

# A constitucionalidade do emprego público

Enviado por Daniel Christianini Nery  
31-Ago-2008

Há alguns anos, muito se falou das mudanças trazidas pela Emenda Constitucional nº 19. Uma das principais alterações diz respeito à possibilidade de contratação de servidores públicos em regime celetista, pela Administração Pública. Contudo, um grande debate, de proporções constitucionais, vem sendo travado no Supremo Tribunal Federal — STF. O texto deste mês busca colocar o leitor a par da discussão.

Primeiramente, temos que indicar a base histórica em que este caso se desenrola. A Constituição Federal de 1988 trouxe, em seu artigo 39, a seguinte determinação: “Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.” (grifo nosso) Com essa redação original, nossa Lei Maior previu uma regra base de todo o regime jurídico do setor público. Para a administração pública direta, autárquica e fundacional, havia uma obrigação para que fosse adotado um único regime para seus servidores, em cada esfera. Significa dizer que TODOS os servidores públicos seriam contratados ou pelo regime estatutário da administração (normalmente denominados “cargos públicos”) ou pelas regras da CLT (chamados “empregos públicos”). Mas, afinal, quais seriam as diferenças entre esses regimes? No regime estatutário administrativo, a relação jurídica entre a administração e o servidor é unilateral, ou seja, a Administração Pública estabeleceu um estatuto administrativo (Lei nº 8.112/90) e o servidor se insere nesse estatuto. Não há contrato, não há manifestação bilateral de vontade. Trata-se, portanto, de uma relação institucional em que a Administração Pública não exerce papel de empregador, mas sim de administrador. Já no regime celetista a relação jurídica da administração com o servidor é contratual, sendo que a Administração Pública exerce a função de empregador, com todas as consequências jurídicas desse enquadramento. Em ambos os casos, era obrigatória a obediência ao artigo 37 inciso II da Constituição, que prevê a obrigatoriedade de realização de concursos públicos, com exceção para os cargos de confiança. Contudo, em 1998, a Emenda Constitucional nº 19 (conhecida no meio jurídico como “reforma administrativa”) trouxe inúmeras novidades na atividade da administração pública. Houve a alteração do artigo 39 da Constituição, para acabar com a regra do regime jurídico único obrigatório: “Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes. § 1º A fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará: I - a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira; II - os requisitos para a investidura; III - as peculiaridades dos cargos.” Observa-se a diferença entre as redações. Houve a supressão da obrigatoriedade do regime jurídico único regendo relações de serviço público. Ressalta-se, porém, que a reforma administrativa não acabou com a regra do regime jurídico único. Apenas acabou com sua obrigatoriedade. Assim, nada mais impedia a Administração Pública de ter, ao mesmo tempo, servidores em regime estatutário e regime celetista, sendo também facultado às esferas governamentais utilizar um regime único, à sua escolha, caso entendessem ser o mais adequado. Sem dúvida, a grande finalidade da EC 19/98 foi permitir a adoção do regime jurídico da CLT, já que a maior parte da Administração Pública adotava o regime estatutário até então. Com isso, a máquina administrativa aproximou-se mais da figura do empregador, mantendo, entretanto, a obrigatoriedade de concurso público. Essa é a história! Entretanto, um detalhe passou despercebido por muitos. Desde aquele momento, foi estabelecido um embate jurídico que questionava a Emenda Constitucional e o processo legislativo pelo qual aquela alteração foi realizada. Explique-se: os partidos políticos PT, PDT, PC do B e PSB entraram com a ADIn nº 2135-4 DF, alegando, em síntese, que a Emenda Constitucional não teria respeitado o procedimento normal de discussão e aprovação previsto na Constituição Federal. Argumentam que foram realizadas alterações no texto da Emenda já aprovada, sem que o substitutivo tivesse retornado às casas legislativas para aprovação de tais mudanças. Em termos resumidos, para que uma Emenda Constitucional seja aprovada, deve ser submetida à votação nas duas Casas Legislativas (Câmara dos Deputados e Senado), em dois turnos. Será considerada aprovada caso obtenha, em ambas todas as votações, três quintos dos votos dos respectivos membros das Casas. Porém, na hipótese de qualquer emenda ao projeto já votado, deverá voltar à Casa iniciadora, para análise das modificações e nova votação. Para realçar alguns pontos importantes na votação, os blocos podem solicitar a votação destacada de algumas partes da PEC. Foi o que se fez! No caso em estudo, as discussões sobre o projeto de Emenda trouxeram um destaque para votação em separado da proposta para o caput do artigo 39. Como este destaque não obteve os 308 votos necessários para sua aprovação na Câmara (ficou apenas com 298), aquele dispositivo teria sido rejeitado, mantendo-se, em tese, o caput original do artigo 39 que previa o regime jurídico único. Porém, antes da votação da PEC em 2º turno, o relator entendeu que o dispositivo não poderia ficar sem caput e “puxou”; o § 2º daquele artigo, que havia sido aprovado e que falava sobre a criação de conselhos de política de remuneração, para a cabeça do artigo 39. Esta manobra acabou suprimindo a menção ao regime jurídico único, permitindo a implementação do contrato de emprego público. A questão, portanto, baseia-se em saber se o relator do projeto de emenda fez bem ao rearranjar a norma picotada, para dar algum sentido naquilo que efetivamente havia sido aprovado pelos congressistas, ou se, ao fazer tal ajuste, burlou a votação e conseguiu a supressão de um mandamento constitucional. Em outros termos, importa saber se a rejeição à mudança do caput no novo artigo 39 implicaria ou não na rejeição automática de todos os dispositivos que retirassem a obrigatoriedade do regime jurídico único. A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) foi examinada pelos diversos ministros do STF, em busca de eventuais erros formais que poderiam viciar a Emenda Constitucional. Em agosto de 2007, a Ministra Ellen Gracie, acompanhando o voto do ministro-relator Néri da Silveira, decidiu conceder liminar para o caso, apontando que, ao menos preliminarmente, a modificação teria sido realizada fora dos padrões estipulados na Constituição Federal e, portanto, não teria validade. Com isso, entendeu-se que a modificação, em um primeiro momento, seria nula, o que permite concluir

que nossa Lei Maior continuaria com a obrigatoriedade do regime único aos servidores (redação original do artigo 39). A posição contrária, dentro do próprio STF, informa que o caso diz respeito à mera técnica redacional, sendo que o Tribunal não poderia interferir em questões de trâmite interno dos órgãos legislativos. O ministro Nelson Jobim acredita que, se a intenção era afastar a quebra do regime único, outros pontos da PEC também deveriam ter sido rejeitados em destaques, o que não ocorreu. Mas este não é o único ponto em que a discussão sobre a constitucionalidade da EC 19/98 pode trazer modificações profundas na forma de contratação do Governo! Um dos maiores benefícios garantido ao servidor público é a estabilidade! A outra parte da discussão estaria aí! Afinal, a Administração Pública pode contratar servidores pelo regime da CLT? E, se puder, este empregado público concursado teria direito à estabilidade? A celeuma neste ponto é grande e vem de longa data. O artigo 41 da Constituição Federal, em sua redação anterior, dizia que eram estáveis os servidores investidos em virtude de aprovação em concurso público. Por sua vez, o artigo 37 inciso II prevê que a investidura em cargo (servidores estatutários) ou emprego (servidores celetistas) público dependeria de aprovação em concurso público. Assim, a estabilidade não dependeria da natureza do regime jurídico do servidor, mas tão somente de sua aprovação em concurso público. O servidor celetista aprovado em concurso público teria, em tese, estabilidade. Nesse sentido, apontam as Orientações Jurisprudenciais nº 22 e 265 do TST. Todavia, a discutida Emenda Constitucional nº 19/98 também alterou a redação do artigo 41 da CF, para dizer que “são estáveis, após três anos de exercício efetivo, o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo em virtude de aprovação em concurso público” (grifo nosso). A nova redação fez propositalmente a distinção, apontando que apenas os detentores de CARGO público, ou seja, os estatutários, teriam o benefício da estabilidade. Com isso, pode-se concluir que, depois de 1998, a estabilidade dependeria da aprovação em concurso e da natureza do regime jurídico do servidor. Esta efetivamente foi a intenção da EC nº 19/98. Porém, em 2005, a Justiça do Trabalho editou a Súmula 390 do TST, que determinou que o servidor celetista aprovado em concurso público também teria estabilidade, pois o termo “cargo” utilizado na nova redação do artigo 41 teria sentido amplo. O órgão superior da Justiça do Trabalho entendeu que a estabilidade seria uma proteção ao serviço público, e não a determinados servidores. De qualquer forma, este tema sempre foi polêmico, e mesmo com as orientações do TST ainda não houve uma decisão definitiva sobre o tema (existem posições divergentes dentro do próprio TST). No meio de toda esta discussão, a decisão da ADIn, ainda que em caráter liminar, pode nortear juízes e tribunais ou mesmo pôr fim à discussão. Fato é que esta liminar de 2007 persiste até os dias de hoje. Para todos os servidores que já haviam prestado concurso e tomado posse em cargos regidos pela CLT, a liminar do STF resguardou seus direitos. Entretanto, a decisão foi precisa ao indicar que, a partir de então (agosto de 2007) não deveriam ser realizados outros concursos para a Administração Pública que prevessem cargos em regime jurídico diferenciado do amplamente adotado pelos Governos Federal, Estadual, Municipal e Distrital. Passados dez anos da EC 19/98, não houve uma resposta definitiva sobre a constitucionalidade formal daquela modificação. Torna-se necessário descobrir se a Administração Pública pode ou não abrir concursos e nomear servidores em regime celetista e se esses, posteriormente, teriam direito à estabilidade. Torna-se ainda necessário saber se, em havendo vício formal na Emenda, como seriam tratados os servidores aprovados em regime celetista. Enquanto isso, concursos públicos continuam sendo abertos, sendo que muitos indicam postos em regime jurídico da CLT. Algumas instituições escapam de toda esta discussão, por não estarem enquadradas naquele rol indicado na redação original do artigo 41 (administração pública direta, autárquica e fundacional), mas outras simplesmente parecem desafiar as decisões do STF.