



Estabilidade do empregado público celetista: Súmula 390 do TST

Carla Pimenta Leite

Professora de Direito Constitucional e Administrativo na Universidade de Fortaleza - Unifor e de Direito Tributário e Instituições de Direito Público e Privado na FA7; Mestranda em Direito Constitucional pela Unifor.

1. Introdução

Desde a EC 19/98, cada esfera do governo pode instituir o regime estatutário ou contratual, existindo a possibilidade de que os dois sistemas alberguem servidores da mesma entidade ou órgão, não sendo necessário que o mesmo regime adotado para a Administração direta seja igual para as autarquias e fundações, coexistindo, então, os servidores públicos estatutários e os empregados públicos celetistas.

A exigência imposta pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, de concurso público para ingresso de servidores, suscitava dúvidas se a prerrogativa da estabilidade dos servidores públicos estatutários poderia ser estendida aos empregados públicos celetistas, principalmente se estes estavam ligados às empresas que exercem atividades econômicas.

Dirimindo tais dúvidas, a Súmula 390 do TST cria uma categoria de servidores públicos celetistas, que passa a integrar a classificação de servidores públicos em sentido amplo.

Desta forma, dentro da categoria de servidores públicos em sentido amplo, podem-se encontrar os servidores públicos estatutários e celetistas, que passarão a usufruir dos benefícios dos arts. 41 e 175 da CF.

2. Terminologia

2.1. Agentes Públicos

É considerado agente público toda pessoa que presta serviço ao Estado e às pessoas da Administração indireta¹, e, de acordo com a Constituição Federal de 1988, alterada pela Emenda Constitucional n. 18/98, a doutrina passou a dividir a categoria de agentes públicos em (i) servidores públicos, (ii) agentes políticos, (iii) particulares em colaboração com o poder público; e (iv) militares.

Como o presente trabalho aborda a questão da estabilidade dos servidores públicos, mencionaremos apenas a categoria de servidores estatutários e empregados públicos celetistas que ingressaram por concurso no âmbito da Administração direta, indireta e fundacional.

2.2. Servidores Públicos

Em sentido amplo, podem-se classificar servidores públicos como sendo as pessoas físicas com vínculo empregatício, que prestam serviços ao Estado, bem como às entidades da Administração indireta, mediante remuneração que é paga pelos cofres públicos, mas a Constituição de 1988 é considerada por alguns autores como sendo a mais imprecisa, quando se trata da matéria de servidores

públicos², em virtude da falta de uniformidade na utilização da nomenclatura, contradição entre os conceitos e imperfeição redacional.

Considera-se que as alterações introduzidas pelas Emendas Constitucionais n.ºs. 19/1998, 20/1998 e 41/2003 aumentaram a confusão legislativa e as dificuldades de interpretar a matéria, em vez de esclarecer e solucionar as dúvidas outrora existentes.

Os servidores públicos englobam a categoria de servidores estatutários, empregados públicos e servidores temporários, considerando-se como **estatutários** os que estão submetidos a um regime determinado pela lei existente em cada uma das unidades da Federação, passível de modificação unilateral, respeitados, evidentemente, os direitos adquiridos.

O regime da legislação trabalhista é aplicável aos **servidores contratados**, com as alterações dispostas na Constituição Federal, não podendo, neste caso, ser modificada pelos Estados e municípios, em virtude da limitação de competência outorgada pelo art. 22, I, da Carta Magna, que designa privativamente à União a competência para legislar sobre Direito do Trabalho.

Assim, embora se submetendo à CLT, obedecem a todas as normas constitucionais que obrigam ao cumprimento de requisitos para a investidura, como a exigência de concurso público, proibição de acumular cargos³ etc.

3. Administração direta, indireta e fundacional

O Decreto-lei n.º. 200 divide a Administração Pública em direta e indireta, compreendendo, a primeira, os serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e ministérios.

A Lei n.º. 7.596, de 10/07/1987, deu nova redação ao art. 4º do Decreto-lei n.º 200, sendo hoje considerado que a Administração Pública indireta, na órbita federal, é composta por autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Verifica-se, desta forma, que a atuação do Estado não se resume aos serviços públicos, atuando no âmbito de atividades reservadas à iniciativa privada.

3.1. Entidades da Administração indireta

As entidades estatais têm personalidade jurídica de direito público, possuem ainda poderes políticos, e são formadas pela União, Estado, Município e DF. Os seus servidores são regidos tanto pelo estatuto dos servidores quanto pela CLT.

Já as autárquicas têm personalidade jurídica de direito público, são criadas por lei, mas não constituem entidade estatal, já que seu serviço é descentralizado, podendo realizar qualquer atividade estatal específica. Considera-se ainda que entre a autarquia e a entidade que a criou não há subordinação, mas mera vinculação, e seu pessoal não está mais obrigado a obedecer ao regime da entidade criadora (EC 19/98), proibindo-se a acumulação de cargos.

A fundação pode ser de direito público ou privado, dependendo do regime que lhes for atribuído pela lei instituidora, e as demais são pessoas jurídicas de direito privado. O regime dos servidores da fundação pode ser estatutário ou celetista, de acordo com a forma que o estatuto estabelecer.

As entidades empresariais possuem personalidade jurídica de direito privado, são criadas por lei específica, realizam atividade econômica ou empresarial, e podem ser classificadas em:

a) sociedade de economia mista, cujo patrimônio é público e privado, realizam atividade econômica e serviço público e admitem lucro; e,

b) empresa pública, com patrimônio somente público, realizam atividade econômica e prestação de serviço e só podem ser constituídas na forma de S/A.

Na realidade, há dois tipos de empresas estatais - as que prestam serviços públicos e as que exercem atividade econômica de natureza privada, não se podendo considerar que estas últimas, desta forma, pertençam à Administração indireta.

Em sendo assim, as empresas estatais que desempenham atividade econômica com base no art. 173 da Constituição Federal de 1988 se submetem ao regime próprio das empresas privadas, inclusive aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários⁴.

Já as empresas que desempenham serviços públicos se submetem ao art. 175 da Carta Magna e,

² ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.265.

³ Item 10.

⁴ Art. 173, § 1º, II da Constituição Federal.

embora atuem sob regime de direito privado, as derrogações a esses princípios constam tanto na Constituição quanto em leis ordinárias.

A expressão Administração indireta é utilizada em vários dispositivos da Constituição Federal, o que denota uma lamentável falta de técnica legislativa, principalmente, após a Emenda Constitucional 19/98. De qualquer forma, hodiernamente seu quadro é composto pelas autarquias, fundações e empresas estatais, sejam elas prestadoras de serviços públicos ou atividades econômicas.

Como, porém, o interesse público é indisponível, e sempre predominante sobre o interesse privado, o regime jurídico das empresas públicas é híbrido, uma vez que não se sujeitam inteiramente ao direito privado, em virtude da finalidade pública que possuem. Ocorre a derrogação parcial de direito privado por norma de direito público em todas as pessoas de direito privado criadas pelo Estado como a exigência de concurso e a não-acumulação de cargos.

4. Regime jurídico do servidor

A partir da EC 19/98, cada esfera do governo poderá instituir o regime estatutário ou contratual, com a possibilidade de que os dois sistemas alberguem servidores da mesma entidade ou órgão, não sendo necessário que o mesmo regime adotado para a Administração direta seja igual para as autarquias e fundações.

A diferença que se deve levar em questão está na forma como o ordenamento prescreve a extinção dos vínculos: para a Administração, demitir um servidor estável exigem-se procedimentos determinados, que não são exigíveis em caso de regime celetista, já que, no primeiro caso, a Administração Pública utiliza-se deste instituto como forma de aplicação de penalidade.

Certos cargos necessariamente são ocupados por servidores com regime jurídico estatutário, estabelecidos por leis próprias, como ocorre com os membros do Ministério Público, da magistratura, do Tribunal de Contas, da advocacia e defensoria pública.

Os servidores das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações privadas regem-se pela legislação trabalhista, sendo este regime adotado obrigatoriamente pelas empresas que exercem atividade econômica, de acordo com imposição do art. 173, §1º da Constituição Federal, e facultativo para os demais, apesar de usualmente o adotarem para seus servidores, em virtude da

compatibilidade com as regras de direito privado a que se submetem.

5. Estabilidade art. 41/CF

De acordo com o §1º do art. 41, a estabilidade condiciona a perda do cargo do servidor público, somente em caso de sentença judicial transitada em julgado, ou mediante processo administrativo em que lhe seja garantida a ampla defesa.

Como direito de permanência no serviço, a estabilidade é considerada como medida de proteção ao servidor para desempenho imparcial possível após 03 (três) anos de efetivo exercício, respeitada a exigência da avaliação especial de desempenho, obrigatória a partir do §4º do art. 41 da CF, para o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo, ou seja, com exigência de concurso público, ficaria estável.

Após a promulgação da EC 19/98, no entanto, foi restabelecida a possibilidade de contratação para empregos públicos pela Administração Pública direta, indireta e fundacional.

A Lei n. 9.962/2000 cria certo grau de estabilidade⁵ para os celetistas contratados por tempo indeterminado, quando estabelece que a rescisão unilateral só pode ocorrer nas hipóteses de prática de falta grave (assim descrita pela CLT), de acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas, pela necessidade de cumprimento ao disposto no art. 169 da Constituição Federal, ou insuficiência de desempenho apurada em procedimento em que se assegure a ampla defesa.

5.1. Estabilidade aplicada aos celetistas da Administração direta e indireta.

Apesar da exigência de concurso público para ingresso no quadro de entidades da Administração direta e indireta, o vínculo que une alguns de seus agentes ao Estado é contratual, sendo as respectivas relações regidas pela CLT, e quanto aos aspectos previdenciários, pela legislação aplicável aos empregados celetistas.

Logo, as normas sobre aposentadoria e estabilidade encontradas nos artigos 40 e 41 da Constituição Federal não se aplicam a princípio a estes servidores, pois sendo celetistas, estão sujeitos às normas do art. 7º da Carta Magna, com derrogações contidas no art. 37.

O Tribunal Superior do Trabalho, entretanto, concedeu estabilidade aos servidores celetistas da Administração direta, autárquica e fundacional, não estendendo o mesmo benefício ao pessoal das

entidades empresariais, através da Súmula n. 390, conforme segue:

Súmula nº 390 - TST - Res. 129/2005 - DJ 20.04.2005 - Conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 229 e 265 da SDI-1 e da Orientação Jurisprudencial nº 22 da SDI-2

I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJ nº 265 da SDI-1 - Inserida em 27.09.2002 e ex-OJ nº 22 da SDI-2 - Inserida em 20.09.00)

II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJ nº 229 - Inserida em 20.06.2001)

6. Conclusão

Dentro da divisão clássica adotada pela doutrina quando aos agentes públicos, têm-se os servidores públicos em sentido amplo, abrangendo os servidores estatutários e os empregados públicos.

O §1º do art. 41 da CF condiciona que a perda do cargo do servidor público estatutário, concursado, após 03 (três) anos de efetivo exercício e aprovação na avaliação especial de desempenho, só pode ocorrer em caso de sentença judicial transitada em julgado, ou mediante processo administrativo em que lhe seja garantida a ampla defesa.

O dispositivo exclui tal benefício dos empregados públicos, que também sejam concursados, e estejam lotados na Administração direta, indireta e fundacional.

A diferença de tratamento de tais agentes fica claramente definida pela CF. Assim, as empresas estatais que desempenham atividade econômica baseiam-se no art. 173, e se submetem ao regime próprio das empresas privadas, inclusive aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, enquanto as empresas que desempenham serviços públicos se submetem ao art. 175 da Carta Magna, e, embora atuem sob regime de direito privado, as derrogações a esses princípios constam tanto na Constituição quanto em leis ordinárias.

Para dirimir dúvidas sobre a matéria, o TST, mediante a Súmula 390, concedeu estabilidade aos servidores celetistas da Administração direta, autárquica e fundacional, não estendendo o mesmo benefício ao pessoal das entidades empresariais.

Desta forma, além do servidor público estatutário e do empregado público celetista, cria-se no ordenamento, a partir da decisão do TST, outra figura de agente público, qual seja, a do servidor público celetista, com todos os direitos e obrigações administrativas, civis e penais, impostos aos servidores públicos em sentido amplo.

Bibliografia

ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2006.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2006.

MATTA, Marco Antonio Sevidanes da. **Contratação temporária de pessoal na Administração Pública: desvirtuamento do uso da exceção prevista no art. 37, IX, da Constituição Federal**. Disponível em: www.consultorjuridico.com.br, acesso em 26/07/2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁶ Art. 173, § 1º, II da Constituição Federal.