

Considerações iniciais

A experiência haurida no exercício da Magistratura Trabalhista demonstra a dificuldade com que se deparam os profissionais do Direito no trato da matéria relativa a servidores públicos. As profundas alterações introduzidas pela Constituição Federal de 1988 exigiram ampla análise e estudos pormenorizados para se fixar o exato alcance das mudanças empreendidas. No momento em que os operadores da área estavam a compreender os contornos e nuances da nova ordem, sobreveio a Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998, que determinou substanciais modificações naquilo que ainda não estava suficientemente assimilado.

O cotidiano forense evidencia que são freqüentes as demandas equivocadas. Não obstante os limites da competência da Justiça do Trabalho, traçados pelo art. 114, da CF, que não alcança os servidores estatutários, muitas vezes ações destes são ajuizadas neste ramo especializado da Justiça, não raro com pedidos fulcrados na CLT. Há também casos em que, embora celetista o servidor, seu patrono postula direitos próprios do regime estatutário. O trabalhador temporário, de que trata o art. 37, IX, da CF, igualmente é causa de grande descompasso, seja em face da controvérsia sobre a Justiça competente para apreciar as demandas, seja em razão de que não há consenso sobre o regime jurídico a que estão submetidos tais servidores. Enfrentou-se, ainda, no exercício da Magistratura Trabalhista, a difícil tarefa de julgar demanda trabalhista onde ex-prefeito municipal buscava o reconhecimento de vínculo de emprego com a administração pública. A situação, dado seu evidente despropósito, deveria sem dúvida figurar entre aquelas que ilustram obras que tratam do inusitado nos meios forenses.

O acima exposto bem revela a perplexidade que causa a matéria, inclusive junto aos magistrados, a exigir exame detido e, na medida do possível, estudo apto a bem extremar a situação de cada um dos agentes administrativos a serviço do Estado, pois que os equívocos praticados no ajuizamento das ações e mesmo no julgamento destas podem causar severos prejuízos aos trabalhadores. Todavia, trata-se de tarefa por demais ampla para ser completamente abordada nos reduzidos limites de artigo doutrinário. Por este motivo, centra-se a atenção em um dos mais polêmicos temas concernentes a servidores públicos, não sem antes fazer breve e necessária incursão sobre as generalidades respeitantes à matéria.

Com efeito, tema assaz controverso é o que diz respeito à estabilidade dos servidores públicos, o que motivou o presente estudo, que busca lançar luzes, ainda que reconhecidamente modestas, sobre assunto polêmico e espinhoso.

O alcance do benefício insculpido no art. 41, da Constituição Federal, determina decisões controvertidas, em especial ante a mudança introduzida pela EC 19. Esta Emenda Constitucional determinou alteração sutil mas de efeitos ponderáveis, pois que restringiu a estabilidade aos servidores estatutários, não obstante o entendimento em sentido diverso, estampado na OJ 265, da SDI-I do TST.

2.- Conceitos operacionais

^(*)Juíza do Trabalho no Paraná, Pós-graduada pela Universidade Federal do Oeste do Paraná-UNIOESTE e Professora do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina-UNOESC.

Em trabalho anterior, sobre tema correlato (Revista do Direito Trabalhista. Brasília-DF: Editora Consulex. Ano 08, nº 5, maio de 2002, p. 10/16 e GENESIS Revista de Direito do Trabalho. Curitiba-PR: Editora GENESIS, nº 112, abril de 2002, p. 548/560) fez-se a necessária digressão sobre o que se deva entender acerca da expressão servidor público. Retoma-se o assunto, com os necessários acréscimos, pois que indispensáveis à compreensão da matéria objeto do presente estudo.

A Administração Pública, para exercer suas funções estatais, lança mão de agentes públicos, gênero de que são espécie os agentes administrativos.

Os agentes administrativos, por sua vez, segundo a lição de Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 24ª edição. 1999, p. 74) podem ser:

a) servidores públicos concursados (funcionários públicos, sujeitos ao regime estatutário ou empregados públicos, jungidos ao regime da CLT);

b) servidores públicos exercentes de cargos em comissão (CF, art. 37, V);

c) servidores temporários (CF, art. 37, IX).

2.1. Servidores públicos concursados

Os servidores públicos concursados classificam-se em duas espécies: os *funcionários públicos*, titulares de cargo público efetivo, regidos por normas do Direito Administrativo e os *empregados públicos*, titulares de emprego público, jungidos ao regime da CLT.

O concurso é exigência para arregimentação tanto de funcionários públicos como de empregados públicos, pois que o art. 37, II, da Constituição Federal determina que “*a investidura em cargo ou emprego público depende 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 cargos em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração*”. Vê-se que a norma alude a cargo (de que é titular o funcionário público) ou emprego (de que é titular o empregado público), circunstância que faz imperativo o certame público para ingresso tanto na administração pública direta como na indireta (autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas).

2.2. Servidores públicos exercentes de cargos em comissão

O cargo em comissão só admite provimento em caráter provisório. A nomeação prescinde de concurso, devendo, contudo, ser observada a ressalva prevista no art. 37, V, da CF, com a redação que lhe deu a EC 19/98.

Como regra geral, a relação que se estabelece entre o ocupante do cargo em comissão e a Administração Pública é de natureza administrativa e não celetista. Na esfera federal, a Lei 9962, de 22.02.2000, veda expressamente o regime da CLT aos cargos públicos de provimento em comissão. Todavia, são conhecidos Municípios que estabelecem em lei própria o regime jurídico celetista para tais servidores.

Cumprе salientar, por relevante, que ao servidor ocupante exclusivamente de cargo em comissão aplica-se o regime geral de previdência social, tal como determina o art. 40, § 13 da CF.

2.3. Servidores temporários

Servidores temporários são aqueles contratados por tempo determinado para atender à

necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos previstos no art. 37, IX, da Constituição Federal. Exercem funções e não cargo público, não lhes sendo exigido concurso público para ingresso.

No âmbito federal, a contratação temporária a que faz menção o art. 37, IX, da CF está regulamentada pela Lei 8745/93, com as alterações determinadas pela Lei 9849/99. Cabe aos Estados e Municípios disciplinar, por lei própria, este tipo de contratação.

Quanto ao regime jurídico a que estão sujeitos estes trabalhadores, há acesa controvérsia. O Tribunal Superior do Trabalho assim pacificou sua jurisprudência sobre o tema, segundo se vê da Orientação Jurisprudencial nº 263, da SDI-I: *“Contrato por prazo determinado. Lei Especial (Estadual e Municipal). Incompetência da Justiça do Trabalho. A relação jurídica que se estabelece entre o Estado ou Município e o servidor contratado para exercer funções temporárias ou de natureza técnica, decorrente de lei especial, é de natureza administrativa, razão pela qual a competência é da justiça comum, até mesmo para apreciar a ocorrência de eventual desvirtuamento do regime especial (CF/67, art. 106; CF/88, art. 37, IX).”*

Dissente-se, contudo, desta orientação, pois que somente se justificava na vigência da redação originária do art. 39, *caput*, da CF, que determinava regime jurídico único aos servidores, *in casu*, o estatutário. A possibilidade de estabelecer-se regime celetista para os servidores, em todas as esferas administrativas (EC 19/98), viabiliza, portanto, a adoção de idêntico regramento para os temporários. Veja-se que a Lei 8745, de 09.12.93, que dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos órgãos da Administração Federal direta, autarquias e fundações públicas nada mencionada acerca do regime a que estão afetos tais trabalhadores. Todavia, o fato de a EC 19 determinar a estes servidores o regime geral da previdência constitui elemento suficiente para que se afirme que é a legislação trabalhista que deve ser aplicada em tais hipóteses.

Colhe-se, a propósito, a lição de Adilson Abreu Dallari: *“Quando se fala em pessoal temporário, é um pessoal que se integrará temporariamente na administração. Se não é possível o regime normal, só resta outro, que é o da Consolidação das Leis do Trabalho. Vamos deixar uma coisa bem clara: no Brasil não existe trabalhador desamparado. Se o trabalhador não estiver debaixo do Estatuto, está, necessariamente, debaixo da CLT (...) Claro, se vai trabalhar mediante horário, disciplina, sob supervisão, chefia, o que ele é: um trabalhador empregado. E vai ter vínculo trabalhista sem dúvida alguma, porque a Constituição não permite a existência de párias, de trabalhadores desamparados. É um absurdo se pretender que a administração pública, que tem o dever maior perante a Constituição, possa admitir gente sem nenhum amparo, sem nenhuma proteção. Isso é um atentado aos valores fundamentais da Constituição.”* (em "Estudos Constitucionais", compêndio de artigos doutrinários extraídos do Ciclo de Estudos promovido pela Assembléia Legislativa do Estado do Pará - 2a. ed. - Belém: Ed. CEJUP, 1992, pág. 121/123) (Transcrição extraída da Revista LTr. 58-10/1195, artigo doutrinário de Adriane de Araújo Medeiros, Marisa Tiemann, Neli Adonini e Rosana Santos Moreira, sob o título CONTRATAÇÃO A PRAZO DETERMINADO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

3.- A estabilidade do servidor público

3.1 Conceito

Segundo a lição de Hely Lopes Meirelles (op. Citada, p. 395), *“Estabilidade é a 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, após ser submetido a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade (CF, art. 41)”*.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *“Tradicionalmente, a estabilidade, no direito brasileiro, tem sido entendida como a garantia de permanência no serviço público assegurada, após dois anos de exercício, ao servidor 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”* (Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2001, pp. 467/468).

Em sua redação primeira, o artigo 41 da Constituição Federal fixava o prazo de dois anos para aquisição da estabilidade, ampliado para três anos pela EC 19. Para prevenir as possíveis controvérsias em torno do direito adquirido, que, sabidamente, constituem fundamento de número expressivo de demandas judiciais, o art. 28, da Emenda, ressaltou expressamente que *“É assegurado o prazo de 2 (dois) anos de efetivo exercício para aquisição da estabilidade aos atuais servidores em estágio probatório, sem prejuízo da avaliação a que se refere o § 4º do art. 41 da Constituição Federal”*.

A Constituição Federal de 1988 atribuiu também estabilidade excepcional a servidores cujo ingresso na administração pública não ocorrera mediante concurso público. Com efeito, estabeleceu o art. 19, do ADCT, que *“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”*. Nos Municípios que adotaram o regime estatutário após a promulgação da CF/88, tais servidores como regra geral foram mantidos em quadro em extinção, regidos pela CLT. Eventuais controvérsias decorrentes da relação mantida com a Administração Municipal devem ser dirimidas pela Justiça do Trabalho, pois se trata de vínculo celetista. Foram excepcionados, contudo, pela Constituição Federal os servidores ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão e os que a lei declara de livre exoneração, além dos professores de nível superior (§§ 2º e 3º do artigo mencionado). O benefício, como se vê, não alcança empregados das fundações de direito privado, empresas públicas e sociedades de economia mista. Quanto às duas últimas, oportuno mencionar que seus empregados sujeitam-se necessariamente ao regime celetista (CF, art. 173, § 1º, II).

3.2 Alcance da norma prevista no art. 41 da Constituição Federal

Em sua redação originária, prescrevia o caput do art. 41 da CF: *“São estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público”*. Com a EC 19, a norma passou a ter a seguinte redação: *“São estáveis após 3 (três) anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público”*.

A par de alterar o prazo para aquisição da estabilidade, a EC 19 limitou o benefício aos servidores nomeados para **cargo de provimento efetivo**, assim devendo ser entendidos os funcionários públicos, ou seja, os servidores estatutários, pois somente estes é que titularizam cargo público.

Para ilustrar a afirmação, colaciona-se a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: *“A Constituição federal, em vários dispositivos, emprega os vocábulos cargo, emprego e função para designar realidades diversas, porém que existem paralelamente na Administração. Cumpre, pois, distingui-las.*

Para bem compreender o sentido dessas expressões, é preciso partir da idéia de que na Administração Pública todas as competências são definidas na lei e distribuídas em três níveis diversos: pessoas jurídicas (União, Estados e Municípios), órgãos (Ministérios, Secretarias e suas subdivisões) e servidores públicos; estes ocupam cargos ou empregos ou exercem função.

Daí a observação de Celso Antonio Bandeira de Mello (1975^a:17): ‘cargo é a

denominação dada à mais simples unidade de poderes e deveres estatais a serem expressos por um agente’.

*Com efeito, as várias competências previstas na Constituição para a União, Estados e Municípios são distribuídas entre seus respectivos órgãos, cada qual dispendo de determinado número de **cargos** criados por lei, que lhes confere denominação própria, define suas atribuições e fixa o padrão de vencimento ou remuneração.*

*Durante muito tempo, essa unidade de atribuições correspondia ao **cargo** e era atribuída ao **funcionário** público sob regime estatutário.*

*Quando se passou a aceitar a possibilidade de contratação de servidores sob o regime da legislação trabalhista, a expressão **emprego público** passou a ser utilizada, paralelamente a cargo público, também para designar uma **unidade de atribuições**, distinguindo-se uma da outra pelo tipo de vínculo que liga o servidor ao Estado; o ocupante de emprego público tem um vínculo contratual, sob a regência da CLT, enquanto o ocupante do cargo público tem um vínculo estatutário, regido pelo Estatuto dos Funcionários Públicos que, na União, está contido na lei que instituiu o regime jurídico único (Lei nº 8.112/90).” (op. Citada, p. 427).*

Conclui-se do acima exposto que a estabilidade de que trata o caput do art. 41 da Constituição Federal somente alcança os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo. Não beneficia servidores celetistas, pois estes são titulares de emprego público.

3.2.1 O entendimento do Tribunal Superior do Trabalho sobre a matéria

Em face da redação originária do caput do artigo 41, da CF, que conferia estabilidade aos servidores públicos (gênero de que constituem espécie os funcionários públicos e os empregados públicos), conforme já se afirmou, sedimentou-se, na doutrina e jurisprudência, o entendimento de que a estabilidade alcançava tanto os funcionários públicos (sujeitos ao regime estatutário) como os empregados públicos (sujeitos ao regime da CLT). A SDI-II do TST editou, a propósito, a OJ 22, com a seguinte redação: “*Ação rescisória. Estabilidade. Art. 41, CF/88. Celetista. Administração direta, autárquica ou fundacional. Aplicabilidade. O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal*”. No mesmo sentido a OJ 265 da SDI-I, do mesmo TST: “*Estabilidade. Art. 41 da CF/88. Celetista. Administração direta, autárquica ou fundacional. Aplicabilidade. O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal*”.

Assim se manifestou a mais alta Corte Trabalhista em razão de que a Carta Magna, no art. 41, caput, aludia ao gênero “servidores”. A expressão, contudo, foi substituída pela EC 19, que limitou a estabilidade aos servidores nomeados para cargo de provimento efetivo.

As orientações jurisprudenciais supra transcritas não têm o condão de infirmar a conclusão no sentido de que os empregados públicos não são beneficiados pela estabilidade, pois que refletem exame de casos sujeitos à apreciação com fulcro na redação originária do art. 41 da CF, determinada pela longa tramitação dos processos, fato que, inclusive, motivou a edição, pelo Tribunal Superior do Trabalho, da Resolução Administrativa 874/2002. A justificar a medida, o Corregedor-Geral do E. TST invocou as seguintes razões, constantes de matéria publicada pela Revista LTR, junho/2002, p. 05: “*Como os processos oriundos dos TRTs demoram, em média, quatro anos para serem julgados pelo TST, as decisões da instância superior nunca refletem uma situação de momento, devido ao lapso de tempo entre as duas apreciações. A situação está gerando, segundo Lopes Leal, perplexidade entre juízes das instâncias ordinárias da Justiça do Trabalho (Varas e Tribunais Regionais), que não sabem como decidir – se aplicam as leis novas ou*

se seguem a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, mesmo que defasada.”

Por isso, deve o operador jurídico estar atento a estas circunstâncias, pois que jurisprudência dos Tribunais Superiores, em especial na área trabalhista, embora constante de orientações inseridas em tempo recente, pode conter entendimento superado por legislação superveniente. A aplicação pura e simples da jurisprudência consolidada a situações regidas por lei nova pode render ensejo a equívocos flagrantes, com prejuízos aos trabalhadores.

4. Conclusões

1.- As sucessivas mudanças introduzidas nas regras que disciplinam a relação dos servidores e a Administração Pública rendem ensejo a controvérsias e equívocos, sendo notória dificuldade dos profissionais do Direito no trato da matéria.

2.- Dentre as polêmicas em torno do tema, destaca-se o alcance da estabilidade prevista no art. 41, caput, da CLT, em especial diante da nova redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional 19/98.

3.- Os agentes administrativos podem ser servidores públicos concursados, servidores públicos exercentes de cargos em comissão ou servidores temporários.

4.- Servidores públicos constituem gênero, de que são espécie os funcionários públicos (sujeito ao regime estatutário e titulares de cargo público) e os empregados públicos (julgados ao regime da CLT e titulares de emprego público).

5.- A Constituição Federal, em seu art. 37, II, exige concurso público tanto para funcionários como para empregados públicos, o que inclui aqueles que prestam serviços a sociedades de economia mista e empresas públicas.

6.- A estabilidade prevista no art. 41, caput, da Constituição Federal somente beneficia o servidor estatutário. O servidor celetista não é alcançado por aquela norma.

7.- A OJ 265 da SDI-I e OJ 22 da SDI-II do TST não têm o condão de infirmar a conclusão no sentido de que os empregados públicos não são beneficiados pela estabilidade, pois refletem exame de casos sujeitos à apreciação com fulcro na redação originária do art. 41, caput, anterior à EC 19/98.

Referências bibliográficas

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo, Editora Atlas, 13ª edição, 2001.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. O Servidor Público e a Justiça do Trabalho. Revista do Direito Trabalhista. Brasília-DF: Editora Consulex. Ano 08, nº 5, maio de 2002.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. O Servidor Público e a Justiça do Trabalho. GENESIS Revista de Direito do Trabalho. Curitiba-PR: Editora GENESIS, nº 112, abril de 2002.

MEDEIROS, Adriane de Araújo. TIEMANN, Marisa. ADONINI, Neli. MOREIRA, Rosana Santos. Contratação a prazo determinado na Administração Pública. Revista Ltr, 58-10/1195.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 24ª edição, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 5ª edição, 1994.