mas deve haver “um mínimo de formalidade.”¹²⁸

Em um ponto do voto do Relator é possível observar que ele defende o contraditório nos casos em que o fundamento para demissão for comportamento ou conduta desabonadora do empregado. Ora, contraditório e ampla defesa fazem parte de um processo administrativo, e é neste ponto que nos fixamos, juntamente com a doutrina majoritária.

¹²⁴CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2015. p.1.162.

¹²⁵MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28 ed. Ref. ampl. e atual. até a emenda constitucional 67, de 22.12.2010. São Paulo: Malheiros, 2010.

¹²⁶ MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹²⁷ CARVALHO, Mateus. **Manual de Direito Administrativo**. 2. ed. Bahia: JusPODIVM, 2015.

¹²⁸Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 589998/PI. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=589998&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 04/06/2016 as 22h:13min.

Retiremos que a após a decisão do STF os Tribunais Regionais do Trabalho passaram a decidir de forma diferente, entendendo que a necessidade de motivação para dispensa de empregados públicos não dever ser observada somente pela Empresa de Correios e Telégrafos, mas por todas as empresas públicas e sociedades de economia mista.

É óbvio que não podemos falar em estabilidade dos servidores celetistas da administração indireta, porém, quando o empregador governamental tiver necessidade de dispensar algum empregado, devido ao cometimento por este de alguma conduta ilícita, deve ocorrer o contraditório. É importante frisar que neste caso as condutas desabonadoras devem ser consideradas tanto as previstas na CLT, quanto aquelas imputadas àqueles que fazem parte da Administração Pública.

Entendemos que, em se tratando de dispensa de empregados públicos, a motivação e processo administrativo estão intrinsecamente ligados, conforme demonstrado nos tópicos anteriores. Somente seria possível conceber uma dispensa de empregado sem contraditório e ampla defesa nos casos de redução do quadro de pessoal, previsto no artigo 169 da Constituição. Sabemos que este dispositivo estabelece normas para dispensa de servidores estáveis, mas, depois de todo o estudo feito até aqui, entendemos que ele pode ser aplicado sem problema aos empregados públicos.

Portanto, concluimos pontuando que por se tratar de ato administrativo a dispensa de empregados públicos dever ser prescindida de processo administrativo, onde seja assegurada a estes, ampla defesa e contraditório, nos casos em que estes pratiquem alguma conduta rechaçada pela CLT ou pelas normas do direito administrativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho de conclusão de curso teve por objetivo avaliar a necessidade de processo administrativo para dispensa de empregados públicos.

Em um primeiro momento, no capítulo I desta proposta, foram abordados alguns princípios e conceitos pertinentes ao Direito Administrativo brasileiro, notadamente aqueles presentes no artigo 37 da Constituição, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Apesar de existirem muitos outros princípios que envolvem o Direito Administrativo, nos fixamos nestes, mas, principalmente no princípio da obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos.

Ainda no capítulo I foram discutidas todas algumas características relevantes dos atos administrativos, principalmente suas fases de constituição e noções sobre nulidade, anulação e convalidação destes.

Por fim, ainda no primeiro capítulo discutimos sobre as características que envolvem o universo dos servidores públicos estatutários e os empregados celetistas. Neste sentido foi necessário comentar as diferenças entre a Administração Pública Direta e Indireta, sendo que, conforme a proposta inicial, limitamos a discussão em torno das empresas públicas.

No segundo capítulo nos limitamos a discutir toda a ótica de contratação e demissão de empregados, seja no direito privado ou na administração pública. Observamos a discricionariedade que há no direito privado em contrapartida da vinculação existe no direito público.

Nesta etapa foi necessário recorrer a doutrina trabalhista e também administrativista para entender que na administração pública não há liberdade de contratação e demissão como acontece no direito privado.

Por fim, na terceira etapa deste trabalho arrazoamos sobre a sujeição constitucional das empresas públicas as normas de Direito Administrativo, e neste ponto concluímos que apesar destas empresas terem natureza jurídica de direito privado, estão sujeitas ao cumprimento de todos os preceitos constitucionais,

principalmente os princípios explícitos e implícitos do direito administrativo. Nesta mesma ótica estão enquadrados os empregados destas empresas.

Ainda no capítulo III foram colacionadas alguns posicionamentos jurisprudenciais de validade impar para a conclusão deste trabalho. Analisou-se a Súmula 390 do TST, a Orientação Jurisprudencial 247 da SBDI-1 do TST e, principalmente o acórdão proferido pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário 589998. Este último foi o “divisor de águas” para o entendimento dos Tribunais Regionais do Trabalho.

Pontuamos ainda, que o princípio da motivação está intimamente ligado ao processo Administrativo, e concluímos que levando em consideração os princípios do Direito Administrativo, a vinculação das empresas públicas a estes princípios e, principalmente, o fato de a demissão de empregados públicos ser considerado um ato administrativo, imprescindível é o processo administrativo para a dispensa de empregado público.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL, Decreto Lei 200 (1967). **Decreto Lei 200**. Brasília, DF: Senado, 1967.

BRASIL, Decreto Lei 5.452 (1943). **Decreto Lei 5.452**. Brasília, DF: Senado, 1943.

BRASIL, Lei 8.112 (1990). **Lei 8.112**. Brasília, DF: Senado, 1990.

BRASIL, Lei 8.213 (1991). **Lei 8.213**. Brasília, DF: Senado, 1991.

BRASIL, Lei 8.666 (1993). **Lei 8.666**. Brasília, DF: Senado, 1993.

BRASIL, Lei 9.784 (1999). **Lei 9.784**. Brasília, DF: Senado, 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/>. Acesso em: 01/06/2016 às 16h:43min.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 589998/PI. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=589998&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 04/06/2016 as 22h:13min.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. OJ nº 247 da SBDI-1. Orientações Jurisprudenciais. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_241.htm#TEMA247. Acesso em 03/05/2016 as 13h:13min.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 390. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-390. Acesso em: 04/06/2016 as 12h:33min.

CARVALHO, Mateus. **Manual de Direito Administrativo**. 2. ed. Bahia: JusPODIVM, 2015.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho; **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr. 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. **Direito Administrativo**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2010

<http://assepemgs.comunidades.net/resolucao-seplag-n-23-de-4-de-maio-de-2015> - Acesso em 02-06-2015 as 20h:57min.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. ALEIXO, Délcio Balestero; EMMANUEL FILHO, José Burle. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros. 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28 ed. Ref. ampl. e atual. até a emenda constitucional 67, de 22.12.2010. São Paulo: Malheiros, 2010.

MINAS GERAIS, Lei 14.184 (2002). Lei 14.184. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=Lei&num=14184&comp=&ano=2002>. Acesso em 06/06/2016 as 16h:30min.