



Por que não demitir empregado público

É fato que o objetivo das entidades da administração pública indireta é determinado pelo Poder Público (controle), consistindo no transpasse a ela de determinadas atividades públicas.

Em regra, as empresas públicas e sociedades de economia mista devem sempre voltar-se para atividades que inicialmente competiriam diretamente ao Estado, devendo ser evitada a criação destas para o exercício de atividades puramente econômicas (artigo 173 da CF).

No caso das Sociedades de economia mista, que por lei, só podem ser estabelecidas na forma de Sociedades Anônimas (S.A.), de acordo com a Lei 6.040/76, as referidas entidades, cujo acionista majoritário é o Poder Público, deve obrigatoriamente proceder à eleição de uma diretoria, do Conselho de Administração e do Conselho Fiscal.

Importante mencionar, que notadamente, quem define a eleição de ambos os conselhos é o acionista majoritário (poder público), que elegerão a diretoria, cujos componentes são também indicados pelo acionista controlador da sociedade.

Não é difícil imaginar que possa haver um cunho predominantemente político na administração de tais entidades (empresas públicas e sociedade de economia mista), pois na prática, quem determinará quem será eleito é o chefe do executivo.

Nesse contexto, onde algumas dessas entidades são utilizadas para finalidades político-partidárias, não é difícil concluir que empregados concursados vejam-se ameaçados. Não raras as vezes que o administrador, por exemplo, pretende dispensar uma licitação para privilegiar um partidário; quer contratar algum colaborador do partido através de uma inexigibilidade de licitação, pelo falso argumento de notória especialização (artigo 25, II da Lei 8.666/93); etc.

Diante dessas situações, o empregado público, para defender os interesses da entidade, preservando a legalidade e a moralidade desta, não tem garantias para opinar com liberdade, pois pode sofrer represálias e até mesmo ser dispensado sumariamente e sem uma justificativa. Assim, é dentro deste contexto que desenvolveremos o presente trabalho.

Definição de empregado público

Empregado Público em sentido amplo (regra geral), é toda pessoa física (brasileiros ou estrangeiros na forma da lei, artigo 37, I, da CF), que, mediante concurso público, presta serviços de forma pessoal e não eventual ao Estado e às entidades da Administração Pública direta ou indireta[1], pelo regime celetista, mediante pagamento feito pelos Cofres Públicos.

Importante ressaltar que o empregado público, mesmo regido pelas normas da CLT, deverá ser norteado pelos princípios da Administração Pública, como será demonstrado do decorrer deste trabalho.

Tal conceito reflete a regra geral, pois como veremos adiante, em alguns casos, a totalidade dos



pagamentos a este empregado não será de forma integral pelos cofres públicos e teremos também exceções ao comando do artigo 37 da Constituição Federal, no que tange à obrigatoriedade de concurso público.

O Ilustre Professor Celso Antônio Bandeira de Melo[2] assim distingue Cargo Público de Emprego Público:

"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"

Conforme preceitua o artigo 37, II da Constituição Federal vigente e a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, a contratação de empregado público deverá ser precedida de concurso público, salvo para a contratação de "Agentes Temporários", que são pessoas físicas que trabalham para o Estado, sem concurso público, regidos pela CLT, contratados em razão de excepcional interesse público, pelo critério da "urgência e relevância", um exemplo seria a contratação de médico em caso de epidemia (artigo 37, IX da CF, regulado pela Lei 8.745, de 09.12.93, alterada pela Lei 9.849 de 26.10.99), e, os contratados pelo critério da confiança, que poderão ser exonerados "ad nutum". A inobservância desta regra, após o advento da Constituição de 05.10.1988, ou seja, sem prévia aprovação em concurso público, torna a contratação nula, conforme a Súmula 363 do TST.

Empregado público da administração direta e indireta.

O empregado público, via de regra, de acordo com a EC 19, trabalha nas Empresas Públicas, e nas Sociedades de Economia Mista[3], mediante concurso, sem estabilidade (OJ – 229 SDI-I), porém, podemos afirmar que ainda existem empregados públicos que trabalham na administração pública direta, que foram admitidos antes da Constituição Federal de 1.988, e possuem estabilidade[4], conforme orientação jurisprudencial 265 da SDI – I.

Já os Agentes Delegados são os Concessionários e os Permissionários de serviço público, que de acordo o artigo 175 da CF é pessoa contratada pelo Estado, mediante licitação, para realizar serviços por sua conta e risco, assim, os empregados dos Concessionários e dos permissionários não são empregados públicos, sendo empregados comuns de uma empresa privada, não estando sujeitos aos princípios da



Administração Pública.

Princípios que norteiam o empregado público e a administração pública.

Conforme foi supra mencionado, o empregado público, via de regra, presta serviços para uma empresa pública ou uma sociedade de economia mista, que fazem parte da Administração Indireta. Assim, estão sujeitos aos princípios que norteiam a Administração Pública, são eles: a) no artigo 37 “caput” da CF: legalidade; Impessoalidade; Moralidade; Publicidade; e, Eficiência (EC 19); b) no “caput” do artigo 70 da CF: Legitimidade, Economicidade; c) §4º do artigo 37 da CF: Probidade; d) artigo 5º, LXXVIII da CF (EC 45): razoabilidade; e) artigo 93, XIII da CF (EC 45): Proporcionalidade; e, f) artigo 93, X da CF: Motivação.

De todos esses princípios que norteiam o empregado público, o que nos interessa neste trabalho é o Princípio da Motivação, que será estudado com maior profundidade nos capítulos posteriores.

Da necessidade do Processo Administrativo e Sindicância nas Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista.

Neste ponto a doutrina diverge na necessidade de Processo Administrativo e Sindicância em face dos empregados públicos nas Empresas Públicas e nas Sociedades de Economia Mista.

Para os que defendem a desnecessidade de processo administrativo e sindicância para os empregados públicos, eles o fazem embasados no artigo 2º da Lei 8.112, de 11 de Dezembro de 1990 (lei que regulamenta o processo administrativo e a Sindicância), que diz: “*artigo 2º. Para os efeitos desta Lei, servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público*”(g.n.), ou seja, excluindo os empregados públicos.

Já para o ilustre professor paulista, titular da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, Dr. Diogenes Gasparini[5]:

“As empresas governamentais (sociedades de economia mista, empresa pública e fundação) também sentem necessidade de registrar seus atos, de controlar seus servidores e de decidir sobre certa controvérsia, de sorte que a utilização do processo administrativo para consubstanciar cada um desses fatos é imprescindível. Desse modo, pode-se afirmar que, “mutatis mutandis”, aos processos aplica-se o regime dos processos administrativos que comumente são instaurados na Administração Pública direta.”

Compartilha do mesmo entendimento a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em sua obra “Direito Administrativo”[6], quando menciona a inclusão da expressão “emprego” no artigo 20, parágrafo único da Lei 7.347/85, o “*afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.*” (g.n.)

Dispensa arbitrária, sem justa causa e dispensa imotivada (ou desmotivada).

Em linhas gerais, a dispensa arbitrária é a que não se funda em um motivo técnico, econômico ou



disciplinar; esses motivos são extraídos analogicamente do art 165 da CLT, já a dispensa sem justa causa é a que não se fundamenta em qualquer dos motivos previstos em lei; exemplos: rol do artigo 482 da CLT, art 433, II, art 508, art 158 § único e art 240 § único, todos da CLT; Lei 6.354/76, artigo 20; Decreto 95.247/87, artigo 7º, § 3º.

Para o Professor Mauricio Godinho Delgado[7], a dispensa imotivada (ou despedida desmotivada) é assim entendida:

“há a despedida desmotivada, também conhecida como dispensa arbitrária ou despedida sem justa causa. Aqui, reitere-se, a expressão dispensa desmotivada traduz a idéia de falta de um motivo legalmente tipificado.”

Já para o Ilustríssimo Professor Amauri Mascaro Nascimento[8] a dispensa arbitrária diferencia-se da dispensa por justa causa nos seguintes termos:

“enquanto a dispensa arbitrária é qualificação do ato praticado pelo empregador, justa causa, ao contrário, o é da ação ou omissão do trabalhador. A arbitrariedade é daquele. A Justa causa é deste.”

Ao que nos parece, a dispensa imotivada (ou desmotivada) é aquela que não se funda em nenhum motivo, seja um motivo técnico, econômico, financeiro ou qualquer outro tipificado ou não.

Princípio da Motivação e a Teoria dos Motivos Determinantes;

O Princípio da motivação no nosso ordenamento jurídico pátrio vem esculpida no artigo 93, X da Constituição Federal de 1.988, devendo ser explicitadas as razões de fato e de direito do ato da Administração Direta ou Indireta.

A motivação é necessária para todo e qualquer ato administrativo, consoante já decidiu o STF (RDP, 34:141), ou seja, nos atos vinculados ou discricionários (artigo 50 da Lei 9.784/99), pois pode-se afirmar que a falta de motivação ou a indicação de motivos falsos ou incoerentes torna o ato nulo, conforme decisões dos nossos Tribunais (RDA, 46:189 e RDA, 48:122). Assim, a sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato (isso inclui a motivação da dispensa do empregado público), porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos.

Para o renomado professor Diogenes Gasparini[9], o motivo é “*a circunstância de fato ou de direito que autoriza ou impõe ao agente público a prática do ato administrativo*”, e continua dizendo que “*O motivo pode estar, ou não, na lei*”.

Já para a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro[10]:



“o motivo é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo; Pressuposto de direito é o dispositivo legal em que se baseia o ato; Pressuposto de fato, como o próprio nome indica, corresponde ao conjunto de circunstâncias, acontecimentos, de situações que levam a Administração a praticar o ato”.

E o princípio da motivação “exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões”[11].

Para o saudoso jurista Hely Lopes Meirelles[12], “a teoria dos motivos determinantes funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade” . Para o mesmo professor, o motivo é um requisito de validade do ato administrativo, ou seja, é o requisito que se consubstancia no enquadramento pelo Direito de uma conduta prevista na norma, podendo o motivo ser *Legal* (é a situação de Direito que estabelece uma hipótese de conduta, permitida ou proibida, dentro ordenamento jurídico) e de *Fato* (é a situação ocorrida no mundo fático).

Em outras palavras, o princípio da motivação exige que quem age em nome de outrem justifique a sua conduta, dizendo o “porquê” dos seus atos, não se exigindo forma específica, podendo ser exteriorizado através de pareceres, laudos, relatórios, etc. Instituiu-se equivocadamente na doutrina brasileira a crença de que há alguns atos administrativos discricionários que não exigem motivação. Esse equívoco deve ser banido porque motivar é dever decorrente da Teoria do Mandato, regra matriz do Estado Democrático de Direito, sendo que, a única exceção possível está na exoneração “ad nutum” (artigo 37, II da CF) dos agentes contratados pelo critério da confiança[13].

Por último, não podemos confundir os institutos da motivação e do motivo, sendo que, o *motivo* é a situação fática ou legal, objetiva, real, empírica, que levou o agente à prática do ato, já a *motivação* é a enunciação, descrição ou explicação do motivo.

A Orientação Jurisprudencial 247 da SDI – 1 do TST.

O Egrégio Tribunal Superior do Trabalho (TST), através da Seção de Dissídios Individuais – 1 (SDI-1), possui uma Orientação Jurisprudencial datada de 20 de junho de 2001, de n.º 247 que reza:

“Servidor Público. Celetista concursado. Despedida imotivada. Empresa pública ou sociedade de economia mista. Possibilidade”.

Por esse entendimento, na qual não nos filiamos, o empregado público das empresas públicas e das sociedades de economia mista, estaria no mesmo patamar dos empregados privados, ou seja, sem nenhuma proteção quanto a qualquer tipo de despedida.

Poder de direção x Poderes da Administração



Note-se que o empregado de uma empresa privada, subordinado aos poderes de direção do seu empregador, está sujeito ao Poder disciplinar, que não se confunde com o Poder Disciplinar da Administração Pública.

A primeira diferença está na faculdade do Poder de Direção que tem o empregador de efetivamente usar ou não o Poder disciplinar, mediante advertência, suspensão e demissão por justa causa, sem ao menos existir uma ordem preferencial, e caso não utilizado no momento oportuno, ter-se-á como perdoadada a infração, não podendo este se valer da infração para uma futura dispensa do empregado. Já no Poder da Administração, o Poder Disciplinar é um “poder-dever”, não tendo a faculdade de aplicar ou não as penas definidas em lei, ou seja, pelo princípio da Legalidade Restrita a lei estabelece as condutas tidas como infrações e as conseqüentes sanções a serem aplicadas. Assim, o chefe não tem escolha de aplicar ou não a sanção, sob pena de incorrer em inobservância dos princípios da administração.

Outro ponto importante é que a demissão do empregado pelo empregador mediante seus poderes de direção, nem sempre constitui pena. Já para os Poderes da Administração, a demissão do empregado é pena, ou seja, demissão decorrente sempre de uma conduta infracional.

O interesse público na motivação da dispensa do empregado público.

Inicialmente, cumpre-nos mencionar que a dispensa do empregado público não deixa de ser um ato administrativo, e como todo ato administrativo, deve sempre ser motivado, devendo sempre ter como finalidade o interesse público.

É cediço que ao instituir a dispensa imotivada do empregado público, como acontece com as empresas privadas, procurou-se igualar em condições estas instituições (públicas e privadas) para uma livre e justa concorrência, ou seja, em seu artigo 173, § 1.º, II, que as empresas públicas e as sociedades de economia mista que exploram atividade econômica devam se submeter ao mesmo regime jurídico das empresas privadas.

Porém, não podemos nos esquecer, que se o acesso do empregado público foi antecedido de aprovação em concurso público, ou seja, houve uma motivação para a sua admissão, claramente o seu desligamento também o deve ser, prestigiando também o princípio da impessoalidade deste ato administrativo.

Não podemos também nos esquecer de que este empregado público está sob o jugo das limitações (ex. impossibilidade de dois empregos) e dos princípios da administração, o que não acontece com o empregado privado, ou seja, mais um motivo para que seu desligamento se dê também de forma diferenciada.

A motivação do desligamento do empregado público é um direito não só do empregado, mas de toda a sociedade, que tem o direito e dever de fiscalizar os atos administrativos em prol do interesse público.



Assim, há que se ter, comprovadamente, um motivo para o desligamento do empregado público, sendo-lhe assegurado o contraditório e a ampla defesa, através de um procedimento administrativo, pois este tem o direito de titulação, de investidura e de permanência no emprego enquanto bem servir, ou ainda, enquanto a administração pública indireta não apresente uma justificativa, seja técnica, financeira, etc., para a dispensa do empregado público.

Competência jurisdicional – tendências

Não temos dúvidas de que a competência para apreciar sobre a dispensa do empregado Público é da Justiça do Trabalho, ainda mais agora com o advento da Emenda Constitucional 45 que alargou essa competência para as relações de trabalho (artigo 114 da Constituição Federal).

O direito do trabalho, sempre inovador e apegado a uma visão de vanguarda na seara juslaboral, vem aos poucos sedimentando a idéia de que a demissão do empregado público celetista deve, no mínimo, obedecer ao requisito da motivação, sob pena de quebra, dentre outros, do princípio da moralidade da Administração Pública. Nesse sentido, já decidiu o Egrégio Tribunal Superior do Trabalho (TST):

"Demissão sem justa causa. É dever do órgão administrativo, com poder de decisão, sob pena de nulidade, explicitar os motivos de fato e de direito dos atos administrativos que expedir e que tenham por objeto: a) o provimento, a dispensa, a exoneração, a demissão, a disposição e a disponibilidade. Recurso de revista conhecido e não provido" (TST, 7.ª Região, 5.ª T., Acórdão n. 278233/CE, RR n. 278233, rel. Min. Francisco Caninde Pegado do Nascimento, v. u., j. em 30.9.1998, DJU de 20.11.1998, p. 286).

Aliás, outra não foi a orientação adotada pelo Egrégio Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 1.ª Região:

"Empresa pública. Dispensa. Reintegração Administração Pública Indireta. Dispensa imotivada. Artigo 37 CRFB/88. Ato nulo. Reintegração. A Impetrante – Empresa Pública – está Adstrita a respeitar os princípios basilares da Administração Pública, incluindo-se dentre estes o da motivação dos atos, que, aliás, era o cerne da denunciada convenção 158 da OIT – estabelecimento de critérios objetivos para os distratos de iniciativa do empregador, a demonstração da necessidade de dispensa. Os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência (Emenda Constitucional n. 20/98) devem nortear os atos praticados pelos agentes da Administração Pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Não é lícito à impetrante despedir imotivadamente o seu empregado. A demissão somente seria possível se houvesse justa causa ou razão de ordem econômico-financeira, ou de ordem técnica, devidamente fundamentada no ato de dispensa". (TRT, 1.ª Região, MS n. 427/1999/RJ, rel. Juiz Alberto Fortes Gil, j. em 22.2.2001, DORJ de 20.3.2001).

Ressalte-se que somos da opinião também de que o magistrado trabalhista, no confronto de tais situações, deve observar a inversão do ônus da prova, cabendo à administração pública provar que o



desligamento foi efetuado dentro de critérios objetivos, dotados de interesse público, estando calcados nos princípios da impessoalidade e da moralidade, pois como é notório, o empregado, no mais das vezes, não sabe e não tem como saber, o motivo da sua dispensa.

Somos ainda da opinião de que o empregado público pode se valer analogicamente do disposto no parágrafo X do artigo 659 da Norma Consolidada, onde, estando cumpridos os requisitos para a medida liminar, deverá o magistrado trabalhista conceder a reintegração, ou seja, não por este possuir alguma estabilidade ou garantia de emprego, mas sim pelo fato da dispensa não ter preenchido os requisitos legais.

Bibliografia

- CORDEIRO, Luis Fernando. “Dispensa Imotivada do empregado público”, Trabalho defendido para a titulação de especialista e depositado na Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006;
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Curso de Direito Administrativo”, Editora Malheiros: São Paulo, 1999;
- MEIRELLES, Hely Lopes. “Direito Administrativo Brasileiro, 29ª. Edição, Ed. Malheiros, São Paulo, 2004;
- DELGADO, Mauricio Godinho. “Curso de Direito do Trabalho”, 3ª Edição, São Paulo: LTr, 2004;
- SILVA, José Afonso. “Curso de Direito Positivo”, 23ª Edição, Editora Malheiros, São Paulo, 2004;
- MELO, Carlos Marcos Batista de. “Despedida Imotivada de Empregado Público da Administração Indireta: Confronto entre a ficção e a realidade” – Revista LTr – ano 68, Setembro de 2004;
- SUSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio. VIANNA, Segadas. TEIXEIRA, Lima. “Instituições de Direito do Trabalho”, Volume 1, 21ª Edição, São Paulo: LTr, 2003;
- RODRIGUEZ, Américo Plá. “Princípios do Direito do Trabalho”, 3ª Edição atual – São Paulo: Ltr, 2000;
- MARTINS, Sérgio Pinto. “Direito do Trabalho”, 19ª Edição – São Paulo: Atlas, 2004;
- GASPARINI, Diogenes. “Direito Administrativo”, 6ª Edição revisada e atualizada e aumentada, São Paulo: Saraiva, 2001;
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. “Iniciação ao Direito do Trabalho”, 26ª edição, São Paulo: LTr, 2000;
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “Direito Administrativo” – 13ª Edição – São Paulo: Atlas, 2001;



[1] Administração Direta é composta pelos entes federativos (União, Estados membros, DF e municípios), sendo que os Ministérios e as Secretarias são órgãos do executivo, pertencendo assim também a Administração Direta. Já a Administração Indireta é composta pelas Autarquias, Fundações Públicas, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista.

[2] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. "*Curso de Direito Administrativo*", Editora Malheiros, São Paulo: 1999, p. 126 e 127.

[3] Empresas Públicas e as Sociedades de economia Mista são formas de atuação do Estado na iniciativa privada, na exploração de atividade econômica (art. 173 da CF). A diferença está em que, a primeira possui a totalidade de seu capital social de dinheiro público e na segunda, o capital social é misto, ou seja, investimento majoritariamente público e minoritariamente privado, sendo que as duas são pessoas jurídicas de direito privado e realizam serviços de natureza não essenciais.

[4] – 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) – MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 29ª. Edição, Ed. Malheiros, São Paulo: 2004, p. 422.

[5] GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*, 6ª Edição revisada e atualizada e aumentada, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 799.

[6] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo – 13ª Edição – São Paulo: Atlas, 2001. p. 195*

[6] *Ibid*, p. 82

[7] DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 3º Edição, São Paulo: LTr, 2004, p. 1152.

[8] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*, 26ª edição, São Paulo: LTr, 2000. p. 428.

[9] GASPARINI, 2001. p. 60-61.

[10] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella., 2001. p. 195

[11] *Ibid*, p. 82.

[12] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 29ª. Edição, Ed. Malheiros, São Paulo, 2004 – pg. 195.

[13] PAMPLONA, Maria das Graças Almeida – Aula ministrada no Curso Robortella – Março, 2005.

Date Created

25/07/2007