



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE BARBACENA - FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

AWDREA JESUS MAURTAS

ESTABILIDADE DO CONCURSADO

BARBACENA
2012

AWDREA JESUS MAURTAS

ESTABILIDADE DO CONCURSADO

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Fernando Antônio Mont'Alvão do Prado.

**BARBACENA
2012**

AWDREA JESUS MAURTAS

ESTABILIDADE DO CONCURSADO

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Direito.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Marluci Pereira
Advogada – OAB-MG 139.253

Prof. Esp. Luiz Carlos da Rocha de Paula
Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Prof. Esp. Fernando Antonio Mont` Alvão do Prado.
Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

AGRADECIMENTO

A Deus por conceder-me a vida!

Aos meus pais que lapidaram o meu ser.

Aos meus amigos que me ajudaram a navegar em altos mares, ensinando-me o melhor lugar para ancorar.

Aos meus professores que indicaram o caminho do meu saber.

A minha filha Thamires, motivo pelo qual continuo tentando crescer.

“A árvore quando está sendo cortada, observa com tristeza que o cabo do machado é de madeira”.

Provérbio árabe

RESUMO

O presente estudo aborda a estabilidade do concursado. A problemática está no questionamento do regime jurídico, a que se sujeitam esses empregados, se é público ou privado. A carência de norma específica para os concursados de empresas privadas é que gera a polêmica. Os concursados estatutários tem a tão sonhada estabilidade após 3(três) anos do exercício profissional. Já os concursados celetistas, não fazem jus à estabilidade. Isto deve ao dispositivo constitucional que regula a situação dos estatutários, mas deixa em aberto a situação dos empregados públicos. Mas aos empregados públicos restam-lhe as normas celetistas, e correntes jurisprudências que tentam equalizar o regime jurídico que estes empregados são contratados. Surge então, o escopo deste trabalho acadêmico, que é o encontro da atual lei com a jurisprudências, de forma à analisar e compreender os regimes jurídicos dos concursados.

Palavras-chaves: Direito Administrativo. Estabilidade do empregado público.

ABSTRACT

This study addresses the stability of gazetted. The problem is in questioning the legal system, that these employees are subject, whether it is public or private. The lack of standard specifies gazetted for private companies is generating controversy. The gazetted statutory got the long awaited stability after three (3) years of professional practice. Already gazetted CLT, are not entitled to stability. This is due to the constitutional provision that regulates the status of statutory, but leaves open the status of public employees. But public employees left him CLT standards, and current case law trying to equalize the legal regime that these employees are hired. Then, in the scope of this academic work, which is against the law with current jurisprudence, in order to analyze and understand the legal systems of the exam.

Keyword: Administrative Law. Stability of the public employee.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	07
2 CONCEITO DE ESTABILIDADE	11
2.1 Histórico da Estabilidade	12
2.2 Modalidade de estabilidade.....	13
2.2.1 Estabilidades provisórias.....	13
2.2.2 Estabilidades provenientes do cargo ou causas comunitárias	14
2.2.3 Estabilidade constitucional	15
2.3 Nomenclatura de estabilidade.....	16
3 CONCEITO DE EMPRESAS.....	19
3.1 Empresa pública e sociedade de economia mista	19
3.2 Cargos públicos garantem a estabilidade profissional	21
3.3 Administração direta e indireta – Autarquias e Fundações	22
4 ESTABILIDADE DO CONCURSADO.....	25
4.1 Estabilidade de servidor público	26
4.1.1 Concursado público regido por estatuto.....	27
4.1.2 Concursado regido pela CLT	28
4.1.3 Caixa, Correios, Petrobrás	29
4.2 A isonomia	34
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	35
REFERÊNCIAS.....	37

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo examinará um dos institutos mais importantes do direito do trabalho, relacionando-se a com a “garantia” do contrato de trabalho. Mas paralelamente e primordialmente, analisaremos a estabilidade conferida aos servidores estáveis, ou seja, trabalhadores aprovados em concurso público e que cumpriram o estágio probatório. Adentrando nas premissas do direito administrativo, para compreensão do conceito de estabilidade e do regime jurídico das empresas sejam públicas, privadas ou sociedade mista.

Tradicionalmente, a estabilidade no Brasil tem sido entendida como garantia de permanência no serviço público. Assim, surge à controvérsia doutrinária, que defende em parte a inexistência de estabilidade para o empregado público, que não se atrela a interpretação literal do texto constitucional.

No cumprimento de suas funções constitucionais, o Estado democrático de direito necessita do concurso público para que profissionais dentro de suas específicas competências desincumbam de certas obrigações de forma a atender as necessidades dos administrados. Para tanto a carta magna, trouxe em seu dispositivo 37 as normas para concretização do acima exposto.

A problemática está no questionamento do regime jurídico, a que se sujeitam esses concursados, se é público ou privado.

A carência de norma específica para os concursados em regime jurídico privado é o que gera a polêmica, diferentemente os estatutários tem a tão sonhada estabilidade após 3(três) anos do exercício profissional. Já os primeiros, celetistas, não fazem jus à estabilidade.

Anteriormente a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) previa a estabilidade decenal que garantia aos empregados após 10 anos de serviço, tornam-se estáveis, somente podendo ser dispensado em caso de cometimento de falta grave, devidamente apurada em ação trabalhista específica. Com advento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) em 1966 passou a ser facultado ao empregado escolher entre a estabilidade decenal ou o FGTS.

Ocorre que, em 1988 entrou em vigor a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) onde todos os trabalhadores passariam obrigatoriamente a serem optantes do regime fundiário, ou seja, todos teriam direito ao FGTS e não mais a estabilidade decenal. Assim, Constituição Federal garantiu apenas aos servidores públicos a estabilidade.

Em sua redação o dispositivo 39 da CRFB/88, estabeleceu o regime jurídico único para os servidores da administração pública direta, autárquica e fundações públicas, o que significa dizer que os servidores públicos seriam todos contratados somente pelo regime estatutário, portanto o reconhecimento da efetividade só ocorreu em relação aos servidores ocupantes de cargos públicos.

Ressalto ainda a diferença de estabilidade e garantia de emprego, esta é de caráter transitório deferido ao empregado em virtude de uma circunstância contratual de modo assegurar a manutenção do vínculo empregatício por um lapso temporal definido.

Na perspectiva do Estado dividindo seus poderes e por consequência distribui tarefas fica evidente a necessidade de contratar mão de obra qualificada para desempenhar funções de necessidade do interesse público. Surgindo a necessidade do concurso público, tanto para diferenciar os capacitados para desempenhar tarefas bem como democratizar a contratação desta mão de obra. E para que não houvesse formas de burlar a concepção de igualdade no serviço público e a vedação de mutação de função e cargo público a lei garantiu aos servidores públicos a estabilidade, mas garantiu apenas a rol seletiva de concursados, em direitos e deveres.

A estabilidade, então, por se compor de um elemento impeditivo às demissões em massa que em ocasiões determinadas se pretende realizar no serviço público, têm sido encarada por alguns, que tomam a si a tarefa de criticá-la e difamá-la, não como um direito necessário ao exercício contínuo da atividade pública, mas como um mal ao Serviço Público e, por consequência, ao correto exercício das funções estatais.

Além disso, muitos ainda criticam sobre a diferença que a lei implica sobre alguns concursados que é a matéria a ser abordada neste presente estudo.

Se pensarmos que o Brasil enfrenta grandes dificuldades no mercado de trabalho, a estabilidade no emprego torna-se o sonho de grande parte dos trabalhadores. Desta forma muitos trabalhadores buscam os concursos públicos, para terem salários pagos em dia, um trabalho fixo e sem medo de ter seu contrato de trabalho rompido a qualquer momento.

Ocorre que, muitos destes concursos não trazem o que realmente interessa aos trabalhadores que é a estabilidade.

Surge então o questionamento o que difere um concurso do outro? Porque um concurso traz estabilidade e o outro não? A resposta estaria no regime jurídico da empresa que concursado irá prestar serviço. Mas por que existe esta diferença no regime jurídico?

Para exemplificar o que já foi dito, pensaremos em dois concursados, um com regime jurídico público, ou seja, estatutário, e outro de regime jurídico privado, ou seja, celetista, apenas o primeiro tem a estabilidade, que é garantia de permanência no emprego, e o segundo não tem.

E a questão que aqui se aborda é justamente entender esta diferenciação. Para tanto analisaremos os regimes, os conceitos de empresa e de estabilidade. E por fim analisaremos a jurisprudência no sentido de equalizar os direitos dos concursados.

2 CONCEITO DE ESTABILIDADE

Estabilidade é uma garantia fundamental conferida aos trabalhadores para que estes permaneçam no cargo. Uma vantagem jurídica de caráter permanente deferida ao empregado em virtude de uma circunstância tipificada de caráter geral, de modo a assegurar a manutenção indefinida no tempo do vínculo empregatício.

Já a garantia de emprego, por sua vez é uma vantagem jurídica de caráter transitório deferido ao empregado em virtude de uma circunstância contratual ou pessoal obreira de caráter especial, de modo a assegurar a manutenção do vínculo empregatício por um lapso temporal definido, independente da vontade do empregador.

É mister, lembrar que existem conceitos diferentes de estabilidade, e por consequência formas diferentes de entendimento o que gera divergência doutrinária e jurisprudencial, podemos aqui ressaltar que até na lei encontramos um desacordo sobre a aplicabilidade da estabilidade.

Sabemos que a estabilidade é regida por princípios trabalhistas; tais como princípio da continuidade da relação de emprego, princípio da proteção, e o princípio da causalidade da dispensa o que gera a impossibilidade de término do contrato de trabalho.

(DELGADO, 2011, p. 1184) define o instituto da estabilidade no emprego de uma forma bastante ampla e genérica, revelando que a intenção primordial deste direito-garantia é a permanência no emprego. (MARTINS, 2007, p. 407) aborda os dois temas da estabilidade para dizer que a garantia de emprego e de estabilidade são institutos distintos;

[...] garantia de emprego é, porém, o nome adequado para o que se chama estabilidade provisória, pois, se há estabilidade, ela não pode ser provisória. Não se harmonizam os conceitos de estabilidade e provisoriedade, daí por que garantia de emprego.

(SILVA, 2007, p. 2009) optou por utilizar o conceito garantia de emprego; Para ele significa o direito do trabalhador conservar sua relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, corrobora ainda seu pensamento com trecho da Constituição Federal onde ratifica que a carta magna não adotou a regra de forma absoluta.

Para (SARAIVA, 2007, p. 284) a estabilidade é espécie do gênero garantia de emprego. Existem vários conceitos sobre a estabilidade, e formas diferentes quanto a sua aplicação, é isto que este estudo vem a apresentar;

2.1 Histórico da estabilidade

O direito brasileiro toca nos princípios da continuidade da relação de emprego e da inserção do trabalhador na empresa desde sua origem. A história demonstra que sempre houve mecanismos de manutenção do empregado na empresa.

Os primeiros trabalhadores que adquiriram o direito de estabilidade foram os ferroviários, através da Lei Elói Chaves, de 24/01/1923.

Em 1926 a lei nº 5109 ampliou o alcance de aplicação da lei 4682 para o pessoal das empresas de navegação marítima ou fluvial e às empresas de exploração de portos.

Em 1930, com o Decreto 20465, essa estabilidade foi estendida aos serviços de transporte urbano, luz, telefone, telégrafo, portos, água, esgoto.

Em 1932 o Decreto 22096 ampliou o sistema alcançando serviços de mineração.

Em 1934 o Decreto 24615 estendeu o instituto aos bancários.

Em 1935 a lei nº 62 instituiu a estabilidade, após um decênio de serviço efetivo, aos empregados de um modo geral.

As constituições federais de 1937 (art. 137, f) e de 1946 (art. 157, XII) mantiveram o direito a estabilidade.

A consolidação das leis do trabalho, aprovada pelo Decreto 5452 de 01/05/1943, uniformizou o instituto de estabilidade.

No dia 13 de setembro de 1966, a lei 5107 instituiu o FGTS estabelecendo a opção do empregado entre esse regime jurídico e o da estabilidade. O atual sistema faz um fundo, como uma poupança, para o empregado, todos os meses são recolhidos 8% do salário (art. 477 e 478 da CLT de 1943) e no caso de dispensa imotivada o empregado tem o direito de sacar o fundo de garantia. Hoje é possível sacar este fundo em outras hipóteses, como por exemplo, para a aquisição da casa própria.

Esta possibilidade de opção alternativa entre a estabilidade e o regime de garantia do tempo de serviço foi consolidada na Carta Magna de 1967 no seu art. 165, XIII.

Em 10 de outubro de 1988 a Constituição da República Federativa do Brasil, no seu art. 7º I e II, modificou o sistema, eliminando a possibilidade de opção entre a estabilidade e fundo de garantia.

Presentemente a indenização por tempo de serviço, em seguida ao cômputo do primeiro ano contratual tem sido utilizada pelo regime celetista, em meio de muitas controvérsias sobre o sistema, o mesmo tem sido aplicado normalmente.

Ressalto que as informações acerca do histórico da estabilidade estão no livro de Dulce Diniz, mestre em direito do trabalho.

2.2 Modalidades de Estabilidade

Em acordo com o texto acima apresentado a doutrina é divergente na conceitualização dos institutos da estabilidade e da garantia de emprego. A estabilidade jurídica é mera espécie do gênero garantia de emprego, que se materializa quando o empregado está impedido temporariamente ou definitivamente de ser dispensado sem justo motivo. Significando a impossibilidade de dispensa do empregado, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas pelas fontes formais do direito, (DELGADO, 2011, p.1184) distingue:

A estabilidade é a vantagem jurídica de caráter permanente deferida ao empregado em virtude de uma circunstância tipificada de caráter geral, de modo a assegurar a manutenção indefinida no tempo do vínculo empregatício, independentemente da vontade do empregador.

No entanto, o texto constitucional impôs mecanismos que dificultam, tornando-o mais oneroso ou mesmo restringindo o direito potestativo patronal de dispensar o empregado, criando o denominado sistema de garantia de emprego.

Diante do exposto podemos observar formas distintas de estabilidade, vejamos;

2.2.1 Estabilidades provisórias

São aquelas que perduram enquanto existir os motivos que geraram a sua instituição. Esses motivos decorrem de uma situação especial do empregado como o cargo que ocupa, ou de causa personalíssima (SUSSEKIND, 2001 p. 367).

A estabilidade decorrente da gestação subdivide-se em duas teorias a da responsabilidade objetiva e da subjetiva. Na responsabilidade subjetiva considera que a empregada deve provar a gravidez perante o empregador, através do atestado médico ou exame laboratorial. Só então é que estará protegida. Já na objetiva o empregador não pode ser responsabilizado se a empregada não o avisou que estava grávida, mas esta teoria veio de

encontro com sumula nº 244 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que determina que o desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade. Logo, a gestante tem estabilidade durante a gravidez e após o parto por um período de cinco meses.

A estabilidade do acidentado de trabalho é ínterim trazer à baila a definição de alguns conceitos como acidente de trabalho e doença profissional. Compreende-se como acidente de trabalho não só o acidente típico, mas, também as moléstias profissionais e do trabalho e os acidentes equiparados aos do trabalho.

A doença do trabalho é a adquirida em função das condições especiais em que o trabalho é realizado. Certificando-se ambos os conceitos na esfera do trabalho, determina a lei 8.213/91 em seu dispositivo 59 que “o auxílio-doença será devido ao acidentado que ficar incapacitado para o seu trabalho por mais de 15 dias consecutivos, assim cessado o benefício gera garantia de emprego de 12 meses, após, a retomada no emprego”.

2.2.2 Estabilidades provenientes do cargo ou de causas comunitárias

São aquelas estabilidade provenientes de cargo que a pessoa ocupa, esta estabilidade perdura enquanto a pessoa ocupar o cargo, ou seja, da investidura do mesmo. Em alguns casos a estabilidade chega até 2 (dois) anos após a saída do cargo.

A estabilidade do dirigente das Comissões Internas de Prevenção de Acidentes (CIPA) estabelecida pela Constituição federal no seu art. 7º, II, diz que fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa do empregado eleito para cargo de direção de Comissões Internas de Prevenção de Acidentes, desde o registro da sua candidatura até um ano após o final de seu mandato; Esta norma tem por escopo assegurar a garantia do mandato, para que o empregado dirigente da CIPA possa desempenhar adequadamente suas funções.

Os empregados eleitos diretores de cooperativas por eles criadas, gozarão das garantias asseguradas aos dirigentes sindicais por força do art. 543 da CLT. (MARTINS, 2005, p. 377) considera que o diretor de sociedade cooperativa não poderá ser dispensado desde o momento de sua candidatura ao cargo de direção até um ano após o final de seu mandato, caso seja eleito.

Os membros do conselho curador do FGTS, enquanto representante dos trabalhadores são assegurado à estabilidade no emprego, da nomeação até um ano após o

término do mandato de representação, somente podendo ser demitidos por motivo de falta grave, regularmente comprovada através de processo judicial.

O membro do conselho nacional de previdência social, tanto titular como os suplentes terão direito à estabilidade no emprego, desde a nomeação até um ano após o término do mandato de representação, somente podendo ser demitidos por motivo de falta grave, regularmente comprovada por intermédio de processo judicial.

Com relação à estabilidade do dirigente sindical ou imunidade sindical a convenção a OIT nº 98 de 1949, aprovada no Brasil pelo Dec. Legislativo nº 49 de 27/08/52, e promulgada pelo Dec.º 33.196, de 29/06/53 determina que;

Os trabalhadores deverão gozar de proteção adequada contra quaisquer atos atentatórios à liberdade sindical em matéria de emprego. Esta proteção refere-se a atos destinados a dispensar um trabalhador ou a prejudicá-lo, por qualquer modo, em virtude de sua filiação a um sindicato ou de sua participação em atividades sindicais.

Dirigente sindical de categoria diferenciada tem estabilidade. Neste sentido o TST firmou jurisprudência, na sumula nº. 369, III, o empregado de categoria diferenciada, eleito dirigente sindical, só goza de estabilidade se exerceu na empresa atividade pertinente à categoria profissional do sindicato para o qual foi eleito dirigente. Portanto o dirigente de categoria profissional diferenciada tem direito a estabilidade desde que a função exercida junto ao empregador corresponda a da categoria do sindicato em que é diretor.

2.2.3 Estabilidade constitucional

Dita o art. 41 da Constituição Federal de 1988 que;

São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. § 1º O servidor público estável só perderá o cargo I - em virtude de 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.

Assim, podemos entender que o indivíduo que é aprovado em concurso público e após 3 (três) anos de efetivo exercício do cargo torna-se estável, ou seja tem estabilidade profissional. Ocorre, que a CRFB/88 garantiu apenas aos servidores públicos a estabilidade.

Em redação original do dispositivo, 39 da CRFB/88, estabeleceu a obrigatoriedade o regime jurídico único para os servidores da administração pública direta, autárquica e fundações públicas, o que significa dizer que os servidores públicos seriam todos contratados somente pelo regime estatutário, portanto o reconhecimento da efetividade só ocorreu em relação aos servidores ocupantes de cargos públicos.

O que gerou uma indignação para outros concursados, abrindo um leque de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais. Portanto, feito estas considerações e apresentado os conceitos sobre estabilidade vamos ao estudo;

2.3 Nomenclatura de estabilidade

A doutrina diverge na definição dos institutos estabilidade e garantia.

Amauri Mascaro Nascimento pondera a estabilidade e a garantia institutos afins, mas diversos; Para ele a estabilidade é o direito do trabalhador de permanecer no emprego, mesmo contra a vontade do empregador, enquanto existir uma causa relevante e expressa em lei que permita sua dispensa.

Maurício Godinho Delgado aponta a estabilidade como vantagem jurídica de caráter permanente deferida ao empregado em virtude de uma circunstância tipificada de caráter geral, de modo a assegurar a manutenção indefinida no tempo do vínculo empregatício, independentemente da vontade do empregador. E define a garantia de emprego como vantagem jurídica de caráter transitório deferido ao empregado em virtude de uma circunstância contratual ou pessoal obreira de caráter especial, de modo a assegurar a manutenção do vínculo empregatício por um lapso temporal definido, independentemente da vontade do empregador. Veja que, o doutrinador diferencia uma da outra, apenas em caráter transitório e permanente.

Na opinião de Sérgio Pinto Martins, a estabilidade jurídica é mera espécie do gênero garantia de emprego, significando à impossibilidade de dispensa do empregado, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas pelas fontes formais do direito.

A classificação morfológica mais recente é:

- a) estabilidade definitiva (absoluta): empregado decenal e servidor público.
- b) garantia de emprego temporário (provisória): dirigente sindical, representante dos trabalhadores no CNPS, dirigente de associação profissional;
- c) garantia de emprego (relativa): cipeiro e gestante;
- d) garantias especiais (híbridas): acidentado, menor aprendiz matriculado no SENAI ou no SENAC (DL 8.622/46), Lei 9.029/95 (art. 4) e NR-7, e as garantias de emprego provenientes de Sentenças normativas, acordos coletivos e convenções coletivas.

A diferença efetiva entre estabilidade e garantia de emprego é que o empregado estável só pode ser despedido quando cometer falta grave devidamente apurada através de inquérito judicial.

Já o empregado detentor de garantia de emprego pode ser dispensado apenas por justa causa, diretamente. Caso seja, o empregado detentor da garantia de emprego, dispensado sem justa causa, o empregador além de ser compelido a recebê-lo novamente, terá que indenizar o empregado.

3 CONCEITO DE EMPRESAS

Na antiguidade destacam-se as permutas, como estímulo de produção de bens destinados especificamente à venda. Com a intensificação das trocas, despertou o interesse dos povos em produzir bens. Essas atividades com fins econômicos denominaram-se comércio.

Na idade média o comércio “permuta” deixou de ser uma cultura para se difundir no mundo civilizado. Assim, a Revolução Francesa trouxe a expansão do comércio e por consequência as empresas.

Na Itália surge o sistema de regulação das atividades econômicas, o que foi posteriormente incorporado pelo direito brasileiro de forma a bipartir o direito privado. Em 1850 foi sancionado o Código Comercial, o que posteriormente foi parcialmente revogado pelo atual Código Civil, e classificou empresa como atividade econômica organizada de produção ou circulação de bens ou serviço.

Já para o direito administrativo, como bem explica (MARÇAL, 2008, p. 662);

O exercício de atividade econômica pelo Estado consiste no desempenho por entidade administrativa, sob forma e regime de direito privado, de atividade econômica propriamente dita, nas hipóteses previstas na Constituição ou em lei, quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou à satisfação de relevante interesse coletivo.

Diante deste ensinamento e presente à faculdade do Estado na exploração direta de atividade econômica (CRFB/88, art. 173), podemos concluir que a função administrativa traduz-se numa atividade atribuída a uma entidade administrativa, integrante de qualquer das três órbitas da Federação, salvo as ressalvas da Constituição Federal.

3.1 Empresa pública e sociedade de economia mista

Diante do art. 173 da Constituição Federal do Brasil de 1988, entende-se que ao Estado democrático de direito é facultado o direito de exercer uma atividade empresária/econômica submetendo-se a um regime jurídico próprio.

Assim, a Constituição Federal diferencia o serviço público e a atividade econômica propriamente dita, subordinando em regras distintas e diversas. A econômica propriamente dita se sujeita aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Ocorre que nas empresas públicas, o capital é obrigatoriamente cem por cento público, já nas empresas privada sob a forma do regime privado, isso não ocorre. A fundamentação legal está no inciso II e do art. 5º do Decreto – lei 200/1967;

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 Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

É valido lembrar que a empresa pública bem como as sociedades de economia mista são espécies do gênero empresas estatais. O professor (MEIRELES, 2008, p. 720) ensina que na denominação genérica de empresas estatais ou governamentais incluem-se as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as empresas que, não tendo as características destas, estão submetidas ao controle do governo.

Assim, é preciso conceituar cada uma delas. Avaliado (MELLO, 2005, p.536) define empresa pública federal como;

[...] a pessoa jurídica criada por força de autorização legal como instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetidas a certas regras especiais decorrentes de ser coadjuvante da ação governamental, constituída sob quaisquer das formas admitidas em Direito e cujo capital seja formado unicamente por recursos de pessoas de Direito Público interno ou de pessoas de suas Administrações indiretas, com predominância acionária residente na esfera federal.

O mesmo autor (MELLO, 2008, p. 536) conceitua sociedade de economia mista federal como;

[...] a pessoa jurídica cuja criação é autorizada por lei, como um instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes desta sua natureza auxiliar da atuação governamental, constituída sob forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria a União ou entidade de sua Administração indireta.

Por óbvio que os conceitos servem também para os demais entes federativos que não a União, caso criem alguma empresa estatal. A criação das empresas públicas e das sociedades de economia mista encontra amparo constitucional, no art. 37, XIX (CRFB/88):

Somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada à 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.

O regime jurídico adotado por estas empresas conforme os conceitos apresentados no item 3 do presente trabalho que as empresas estatais são pessoas jurídicas de direito privado, e que devem observar na sua atuação a segurança nacional e o relevante interesse coletivo, isso com total e devido amparo constitucional.

O texto constitucional deixa claro que empresas públicas e sociedades de economia mista são entidades integradas à Administração Pública e, portanto, verdadeiros instrumentos da ação do Estado, exercendo atividades mediante delegação do Estado (serviços públicos), ou explorando atividades econômicas postas sob o alcance do Estado (por serem decorrentes de imperativo da segurança nacional ou de relevante interesse público).

Os agentes estatais e constituídos com recursos públicos, as sociedades de economia mista e as empresas públicas estão sujeitas a um conjunto de normas de controle. Devem licitar (art. 37, XXI da CRFB/88.), estão submetidas ao princípio do concurso público (art. 37, II, da CRFB/88.), devem ser fiscalizadas e controladas pelo Legislativo (art.49, X da CRFB/88.) e pelos Tribunais de Contas (art. 71, II e III da CRFB/88.), e estão inseridas no âmbito da lei orçamentária anual (art. 165, parágrafo 5º da CRFB/88.), dentre outros.

3.2 Cargos públicos garantem a estabilidade profissional

A Administração Pública, seja direta ou indireta, necessita de um corpo de operários, lato sensu, para desempenhar suas atividades. Dessa necessidade, surge a figura dos agentes públicos, que são classificados em diversos grupos e por diversos referenciais, sendo, na visão de (Meirelles, 2008, p.723) [...] toda e qualquer pessoa física incumbida, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal.

(DI PIETRO, 1998, p.430) traz a conceituação semelhante afirmando que;

[...] são todos aqueles que se vinculam ao Estado ou às suas entidades autárquicas e fundacionais por relações profissionais, sujeitos à hierarquia funcional e ao regime jurídico único da entidade estatal a que servem.

Deste modo, antes de iniciar o debate o regime jurídico a que se enquadram os empregados públicos, é preciso que se faça a diferença deles com os demais agentes públicos, (MELLO, 2005, p. 537) divide os agentes públicos em:

[...] a) **agentes políticos**: agentes públicos que são “titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder”. São agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo. b) **servidores estatais**, abrangendo servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de Direito Privado, abarca todos aqueles que entretêm com o Estado e suas entidades da Administração indireta, independentemente de sua natureza pública ou privada (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista), relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo de dependência. c) **particulares em atuação colaboradora com o Poder Público**: é composta por sujeitos que, sem perderem sua qualidade de particulares – portanto, de pessoas alheias à intimidade do aparelho estatal (com exceção única dos recrutados para serviço militar), exercem função pública, ainda que às vezes apenas em caráter episódico. Para o presente trabalho, verifica-se a hipótese dos servidores estatais que prestam serviços às Empresas Públicas, no caso, empregados públicos. (grifo nosso).

E para a caracterização do regime jurídico dos empregados públicos é preciso considerar os requisitos de contratação, se foi por contrato ou estatuto. A afirmação que se pode obter pelo que foi exposto é que se trata, nessa relação, de um regime jurídico híbrido, onde a caracterização depende da observância dos requisitos impostos pela legislação trabalhista, concomitantes com os requisitos postos pela Constituição Federal, ou seja, são também aplicáveis normas de direito público a essa relação.

3.3 Administração direta e indireta – Autarquias e Fundações

A separação dos poderes compreende tanto a diferenciação das funções estatais como a criação de estruturas organizacionais destinadas ao desempenho de atividades de interesse público.

A expressão administração pública faz referencia ao conjunto de entes e organizações titulares da função administrativa, que compreende nos direitos necessários ao desempenho da função administrativa.

Mas para a administração desempenhar suas funções ela outorga ou delega funções através da administração direta ou indireta. A primeira é o conjunto de órgãos que integram as pessoas políticas do Estado (União, Estados, DF e Municípios), aos quais foi atribuída a competência para o exercício, de forma centralizada, de atividades administrativas. Ou seja, é quando o próprio Estado desenvolve a atividade administrativa.

Já a administração indireta é o conjunto de pessoas jurídicas (desprovidas de autonomia política) que, vinculadas à Administração Direta, têm competência para o exercício, de forma descentralizada, de atividades administrativas, que é quando Estado “transfere” sua autonomia para que, outro, ente desenvolva a função. Em Barbacena, temos o exemplo do Demasp.

Essas entidades da administração indireta funcionam através das autarquias que são entidades administrativas autônomas, criadas por lei específica, com personalidade jurídica de direito público, patrimônio próprio e atribuições estatais determinadas. Com especialização de uma atividade ou serviço. Decreto-Lei 200/1967.

E também temos as fundações públicas âmbito do direito privado – no qual tiveram sua origem são definidas como a personificação de um patrimônio ao qual é atribuída uma finalidade específica não lucrativa, de cunho social. A instituição de uma fundação privada resultada iniciativa de um particular, pessoa física ou jurídica, que destaca de seu patrimônio determinados bens, os quais adquirem personalidade jurídica para a atuação na persecução dos fins sociais definidos no respectivo estatuto.

Bem, visto estes conceitos podemos estudar a divergente estabilidade do concursado. Sabemos que existem vários tipos de estabilidade, bem como vários os tipos de empresas. E através destes conceitos que faremos uma paralela entre a estabilidade dos cargos públicos e não estabilidade dos concursados das empresas da administração indireta.

4 ESTABILIDADE DO CONCURSADO

A Constituição Federal de 1988 garantiu aos servidores públicos, aprovados em concurso público, após três anos de estágio probatório a estabilidade, não podendo ser demitidos sem processo administrativo ou judicial (art. 41, CRFB/88).

A exigência constitucional de aprovação em concurso público para investidura em cargo ou emprego público (art. 37, II, CRFB/88), trouxe a tão sonhada estabilidade, para aqueles que tiverem êxito no estágio probatório.

Para alguns, o preconceito constitucional, é enorme, visto que, apenas para um grupo de concursados existe a estabilidade.

Visto que, somente os funcionários públicos estatutários tem direito a estabilidade. E para todos os outros, sejam servidores públicos celetistas, funcionários e empregados exercendo cargo de provimento, comissão e os contratados para exercer função pública, para estes, não há direito a estabilidade, e mais para os contratados, não há ser quer o FGTS.

Existem correntes que negam a aplicação da estabilidade do artigo 41 da CRFB/88 ao empregado público e argumentam que o mesmo ao contratar equipara-se ao empregador privado, de modo que o empregado celetista não é beneficiado pelo artigo 41 da Carta Magna, o qual é direcionado apenas ao regime de caráter administrativo. Acrescentam que o artigo 41, § 1º, diz expressamente que o servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial. A expressão "cargo" deixa claro, que é ocupada apenas por funcionário estatutário, e nunca por empregado público celetista.

A função pública é uma tarefa e todos os cargos têm uma função, mas nem todas as funções decorrem de um cargo.

Cargo é o posto, o lugar reservado a uma pessoa, para o desempenho de determinadas funções. Os cargos efetivos podem ser isolados ou escalonados em carreira. Os cargos em comissão, ou cargos de confiança, são ocupados em caráter precário, por pessoas que podem ser mantidas ou não no lugar pelo superior hierárquico. Nos cargos em comissão o servidor pode ser exonerado *ad nutum*, ou seja, sem necessidade de fundamentação.

Emprego público é a relação empregatícia estabelecida pelo poder público no regime da Consolidação das Leis do Trabalho, o seu o prazo de experiência é de no máximo noventa dias (arts. 443, § 1º, c, 445, parágrafo único) e não de 3 (três) anos, como acontece com os servidores estatutários, sendo assim, inúmeros doutrinadores entendem que a estabilidade somente é aplicável ao funcionário estatutário. (PIETRO, 2010, p.595)

Estabilidade é a garantia de permanência no serviço público assegurada, após três 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.

A alusão a cargo e a nomeação exclui o aproveitamento do dispositivo para os servidores admitidos ou contratados para atuação de emprego ou função pública. Significa dizer que compõe o 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. (MEIRELLES, 2008, p. 592)

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.

Para (GASPARINI, 2003, p. 601)

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

4.1 Estabilidade de servidor público

A Constituição Federal dispõe que são estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. De acordo com ela, o servidor público estável só perderá o cargo:

I - em virtude de 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.

A vigente Constituição Federal disciplinou duas modalidades de estabilidade no serviço público:

I) Prevista no art. 41, sendo a nomeação em caráter efetivo condição primordial para a aquisição da estabilidade, que é conferida ao funcionário público investido em cargo, para o qual foi nomeado em virtude de concurso público.

A aquisição da estabilidade é a obrigatória avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade, que ocorre no transcurso do estágio probatório que atualmente é de 03 anos.

II) Prevista no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), é a estabilidade excepcional. Essa é conferida àquele servidor admitido sem concurso público há pelo menos cinco anos antes da promulgação da Constituição.

Quem ingressou por Concurso Público, independente da data, tem direito a estabilidade, desde que aprovado no estágio probatório. Servidores que ingressaram sem concurso público até 05 de outubro de 1983, ou seja, há pelo menos cinco anos antes da promulgação da Constituição, têm direito à estabilidade excepcional, os demais casos, no entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) não têm estabilidade. Entretanto, não vemos condições nem motivos para demitir servidores.

4.1.1 Concursado público regido por estatuto

Primeiramente a definição do que é regime jurídico estatutário dos servidores públicos: é o conjunto de princípios e regras referentes a direitos, deveres e demais normas que regem a vida funcional.

A lei que reúne estas regras é denominada de estatuto e o regime jurídico passa a ser chamado de regime jurídico estatutário, ou seja, a relação de trabalho entre o servidor e o Estado é regulamentada por Lei. Cada esfera da empresa pública seja da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, tem um estatuto, ou seja, conjunto de regras e leis próprias.

Ao nível Federal, por exemplo, no âmbito dos funcionários civis, sim, porque os militares são funcionários federais, mas não são civis, o Estatuto é regido pela lei 8.112/90, de

11/12/1990, com suas alterações é aplicável a ocupantes de cargos públicos civis da União, das autarquias e fundações públicas federais.

De acordo com a Lei citada acima, no art. 3º, parágrafo único, cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades que devem ser acometidas a um servidor. São criados por Lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão.

O regime estatutário confere uma série de benefícios aos contratados, entre elas, as licenças-prêmio e a estabilidade no cargo, a qual somente poderá ser alcançada pelo servidor após 3 anos de efetivo exercício e depois de avaliação positiva por parte de comissão formada na entidade empregadora.

Uma ressalva a ser feita ainda, é que a estabilidade conferida aos estatutários não se aplica ao cargo, e sim, ao servidor. Por exemplo, uma vaga surge no serviço público, onde anteriormente ocupava o cargo um funcionário, já com estabilidade garantida. Nada significa para seu sucessor que o antigo ocupante haja alcançado estabilidade ou não. O “cargo” não é estável: o servidor torna-se estável ou não por mérito próprio.

4.1.2 Concursado regido pela CLT

Já no regime de contrato celetista permite o recolhimento do FGTS pelo trabalhador do Estado, o regime celetista é regido pela CLT pela Lei Federal nº. 9.962/2000.

A relação jurídica entre o Estado e o servidor regido pelo regime CLT é de natureza contratual, ou seja, é celebrado um contrato de trabalho, como que acontece em uma empresa do setor privado, tendo por isto direito a FGTS, ou seja, cada contrato poderá conter cláusulas ou adendos não regidos por lei.

O direito ao FGTS é vetado aos estatutários, tendo em vista ter sido ele criado para garantia financeira dos empregados sem estabilidade. Porém, aos celetistas atualmente ele é obrigatório, pois houve um tempo em que o contratado poderia ser “optante” ou não pelo desconto do valor para o fundo de garantia do seu salário. Deve-se considerar também que grandes empresas públicas como Correios, Caixa, Econômica Federal, Petrobrás que podem contratar pela CLT, vão demitir muito menos do que empresas privadas, seja devido à sua estabilidade como instituição governamental ou à própria dinâmica da sua funcionalidade.

Estabelecidas estas premissas, é preciso dizer, as pessoas jurídicas de direito privado integrantes da administração indireta, só podem contratar pelo regime da CLT e demais

legislações trabalhistas, não lhes sendo devidos, por conseguinte, a contratação pelo regime do estatuto próprio. Portanto, não são estendidos aos seus trabalhadores os benefícios da estabilidade, garantia resguardada apenas aos servidores ocupantes de cargo público efetivo, o que melhor será analisado abaixo quando se trata do posicionamento do colendo TST.

Para as demais, isto é, para as pessoas jurídicas de direito público, a Carta Magna, em sua redação original, estabeleceu a obrigatoriedade do regime jurídico único.

Todavia, a Emenda Constitucional (EC) nº 19/1998 suprimiu a palavra "único" da expressão regime jurídico, contida no art. 39 da CRFB/88, fazendo com que o regime passasse a ser híbrido, ou melhor, a partir de então as pessoas jurídicas de direito público poderiam contratar empregados pelo regime celetista, já que o regime não era mais único. Esse regramento, digamos, misto, vigeu entre os idos de 1998, quando da promulgação da mencionada emenda, até 2 de agosto do ano de 2007. Não é difícil imaginar que muitos foram os contratados pelo regime de direito privado para trabalhar nas pessoas jurídicas de direito público.

Ocorre que, quando da aprovação da referida emenda pelo Congresso Nacional, não teria sido observado pelos congressistas, no exato momento da discussão acerca do art. 39, caput, da CRFB/88, o quorum de 3/5 exigido pelo Constituinte Originário, o que levou à suspensão liminar do aludido dispositivo (ADIN nº 2135-4).

Podemos concluir, então, que há atualmente o seguinte panorama no serviço público brasileiro: as pessoas jurídicas de direito privado contratam, conforme afirmado, pelo regime da CLT (estas, de regra, não possuem agentes estáveis); as de direito público só puderam contratar pelo regime estatutário entre os anos de 1988 e 1998, entre 1998 e 2007 contrataram por ambos os regimes, e, após agosto de 2007, com a suspensão mencionada da emenda, apenas podem contratar pelo regime estatutário.

Dessa forma, é perfeitamente possível a existência de agentes integrantes de pessoas jurídicas de direito público regidas pela CLT.

4.1.2 Caixa, correios, Petrobrás.

Empregado Público é espécie de agente público, com regime de contratação regulado pelas regras do direito privado, ou seja, com a incidência dos ditames celetistas e, por esse motivo, foram denominados por José Carvalho Filho (2003), de servidor público trabalhistas.

Nesse ponto devemos observar que os empregados públicos poderão tanto atuar na administração direta quanto na administração indireta, assim, imprimimos à discussão o

aspecto que diferencia os empregados públicos, no que tange a vinculação do agente à determinada pessoa jurídica da administração.

Outro conceito não menos importante é o da estabilidade, que está prevista no art. 41, da CRFB/88 e se traduz na garantia de alguns servidores públicos em permanecerem trabalhando na administração pública, após o cumprimento do estágio probatório, sendo apenas possível a sua exoneração nos casos previstos no art. 41, § 1º combinado com o art. 169, §4º, ambos da Constituição Federal. Ainda, observa-se que os cargos e empregos de provimento efetivo possuem por requisito essencial, a realização de concurso público para que sejam ocupado, tal como nos orienta o art. 37, II, CRFB/88.

Assim, busca a administração pública, nas palavras de (BARCHET 2008, p. 346), atender ao princípio da eficiência e ao princípio da isonomia, princípios constitucionais norteadores da administração.

No entanto, devemos observar que, a exigência do procedimento de concurso público não confere ao empregado público a garantia da estabilidade apesar do Supremo Tribunal Federal já ter previsto essa possibilidade no recurso extraordinário n.º 187.229. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. (Publicado no Diário da Justiça da União de 14 de maio de 1999), posto que, como já dito, é apenas procedimento que permite à Administração selecionar os servidores com melhor preparação para ocupar o cargo público, porém a estabilidade atrela-se aos ditames do artigo 41, CRFB/88, não cabendo para tanto, o concurso público ser o único determinante da estabilidade, nesse sentido:

ESTABILIDADE - EMPREGADA DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - DEMISSÃO MOTIVADA - Não há que se falar em estabilidade de empregado de sociedade de economia mista, vez porque esta integra o conceito de administração pública indireta não estando abrangidos os seus empregados pelo artigo 41, da CF/88, nem tampouco pelo artigo 19, do ADCT. Sendo de emprego a relação havida entre o trabalhador e a sociedade de economia mista, **não basta a aprovação em concurso público para conferir estabilidade àquele**. Inexistindo estabilidade não há, conseqüentemente, que se falar em direito à reintegração ao emprego. Recurso obreiro a que se nega provimento. (TRT 9ª R. - RO 12767/2000 - (05412/2002) - Rel. Juiz Roberto Dala Barba - DJPR 15.03.2002). (grifo nosso).¹

EMPREGADO DE EMPRESA DE ECONOMIA MISTA - INEXISTÊNCIA DE ESTABILIDADE - **Não é a admissão por meio de concurso público que determina o regime jurídico do empregado**, transmutando em funcionário público aquele que foi contratado por empresa pública para exercer as suas funções sob a

¹[http:// www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br)

égide do regime celetista e, portanto, podendo ser demitido sem motivação. (TRT 12ª R. - RO-V. 6053/2001 - (01452) - Florianópolis - 1ª T. - Relª Juíza Licélia Ribeiro - J. 31.01.2002). (grifo nosso).²

Ainda, quanto à possibilidade de se deferir aos empregados públicos a estabilidade prevista para os servidores estatutários, devemos destacar que é entendimento doutrinário praticamente assente que aos servidores públicos trabalhista não é assegurada a estabilidade no serviço público, nesse sentido, José Afonso da Silva, citando Diógenes Gasparini (SILVA, 2003, p. 532):

Reza o art. 41 da CF que são estáveis os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. Por sua vez, dita o § 1º do mesmo dispositivo que é condicionada e limitada à perda do cargo no caso de servidor estável. Esses elementos indicam que o instituto não se aplica aos servidores trabalhistas. A nomeação e o cargo, já o consignamos, são figuras somente compatíveis com o regime estatutário e guardam inteira incompatibilidade com o regime trabalhista³.

O Supremo Tribunal Federal recentemente fixou entendimento que vai ao encontro da mais respeitada doutrina, entendendo que aos empregados públicos não se deve garantir a estabilidade em obediência ao que resguarda o art. 173, §1º, CRFB/88, assim:

[...] 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 465.780-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 23-11-04, DJ de 18-2-05). No mesmo sentido: AI 660.311-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 9-10-07, DJ de 23-11-07 (disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=602>. Acesso em 14 de novembro de 2008. Esta Corte orientou-se no sentido de que as disposições constitucionais que regem os atos administrativos não podem ser invocadas para estender aos funcionários de sociedade de economia mista, que seguem a Consolidação das Leis do Trabalho, uma estabilidade aplicável somente aos servidores públicos, estes sim submetidos a uma relação de direito administrativo. 2. A aplicação das normas de dispensa trabalhista aos empregados de pessoas jurídicas de direito privado está em consonância com o disposto no § 1º do art. 173 da Lei Maior, sem ofensa ao art. 37, caput e II, da Carta Federal. 3. Agravo regimental improvido. (AI 507326 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma,

²[http:// www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br)

³[http:// www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br)

julgado em 29/11/2005, DJ 03-02-2006 PP-00049 EMENT VOL-02219-15 PP-02961).⁴

Devemos, no entanto, citar que o Supremo Tribunal Federal que abrange aos empregados públicos, que prestaram concurso público e cumpriu o estágio probatório antes da entrada em vigor da EC 19/98, têm direito à estabilidade, sendo eles da Administração Direta, Autárquica ou Fundacional, independente do regime adotado.

(AI 541711 AgR JULG-14-02-2006 UF-RJ TURMA-02 MIN-GILMAR MENDES. DJ 10-03-2006 PP-00050 EMENT VOL-02224-06 PP-01239). EMENTA: CONSTITUCIONAL. EMPREGADO DE FUNDAÇÃO PÚBLICA. APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO EM DATA ANTERIOR À EC 19/98. DIREITO À ESTABILIDADE. I - A estabilidade prevista no caput do art. 41 da Constituição Federal, na redação anterior à EC 19/98, 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.(AI 628888 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 20/11/2007, DJe-165 DIVULG 18-12-2007 PUBLIC 19-12-2007 DJ 19-12-2007 PP-00031 EMENT VOL-02304-09 PP-01777).⁵

EMENTA: INVESTIDURA EM CARGO PÚBLICO EFETIVO. NECESSIDADE DE CONCURSO PÚBLICO. ESTABILIDADE EXCEPCIONAL E EFETIVIDADE. PRECEDENTES. 1. Ascensão funcional ou acesso a cargos diversos da carreira e possibilidade de transferência ou aproveitamento de serventuários em cargos efetivos do quadro permanente do Tribunal de Justiça. Hipóteses de provimento de cargo público derivado, banidas do ordenamento jurídico pela Carta de 1988 (CF, artigo 37, II). Precedentes: RE 179.530-SC, Ilmar Galvão (DJ de 7.2.97); ADI 402-DF, Moreira Alves (DJ de 20.4.01), inter plures. 2. A estabilidade excepcional prevista no artigo 19 do ADCT/88 não implica efetividade no cargo, para a qual é imprescindível o concurso público. Precedentes: RE nº 181.883-CE, Maurício Corrêa (DJ de 27.02.98); ADIs 88-MG, Moreira Alves (DJ de 08.09.00) e 186-PR, Francisco Rezek (DJ de 15.09.95). 3. Medida cautelar deferida para suspender a vigência dos §§ 2º, 3º, 4º e 6º do artigo 231 da Lei Complementar nº 165, de 28 de abril de 1999, com a redação dada aos §§ 3º, 4º e 6º, pela Lei Complementar nº 174, de 7 de junho de 2000, do Estado do Rio Grande do Norte, até julgamento final da ação.(ADI 2433 MC, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/2001, DJ 24-08-2001 PP-00042 EMENT VOL-02040-02 PP-00413)⁶

⁴[http:// www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br)

⁵ [http:// www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br)

⁶ [http:// www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br)

No que tange à estabilidade, apenas para efeito comparativo, devemos lembrar que o TST possui entendimento de que a concessão de estabilidade ao empregado público dependerá da vinculação dele à administração direta, autárquica ou fundacional.

O mesmo não se observa aos ocupantes de função em empresa pública e de sociedade de economia mista, conforme prevê a Súmula 390, TST, vejamos:

Súmula nº 390 - TST - Res. 129/2005 - DJ 20, 22 e 25.04.2005 - Conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 229 e 265 da SDI-1 e da Orientação Jurisprudencial nº 22 da SDI-2 **Estabilidade - Celetista - Administração Direta, Autárquica ou Fundacional - Empregado de Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista** 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).⁷

Por fim, em relação à necessidade de motivação da dispensa, entendemos que, como os demais atos administrativos e seguindo o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002), para quem, todos os atos da Administração Pública devem ser motivados, a dispensa do empregado público deve ser devidamente motivada, corrobora com o entendimento da doutrinadora o STF:

Empresas públicas e mistas: regime de pessoal. “Ainda que da integração das empresas de economia mista na Administração do Estado possa advir peculiaridades no regime jurídico da dispensa de seus empregados, não lhes é aplicável o art. 41 da Constituição Federal.” (AI 387.498-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16/04/04). No mesmo sentido: RE 242.069-AgR, DJ 22/11/02. “A ausência de processo administrativo para a apuração da culpa ou dolo do servidor. Princípio do contraditório e da ampla defesa. Inobservância. Recurso provido. À demissão do servidor público, com ou sem estabilidade no cargo, deve preceder processo administrativo para a apuração da culpa, assegurando-lhe a ampla defesa e o contraditório.” (RE 217579-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 04/03/05).⁸

Enfim, conclui-se que independentemente de concurso público, o empregado público não gozará de estabilidade, devendo ser, em cumprimento aos princípios administrativos, observado na dispensa do servidor celetista a devida motivação do ato de dispensa.

⁷[http:// www.tst.gov.br](http://www.tst.gov.br)

⁸ [http:// www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br)

4.2 A isonomia

Trata-se de um princípio jurídico disposto na Constituição Federal, onde afirma que “todos são iguais perante a lei”, independentemente da riqueza ou prestígio destes.

Tal princípio leva em conta dois aspectos;

I) O da igualdade na lei, a qual é destinada ao legislador, ou ao próprio Executivo, que, na elaboração das leis, atos normativos, e medidas provisórias, não poderão fazer nenhuma discriminação.

II) E o da igualdade perante a lei, que se traduz na exigência de que os Poderes Executivo e Judiciário, na aplicação da lei, não façam qualquer discriminação. Este princípio, como todos os outros, nem sempre será aplicado, podendo ser relativizado de acordo com o caso concreto.

Doutrina e jurisprudência já assentam o princípio de que a igualdade jurídica consiste em assegurar às pessoas de situações iguais os mesmos direitos, prerrogativas e vantagens, com as obrigações correspondentes, o que significa "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desigalam", visando sempre o equilíbrio entre todos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, a conclusão aceita na corrente majoritária é que a atual redação do artigo 41, da Constituição da República, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, exclui, em todos os sentidos, a sua aplicabilidade aos funcionários lotados em empregos públicos em regime celetista, haja vista, que a Constituição Federal trata ambos de maneira distinta, além de claramente mencionar a estabilidade ao servidor ocupante de cargo efetivo.

Isto se dá pela forma como a Constituição Federal foi redigida, seus artigos diferem um do outro, de maneira a oferecer ao leitor a devida distinção entre os regimes jurídicos adotados para os concursados.

O presente estudo não faz apologia, se o texto da Constituição Federal, não respeita o princípio da igualdade, determinado por ela, mas sim estuda as diferenças dos regimes jurídicos adotados pelos concursados.

Os servidores públicos que se vinculam à administração pública, sob o regime jurídico estatutário, são ocupantes de cargos efetivos; já os empregados públicos, que são aqueles cuja relação jurídica, é regida pelas normas da Consolidação das Leis do Trabalho ocupam emprego público, ou seja, 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.

Esta diferença, embora pareça pequena, muito representa, por exemplo, quando se trata da tão almejada estabilidade no emprego.

Mas segundo o Tribunal Superior do Trabalho em sua súmula 390 determina que “ao servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CRFB/88; e ao empregado da empresa pública ou sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CRFB/88”.

Assim, se o TST unificou as jurisprudências e sumulou como acima exposto, não há que se discutir sobre a igualdade e sim entender que cada concurso público tem um regime jurídico a ser seguido, bem como, cada administração pública escolhe a forma de administrar.

Cabendo ao concursando escolher qual concurso atinge mais suas necessidades.

REFERÊNCIAS

BARCHET, Gustavo. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Jurisprudência unificada dos TRTs. Brasília: 2012. Disponível em <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em 23 fev. de 2012

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 9 ed. São Paulo: Atlas 1998.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 10 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

JUS BRASIL. Jurisprudência unificada dos TRTs. Brasília: 2012. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em 02 out de 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Método, 2011.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 2 ed. Renovar, 2007.