



**PUC • SP**  
**COGEAE**  
EDUCAÇÃO CONTINUADA  
DESDE 1983



CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO TRABALHO

## **EMPREGADO PÚBLICO**

**Estabilidade definitiva, demissão e devido processo legal**

Marcelo Henrique de Mattos

Monografia realizada para obtenção do título de especialista do direito do trabalho sob orientação da professora CRISTINA PARANHOS OLMOS.

**BANCA EXAMINADORA**

Dedico este trabalho a minha amada esposa que sempre está ao meu lado entendendo meus sentimentos e buscando respostas para sempre melhorar tanto em nosso casamento como em nossas vidas profissionais.

RESUMO: O foco deste trabalho é compreender em quais situações jurídicas o empregado público pode ter direito a estabilidade do artigo 41 da Constituição Federal, a partir do estudo da estrutura da Administração Pública direta e indireta, conceituando e analisando a natureza jurídica da Fundação Pública, a Sociedade de Economia Mista, a Empresa Pública, Associações Públicas. Ainda foi especificada as Formas e Meios de Prestação de Serviços Públicos para delineamento da atividade Pública onde ser insere o servidor público. Foi pesquisado e trabalhado o conceito de servidor público para se chegar a definição de empregado público, o fundamento constitucional deste servidor dentro da estrutura organizacional pública no regime celetista em comparação como regime estatutário. Aproximando-se mais do ponto central do tema proposto, foi pesquisado e analisado no trabalho o conceito de estabilidade definitiva prevista no artigo 41 da Constituição Federal, o próprio artigo 41 da CF com a análise dos reflexos estabelecidos para estabilidade do servidor público com base no artigo 19 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, a Emenda Constitucional nº 19 e a Súmula 390 do TST. Por fim, foi estudado e explicado no trabalho a demissão do empregado público como forma de extinção da relação de emprego com a Administração Pública com ênfase do devido processo legal como garantia para a demissão de empregado público. Todo o trabalho foi fundado na doutrina e jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: Empregado público; estabilidade, devido processo legal; ampla defesa e contraditório.

Abstract: The focus of this work is to understand legal situations in which public employees may be entitled to the stability of Article 41 of the Constitution, from the study of the structure of public administration and indirect right, conceptualizing and analyzing the legal status of the Public Foundation, the Society Mixed Economy, Public Enterprise, Public Associations. Also specified was the Ways and Means for the Provision of Public Services for design of public places where being a public servant. It was researched and worked on the concept of public servant to get the definition of public servant, the constitutional foundation of this server within the organizational structure in public Hired Under Employment Laws regime compared to the statutory regime. Getting closer to the center point of the proposed topic, researched and analyzed the concept of work in the definitive stability provided for in Article 41 of the Federal Constitution, the Article 41 of the Constitution itself with the analysis of reflexes established for stability of civil servants based in Article 19 of the Temporary Constitutional Provisions Act, Constitutional Amendment No. 19 and 390 Summary of the TST. Finally, it was studied and explained the work the dismissal of public employees as a form of termination of employment with the Public Administration with an emphasis on due process as collateral for the dismissal of public employees. All the work was founded upon the doctrine and jurisprudence.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	09
1.1 Fundação Pública.....	10
1.2 Sociedade de Economia Mista.....	10
1.3 Empresa Pública.....	12
1.4 Associações Públicas.....	13
1.5 Formas e Meios de Prestação de Serviços Públicos.....	14
2 SERVIDORES PÚBLICOS.....	15
3 EMPREGADO PÚBLICO.....	18
3.1 Fundamento Constitucional.....	18
3.2 Conceito.....	19
3.3 Regime Jurídico Celetista e Estatutário.....	20
4 ESTABILIDADE DEFINITIVA DO EMPREGADO PÚBLICO.....	22
4.1 Artigo 41 da Constituição Federal.....	23
4.2 Artigo 19 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.....	32
4.3. Emenda Constitucional nº 19 .....	33
4.4 Súmula 390 do TST.....	34
5 EXTINÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	44
5.1 Demissão do empregado público e o Devido Processo Legal.....	49
CONCLUSÃO.....	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	52

## INTRODUÇÃO

Este trabalho busca pesquisar se a estabilidade definitiva do artigo 41 da Carta Magna pode ser aplicada aos empregados públicos investidos mediante concurso público nos termos do artigo 37 inciso II da Constituição Federal. Além da resposta e fundamento doutrinário, sumular e jurisprudencial para esta questão principal este estudo pretende também alcançar os fundamentos para demissão do empregado público investido mediante concurso público.

A pesquisa iniciou-se a partir do artigo 37 inciso II da Constituição Federal, passando pelo artigo 41 da Carta Política e adentrando na doutrina de Direito Administrativo a respeito da natureza e validade do ato administrativo para entender a forma de extinção do vínculo institucional do empregado público com a Administração Pública.

Foi pesquisada a estrutura da Administração Pública direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e da Administração Pública indireta (Autarquias, Fundações Públicas, Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e as Associações Públicas). Estudou-se as formas e meios de prestação de serviços públicos, os servidores públicos dentre eles o empregado público celetista. Foi demonstrado o fundamento constitucional que deu origem ao empregado público e a obrigatoriedade de prestar concurso público para exercer a função de empregado público, com a diferença entre o regime jurídico celetista e estatutário.

Na seqüência foi estudada a estabilidade definitiva do empregado público acerca do artigo 41 da Constituição Federal, passando para o artigo 19 das ADCT até a emenda constitucional 19 de 1998 e ao final o estudo da estabilidade com base na Súmula nº 390 do Tribunal Superior do Trabalho. Passou-se para o estudo da extinção da relação jurídica com a administração pública com a análise da demissão do empregado público acerca dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório além do princípio do devido processo legal.

Ao final foi abordada na conclusão de que ao empregado público foi reconhecida pela doutrina, súmula nº 390 do TST e pela jurisprudência o direito a estabilidade do artigo 41 da Constituição Federal para os casos de servidores empregados públicos que servirem a Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional Pública, fechando a conclusão de que a demissão deste empregado público representa ato administrativo que depende de motivação para não ser considerado nulo.

## **1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Conforme consta do caput do artigo 37 da Constituição Federal a Administração Pública pode classificar como direta ou indireta.

Administração Direita é composta pela União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Já a Administração Indireta são as Autarquias, as Fundações Públicas, as Empresas Públicas, as Sociedades de Economia Mista e nos termos da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005 as Associações Públicas.

A Administração Pública direta é representada por seus entes públicos que são pessoas jurídicas de direito público interno tendo como função própria do poder executivo administrar, contudo também exercem as funções políticas, legislativas e judiciárias. A administração pública indireta é composta por pessoas jurídicas de direito público e de direito privado para os efeitos legais possuindo apenas a função de administrar nos limites de seu objetivo e competência estabelecida na norma que a criou.

Nas pessoas jurídicas de direito privado (empresa pública e sociedade de economia mista) que compõem a administração indireta, somente existem empregados públicos. É o caso, por exemplo, do Banco do Brasil que possui natureza jurídica de sociedade de economia mista e somente contrata empregados públicos. Da mesma forma a Caixa Econômica Federal que tem natureza jurídica de empresa pública e contrata apenas empregados públicos.

Vale diferenciar que a Administração Pública Direta contrata funcionários públicos estatutários e também empregados públicos. Como exemplo mais comum tem-se as Prefeituras que contratam mais empregados públicos.

Perceba que nos termos do inciso II do artigo 37 da Constituição Federal, independente de quem contrata o empregado público, para validade da contratação, deverá ser mediante previa aprovação em concurso público com um contrato celetista. Esta regra estabelecida na Constituição Federal é aceita por toda a doutrina e jurisprudência, contudo, estes acabaram ajustando alguns direitos dos empregados públicos em certos casos, como será abordado detalhadamente até o final deste estudo.

Agora veja abaixo definições das pessoas jurídicas que compõem a administração pública indireta, vez que também exercerão a função de empregadoras.

## **1.1 Fundação Pública**

As autarquias são entes com personalidade de direito público, com especialização de órgãos e funções.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO conceitua as autarquias como sendo:

entidade estatal da administração indireta, criada por lei, com personalidade de direito público, descentralizada funcionalmente, para desempenhar competências administrativas próprias e específicas, com autonomia patrimonial, administrativa e financeira.<sup>1</sup>

O Decreto-Lei nº 200, de 1967, também estabeleceu um conceito no artigo 5º:

Art. 5º. Para os fins desta lei, considera-se:

I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO define fundação instituída pelo poder público como o:

patrimônio, total ou parcialmente público, dotado de personalidade jurídica, de direito público ou privado, e destinado, por lei, ao desempenho de atividades do Estado na ordem social, com capacidade de auto-administração e mediante o controle da Administração Pública nos limites da lei.<sup>2</sup>

Veja que as características estão no patrimônio que pode ser totalmente público ou não; sua personalidade jurídica pode ser pública ou privada, possui auto-administração, porém sujeita ao controle por parte da Administração Direta dentro dos limites da lei, e sua atividade deverá ser necessariamente àquela atribuída ao Estado para o âmbito social, de modo que sempre beneficie terceiros estranhos à autarquia. Ainda, como entidade estatal goza dos privilégios estatais, imunidade de impostos sobre seu patrimônio, renda e serviços, além da prescrição quinquenal de suas dívidas passivas e de privilégios processuais.

## **1.2 Sociedade de Economia Mista**

---

<sup>1</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 245.

<sup>2</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 373.

O Decreto-Lei nº 900, de 29.09.1969, alterou Decreto Lei nº 200 de 1967 que trata da Administração Pública Federal, constando que o artigo 5º, III do Decreto Lei nº 200 que passou a vigorar com o seguinte texto:

Art. 1º Os dispositivos do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967, adiante indicados, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 5º .....

I - .....

II - .....

III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta".

As sociedades de economia mista são composta de capital público e privado, por tal motivo chamadas de mistas. Os elementos para caracterização das sociedades de economia mista estão descritos no Decreto-Lei nº 200 de 1967 em seu artigo 5, inciso III acima transcrito, possuindo natureza jurídica de pessoa jurídica de direito privado.

A Emenda Constitucional nº 19/98 fez constar no artigo 37, XIX, da Constituição Federal que a sociedade de economia mista somente poderá ser instituída mediante autorização de lei específica, veja:

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; (Redação dada ao inciso pela Emenda Constitucional nº 19/98)

O objetivo fundamental é a exploração de atividade econômica. Contudo, o Estado pode determinar que as sociedades de economia mista prestem algum tipo de serviço público.

A Lei nº 6.404/76 que regula as Sociedades Anônimas deve ser aplicada as sociedades de economia mista, assim, sempre terão a forma de sociedade anônima.

A sociedade de economia mista quando explorarem atividade econômica deverá seguir as regras aplicadas ao regime jurídico próprio das empresas particulares. Neste caso, as obrigações trabalhistas e tributárias seguem a regra do artigo 173 § 1º, II da Constituição Federal:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

.....  
.....  
§ 2º. As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

Vale ressaltar que a Lei nº 6.404/76 estabelece que as sociedades de economia mista não estão sujeitas à falência, porém seus bens podem ser penhorados e executados com a responsabilidade subsidiária da pessoa jurídica a quem a sociedade de economia mista está vinculada. Já as sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos possuem a prerrogativa de impenhorabilidade e não execução de seus bens em razão da atividade pública.

### **1.3 Empresa Pública**

Empresa pública possui personalidade jurídica de direito privado, o patrimônio é próprio, mas o capital é exclusivo da União. Sua instituição deve ser feita por lei com objetivo de explorar atividade econômica que por motivos de contingência ou de conveniência administrativa o Governo é forçado a exercer. O Decreto-Lei nº 900, de 29.09.1969, fez alteração no artigo 5º, inciso II do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967 passando a vigor com o seguinte texto:

Art. 1º Os dispositivos do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967, adiante indicados, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 5º .....

I - .....

II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governô seja levado a exercer por fôrça de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito".

Baseada em capital governamental, a empresa pública tem funcionamento e regime jurídico comercial, de acordo com o direito mercantil. É pessoa governamental, mas submete-se ao regime jurídico de direito privado com leves distorções em função da presença do interesse e dinheiro públicos conforme leciona JOSÉ CRETELLA JÚNIOR.<sup>3</sup>

Para o mesmo autor acima, empresa pública é a organização para a produção privada ou pública, assumida pelo Estado, sem objetivo de lucro, mediante o desempenho de atividade econômica ou de serviços públicos, submetida ao regime jurídico não integral de direito comercial, ou seja, sob o impacto de leis comerciais e civis, mas não em toda sua pureza, em razão da presença obrigatória do Estado.<sup>4</sup>

As estatais podem ser tanto as empresas públicas, como as sociedades de economia mista e as empresas controladas direta ou indiretamente pelo poder público como as subsidiárias.

#### **1.4 Associações Públicas**

No livro “O Empregado Público” JOUBERTO DE QUADROS PESSOA CAVALCANTE e FRANCISCO FERREIRA JORGE NETO afirmam que:

Nos termos da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, a associação pública (consórcio público com personalidade jurídica de direito público) integra a administração indireta (art. 6º, § 1º). Reconhecendo como pessoa jurídica de direito público interno (art. 41, VI, CC).<sup>5</sup>

O art. 241 da Constituição, após a EC 19, de 1998, estabelece que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

A Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, estabelece as regras gerais para contratação de consórcios públicos. O § 1º do primeiro artigo determina que o

---

<sup>3</sup> CRETELLA JR. Tratado de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 104.

<sup>4</sup> CRETELLA JR. Tratado de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 110.

<sup>5</sup> CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. O empregado público. 2ª edição - São Paulo: LTr, 2009

consórcio público constituirá associação pública ou pessoa jurídica de direito privado.

A formação de uma associação pública dá origem a uma nova autarquia, ou seja, em razão da modificação produzida pela Lei nº 11.107/05, as associações públicas são consideradas autarquias. Está conclusão ocorre porque a nova redação dada pela lei dos consórcios públicos ao Código Civil incluiu o inciso IV do seu art. 41, que fixa as autarquias como pessoas jurídicas de direito público. Veja o artigo 41 do Código Civil:

Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

I - a União;

II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;

III - os Municípios;

IV - as autarquias, inclusive as associações públicas;

### **1.5 Formas e Meios de Prestação de Serviços Públicos**

Para encerrar a organização da administração pública dentro dos limites necessários para o presente estudo, é preciso saber que os entes ou pessoas jurídicas que compõem a administração direta e indireta acima estudadas existem para prestar seus respectivos serviços públicos, que podem ser classificados a partir de suas formas e meios em três modalidades, a saber: Centralizado, Descentralizado e Desconcentrado.

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO citado no livro “O Empregado Público” Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante e Francisco Ferreira Jorge Neto, afirma que a organização administrativa:

resulta de um conjunto de normas jurídicas que regem a competência, as relações hierárquicas, a situação jurídica, as formas de atuação e controle dos órgãos e pessoas, no exercício da função administrativa. Como o Estado atua por meio de órgãos, agentes e pessoas jurídicas, sua organização se calca em três situações fundamentais: a centralização, a descentralização e a desconcentração.<sup>6</sup>

A partir da passagem acima se pode concluir que o serviço público ocorre de forma centralizada, descentralizada ou desconcentrada, podendo a execução desse mesmo serviço público ser direta quando realizado pelo ente público que tem a obrigação de prestar determinado serviço público, ou indireta

---

<sup>6</sup> CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. O empregado público. 2ª edição - São Paulo: LTr, 2009

quando o ente público que tem a obrigação de realizar a prestação do serviço público o faz através de terceiros.

A forma centralizada de prestação de serviço público ocorre quando o Estado através de seus entes da administração direta ou centralizada (União, estados, Distrito Federal e Municípios) executa o serviço diretamente em seu nome e por sua responsabilidade.

A forma descentralizada de prestação de serviço público ocorre através dos entes da administração indireta ou dita descentralizada (Fundações Públicas, Empresas Públicas e Sociedade de Economia Mista). Frise-se que também será considerado descentralizada a prestação de serviço público se for executado por entidade privada e não só pública, vez que por não serem a administração direta centralizada, possuirá natureza descentralizada. A título de exemplo de prestação de serviço público por pessoa jurídica de direito privado é o caso dos contratos ou atos administrativos de concessão e permissão que transferem a execução do serviço público para determinada pessoa jurídica com personalidade de direito privado como o caso das concessionárias de serviço público que administram rodovias e o fornecimento de luz.

## **2 SERVIDORES PÚBLICOS**

Os servidores são pessoas investida da execução da função pública, contudo, existe mais de uma modalidade de servidor público exercendo a função estatal.

Para HELY LOPES MEIRELLES, agentes públicos são “todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal” <sup>7</sup>. Agente público representa o gênero que é composto de cinco espécies “agentes políticos; agentes administrativos; agentes honoríficos; agentes delegados e agentes credenciados” <sup>8</sup>.

Ainda para HELY LOPES MEIRELLES os agentes administrativos são:

os servidores públicos investidos em cargos ou empregos públicos, cuja investidura depende de aprovação prévia em concurso público (art. 37, inciso II, da CF/1988); os servidores públicos nomeados para funções de confiança e cargos em comissão (art. 37, incisos II,

---

<sup>7</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 26. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 69.

<sup>8</sup> Idem p. 70.

parte final, e V, da CF/1988); os servidores temporários, contratados na forma do art. 37, inciso IX, da Constituição da República <sup>9</sup>.

Importante ressaltar que Emenda Constitucional nº 19/1998 retirou a exigência do regime jurídico único no serviço público. Assim, podem ser encontrados empregados públicos (servidores públicos regidos pela legislação trabalhista) na Administração Federal, Estadual, do Distrito Federal e Municipal, direta, autárquica e fundacional <sup>10</sup>. A Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000, disciplina o regime de emprego público no âmbito da Administração Federal direta (União), autárquica e fundacional.

No caso da Administração Pública indireta (empresas públicas e sociedades de economia mista) que explorem atividade econômica com personalidade jurídica de direito privado (art. 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal), o regime jurídico que irá regular as relações entre os servidores públicos e estas Estatais é o da Consolidação das Leis do Trabalho. Veja o artigo 173 da Constituição Federal:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (Redação dada ao parágrafo pela Emenda Constitucional nº 19/98)

§ 2º. As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º. A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

---

<sup>9</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 74.

<sup>10</sup> BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 501-502.

§ 4º. A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º. A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

AMAURI MASCARO NASCIMENTO afirma que:

Como há relações de trabalho tanto no setor privado como no setor público, nosso sistema distingue o pessoal estatutário, cujo trabalho prestado para a Administração Pública, direta, autárquica e fundacional, é regido pelo direito administrativo, do celetista, do setor privado, incluindo empresas públicas e sociedades de economia mista (CF, art. 173, § 1º).<sup>11</sup>

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO destaca que os servidores públicos” compreendem: os “servidores estatutários”, os “empregados públicos” e os “servidores temporários, contratados por tempo determinado para atender à necessidade de excepcional interesse público (art. 37, IX, da Constituição)”.<sup>12</sup>

Entre os servidores público, percebe-se que há uma diferença crucial, é que os servidores públicos estatutários são aquelas pessoas que ocupam cargos públicos de provimento efetivo ou em comissão. Já os empregados públicos são pessoas ou servidores públicos regidos pela legislação trabalhista, seu regime jurídico é o celetista.

Há mais uma diferença também crucial para compreensão de servidor estatutário e celetista. Esta diferença está vinculada ao ente público a que o servidor presta seu serviço: os servidores públicos estatutários estão vinculados à Administração direta, autárquica e fundacional, os empregados públicos (espécie de servidor público) estão vinculados às empresas públicas e sociedades de economia mista.

No caso do pessoal contratado por tempo determinado também serão “servidores públicos, submetidos ao regime jurídico administrativo especial da lei prevista no art. 37, IX, da Carta Magna”<sup>13</sup>. Estes não se confundem com os

---

<sup>11</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 194.

<sup>12</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 501-502.

<sup>13</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 385.

servidores públicos estatutários (art. 37, inciso II, da CF/1988), terão sua relação regulada a partir de um regime administrativo especial.

O inciso IX do artigo 37 da Constituição Federal não exige prévia aprovação em concurso público para a contratação do servidor em caráter temporários, bastando necessidade temporária de excepcional interesse público. A doutrina de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO explica que os “servidores temporários” do art. 37, IX, da Constituição: “são contratados para exercer funções temporárias, mediante regime especial a ser disciplinado em lei de cada unidade da Federação”<sup>14</sup>.

### **3 EMPREGADO PÚBLICO**

O significado de “empregado público” representa uma das três modalidades de servidor público a saber: a) o funcionário público, aquele que exerce o cargo, mediante a aprovação prévia em concurso público, em caráter efetivo no regime estatutário; b) o empregado público, aquele que exerce o cargo como empregado em regime celetista, mediante a aprovação prévia em concurso público, não sendo o empregado privado; e c) o contratado em caráter temporário, aquela pessoa que é contratada a partir de um processo simplificado de seleção que pode ser dispensado. Este temporário é regido pela Lei nº 8.745, de 09.12.1993, DOU 10.12.1993, que dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do artigo 37 da Constituição Federal.

#### **3.1 Fundamento Constitucional**

O fundamento constitucional da figura do “empregado público” está previsto no artigo 37, inciso II da Constituição Federal, veja:

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada ao inciso pela Emenda Constitucional nº 19/98)

---

<sup>14</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 502.

Veja que para exercer o emprego público, a pessoa é obrigada a se submeter previamente a concurso público, mesmo sabendo que, em caso de aprovação, manterá relação jurídica celetista com a administração pública. Como regra geral, neste ponto surge a necessidade de conceituar a administração pública para delimitar a atuação do empregado público, ou espécie de servidor. O caput do artigo 37 da Constituição Federal estabelece que:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada ao caput pela Emenda Constitucional nº 19/98)

Relembrando, administração direta são a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Já a Administração Indireta são as Autarquias, as Fundações Públicas, as Empresas Públicas, as Sociedades de Economia Mista e as Associações Públicas.

Vale diferenciar que a Administração Direta contrata funcionário públicos estatutários e também empregados públicos. Como exemplo mais comum tem-se as Prefeituras que contratam mais empregados públicos.

Perceba que independente de quem contrata o empregado público somente presta o serviço mediante prévia aprovação em concurso público com um contrato celetista. Esta regra estabelecida na Constituição Federal é aceita por toda a doutrina e jurisprudência, contudo, estes acabaram ajustando alguns direitos dos empregados públicos em certos casos, como será abordado detalhadamente até o final deste estudo.

### **3.2 Conceito**

O empregado público é pessoa que passa a servir a administração pública como uma espécie do gênero servidor público, devendo para tanto ingressar nos quadros da Administração Pública somente por meio de concurso público nos termos do artigo 37, inciso II da Constituição Federal, mantendo relação jurídica contratual celetista.

Apenas com o intuito de aprofundar o conceito, vale observar o entendimento MARÇAL JUSTEN FILHO:

Logo, reserva-se a expressão “emprego público” apenas para as relações jurídicas estabelecidas no âmbito das pessoas jurídicas de

direito público. No tocante às relações empregatícias na Administração indireta de direito privado, melhor é utilizar a expressão “emprego privado em empresa estatal”.(Curso de direito administrativo. 3. ed. Saraiva, 2008, p. 788)

### **3.3 Regime Jurídico Celetista e Estatutário**

Questão de fácil diferenciação mas que influi em diversos pontos do presente estudo está na aplicação dos dois regimes.

O regime celetista é representado pelo contrato de trabalho regido pela CLT, que em um primeiro momento garante apenas os direitos previstos nas normas trabalhistas, inclusive as estabilidades trabalhistas. Ao empregado público é aplicado o regime celetista e conseqüentemente as demais leis trabalhistas.

O regime estatutário é representado pelo cargo público de provimento efetivo, aquele que após três anos de efetivo exercício nos termos do artigo 41 da Constituição Federal passa a ter direito a estabilidade pública. Os servidores públicos são investidos em cargos públicos nos termos do artigo 39 da CF, criados por lei e regidos pelas normas de direito administrativo.

Para HELY LOPES MEIRELLES o

Regime estatutário é o modo pelo qual se estabelecem as relações jurídicas entre o servidor público e a Administração, com base nos princípios constitucionais pertinentes e nos preceitos legais e regulamentares da entidade estatal a que pertence. Sob esse regime, a situação do servidor público não é contratual, mas estatutária (grifo) (in Direito Administrativo Brasileiro, pág. 371, Ed. RT).

Para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO

Os servidores titulares de cargos públicos submetem-se a um regime especificadamente concebido para reger esta categoria de agentes. Tal regime é estatutário ou institucional; logo, de índole não-contratual (in Curso de Direito Administrativo, pág. 127, Ed. Malheiros).

O servidor estatutário somente poderá perder seu cargo efetivo após ter alcançado a estabilidade do artigo 41 da CF se for demitido nos casos de: I - sentença judicial transitada em julgado; II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

Vale lembrar que é obrigatória a avaliação especial de desempenho no final do período probatório de três anos como condição para a aquisição da estabilidade. Veja o § 4º do artigo 41 da Constituição Federal:

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

.....  
.....  
§ 4º. Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade. (Redação dada ao artigo pela Emenda Constitucional nº 19/98)

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO <sup>15</sup> observa que a duplicidade de vínculos laborais na órbita da administração pública com seus servidores relaciona-se tanto a cargos quanto a empregos públicos. O jurista acabou por especificar a diferença doutrinária entre cargo público e emprego público conforme abaixo transcrito:

Cargo público - Cargos são as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de direito público e criados por lei.

Os servidores titulares de cargos públicos submetem-se a um regime especificamente concebido para reger esta categoria de agentes. Tal regime é estatutário ou institucional; logo, de índole não-contratual.

Emprego Público - Empregos públicos são núcleos de encargos de trabalho a serem preenchidos por ocupantes contratados para desempenhá-los, sob relação trabalhista.

Sujeitam-se a uma disciplina jurídica que, embora sofra algumas inevitáveis influências advindas da natureza governamental da entidade contratante, basicamente, é a que se aplica aos contratos trabalhistas em geral; portanto, a prevista na Consolidação das Leis do Trabalho

A relação laboral administração/servidor público que lota cargo efetivo é estabelecida pelo regime estatutário, caracterizada pela unilateralização do vínculo no cargo público, relação esta regulada pelo estatuto respectivo.

A relação laboral administração/empregado público, caracteriza-se pelo regime celetista ou contratual, logo, bilateral, sendo que as regras que regulam a relação são as leis trabalhistas.

---

<sup>15</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de, "Curso de Direito Administrativo", Ed. Malheiros, São Paulo, 1999, pp. 126 e 127.

#### **4 ESTABILIDADE DEFINITIVA DO EMPREGADO PÚBLICO**

Anteriormente a Constituição Federal de 1988 a estabilidade de empregados regulados pelas leis trabalhistas era possível apenas nos termos do artigo 492 Consolidação das Leis do Trabalho. O requisito necessário para ter direito a estabilidade definitiva do decenal, como o próprio termo explica, era alcançar mais de 10 anos de serviço na mesma empresa. Veja o artigo 492 da CLT: “Art. 492. O empregado que contar mais de dez anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas.”

Com efeito, todo e qualquer empregado celetista poderia se tornar estável, antes da Constituição Federal de 1988, desde que laborasse par ao mesmo empregador por 10 anos consecutivos. Após a promulgação da Constituição Federal de 1988 esta matéria passou a ser novamente analisada pela doutrina e jurisprudência passando a ter nova interpretação quanto a sua aplicabilidade.

O artigo 492 da Consolidação das Leis Trabalhistas não foi recepcionado pela Carta Magna, em razão de não estar em conformidade com a nova norma constitucional. A Constituição Federal de 1988 no artigo 7º, inciso III, elencou como direito dos trabalhadores urbanos e rurais, o fundo de garantia por tempo de serviço – FGTS. Com esta regra acabou por generalizar e vincular todos os empregados ao regime de FGTS, passando a facultar a opção para uma obrigação, veja:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

...

III - fundo de garantia do tempo de serviço;

Também foi assegurada pela nova ordem constitucional indenização em caso de despedida arbitrária, nos termos do inciso I, do artigo 7º, do Texto Constitucional, verbis: “Art. 7º. I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;”

No julgamento do Recurso de Revista nº 74.213/93.8, o Tribunal Superior do Trabalho entendeu que:

ESTABILIDADE DECENAL - ART. 492 DA CLT E ART. 19, § 3º, DO ADCT - CF/88 - A Carta Magna ao generalizar o regime do FGTS revogou a estabilidade definitiva aos dez anos de serviço. Os

obreiros que não atingiram os dez anos (art. 492) até à época da promulgação da Constituição Federal não podem ter como reconhecida a estabilidade. (TST - RR 74.213/93.8 - Ac. 360/94 - 2ª T. - Rel. Min. José Francisco da Silva - DJU 15.04.1994)

Assim, acabou prevalecendo o entendimento que a estabilidade definitiva prevista no artigo 492 da CLT foi substituída pela indenização de 40 % (quarenta por cento) sobre o FGTS nos casos de despedidas arbitrárias.

#### **4.1 Artigo 41 da Constituição Federal**

A Constituição Federal, anteriormente a nova redação do artigo 41 pela Emenda Constitucional nº 19/98, estabelecia que “são estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público”. Perceba que o texto constitucional não diferencia entre servidor regido por estatuto ou pelas leis trabalhistas, logo desde que servidor podem em tese ter direito a estabilidade constitucional definitiva.

Os tribunais passaram a julgar a matéria produzindo duas correntes: a primeira corrente afirmava que o artigo 41 deveria ser aplicado apenas aos servidores lotados em cargos públicos e não aos regidos por leis trabalhistas. A segunda corrente entendia que o art. 41 da Constituição Federal, por não diferenciar os servidores, deveria ser aplicado aos lotados em cargos como aos empregos públicos.

Aqueles que negavam a aplicação da estabilidade do artigo 41 ao empregado público argumentavam que mesmo a administração pública equiparando ao empregador privado, o regime de caráter administrativo público não garantiria o direito a estabilidade definitiva do artigo 41 do Texto Constitucional. Argumentavam ainda que o artigo 41 está inserido no capítulo VII - Da Administração Pública; seção II - Dos servidores públicos, devendo ser aplicado apenas aos funcionários públicos civis da Administração Pública.

Agora veja julgado embasado na primeira corrente que entende pela não aplicação da estabilidade aos empregados públicos:

SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - ESTABILIDADE - SERVIDOR PÚBLICO CELETISTA - SERVIDOR PÚBLICO ESTATUTÁRIO. - E inaplicável ao empregado celetista o art., 41, caput, da CF, por se destinar aos servidores de que cogita o art. 39, caput, da CF, aos estatutários. (TRT 1ª R. - RO 19634/91 - 3ª T. - Relª. Juíza Nídia de Assunção Aguiar - DORJ 23.05.1995)

ESTABILIDADE - ART. 41 DA CF - Tal dispositivo não se aplica ao servidor celetista mas, apenas, ao estatutário, devidamente nomeado após concurso público. Aos celetistas a CF dirigiu somente o art. 19 do ADCT. (TRT 15ª R. - Proc. 13.799/95 - Ac. SE 2ª T. 633/97 - Relª. Juíza Iara Alves Cordeiro Pacheco - DOESP 29.09.1997)

Embargos. Estabilidade de ocupante de emprego público regido pela CLT. O disposto no artigo 41 da Constituição da República é inaplicável aos empregados públicos (os celetistas), uma vez que toda a sistemática da Seção II do Capítulo VII do Título III da Constituição da República, se fundava, até a Emenda n. 19/98, na existência de um regime jurídico único; hoje, a Administração pública pode celebrar contrato de trabalho pelo regime da CLT, e celebra. E quando o faz sujeita a relação de emprego às mesmas condições estabelecidas para as empresas privadas. Recurso de Embargos conhecido e provido para julgar improcedente a reclamação trabalhista” (TST - SDI-I - ERR n. 557968 - Rel. Min. João Batista Brito Pereira - j. 2.4.2001 - DJ 22.6.2001 - p. 310).

Recurso de Revista. Administração Pública Direta. Servidor Regido Pela CLT. Estabilidade do art. 41/CF. Não é extensiva ao servidor regido pela CLT, na Administração Pública Direta, a estabilidade do art. 41 da Constituição Federal (na redação anterior à da Emenda n. 19/98). ‘O disposto no artigo 41 da Constituição da República é inaplicável aos empregados públicos (os celetistas), uma vez que toda a sistemática da Seção II do Capítulo VII do Título III da Constituição da República, se fundava, até a Emenda 19/98, na existência de um regime jurídico único; hoje, a administração pública pode celebrar contrato de trabalho pelo regime da CLT, e celebra. E quando o faz sujeita a relação de emprego às mesmas condições estabelecidas para as empresas privadas’ (Ministro Brito Pereira). Recurso não provido” (TST - 5ª T. - RR n. 416885 - Rel. Juiz Convocado Guedes de Amorim - j. 23.5.2001 - DJ 8.6.2001 - p. 719).

Empregado público. Estabilidade. Impossibilidade constitucional. A condição de "estável" conferida ao reclamante surgiu em decorrência da interpretação equivocada dada a dispositivos constitucionais, inaplicáveis a empregados públicos, que embora sejam servidores públicos latu sensu, não são ocupantes de cargos públicos de provimento efetivo, estes sim regidos por normas de Direito Administrativo, únicos sujeitos à aquisição da estabilidade contida no artigo 41, por força do disposto no artigo 37, II da Carta Fundamental. Revista a que se dá provimento” (TST - 3ª T. - RR 312513 - Rel. Min. José Luiz Vasconcellos - j. 26.4.2000 - DJ 26.5.2000 - p. 450).

Estabilidade. Constituição da República. A análise sistemática das normas constitucionais revela que o fato de a Reclamante ter sido contratada pelo regime da celetista em emprego público, mesmo por concurso, não atrai a incidência do artigo 41 da Carta Magna, pois inserido em seção cujos preceitos referem-se especificamente aos servidores públicos civis da Administração pública direta, das autarquias e fundações públicas e, portanto, disciplinados pelo sistema jurídico único. Como já mencionado anteriormente, a contratação se deu pelo regime celetista, onde se encontra insito o

poder de resolução do contrato, incidindo apenas, a garantia contra a despedida arbitrária na forma do artigo 7º, I da Constituição Federal, c/c artigo 10, I, do ADCT. Recurso de revista provido” (TST - 4ª T. - RR n. 238175/1995-8 - Rel. Min. Cnéa Moreira - DJU 5.3.99 - p. 161 - Suplemento LTr 087/99 - p. 486).

MARA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO <sup>16</sup> explica que:

Estabilidade é a garantia de permanência no serviço público assegurada, após dois anos de exercício, ao servidor público nomeado por concurso, que somente pode perder o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa.

Prevista no artigo 41 da Constituição, a estabilidade somente beneficiará o funcionário público, ou seja, aquele investido em cargo. O dispositivo, no caput, diz que ‘são estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público. Nos termos do § 1º, o servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa.

A referência a cargo e a nomeação exclui a aplicação do dispositivo para os servidores admitidos ou contratados para desempenho de emprego ou função pública.

Isto significa que constitui requisito para aquisição de estabilidade a efetividade do servidor, ou seja, a sua condição de funcionário nomeado por concurso para ocupar cargo público que só possa ser provido por essa forma.

Analizando a matéria HELY LOPES MEIRELLES <sup>17</sup> explica que:

A nomeação em caráter efetivo é a condição primeira para a aquisição da estabilidade. A efetividade, embora se referia ao servidor, é apenas um atributo do cargo, concernente a sua forma de provimento, e, como tal, deve ser declarada no decreto de nomeação e no título respectivo, porque um servidor pode ocupar transitoriamente em cargo de provimento efetivo (casos de substituição, p. ex.), sem que essa qualidade se transmita ao seu ocupante eventual.

É por isso que os nomeados em comissão e os admitidos na forma do art. 37, IX, da CF, cujos os vínculos empregatícios têm sempre um caráter provisório, jamais adquirem estabilidade. Não podem pretender a permanência no serviço público, porque essa garantia, repetimos, é exclusiva dos servidores regularmente investidos em cargos públicos de provimento efetivo.

DIOGENES GASPARINI afirma que:

A extinção do vínculo com as mencionadas entidades governamentais dá-se nos termos e condições estabelecidas na Consolidação das Leis do Trabalho, não militando a seu favor as

---

<sup>16</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 326.

<sup>17</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 23ª edição, 1998, p. 369.

vantagens da estabilidade, que é reconhecida aos servidores públicos civis.

Os partidários da primeira corrente de que a estabilidade definitiva do artigo 41 da Constituição federal de 1988 não se aplica a empregados públicos alegam também que a adoção do fundo de garantia por tempo de serviço gera a incompatibilidade com a estabilidade definitiva do artigo 41 da CF/88. Veja os julgados abaixo sobre este argumento:

Estabilidade. Sociedade de economia mista. O artigo 41 da Lex Legum alberga a estabilidade do servidor nomeado em virtude de concurso público, após dois anos de efetivo exercício, mas restringe aquela garantia tão somente àqueles, cuja natureza do vínculo com o órgão público seja estatutário e não celetista. A opção pelo regime do FGTS implica renúncia à estabilidade, porque os dois regimes não coexistem. De qualquer forma, os empregados das empresas públicas e os de sociedades de economia mista não são alcançados pela estabilidade, podendo ser dispensados a qualquer momento, sem necessidade de motivação do ato de dispensa, porque aquelas empregadoras sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, até mesmo no que diz respeito aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, nos termos do art. 173 da CF" (TRT - 3ª R. - 4ª - RO n. 15663/00 - Rel. Paulo Chaves Corrêa Filho - DJMG 7.4.2001 - p.12).

Estabilidade. Servidor contratado pelo regime celetista. A admissão de servidor mediante concurso público pelo regime celetista não lhe confere a estabilidade no emprego público. A estabilidade só é conferida ao servidor investido em cargo público de provimento em caráter efetivo (CF/88, art. 41). Por evidente, o servidor admitido pelo regime da CLT não está investido em cargo, mas em emprego público. A diferença basilar entre o empregado celetista e o servidor público regido por regime estatutário é que aquele é garantido com a indenização fundiária, e este com a estabilidade. A soma de ambos os benefícios resultaria na criação de um tertius genus: empregado com estabilidade e FGTS" (TRT - 2ª R - 5ª T. - RO n. 02990335069 - Rel. Francisco Antonio de Oliveira - j. 18.7.2000 - DOE 4.8.2000).

Ainda existem dois argumentos que reforçam a tese da primeira corrente de que o empregado público não teria direito a estabilidade definitiva do artigo 41 da Constituição Federal. Primeiro por que a nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 19 expressamente constou "nomeados para cargo de provimento efetivo". Segundo por que permanece a diferença entre cargo e emprego:

Art. 41 da CF. Empregado celetista de prefeitura municipal. Regime Jurídico Único adotado: o 'celetista'. O servidor ocupante de cargo público é o contratado sob Obrigada(a), regime estatutário, e o que se ativa em emprego público é o admitido sob a égide da CLT.

Ambos devem se submeter ao concurso. Contudo, se a reclamada adotou como regime jurídico o celetista, o empregado ainda se distingue do servidor público porque este ocupa cargo, e aquele, emprego. A estabilidade do art. 41 da CF alcança apenas os ocupantes de cargo e não de emprego público” (TRT - 2ª R. - 9ª. T. - Ac. 02970193846 - Rel. Antonio José Teixeira de Carvalho - DOE 27.05.97).

Para concluir os argumentos desta primeira corrente, há quem entenda que a exigência de aprovação em concurso público para o empregado público não poderia embasar o direito a estabilidade constitucional:

Ente Público. Empregado Celetista. Concurso Público. Estabilidade no Emprego. Inexistência. A interpretação sistemática que deve ser feita ao se analisar e pôr em prática as normas que dão moldura ao Capítulo VII da Constituição Federal, relativo à Administração pública, conduz à conclusão no sentido de que o art. 41 e seus parágrafos só se aplicam aos servidores públicos civis, ou seja, aos funcionários públicos estatutários da Administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas, não alcançando, portanto, os empregados públicos celetistas, mesmo os admitidos mediante concurso público. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista conhecido e provido” (TST - 5ª T. - RR n. 576785 - Rel. Juiz Convocado Walmir Oliveira da Costa - j. 30.5.2001 - DJ 10.8.2001 - p. 873).

Inexistência. Irrelevância da admissão por concurso, para efeitos de estabilidade - Arts. 41 e 37 da CF/88. O art. 41 da CF, inserido na Seção II - Dos Servidores Públicos Civis, refere-se àqueles cuja natureza do vínculo com o Estado seja institucional e não contratual. A conclusão desse entendimento se encontra no art. 37 da CF, que distinguiu cargo de emprego público, embora para ambos a aprovação dependa de concurso público, para investidura na Administração Pública, direta ou indireta. O cargo público é criado por lei, enquanto, no emprego público, a natureza do vínculo é contratual, regida pela CLT. Assim, em sendo a relação dos reclamantes para com a reclamada regida pelo estatuto consolidado, afasta-se a estabilidade pretendida, sendo irrelevante que sua admissão tenha-se dado por concurso. A estabilidade é uma garantia pessoal, exclusiva dos funcionários regularmente investidos em cargos públicos (na acepção estrita do termo) de provimento em caráter efetivo, não transitório” (TRT - 15ª R - 2ª T - Ac. n. 6806/95 - Rel. Tadeu Gomieri - DOE 22.5.95 - p. 67).

Servidor Público Trabalhista. Estabilidade. O artigo 41, da Constituição Federal, não se estende aos servidores públicos contratados sob a égide da Consolidação das Leis do Trabalho. Assim, ainda que admitidos mediante prévio concurso público, o instituto da estabilidade não atinge essa categoria de servidores, haja vista que inexistente nomeação e ocupação de cargo, características do regime estatutário. Contudo, em face dos princípios da moralidade e da impessoalidade, a rescisão contratual deverá ser precedida do competente procedimento administrativo,

através do qual será garantida a ampla defesa, sem o que nula será a dispensa” (TRT - 3ª R. - 5ª T. - RO. n. 19245/99 - Rel. Ricardo Antônio Mohallem - DJMG 30.9.2000 - p. 15).

Os partidários da segunda corrente de que a estabilidade constitucional pode ser aplicada aos empregados públicos argumentam que a contratação é feita obedecendo todas as regras e princípios da Administração Pública que determinam a realização de concurso público dificultando a dispensa após o estágio probatório. Argumentam que não haveria qualquer incompatibilidade com o fundo de garantia por tempo de serviço “o art. 7º, I, CF, prevê a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária e sem justa causa e, nem por isso, deixa de, dois incisos mais além, instituir o direito ao fundo de garantia do tempo de serviço”.<sup>18</sup>

Empregado de Sociedade de Economia Mista. Estabilidade do artigo 41 da Constituição Federal de 1988. Inaplicabilidade. A estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição, inserido em seção cujos preceitos referem-se especificamente aos servidores públicos civis da administração direta, das autarquias e das fundações públicas, destina-se não só aos servidores públicos, também denominados funcionários públicos, submetidos ao regime estatutário, e investidos em cargos públicos criados por lei, que lhes confere denominação própria, define suas atribuições e fixa o padrão de vencimento ou remuneração, como também aos empregados públicos. Realmente, o Supremo Tribunal Federal veio de consagrar a tese de que o servidor-empregado, contratado após prévia aprovação em concurso público, independentemente de ser optante pelo FGTS, goza de estabilidade do art. 41 da Constituição Federal, beneficiando-se assim do direito de, somente após regular apuração de falta que lhe seja imputada, ser dispensado por justa causa, quando seu empregador é a administração pública direta, autárquica ou fundacional. A hipótese, em exame, no entanto, como já assinalado, é de empregado que prestou serviços à empresa de economia mista, daí porque a relação jurídica não encontra abrigo no art. 41 da Constituição Federal, mas, sim, no art. 173, na CLT e Legislação Complementar. Recurso de revista provido” (TST - 4ª T. - RR n. 525486 - Rel. Min. Milton de Moura França - j. 21.10.2000 - DJ 1.12.2000).

O texto constitucional não pode sofrer interpretação restritiva em razão de ter constado a expressamente “servidor público”, que é gênero e não espécie.

O preceito em comento revela, sem distinguir o regime jurídico, serem estáveis após dois anos de efetivo exercício os servidores

---

<sup>18</sup> FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. O Estado no Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1996, p. 55.

nomeados em virtude de concurso público. Descabe introduzir no preceito limitação que nele não se contém. O fato de a União ou mesmo o Estado Federado ou, ainda, Município adotarem como regime jurídico o trabalhista não informa a possibilidade de despedimento à livre discricão. A Constituição Federal de 1988 abandonou o vetusto Estatuto dos Funcionários Públicos, tanto assim que não há nela referência a funcionário. A robustecer essa óptica, tem-se que veio à baila dispositivo transitório dando estabilidade aos servidores em geral, que, à época da promulgação da Carta, já contavam com mais de cinco anos, muito embora sem o ingresso no serviço mediante concurso público, o que não é o caso dos autos, já que ficou assentado serem os beneficiários da decisão concursados, e, mais uma vez, não se aludiu a este ou àquele regime jurídico. A norma mostrou-se abrangente e, até mesmo, pedagógica. Ao dispor o legislador constituinte sobre as exceções, referiu-se ao afastamento da incidência apenas quanto aos ocupantes de cargos, funções e empregos (relação regida pela Consolidação) de confiança ou em comissão, bem como àqueles que viessem ocupando cargo de livre exoneração. Em síntese, sem adentrar-se à questão da necessidade de os atos da Administração Pública serem fundamentados, o que já excluiria a possibilidade de resiliir-se contrato, tem-se que a Corte de origem deu fiel interpretação à norma do artigo 41 da Constituição Federal, razão pela qual não conheço deste extraordinário” (STF - 2ª T. - RE n. 187.229-2 - Rel. Marco Aurélio - DJ 14.05.99).

Ação rescisória. Violação literal de lei. Estabilidade. Artigo 41, da Constituição da República. Reintegração. 1. O art. 41, da Constituição Federal de 1988, com a redação anterior à EC n. 19/98, assegurava estabilidade, após dois anos de efetivo exercício, aos servidores públicos concursados. Aludindo a norma constitucional a ‘servidor público, gênero de que o empregado público é espécie, a estabilidade em foco era extensiva a estatutário e ‘celetista’, sem distinção. Exegese escudada em precedente do Supremo Tribunal Federal e que vai ao encontro do princípio da moralidade administrativa, impedindo que se frustrasse a ordem de classificação no próprio concurso para privilegiar apaniguado político. 2. Rescinde-se, portanto, por violação do então art. 41, da CF/88, acórdão de mérito que nega a servidores celetistas concursados declaração de nulidade da dispensa sem justa causa e o conseqüente direito à reintegração no emprego. 3. Recurso ordinário provido” (TST - SDI - ROAR n. 420755/1998 - Rel. Min. João Oreste Dalazen - j. 22.8.2000).

A interpretação dos Tribunais sempre teve entendimento de que servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal (Orientação n. 22, SDI-II10). A nova Orientações Jurisprudenciais nº 265 manteve esse entendimento. Assim, os empregados das empresas públicas e as sociedades de economia mista não tem direito a estabilidade do artigo 41 da CF/88, em razão de

que o artigo 173, § 1º, II, da Carta Magna determina que essas entidades devem ser regidas pelo regime jurídico das empresas privadas (Orientação n. 229, SDI-112), mesmo que aprovados em concurso público (Orientação n. 247, SDI-113).

Estabilidade. Artigo 41 da Carta Política. Empregado celetista. Sociedade de economia mista. Inaplicabilidade. Cassação da ordem de reintegração do empregado dispensado imotivadamente. A Jurisprudência pacífica desta alta Corte é no sentido de que somente os servidores públicos celetistas da Administração Pública Direta, Autárquica ou Fundacional são beneficiários da estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal. Assim, os arts. 37, caput, e 173, § 1º, da Lei Maior não se caracterizam como suporte jurídico garantidor da antecipação de tutela jurisdicional promovida pelo eg. Tribunal Regional de origem, consistente em conferir o referido benefício a empregado celetista de Sociedade de Economia Mista. Vale-refeição. Natureza salarial. Art. 3º da Lei n. 6.321/76. O Decreto n. 05/91, que regulamentou a Lei n. 6.321/76, estabelece que a parcela paga in natura, por empresa inscrita no Programa de Alimentação do Trabalhador, não tem natureza salarial, não se incorporando à remuneração do trabalhador para quaisquer efeitos. Descontos Previdenciários. A Justiça do Trabalho é competente para determinar o recolhimento dos descontos previdenciários, cuja retenção na fonte encontra amparo no art. 43 da Lei n. 8.212/91, com a nova redação que lhe foi conferida pela Lei n. 8.621/93, bem como nos Provimentos n. 02/93 e 01/96 da douta Corregedoria-Geral desta Justiça Especializada. Danos morais. Competência da Justiça do Trabalho. A competência da Justiça do Trabalho, prevista no art. 114 da Constituição Federal, estende-se aos conflitos decorrentes da relação de emprego, dentre os quais encontra-se a indenização por dano moral emergente do vínculo laborativo. Recurso de Revista parcialmente conhecido e em parte provido” (TST - 2ª T. - RR n. 577884 - Rel. Márcio Ribeiro do Valle - j. 22.11.2000 - DJ 7.12.2000).

Para os defensores da aplicabilidade da estabilidade constitucional definitiva aos empregados públicos, estes entendem que mesmo no caso de regime jurídico único os empregados celetistas teriam direito a estabilidade.

Estabilidade. Servidor Público. A estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição Federal independe da natureza do regime jurídico adotado. Servidores concursados e submetidos ao regime jurídico trabalhista têm jus à estabilidade, pouco importando a opção pelo sistema do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço” (STF - 2ª T. - RE n. 187229 - Rel. Min. Marco Aurélio - j. 15.12.98 - DJ 14.5.99 - p. 20).

REINTEGRAÇÃO - ESTABILIDADE - ARTIGO 41, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - O artigo 41, da Constituição da República atribui estabilidade "aos servidores" públicos e não ao "funcionário", como se dava sob a égide das Constituições de 1967 e de 1969. Ora, sabidamente, "servidor" é gênero, de que o empregado público é espécie. De outro lado, a lógica do sistema constitucional parece indicar que a estabilidade é extensiva a

estatutário e celetista, sem distinção. Portanto, servidor celetista concursado dispensado sem justa causa faz jus à reintegração no emprego com todos os seus consectários legais. (TST - RR 224.870/95-1 - 1ª T. - Rel. Min. João Oreste Dalazen - DJU 17.10.1997)

SERVIDOR PÚBLICO - CONCURSADO - REGIME CELETISTA - DISPENSA - Irregular a dispensa do servidor público admitido após aprovação em concurso público. Se é verdade que este é exigência constitucional (inciso do art. 37 da CF), aliás salutar exigência, não menos verdade é que o art. 41, inserido no mesmo capítulo da Carta Magna, garante a estabilidade, após dois danos, dos admitidos sob essa condições. Ambos os dispositivos (arts. 37 e 41 da CF) não distinguem entre o servidor celetista e o estatutário. A acolhida ao procedimento do reclamado significaria possibilitar que o ente público adotasse como regime estatutário o celetista e ter-se-ia que seus servidores jamais alcançariam a estabilidade, fato que motivou exatamente a elaboração dos referidos dispositivos. A reintegração dos reclamantes é medida que se impõe, imprescindível à observância dos princípios da legalidade e da moralidade, insertos no caput do art. 37 da Carta Política. (TRT 15ª R. - Ac. 3ª T. 3.730/97 - Rel. Juiz Mauro Cesar Martins de Souza - DOESP 31.03.1997)

JOSÉ AFONSO DA SILVA <sup>19</sup>, não diferencia o servidor exercente de cargo ou emprego, em sua lição afirma que:

Não basta, pois a nomeação em virtude de concurso. É necessário que o servidor esteja no exercício por mais de dois anos, sem interrupção, do cargo ou emprego, para o qual fora nomeado. A investidura em cargo ou emprego público é um procedimento administrativo complexo, que envolve várias operações sucessivas\_ realização de concurso, aprovação deste, nomeação na ordem de classificação, posse e entrada em exercício. Desta última é que começa a fluir o tempo de dois anos para a aquisição da estabilidade

Apenas para que não ocorra enganos, vale frisar que esta doutrina foi escrita antes da alteração do período probatório para 3 anos, mas seu significado e lógica jurídica continua.

MARIA SYLVIA DI PIETRO <sup>20</sup> faz análise diferenciada, entendendo que os empregados públicos não podem ter direito a estabilidade do artigo 41 da Carta Política, veja:

Tradicionalmente, a estabilidade, no direito brasileiro, tem sido entendida como a garantia de permanência no serviço público assegurada, após três anos de exercício, ao servidor nomeado por concurso, que somente pode perder o cargo em virtude de sentença

---

<sup>19</sup> SILVA, José Afonso da, "Curso de Direito Constitucional Positivo", editora RT, 6º ed., São Paulo, pp. 581 e 582

<sup>20</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 460

judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada a ampla defesa ...

O reconhecimento de estabilidade a esses servidores não implicou em efetividade, porque esta só existe em relação a cargos de provimento por concurso ...

O dispositivo exclui do direito a essa estabilidade os professores universitários, os ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, além dos que a lei declara de livre exoneração, ...

#### **4.2 Artigo 19 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias**

Ainda sobre a questão da estabilidade definitiva do artigo 41 da Carta Magna poder ser aplicada aos empregados públicos há o entendimento de que o texto constitucional reservou aos empregados públicos apenas o artigo 19 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT que estabelece:

os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no artigo 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

Neste sentido o Tribunal Superior do Trabalho acabou por entender na década de 1990 que:

ESTABILIDADE DO ART. 19 DO ADCT - FUNDAÇÃO PÚBLICA - SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO - O fato de a reclamante, na data da promulgação da Constituição Federal de 1988, estar em gozo de licença, sem remuneração e, portanto, com o contrato de trabalho suspenso, não significa óbice à estabilidade do art. 19 do ADCT, porque o contrato de trabalho continuou vigendo, sem solução de continuidade. Assim, na data da suspensão do contrato de trabalho e da promulgação da nova Carta, a obreira já havia laborado para a fundação pública durante mais de cinco anos continuados, sendo beneficiária da estabilidade. Recurso de revista não conhecido. (TST - RR 189.188/1995-6 - 2ª T. - Rel. Min. Vantuil Abdala - DJU 30.10.1998 - pág. 111)

ESTABILIDADE - ART. 19 DO ADCT - As demissões e readmissões em curto espaço de tempo e continuidade da prestação de serviço, durante o período em que durar a rescisão contratual, caracterizam-se em fraude à lei. Nessa hipótese, para os efeitos da previsão legal contida no art. 19 do ADCT, há que se considerar a unicidade contratual. (TST - RR 289.374/1996-6 - 3ª T. - Rel. Min. Francisco Fausto - DJU 19.03.1999)

ESTABILIDADE - SERVIDOR PÚBLICO CELETISTA - O art. 19 do ADCT, assim dispõe: "Os servidores públicos civis da União dos

Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37 da Constituição, são considerados estáveis no serviço público. "Vê-se, portanto, que o legislador não distinguiu entre os servidores beneficiados e aqueles optantes pelo regime jurídico celetista ou estatutário. A melhor prática exegética nos ensina ser inviável fazer distinções onde a lei não o fez. (TST - RR 208.125/1995-8 - 3ª T. - Rel. Min. José Zito Calasãs - DJU 17.04.1998)

SERVIDOR PÚBLICO - ESTABILIDADE - Servidor público que adquire estabilidade nos termos do art. 19 do ADCT da nova CF, não pode ser sumariamente demitido. O legislador-constituente não disse que tais servidores serão estáveis. É categórico: declara que ditos servidores são estáveis. O dispositivo em causa nada tem a ver com os arts. 37, II, e 41, da nova CF. Igualmente, não guarda qualquer relação com os arts. 7º, I, da nova CF e art. 10, do ADCT. (TRT 3ª R. - RO 2658/89 - 3ª T. - Rel. Juiz Michel F. M. Abujerli - DJMG 27.04.1990) (ST 17/91)."

Dentro de todo este contexto, VALENTIN CARRION <sup>21</sup> faz a seguinte interpretação doutrinária:

A confusão terminológica foi nociva. Há razões para pensar que a estabilidade conferida pelo art. 19 das Disposições Transitórias aos servidores sem concurso, com mais de cinco anos, alcança apenas aqueles que pertencem à espécie dos que normalmente são admitidos por concurso, ou seja, os funcionários e não os empregados públicos (os chamados celetistas). Assim entende Octávio Bueno Magano (Dispensa de Servidores, FSP 22.2.89), cuja conclusão se reforça se se pensar que a estabilidade do direito do trabalho mais corresponde à vitaliciedade do direito público do que à estabilidade deste; assim é que a estabilidade no estatutário se consegue por concurso público, após dois anos de serviço, mas o funcionário pode ser demitido mediante processo administrativo. Só a vitaliciedade do funcionário é que exige sentença judicial, semelhante ao direito do trabalho, pelo chamado inquérito (CLT, 494), que é judicial (CLT, 853). Seria contra-senso conceder estabilidade no emprego, ao mesmo tempo em que se estabelece em todo o país o regime de sua inexistência (FGTS, art. 7º, III). É verdade que surge o óbice da utilização da palavra "emprego" no art. 19, § 2º.

#### **4.3. Emenda Constitucional nº 19**

Com a promulgação da Constituição Federal de 1998, todos os servidores públicos nomeados em razão de concurso público, passavam a ser estáveis após 2 (dois) anos de estágio probatório.

---

<sup>21</sup> CARRION, Valentin, "Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho", editora RT, 11º ed., 1989, São Paulo, pp. 60 e 61.

A Emenda Constitucional 19, de 04 de junho de 1998, deu nova redação ao art. 41 da Constituição Federativa do Brasil, que passou estabelecer que: “Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.”

Agora a norma constitucional expressa literalmente que será estável apenas os servidores titulares de cargos de provimento efetivo, estabelecendo qual servidor pode ter o direito a estabilidade definitiva. Contudo, o TST acabou por sumular a matéria nos mesmo termos interpretado e decidido pelo STF.

#### **4.4 Súmula 390 do TST**

A questão aqui pesquisada é se estabilidade dos empregados públicos regidos pela CLT atingiu nível constitucional fundado no artigo 37 e 41 da Carta Magna.

Antes de adentrar na Súmula 390 do TST, historicamente, no setor público, foi prevista a estabilidade na Constituição Federal em duas situações. Primeiro no artigo 19 do ADCT, aos servidores públicos que já tivessem com mais de 5 anos de serviço na data da promulgação da Constituição Federal de 1988, ou seja, cinco anos anteriores a 05 de outubro de 1988. O segundo caso para aqueles servidores admitidos mediante aprovação em concurso público com base no artigo 37 II da Carta Política. Nestes dois casos a estabilidade é a prevista no artigo 41 da CF/1988.

Sendo o empregado público regido pela Consolidação das Leis Trabalhista, terá este direito as estabilidades provisórias dos trabalhadores celetistas. Porém, neste ponto surge uma questão intrigante, como a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, nos termos do artigo 37 inciso II da Constituição Federal, então o empregado público também teria direito a estabilidade prevista no caput do artigo 41 da Constituição Federal.

Para responder esta questão é preciso compreender com maiores detalhes o sentido de estabilidade. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO <sup>22</sup> ensina que:

---

<sup>22</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de, “Curso de Direito Administrativo”, Ed. Malheiros, 25 ed. São Paulo, 2007. p. 285)

Após três anos de exercícios subseqüentes à nomeação por concurso, o servidor público goza de estabilidade (art. 41). Para sua aquisição é obrigatória avaliação especial de desempenho, por comissão para tal fim instituída (art. 41, § 4º). Estabilidade é o direito de não ser desligado senão em virtude de: sentença judicial transitada em julgado (§ 1º, I, do mesmo artigo), processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa (§ 1º, II), ou mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma da lei complementar, assegurada ampla defesa (§ 1º, III).

A estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição Federal possui quatro requisitos para ser fixada, a saber: a) três anos de efetivo exercício; b) em um cargo de provimento efetivo; c) em virtude de concurso público; e, d) avaliação de desempenho, ao final do estágio probatório. O Supremo Tribunal Federal em novembro de 2007 apreciou a questão entendendo que:

CONSTITUCIONAL - EMPREGADO DE FUNDAÇÃO PÚBLICA - APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO EM DATA ANTERIOR À EC 19/1998 - DIREITO À ESTABILIDADE - I - A estabilidade prevista no caput do art. 41 da Constituição Federal, na redação anterior à EC 19/1998, alcança todos os servidores da Administração Pública direta e das entidades autárquicas e fundacionais, incluindo os empregados públicos aprovados em concurso público e que tenham cumprido o estágio probatório antes do advento da referida emenda, pouco importando o regime jurídico adotado. II - Agravo regimental improvido. (STF, AI-AgRg 628888/SP, 1ª T., Rel. Min. Ricardo Lewandowski, J. 20.11.2007, p. LC 19).

Assim, pode-se dizer que o empregado público que servir pessoa jurídica de direito público, e que ingressou antes da EC 19/1998, terá direito a estabilidade definitiva do artigo 41 da CF, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal acima.

Já no caso do empregado público que servir pessoa jurídica de direito privado que compõe a Administração Pública Indireta (empresa pública e sociedade de economia mista) não terá direito à estabilidade definitiva do artigo 41 da CF, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, manifestado antes do julgado acima, em novembro de 2004, o Supremo Tribunal Federal já havia apreciado a matéria sob uma outra ótica, mas não contrária a decisão acima:

A decisão agravada está em conformidade com entendimento firmado por ambas as Turmas desta Corte, no sentido de que não se aplica a empregado de sociedade de economia mista, regido pela CLT, o disposto no art. 41 da Constituição Federal, o qual somente disciplina a estabilidade dos servidores públicos civis. Ademais, não

---

há ofensa aos princípios de direito administrativo previstos no art. 37 da Carta Magna, porquanto a pretendida estabilidade não encontra respaldo na legislação pertinente, em face do art. 173, § 1º, da Constituição, que estabelece que os empregados de sociedade de economia mista estão sujeitos ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas. (AI-AgR 465.780, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 23.11.2004, DJ de 18.02.2005)

Os dois julgados históricos acima se completam, empregado público de pessoa jurídica de direito público, que ingressou antes da EC 19/1998, tem direito a estabilidade do caput do artigo 41 da Constituição Federal. E o empregado público de pessoa jurídica de direito privado não tem direito à mesma estabilidade do caput do artigo 41 da Constituição Federal.

O entendimento do STF acabou influenciando na formação da Orientação Jurisprudencial nº 229 da SDI I do Tribunal Superior do Trabalho que impede a concessão de estabilidade ao empregado de empresa pública e sociedade de economia mista, ambas com natureza de direito privado, ao passo que a OJ nº 22 da SDI II a concede exclusivamente para servidores vinculados à Administração direta, autárquica ou fundacional, todas com natureza de direito público. Veja as duas orientações jurisprudenciais:

229. Estabilidade. Art. 41 da CF/1988. Celetista. Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista. Inaplicável. Inserida em 20.06.01 (Convertida na Súmula nº 390). (DJU 20.04.2005)

22. Ação rescisória. Estabilidade. Art. 41, CF/88. Celetista. Administração Direta, Autárquica ou Fundacional. Aplicabilidade. Inserida em 20.09.2000 (Cancelada em Decorrência da sua Conversão na Súmula nº 390). O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal. (DJU 20.04.2005).

Veja que haverá estabilidade do artigo 41 da Carta Magna ao empregado público quando este for admitido mediante concurso público nos termos do artigo 37, II da Constituição Federal para trabalhar para União, Estado, Distrito Federal, Município além das autarquias e fundações.

O artigo 37, II, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, determina que a investidura em emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, na forma prevista em lei. Este concurso público é definido por DIOGENES

GASPARINI <sup>23</sup>, “é um procedimento posto à disposição da Administração Pública direta e indireta, autárquica e fundacional pública, de qualquer nível de Governo, para seleção do futuro melhor servidor.”

A estabilidade nos ensinamentos de HELY LOPES MEIRELLES <sup>24</sup> é “uma garantia constitucional de permanência no serviço público outorgada ao servidor que, nomeado para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público, tenha transposto o estágio probatório de três anos.”

A Súmula 390 do TST veio para sedimentar todo o entendimento até então manifestado pelos julgados acima, sendo imprescindível a diferenciação dos empregados públicos servidores das pessoas jurídicas de direito público (administração direta, autárquica e fundacional) e os empregados públicos servidores das pessoas jurídicas de direito privado (empresas públicas e sociedade de economia mista). Veja a Súmula nº 390 do Tribunal Superior do Trabalho na sua integralidade:

Nº 390 - 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 SDI-1 E DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 22 DA SDI-2)

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

(ex-OJ nº 265 da SDI-1 - Inserida em 27.09.2002 e ex-OJ nº 22 da SDI-2 - Inserida em 20.09.00)

II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.

(ex-OJ nº 229 - Inserida em 20.06.2001)

Analisando a Súmula em questão veja que determina dentro competência do Tribunal Superior do Trabalho que a estabilidade do artigo 41 da CF/1988 deve ser aplicada ao empregado público ou o celetista, quando for admitido por concurso público para administração pública direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e também para parte da administração pública indireta que possui personalidade pública, ou seja, Autarquias e Fundações Públicas, conforme

---

<sup>23</sup> GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 171.

<sup>24</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 443.

era previsto na ex-OJ nº 265 da SDI-1 - Inserida em 27.09.2002 e ex-OJ nº 22 da SDI-2 - Inserida em 20.09.00.

A súmula também destaca de início que a estabilidade prevista no artigo 41 da CF/1988 não é aplicável nos casos dos empregados públicos, mesmo que admitidos mediante aprovação em concurso público, cujos empregadores seja pessoas jurídica constituídas de forma pública mas com natureza de funcionamento de direito privado, ou seja, as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista, conforme era previsto na ex-Oj nº 229 - Inserida em 20.06.2001.

Abaixo segue julgado fundamentado na Súmula 390 do TST em análise:

EMPRESA PÚBLICA – EMPREGADO CELETISTA – REINTEGRAÇÃO INDEVIDA – Segundo entende o E. Tribunal Superior do Trabalho, nos termos da Súmula nº 390, II, e da Orientação Jurisprudencial nº 247 da SBDI-1, ao servidor público celetista, empregado de empresa pública, não é assegurada a estabilidade prevista no art. 41 da Constituição da República, sendo possível a despedida imotivada, ainda que admitido por concurso público. (TRT 12ª R. – RO 00153-2009-026-12-00-0 – 3ª C. – Relª Sandra Marcia Wambier – DJe 22.01.2010)

Agora veja julgados com base nas Orientações Jurisprudenciais nº 229 e nº 265 da SDI-1 e da Orientação Jurisprudencial nº 22 da SDI-2 que foram convertidas para Súmula 390 do Tribunal Superior do Trabalho:

SERVIDOR CONCURSADO – REGIME CELETISTA – ESTABILIDADE – ART. 41 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – APLICAÇÃO – A Corte, na esteira do entendimento do Supremo Tribunal Federal, pacificou a controvérsia atinente ao direito à estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição da República. Asseverou que o servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal (item nº 265 da Orientação Jurisprudencial da SBDI-1) e que a estabilidade é inaplicável ao empregado celetista das Empresas Públicas e sociedade de economia mista (item nº 229 da Orientação Jurisprudencial da SBDI-1). No caso específico dos autos, o Reclamante detém a estabilidade pleiteada, porque se trata de órgão da Administração direta, enquadrando-se na regra contida no artigo 41 da CF/88, que atribuiu a prerrogativa de estabilidade ao servidor nomeado em virtude de concurso público, após dois anos de efetivo exercício. Recurso de Embargos não conhecido. (TST – ERR 552.007/99.4/15ª R. – SBDI-1 – Rel. Min Carlos Alberto Reis de Paula – DJU 11.03.2005 – p. 619)

RECURSO DE REVISTA – MUNICÍPIO – EMPREGADO PÚBLICO – CONCURSO – ESTABILIDADE – ART. 41 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – O servidor público celetista da administração direta,

autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal (Orientação Jurisprudencial nº 265 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais deste Tribunal). Recurso de revista a que se dá provimento. (TST – RR 664.758/2000.4 – 5ª T. – Rel. Min. Gelson de Azevedo – DJU 04.03.2005)

SERVIDOR CONCURSADO REGIME CELETISTA ESTABILIDADE ART. 41 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – APLICAÇÃO – A Corte, na esteira do entendimento do Supremo Tribunal Federal, pacificou a controvérsia atinente ao direito à estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição da República. Asseverou que o servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal (item nº 265 da Orientação Jurisprudencial da SBDI-1) e que a estabilidade é inaplicável ao empregado celetista das Empresas Públicas e sociedade de economia mista (item nº 229 da Orientação Jurisprudencial da SBDI-1). No caso específico a Reclamante detém a estabilidade pleiteada, porque se trata de órgão da Administração Direta, enquadrando-se na regra contida no artigo 41 da CF/88, que atribuiu a prerrogativa de estabilidade ao servidor nomeado em virtude de concurso público, após dois anos de efetivo exercício. Recurso de Embargos não conhecido. (TST – ERR 552.176/1999.8 – SESBDI 1 – Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula – DJU 11.03.2005)

RECURSO DE REVISTA – ESTABILIDADE – EMPREGADO CELETISTA CONCURSADO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA – É pacífico nesta Corte, conforme reproduzido na OJ 265 da SDBI-I, o entendimento de que o servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional, é beneficiário da estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição Federal. Recurso de Revista conhecido e provido. (TST – RR 630846 – 2ª T. – Rel. Min. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes – DJU 10.12.2004)

RECURSO DE REVISTA – NULIDADE DO ACÓRDÃO REGIONAL – NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – Manifestação expressa do Tribunal Regional sobre a legalidade do concurso público. Omissão inexistente. Violação de dispositivos de Lei e da Constituição Federal não demonstrada. CONCURSO PÚBLICO – INEVIDÊNCIA DE FRAUDE OU IRREGULARIDADE – Matéria fática. Decisão regional fundada em prova documental, constituída pelas anotações na CTPS. ESTABILIDADE – ARTIGO 41 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – EMPREGADO DE ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA – "O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal". Decisão regional em consonância com a Orientação Jurisprudencial nº 265 da SBDI-1 e com a Orientação Jurisprudencial nº 22 da SBDI-2. Recurso de revista de que não se conhece. (TST – RR 650814 – 5ª T. – Rel. Min. Gelson de Azevedo – DJU 10.12.2004)

SERVIDOR PÚBLICO – CELETISTA CONCURSADO – DESPEDIDA IMOTIVADA – SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA – POSSIBILIDADE – A exigência do concurso público para o ingresso na administração, sob o regime da CLT, tem por finalidade garantir a aplicação dos princípios da moralidade e da impessoalidade que regem a administração pública, o que não significa, entretanto, que o empregado público das empresas públicas e das sociedades de economia mista, por terem sido aprovados em concurso público, possuam a estabilidade de que cogita o artigo 41 da Constituição Federal, norma constitucional que garante a estabilidade apenas aos servidores públicos ocupantes de cargo público. Este Tribunal firmou entendimento pacífico, consubstanciado na Orientação Jurisprudencial nº 247 da SBDI 1, que dispõe: Servidor público. Celetista concursado. Despedida imotivada. Empresa pública ou sociedade de economia mista. Possibilidade. Revista conhecida e provida. (TST – RR 67594 – 5ª T. – Relª Juíza Conv. Rosita de Nazaré Sidrim Nassar – DJU 10.12.2004)

RECURSO DE REVISTA – ESTABILIDADE – ARTIGO 41 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – EMPREGADO DE ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA – "O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal". Decisão regional em consonância com a Orientação Jurisprudencial nº 265 da SBDI-1 e com a Orientação Jurisprudencial nº 22 da SBDI-2. Recurso de que não se conhece. (TST – RR 659602 – 5ª T. – Rel. Min. Gelson de Azevedo – DJU 19.11.2004)

ESTABILIDADE – ARTIGO 41, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – EMPREGADO PÚBLICO – DISPENSA – ESTÁGIO PROBATÓRIO – 1. A Constituição da República, no artigo 41, § 1º, antes da alteração introduzida pela Emenda Constitucional nº 19/98, conferiu estabilidade, após dois anos de efetivo exercício, aos servidores nomeados em virtude de concurso público. 2. Inquestionável que os servidores do regime celetista fazem jus à estabilidade, pois, do contrário, a norma do artigo 41 revelar-se-ia ociosa e caduca. Nesse sentido a O.J. 265 da SBDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho. 3. O empregado público não fazia jus à estabilidade, contudo, antes de exaurido o prazo então de dois anos correspondente ao estágio probatório, pressuposto básico ao reconhecimento da estabilidade conferida pelo artigo 41, § 1º, da Constituição Federal, em sua redação anterior à EC 19/98. 4. Recurso de que se conhece e a que se dá provimento. (TST – RR 789847 – 1ª T. – Rel. Min. João Oreste Dalazen – DJU 05.11.2004)

ADMINISTRAÇÃO DIRETA – ESTABILIDADE – ART. 41 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – EMPREGADO CONCURSADO REGIDO PELA CLT – O Eg. Tribunal Superior do Trabalho, pelas Orientações Jurisprudenciais nºs 265, da C. SBDI-1, e 22, da C. SBDI-2, consolidou o entendimento de que o servidor público celetista da Administração Direta, Autárquica ou Fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da Constituição

Federal. Recurso não conhecido. (TST – RR 575363 – 3ª T. – Relª Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi – DJU 12.11.2004)

SERVIDOR PÚBLICO CELETISTA – ESTABILIDADE – ART. 41 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 – A orientação do Supremo Tribunal Federal é de que o artigo 41, § 1º, da Constituição Federal confere estabilidade ao empregado público admitido antes da Emenda Constitucional nº 19/98 que, na data da despedida, conta com mais de dois anos de serviço, (caso dos autos). Desse modo, não pode ser sumariamente dispensado sem prévio inquérito ou processo administrativo em que se demonstre a motivação do ato. Esta corte consolidou idêntico entendimento na Orientação Jurisprudencial nº 265 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais ao interpretar a antiga redação do artigo 41 da Constituição Federal. Dispôs o seguinte: " Estabilidade. Art. 41 da CF/1988. Celetista. Administração direta, autárquica ou fundacional. Aplicabilidade. (Inserido em 27.09.2002) O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal. " Recurso de revista conhecido e provido para, considerando nula a dispensa da autora, determinar que o município reclamado reintegre a recorrente em sua última função, pagando-lhe os salários do período compreendido entre a data de dispensa e a da efetiva reintegração, com todos os benefícios e vantagens do período, conforme postulado na inicial. (TST – RR 638743 – 3ª T. – Rel. Juiz Conv. Cláudio Couce de Menezes – DJU 13.08.2004)

ESTABILIDADE – EMPREGADO DE EMPRESA DE ECONOMIA MISTA – ART. 41 DA CF – INAPLICABILIDADE – “Empregado de sociedade de economia mista – Sucessão por empresa privada – Estabilidade do art. 41 da Constituição Federal de 1988 – Inaplicabilidade. A estabilidade prevista no art. 41 da Constituição, antes da Emenda Constitucional nº 19/98, inserido no Título III, Capítulo VII e Seção II, cujos preceitos referem-se especificamente aos servidores públicos civis da administração direta, das autarquias e das fundações públicas, destinava-se não só aos servidores públicos, também denominados funcionários públicos, sujeitos ao regime estatutário, e investidos em cargos públicos criados por lei, que lhes confere denominação própria, define suas atribuições e fixa o padrão de vencimento ou remuneração, como também aos empregados públicos. Realmente, o Supremo Tribunal Federal veio de consagrar a tese de que o servidor-empregado, contratado após prévia aprovação em concurso público, independentemente de ser optante pelo FGTS, goza da estabilidade do art. 41 da Constituição Federal, beneficiando-se assim do direito de, somente após regular apuração de falta que lhe seja imputada, ser dispensado por justa causa, quando seu empregador é a Administração Pública direta, autárquica ou fundacional. Registre-se, no entanto, que o art. 41 da Constituição Federal foi alterado pela Emenda Constitucional nº 19/98, e hoje já não mais subsiste dúvida, ante a clareza de sua atual redação, de que o destinatário da estabilidade, no serviço público, é somente o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público, após estágio probatório de três anos. A hipótese em exame, no entanto, como já assinalado, é

de empregado que prestou serviços a empresa de economia mista, daí por que a relação jurídica não encontra abrigo no art. 41 da Constituição Federal, mas, sim, no seu art. 173 e legislação complementar. E, por isso mesmo, a demissão de seus empregados deve observar os comandos da CLT e legislação complementar, que, como se sabe, não exigem motivação do ato que implique a dispensa. A hipótese é do exercício do direito potestativo, mormente pelo fato de ter sido a demissão implementada pela empresa privada que sucedeu a sociedade de economia mista. Recurso de Revista provido.”. (TST – RR 16.697/00.6 – 9ª R. – 4ª T. – Rel. Min. Milton de Moura França – DJU 19.03.2004 – p. 729)

ESTABILIDADE – ARTIGO 41, § 1º DA CF/88 – EMPREGADO PÚBLICO CELETISTA – O servidor público concursado e regido pela CLT detém estabilidade após cumprimento do estágio probatório. Com a edição da Emenda Constitucional nº 19/98, a expressão "cargo de provimento efetivo" contida no referido dispositivo da Carta Magna deve ser entendida para todos os cargos exercidos pelos servidores públicos, exceto aqueles de natureza temporária ou de provimento em comissão. Aplicação do entendimento da sdi-ii nº 22 e sdi-i nº 265, ambas do TST e súmula 21 do stf. (TRT 15ª R. – RO 00571-2000-049-15-00-7 – (49118/2004) – 4ª T. – Rel. Juiz Laurival Ribeiro da Silva Filho – DOESP 10.12.2004)

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA, AUTÁRQUICA E FUNDACIONAL – EMPREGADO CELETISTA – ESTABILIDADE – NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA MESMO DURANTE O PERÍODO DE ESTÁGIO PROBATÓRIO – OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA – 1. A fundação pública, como entidade integrante da administração pública indireta, deve contratar trabalhadores mediante concurso público, submetendo-se aos ditames constitucionais estampados no art. 37, II, da vigente carta política, e só pode dispensá-los nas hipóteses elencadas no texto constitucional, ainda que o regime jurídico adotado seja o celetista. 2. O trabalhador da administração direta, autárquica ou fundacional, contratado mediante regular certame público, adquire estabilidade no emprego após decorrido o prazo previsto na Constituição Federal (art. 41), porém, mesmo durante o período de estágio probatório, sua dispensa deve ser motivada, sendo imprescindível a observância de prévio processo administrativo, no qual seja assegurado ao obreiro o constitucional direito ao contraditório e à ampla defesa. (TRT 24ª R. – RO 1841/2003-003-24-00-3 – Rel. Juiz Amaury Rodrigues Pinto Júnior – J. 12.08.2004)

ESTABILIDADE – ART. 41 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – EMPREGADO PÚBLICO DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA DO MUNICÍPIO – HARMONIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 265 DA SBDI-1 DO TST – NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO DE EMBARGOS – Não se vislumbra ofensa a dispositivo da Constituição da República nem divergência de julgados quando a decisão embargada se apresenta em harmonia com a Orientação Jurisprudencial 265 da SBDI-1 do

TST, relativamente à aplicabilidade da estabilidade prevista no art. 41 da Constituição da República ao servidor público celetista da Administração direta, autárquica ou fundacional. Recurso de Embargos de que não se conhece. (TST – ERR 568726 – SBDI 1 – Rel. Min. João Batista Brito Pereira – DJU 10.10.2003)

SERVIDOR PÚBLICO – CELETISTA CONCURSADO – ESTABILIDADE – DIREITO CONSTITUCIONAL – "Recurso de Revista. Estabilidade. Empregado público. O Supremo Tribunal Federal, a quem compete apreciar em último grau as questões de natureza constitucional, manifestou-se no sentido de que a estabilidade de que trata o art. 41 da Constituição da República é aplicável aos ocupantes de cargos e de empregos públicos, visto que o referido artigo refere-se genericamente a servidores. Também a atual orientação da SBDI-II é no sentido de que a estabilidade prevista no art. 41, § 1º, da Constituição Federal se aplica tanto ao servidor público estatutário quanto ao celetista, uma vez que o regime jurídico único, anterior à Emenda Constitucional nº 19/98, podia ser o celetista, caso adotado em algumas Unidades da Federação. Recurso de Revista a que se nega provimento. Diferenças salariais. Lei Municipal. O Regional não emitiu tese acerca da competência para estabelecer normas e critérios para a concessão de qualquer vantagem pecuniária, tampouco acerca dos elementos que envolvem a aplicação do Enunciado nº 58 do TS, incidindo na hipótese a regra do Enunciado nº 297 deste Tribunal. Não conheço. Cestas básicas. Conforme assertiva do Regional, a declaração de inconstitucionalidade a que se refere o reclamado não alude à concessão das cestas básicas. O art. 67 da Constituição da República, por sua vez, não se refere à questão específica aqui discutida, inexistindo violação literal do referido dispositivo. Não demonstrado o atendimento dos pressupostos do art. 896 da CLT, o tópico não merece conhecimento.". (TST – RR 572.669/1999.6 – 15ª R. – 2ª T. – Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva – DJU 27.09.20022002 – p. 845)

O julgado acima versa sobre a controvérsia em relação ao servidor público celetista concursado poder ter estabilidade definitiva de seu cargo vez que sua admissão foi anterior à Emenda Constitucional nº 19/98. O TST entendeu que tanto o servidor público estatutário como o celetista tem direito a estabilidade.

A Emenda Constitucional nº 19/98 alterou a Constituição Federal de 1998, conforme leciona MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO:

A estabilidade somente se adquire após três anos de efetivo exercício (art. 41, caput), ressalvado, para os que já eram servidores na data da promulgação da Emenda, o direito a adquirirem estabilidade no prazo de dois anos (art. 28 da Emenda);  
(...)

Tornou expresso, no caput do art. 41, que a estabilidade só beneficia os servidores nomeados para o cargo de provimento efetivo, pondo fim ao entendimento defendido por alguns doutrinadores de que os

servidores celetistas, sendo contratados mediante concurso público, também faziam jus ao benefício;

(...)

O período de três anos para aquisição da estabilidade pode ser desde logo aplicado. Com efeito, no caso de servidor nomeado por concurso, a estabilidade somente se adquire depois de três anos; o período compreendido entre o início do exercício e a aquisição da estabilidade é denominado de estágio probatório e tem por finalidade apurar se o funcionário apresenta condições para o exercício do cargo, referentes a moralidade, assiduidade, disciplina e eficiência. Pelo § 4º, acrescentado ao art. 41 pela Emenda nº 19, além do cumprimento do estágio probatório, deve o servidor, para adquirir estabilidade, submeter-se a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

(...)

Constituem decorrência da estabilidade os direitos à reintegração, à disponibilidade e ao aproveitamento (art. 41, §§ 2º e 3º, da Constituição).<sup>25</sup>

## **5 EXTINÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Todo servidor público está sujeito a demissão nos termos da lei ou do respectivo estatuto que embasam a prática da infração. A demissão é a forma mais comum da extinção da relação jurídica com o ente da Administração Pública. Para demissão é importante lembrar que deverá ser observado os princípios do contraditório e da ampla defesa. O Supremo Tribunal Federal entende que:

CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - EXONERAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO - CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA - I - Servidor público, ainda que não goze de estabilidade excepcional, não pode ser exonerado do cargo sem a observância do devido processo legal. II - Agravo não provido. (STF, RE-AgR 409997/AL, 2ª T., Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 16.12.2005, p. 107). STF, Súmula nº 20. É necessário processo administrativo, com ampla defesa, para demissão de funcionário admitido por concurso.

Perceba que o STF estendeu o entendimento Súmula 20, para que o processo administrativo seja regra para todas as dispensas. O artigo 41 da CF em seu § 1º inciso II, determina que “O servidor público estável só perderá o cargo: II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;”

---

<sup>25</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 468-470

Nos termos da Súmula 20 do STF, mesmo que o servidor público não tenha alcançado a estabilidade definitiva, estará garantido o direito do contraditório e a ampla defesa em processo administrativo disciplinar, isso por que a investidura foi mediante aprovação em concurso público. Abaixo segue o julgado que confirma esse entendimento:

TRABALHISTA - PROCESSUAL - EMPREGADO PÚBLICO APROVADO EM CERTAME PÚBLICO - DECRETAÇÃO DE NULIDADE DO ATO DE NOMEAÇÃO - AUSÊNCIA DE PROCESSO LEGAL - NULIDADE - É necessário processo administrativo com ampla defesa, para demissão de funcionário admitido por concurso (STF, Súmula nº 20). Reexame necessário e recurso ordinário conhecidos e improvidos. (TRT 22ª R., RXOFRO 00741-2006-107-22-00-7, Rel. Wellington Jim Boavista, DJT/PI 17.01.2008, p. 08)

Para corrente dos que entende ser aplicável a estabilidade do artigo 41 da Constituição Federal aos empregados públicos será necessário um processo administrativo ou judicial para se concretizar a dispensa nos termos do § 1º do artigo 41 da CF/88.

Neste ponto, percebe-se que a demissão efetuada por qualquer ente da administração pública direta ou indireta representa ato administrativo, ou seja, matéria do Direito Administrativo que deve ser analisada. A Lei da Ação Popular nº 4717 de 1965 que trata também dos atos administrativos estabelecendo no artigo 2º que:

Art. 2º. São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

- a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
- b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;
- c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
- d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;
- e) o desvio da finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

Pelo texto legal acima a inexistência de motivos para determinar o ato administrativo opera ato nulo, ou seja, sem nenhuma validade. Dentre os requisitos substanciais para validade do ato administrativo aparece a motivação. Os motivos que possam determinar no mérito a sanção disciplinar, respeitados o devido processo legal, sempre poderão ser análise pelo Poder Judiciário em ação própria, vez que deverão estar em consonância com os princípios estabelecidos no caput do art. 37, da CF (legalidade, moralidade, publicidade, eficiência e impessoalidade), e também com todos os demais princípios legais para validade do ato.

A dispensa do empregado público deve ser motivada por todos entes da Administração pública direta e indireta, vez que todo ato administrativo deve estar fundado em um motivo lícito. A motivação é um dos pressuposto para validade do ato administrativo, evidentemente não sendo válido o ato administrativo o mesmo será considerado nulo. Logo se o ato da demissão do empregado público não for motivado, este será nulo, podendo o empregado público pleitear sua reintegração ao cargo.

LÚCIA VALLE FIGUEIREDO <sup>26</sup> afirma que:

... não se pense, também, que a dispensa de empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - C.L.T. (claro que não estamos a nos referir aos contratos por tempo determinado, ex vi do artigo 37, IX, da Constituição), possa se dar sem qualquer motivação ou sem que lhes seja dada qualquer possibilidade de contraditar a dispensa.

O concurso é a regra geral para a contratação de quaisquer servidores (em sentido lato), de empregados. A dispensa não se pode verificar desmotivada, se tiver havido concurso público. É preciso ter fundamento jurídico, pouco importa que os empregados possam não ser estáveis.

Agora veja os julgados neste sentido:

Empregado concursado. Contratação pela CLT. Despedida sem motivação. Reintegração. Entidade de Direito Público. 1. 'A dispensa de servidor público regido pela CLT não se pode dar da mesma forma que a dispensa do empregado privado. É que todos os atos da Administração Pública terão de ser sempre motivados; não podem ser sem causa. Pelo princípio da legalidade que preside a atividade da Administração Pública, a esta não cabe praticar atos, ainda que no exercício de poder discricionário, que impliquem expressões de arbítrio de sua atividade. A dispensa da servidora admitida por concurso público, como todo ato administrativo, tem de ser motivada,

---

<sup>26</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2ª edição, 1995, p. 398.

ainda que se cuide de relação regida pela CLT, implicando sua falta, sem dúvida, invalidade do ato, até mesmo por se configurar, na hipótese, abuso de poder. Trata-se, na hipótese dos autos, de autarquia estadual, pessoa jurídica de direito público, cuja criação justifica-se apenas pelo fato de poder melhor executar atividades típicas da Administração Pública (art. 5º, inciso I, do Decreto-Lei n. 200/67). Não há qualquer dúvida de que os cargos e empregos públicos deverão ser preenchidos por intermédio da realização de concurso público, exigência da Constituição Federal. Tal regra se tornaria inócua se o administrador público pudesse admitir num dia e dispensar, a seu talante, imediatamente no outro dia, fraudando, com esta atitude, a ordem de classificação dos candidatos' (STF-MS, 21485-DF, Relator Ministro Néri da Silveira). 2. Recurso de revista provido" (TST - 3ª T. - RR n. 424778 - Rel. Min. Francisco Fausto - j. 21.6.2000 - DJ 25.8.2000 - p. 507).

Servidor Público Celetista. Dispensa. Conduta Irregular. Motivação. Operando-se o ingresso de servidor em cargo ou emprego público mediante concurso público de provas ou de provas e títulos, nos termos do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, ainda que o regime jurídico adotado pelo órgão da administração pública seja o celetista, razão não há para que o administrador público dispense ao servidor celetista tratamento diverso daquele adotado em relação aos servidores estatutários no que tange à dispensa, devendo esta atender estritamente ao interesse público. Por conseguinte, não obstante a garantia da estabilidade não alcançar o servidor celetista, deve-se observar a apuração minuciosa de conduta irregular, bem como a motivação para a sua dispensa, sem o que o ato se torna arbitrário, impondo-se a reintegração ao serviço público" (TRT - 3ª R. - 5ª T. - RO n. 18151/97 - Rel. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho - DJMG 30.1.1999 - p. 22)

Servidor Público contratado sob o regime celetista - Invalidade da dispensa não motivada, ainda que não alcançado o marco estável. Embora possa a Administração Pública optar pela adoção do regime celetista aos seus servidores, sobretudo após a Emenda Constitucional n. 19/98, nem por isso está desobrigada a observar os princípios que norteiam sua atuação, dentre os quais o da motivação dos atos jurídicos praticados. Ainda sem alcançar o gozo da estabilidade, por não contar a obreira com mais de dois anos no serviço público, sua dispensa, ocorrida no curso do estágio probatório, deveria ter sido precedida de inquérito administrativo, nos termos da Súmula n. 21 do C. STF, sendo certo, ainda, que o Município reclamado sequer demonstrou a motivação da dispensa perpetrada, a fim de auferir o cumprimento do permissivo constante do art. 169, parágrafo 3º da CF/88. Nula a dispensa, procede a reintegração da obreira, com o pagamento dos salários desde a dispensa, compensados os valores quitados no TRCT e devida a devolução, pela obreira, do valor levantado a título de FGTS (TRT - 3ª R. - 3ª T. - RO n. 13305/99 - Rel. Rosemary de Oliveira Pires - DJMG 12.9.2000 - p. 10)

Servidor Público. Dispensa. Processo Disciplinar. Hipótese de empregada pública admitida para exercer função celetista. A dispensa sem justa causa não exige a formalidade do prévio

processo administrativo disciplinar, uma vez que o contrato de trabalho esteve sob a égide da CLT, que dispensa tal procedimento para a resolução unilateral do pacto” (TRT - 2ª R. - 8ª T. - RO n. 02950254076 - Rel. Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva - j. 28.10.96 - DOE 14.11.96).

Servidor Público. Dispensa sem justa causa. Regime Celetista. Reintegração. Inadmissibilidade. Afora as situações previstas na legislação, não se reconhece direito à reintegração no emprego de servidora contratada pelo regime celetista, quando a dispensa ocorre sem justa causa. Desponta, na hipótese, o direito potestativo do empregador em rescindir a avença, atendidas as reparações legais. Apenas a circunstância da admissão ter sido precedida de concurso público não garante estabilidade no emprego” (TRT - 3ª R. - 2ª T. - RO n. 6.754/94 - Rel. Eduardo Augusto Lobato - DJ 9.6.95 - in ADCOAS 8148575).

No caso das empresas públicas e sociedades de economia mista a regra da motivação não se aplica. Nos termos da Orientação nº 247 da SDI I do TST, veja:

247. Servidor público. Celetista concursado. Despedida imotivada. Empresa pública ou sociedade de economia mista. Possibilidade. 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; A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais. (Redação dada pela Resolução TST nº 143, de 08.11.2007)

Agora veja alguns julgados que confirmam o entendimento acima:

Demissão sem justa causa. Sociedade de economia mista. A empresa estatal, seja qual for o seu tipo, dedicada à exploração de atividade econômica, está regida pelas normas trabalhistas das empresas privadas, por força do disposto no art. 173, § 1º, da Constituição Federal. Assim, dada a sua natureza jurídica, pode rescindir, sem justa causa, contratos de empregados seus, avaliando apenas a conveniência e a oportunidade, porque o ato será discricionário, não exigindo necessariamente que seja formalizada a motivação. Ressalte-se que, no terreno específico da administração pública direta, indireta e fundacional, a constituição não acresceu nenhuma outra obrigação, salvo a investidura (art. 37, II) por meio de concurso público de provas e títulos. Não cogitou a Lei Magna em momento algum acrescer a obrigação de exigir motivação da dispensa. Recurso conhecido e desprovido” (TST - 1ª T. - RR n. 632808 - Rel. Min. Ronaldo José Lopes Leal - j. 4.4.2001 - DJ 24.5.2001 - p. 287).

Sociedade de Economia Mista. Demissão sem justa causa. Reintegração. Não há vedação constitucional à demissão sem justa causa de empregado de sociedade de economia mista, mesmo considerando-se a obrigatoriedade de concurso público para o ingresso na Administração Pública Indireta. Os ocupantes de empregos públicos em sociedades de economia mista são contratados sob o regime da legislação trabalhista, conforme estabelece o art. 173, § 1º, da Constituição da República, segundo o qual essas entidades sujeitam-se ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. Assim sendo, devem observar, para a contratação e demissão de seus empregados - além das normas expressamente a elas aplicáveis referentes à obrigatoriedade de concurso público - o que estabelecem a CLT e a legislação complementar. Desse modo, não há necessidade de motivação para a demissão de empregado de sociedade de economia mista, pois esse ato decorre de seu poder potestativo de rescisão unilateral do contrato de trabalho, como acontece com qualquer empregador. Recurso parcialmente conhecido e provido" (TST - 5ª T - RR n. 401954 - Rel. Min. Rider Nogueira de Brito - j. 28.3.2001 - DJ 27.4.2001 - p. 476).

### **5.1 Demissão do Empregado Público e o Devido Processo Legal**

A demissão do empregado público deve ser fundamentada respeitando o devido processo legal e os princípios do contraditório e da ampla defesa.

O empregado público aprovado em concurso público para servir a administração direta, as fundações públicas e autarquias, conforme exposto terá direito a estabilidade do artigo 41 da Constituição Federal. Assim, para sua demissão deverá ser observada a regra contida no próprio artigo 41 da CF.

A compreensão do que dispõem o § 1º do art. 41 e o art. 169 da Constituição Federal, neste ponto do estudo, é de fundamental importância para análise da possibilidade e forma de demissão do empregado público. O § 1º determina que: o servidor estabilizado no serviço público só perderá o cargo se: a) em virtude de uma sentença judicial transitada em julgado; b) mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; c) por insuficiência de desempenho na forma de lei complementar; e d) por excesso de despesa com pessoal.

Tratando dos servidores estáveis, DIOGENES GASPARINI<sup>27</sup>, afirma que estes podem ter sua relação extinta com a Administração pública por diversas causas. Contudo, o autor explica que independente da causa da extinção, sempre

---

<sup>27</sup> GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 232-233.

será determinada por: a) um ato administrativo de ofício; b) um ato administrativo a pedido do servidor público; c) um fato natural; d) uma sentença judicial transitada em julgado. Perceba que para os adeptos do direito a aplicação da estabilidade do artigo 41 da Constituição Federal aos empregados públicos a demissão destes dependeria de um motivo, não a mera arbitrariedade da demissão sem justa causa. O ponto importante é que deve haver um motivo lícito para prática do ato administrativo que irá determinar a demissão do empregado público.

Também analisando sobre extinção do vínculo com a Administração Pública do servidor estável, JOSÉ AFONSO DA SILVA <sup>28</sup>, destaca com a habitual clareza:

Perde o cargo o servidor estável nos seguintes casos: (a) por extinção ou declaração de sua desnecessidade, ficando o servidor em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu aproveitamento em outro cargo; esse aproveitamento é obrigatório; (b) por demissão, mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa e, naturalmente, em virtude de sentença transitada em julgado, embora isso não seja mais expresso; (c) insuficiência de desempenho apurada por meio de avaliação periódica de desempenho, na forma da lei complementar, mediante processo administrativo em que sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa (art. 41, § 1º, I, II e III, e art. 247, parágrafo único, introduzido pela EC 19/1998); (d) por exoneração, mediante ato normativo motivado com especificação da atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal, para cumprimento dos limites da despesa com pessoal ativo e inativo estabelecidos em lei complementar (art. 169, § 7º), desde que, para tanto, a redução em pelo menos 20% das despesas com cargos em comissão e funções de confiança não sejam suficientes.

Assim, a extinção do vínculo institucional do servidor estável deve ser fundamentada em motivo lícito, respeitando os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório que fundam a atual ordem jurídica constitucional. Nesse sentido veja novamente a Súmula nº 20 e a jurisprudência do Tribunal do Supremo Tribunal Federal:

É necessário o devido processo administrativo, em que se garanta o contraditório e a ampla defesa, para a demissão de servidores públicos, mesmo que não estáveis. Precedentes: RE 223.927-AgRg, DJ de 23.03.2001; e RE 244.543, DJ de 26.09.2003. (RE 223.904/AC, 2ª T., Relª Min. Ellen Gracie, J. 08.06.2004, DJ 06.08.2004)

---

<sup>28</sup> SILVA, José Afonso da, "Curso de Direito Constitucional Positivo", ed. Malheiros, 22º ed, São Paulo. p. 677.

Seguindo essa linha de análise lógica, todo ato administrativo que frustrar a garantia constitucional do devido processo legal deverá ser revisto pela própria Administração Pública, sob pena de ser invalidado na via judicial, consoante preceitua o § 2º do art. 41 da Constituição Federal.

## **6. CONCLUSÃO**

Mediante as considerações acima argüidas percebe-se que a estabilidade definitiva do artigo 41 da Constituição Federal no âmbito público poderá ser aplicada aos empregados públicos quando estes servirem a administração pública direta (união, estados, distrito federal e municípios) e parte da Administração Pública indireta correspondente as Autarquias e as Fundações Públicas, como exemplo o INSS e a FUNAI respectivamente.

A Súmula 390 do TST Tribunal Superior do Trabalho acabou por regular a matéria no aspecto acima concluindo pela estabilidade do servidor público empregado público.

A demissão do empregado público estável é feita a partir de ato administrativo que deve seguir certos requisitos para validade, dentre eles a motivação do ato, logo, para demissão do empregado público, o ato administrativo que determina a demissão deve estar fundado em motivo lícito embasado no § 1º do art. 41 e o art. 169 da Constituição Federal.

Mesmo havendo estabilidade para os servidores públicos lotados em empregos públicos, sua relação continuará celetistas, tendo em vista que a legislação aplicada aos empregados públicos é a Consolidação das Leis do Trabalho.

Assim, deverá haver fundamentação ou motivação para prática do ato administrativo que determinará a demissão do empregado público investido mediante aprovação em concurso público para Administração Direita, Autárquica e Fundacional Pública, para garantia constitucional da ampla defesa e o contraditório e do devido processo legal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

CARNEIRO, Athos Gusmão. 8. ed. Jurisdição e competência. São Paulo: Saraiva, 1997.

CRETELLA JR. Tratado de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2002;

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. O empregado CARRION, Valentin, "Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho", editora RT, 11º ed., 1989, São Paulo;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2002;

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. O Estado no Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1996;

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2ª edição, 1995;

GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004;

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2001;

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2002;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, "Curso de Direito Administrativo", Ed. Malheiros, São Paulo, 2007;

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, José Afonso da, "Curso de Direito Constitucional Positivo", editora RT, 6º ed., São Paulo;

SILVA, José Afonso da, "Curso de Direito Constitucional Positivo", ed. Malheiros, 22º ed, São Paulo;