WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

LÍVIA PEREIRA ALVES DE SOUSA

O FGTS E SEUS EFEITOS NA VIDA DO EMPREGADO PÚBLICO BRASILEIRO

NATAL/RN
2013

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

RESUMO

Trata-se do modelo do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) de sua acepção histórica até sua sistemática atual. Faz-se um comparativo entre regimes jurídicos aplicados aos servidores da administração pública entre si, bem como entre empregados da iniciativa privada. São também abordadas particularidades como a do empregado doméstico no que tange ao FGTS. Além disso, é analisada a hipótese de dispensa imotivada do empregado público em face dos princípios de direito administrativo. Também é discutida a natureza pública das instituições componentes da administração.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Direito Administrativo. FGTS. Empregado Público.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

ABSTRACT

This monograph aims to discuss the model of the FGTS from its historical meaning to its current system. It makes a comparison between legal regimes applied to servers of public administration among themselves and those applied to employees of private enterprises. This study also discusses particularities of the domestic employee's FGTS. Moreover, the hypothesis of unmotivated waiver of public employee is analyzed facing the principles of the administrative law. The public nature of administrative institutions' components is also studied.

Keywords: Labor Law. Administrative Law. FGTS. Public Employee.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 12

I. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO 15

I.1 A ANTIGA ESTABILIDADE DECENAL 16

I.2 BREVE HISTÓRICO DO FGTS 17

II. A QUEM SE APLICA E COMO FUNCIONA O ATUAL SISTEMA DO FGTS 20

II.1 A PECULIAR SITUAÇÃO DO EMPREGADO DOMÉSTICO 25

II.2 A REGRA CONSTITUCIONAL DO CONCURSO PÚBLICO E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA 26

III. EMPREGADOS E SERVIDORES PÚBLICOS: PRINCIPAIS DIFERENÇAS 31

III.1 REGIMES JURÍDICOS FUNCIONAIS 37

III.2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 43

IV. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA 45

IV.1. ORGANIZAÇÃO E COMPONENTES 45

IV.1.2 TAXONOMIA DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA 46

IV.1.3 VÍNCULO COM SEUS SERVIDORES 46

V. ADMINISTRAÇÃO INDIRETA 48

V.1. ORGANIZAÇÃO E COMPONENTES 48

V.1.2 TAXONOMIA DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA 49

V.1.3 NATUREZA PÚBLICA 49

V.1.4 VÍNCULO COM SEUS SERVIDORES 52

VI. DESINVESTIDURA DE CARGO OU EMPREGO PÚBLICO 56

VI.1. PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E POSSIBILIDADE DE DISPENSA IMOTIVADA DO EMPREGADO PÚBLICO 58

VI.1.2 POSSÍVEIS ALTERNATIVAS PARA O PROBLEMA 63

CONSIDERAÇÕES FINAIS 66

ANEXO A - Posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho Quanto ao Tema 70

ANEXO B – Lei nº 8.036 73

INTRODUÇÃO

Discute-se o atual sistema do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e seus reais efeitos na vida do empregado público brasileiro. O trabalho aborda o instituto conforme sua perspectiva histórica. Aponta sua origem e o modelo que o antecedeu e os compara.

Faz-se a devida explanação sobre como funciona o atual modelo e aqueles a quem se aplica o FGTS. Em seguida, discute-se a peculiar situação do empregado doméstico nos moldes do sistema e a problemática circundante ao assunto.

Aborda-se a regra constitucional do concurso público e sua relação com o princípio da isonomia, tendo em vista que se pretendem discutir os reflexos do FGTS naquilo que toca o empregado público. Discutem-se, neste trabalho, os pontos em que o empregado público se vê vulnerável em razão do FGTS.

Por esse motivo, se faz necessário a comparação entre empregados e servidores públicos. Da análise das similitudes e das principais diferenças, o leitor poderá verificar as exigências feitas a ambos e o tratamento diferenciado que coloca o empregado público em desvantagem ante ao servidor.

Em razão dessa análise, decorre a necessidade de se ir além e avaliar os regimes jurídicos funcionais e suas principais peculiaridades pertinentes ao tema para se averiguar a extensão, na medida em que se diferenciam servidores de empregados públicos.

Não olvida o estudo de esclarecer as razões pelas quais o regime do FGTS foi adotado como concernente aos empregados públicos, tal qual ocorre na iniciativa privada. Entretanto, a comparação anterior é necessária para se entender seu caráter compensatório em face da inexistência de estabilidade.

Estabilidade conferida apenas aos servidores e não aos empregados que, embora tenham, tal qual os primeiros, se submetido a concurso público de provas ou de provas e títulos, não possuem as mesmas garantias. Esse fato é analisado sob diversos prismas.

Estuda-se também a estrutura organizacional da Administração Pública no que diz respeito ao tema do trabalho com o objetivo de melhor compreender a condição do empregado público em relação ao servidor público e à natureza jurídica da instituição para a qual trabalhe.

Avalia-se a organização e mencionam-se as entidades e órgãos componentes da Administração Direta e Indireta. Em seguida, faz-se uma análise acerca de taxonomia desses entes até chegar-se ao ponto de avaliar o vínculo entre eles e seus servidores ou empregados públicos.

No estudo da Administração indireta, além dessa análise crítica, toca-se na natureza pública de entidades que, embora classificadas como de personalidade privada, possuem, em sua razão de ser, o interesse público devendo, destarte, obedecer a sua supremacia em face de interesses particulares.

Mais adiante, trata-se do processo de desinvestidura de cargo ou emprego público. Faz-se a comparação das duas situações e uma análise em que o FGTS, enquanto fator de avaliação, configura tentativa de compensação em face da estabilidade a que o empregado não faz jus.

Trata-se do princípio da supremacia do interesse público e da possibilidade de dispensa imotivada do empregado público. Interessante fazer essa relação em razão do que se observa na realidade prática em que os institutos de Direito aplicam-se para satisfazer interesses, muitas vezes escusos.

Faz-se imprescindível essa análise por verificar-se, na prática, inúmeras demissões sem justa causa no âmbito do serviço público. Muitas vezes, a instituição induz o empregado a aderir a pedidos de demissão voluntária. Isto é, por assédio moral dos superiores, são forjadas demissões por justa causa para satisfazer aos seus caprichos.

Adiante, serão expostos e analisados os posicionamentos recentes do Tribunal Superior do Trabalho quanto ao tema para melhor elucidação do assunto e para o encaminhamento das conclusões que possam ser tomadas ante aos aspectos analisados no decorrer do trabalho.

Apresentam-se alternativas para a problemática apontada, sem a pretensão de impor os posicionamentos discutidos, mas tão somente, para levar ao leitor outras hipóteses aplicáveis às situações apresentadas e a tentativa de vislumbrá-las na realidade fática. Este trabalho visa cogitar alternativas, sem, todavia, olvidar a possibilidade de que nada está livre de ser falível na prática.

Portanto, não se garante plenamente que as conjecturas aqui traçadas sejam, se na realidade aplicadas, mais eficazes do que o atual sistema em todos os aspectos. Foca-se aqui a relação entre a Administração, servidores e empregados. Além de seus reflexos, como um todo, no serviço público.

O trabalho visa cogitar propostas de melhorias no que tange a relações entre a Administração e administrados, bem como entre ela e seus servidores. Cogitam-se aqui as melhorias que as propostas apresentadas poderiam gerar nesses dois aspectos. Entretanto, sabe-se que a estrutura burocrática da Administração é um grande entrave na prestação do

serviço. Por isso, não seriam apenas as alterações de regime jurídico capazes de levarem o serviço público à perfeição ideal.

Não se pode esquecer que o serviço é realizado por pessoas. E, assim, não se pode esperar que todas elas tenham atitudes mais virtuosas, pois que, não estão todas na mesma escala de consciência e desejo de servir. Não implica dizer que o servidor deva agir (como se vê em grande parte das repartições públicas) com grande desprezo pela coletividade, pelo serviço e pelo patrimônio público.

Após as possíveis alternativas para o problema, serão tecidas as considerações finais acerca do tema sob os aspectos apresentados e calmamente analisados. Então, faz-se breve recapitulação para que se consolide o entendimento do exposto com a pretensão de imparcialidade, inclusive no que tange às hipóteses de solução que este trabalha traz.

I. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO

Pelo princípio da continuidade do contrato de trabalho, a relação empregatícia perdura no decorrer do tempo. Contrariando o que ocorre num contrato cível de compra e venda, em que sua consecução ocorre instantaneamente, o contrato de trabalho não é exíguo. Ele tem por essência a continuidade da prestação laboral.

O princípio da continuidade do contrato de trabalho protege não apenas o trabalhador individualizado, mas o emprego. Por isso, sua relevância social. O princípio ora em estudo não configura meramente uma evocação de ordem privada, mas, sim, num importante meio de manutenção das relações de emprego já em curso.

Por essa razão, a continuidade proporciona, juntamente com outras garantias, a aferição prática do direito social do trabalho, mencionado pela Constituição Federal em seu artigo 6°. Mais do que isso, a continuidade confere ao trabalhador a justa segurança de manter-se no trabalho, em condições ordinárias.

Assim como praticamente todos os princípios concernentes ao Direito, a continuidade não possui caráter absoluto. Deste modo, além de o contrato de trabalho poder ser rescindido pela vontade das partes, ao qual não se vincula ao princípio em apreço, pode haver a rescisão da relação de emprego pelas hipóteses previstas em lei.

Ademais, a continuidade da relação é presunção *juris tantum*, ou seja, admite prova em contrário. Assim, o reclamado que vise isentar-se dos ônus decorrentes da relação de emprego e afugentar a pretensão do reconhecimento de vínculo empregatício por parte do reclamado, pode-se valer dos meios de prova admitidos em direito, para tanto, alegando, por exemplo, a eventualidade da prestação de serviços.

Cumpre lembrar, ainda em relação à continuidade, que, embora relativa, prevalece independentemente do local de trabalho ou do cargo exercido pelo trabalhador. De tal sorte, pode o empregado ser transferido ou posto em novo cargo sem que se tenha por prejudicada a continuidade do contrato de trabalho.

I.1 A ANTIGA ESTABILIDADE DECENAL

Ainda na fase inicial do Direito do Trabalho brasileiro, denominada por manifestações incipientes e esparsas, esse ramo da ciência jurídica sempre buscou dar aplicação ao princípio da continuidade. É na manutenção do vínculo entre trabalhador e empresa que, desde os primeiros passos do Direito Laboral, assenta-se uma de suas maiores preocupações.

Uma das primeiras, senão a primeira, manifestação legislativa no que tange à estabilidade foi a Lei Previdenciária n. 4.682, de 24.1.1923. Também conhecida por Lei Elói Chaves, a norma garantiu aos ferroviários estabilidade, após o decurso de 10 anos de serviços. Mais tarde, todos os empregados de empresas ferroviárias foram agraciados pelo benefício, através do Decreto n. 5.109, de 20 de dezembro de 1926.

Na chamada fase de institucionalização do Direito do Trabalho, a estabilidade, antes ligada à previdência, tornou-se geral ao mercado laborativo urbano. Em 1937, passou a constar no corpo da Constituição outorgada naquele ano e, em 1943, foi trazida também pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Somente em 1946, a Constituição promulgada naquele mesmo ano estendeu o direito também aos trabalhadores rurais.

A estabilidade decenal pressupunha juntamente com ela a indenização por tempo de serviço cuja contagem era iniciada a partir do primeiro ano de trabalho. Seria considerado o ano por inteiro se a fração fosse superior a seis meses. Se inferior, computava-se apenas a verba referente à fração. A única hipótese em que o empregador poderia se abster de pagar a indenização ou afastar a estabilidade do obreiro, seria em caso de cometimento de falta grave apurada em inquérito judicial.

Por esse modelo, o empregador era impossibilitado de efetuar demissões imotivadas. Note-se que essa situação tinha lugar na iniciativa privada, uma realidade absolutamente divergente da qual se tem atualmente. Ainda que o empregador dispensasse o obreiro antes de decorridos os dez anos, e, portanto, de adquirida a estabilidade decenal, estaria ele obrigado a arcar com o óbice econômico da indenização.

Na prática, o que ocorria era a dispensa aos nove anos de serviço para afastar a estabilidade, não obstante, tivesse o empregador que desembolsar as verbas indenizatórias. Para ele, era preferível efetuar o pagamento punitivo pela dispensa a manter o empregado e ser obrigado e permanecer com ele, após dez anos, na condição de estável.

Ciente da prática, o Tribunal Superior do Trabalho (TST), à época, reduziu jurisprudencialmente o tempo para a aquisição da estabilidade de dez para nove anos de

serviço, tamanha foi a quantidade de ações envolvendo o tema na corte. O TST editou, então, o antigo Enunciado n. 26, atual artigo 492 da CLT.

I.2 BREVE HISTÓRICO DO FGTS

Nos moldes da estabilidade decenal, o empregador via constrita a possibilidade de por fim unilateralmente ao contrato de trabalho. Se, de um lado, a estabilidade decenal impedia o trabalhador de ser demitido após dez anos de serviço, de outro, a indenização por ano de serviço constituía enorme óbice econômico ao exercício dessa faculdade. A ênfase ao princípio da continuidade da relação de emprego impunha obstáculos jurídico (a estabilidade decenal) e econômico (a indenização por tempo de serviço).

Werneck Vianna (1999, p. 343-344) faz referência em sua obra a pesquisa realizada na década de 60 pela Universidade de Harvard segundo ao qual 46% dos empresários brasileiros entrevistados confessaram existir em suas empresas diretrizes com o fim de limitar o número de casos de estabilidade. Conforme a pesquisa, 64% dos empresários entendiam que a estabilidade era prejudicial à produtividade.

O regime ditatorial, valendo-se das críticas dos empresários aos institutos da estabilidade decenal, bem como da indenização por tempo de serviço, filiou-se a uma política neoliberal, contrária às reformas de base idealizadas por João Goulart, presidente cujo mandato sofreu o golpe militar de 31 de março de 1964.

O FGTS foi criado pela Lei n. 5.107, de 1966. À época, o mesmo surgiu como uma opção a ser feita expressamente pelo empregado no momento da celebração do contrato. Se optasse pelo FGTS, o trabalhador estaria automaticamente excluído da estabilidade decenal, assim como da indenização por tempo de serviço. Em seu lugar, seriam depositados, em conta vinculada, 8% do seu complexo salarial mensal, nele incluída a média das gorjetas.

O valor acumulado do FGTS poderia ser sacado nos casos de aposentadoria, morte do empregado e despensa imotivada. Neste último, a multa rescisória a ser paga pelo empregador seria no montante de 10% dos depósitos, e não 40% como ocorre desde a Constituição de 1988.

O FGTS se generalizou rapidamente. Obviamente respeitados os direitos adquiridos, o fundo foi implantado até mesmo em contratos iniciados nos ditames do sistema anterior. Havia, inclusive, a possibilidade de aderir ao novo sistema retroativamente.

Apesar de a Constituição de 1969, período ditatorial, velar pela “integração na vida e no desenvolvimento da empresa” por parte do trabalhador, em seu artigo 165, a própria,

hipocritamente, estabelecia o regime do FGTS, instituto por excelência contrário ao princípio da continuidade do contrato de trabalho, convalidando-o.

A Constituição de 1969 primou pelo direito do empregador à ruptura do contrato de trabalho e o tratou como potestativo em detrimento do princípio da continuidade, cuja observância se deu de forma muito mais fiel até antes da criação do FGTS e a implementação do modelo neoliberal no País, cujas chispas foram lançadas pelos militares e seguidas por Collor e Fernando Henrique.

A Constituição de 1988 foi um grande marco em relação ao FGTS. Rompendo totalmente com o sistema anterior, o da estabilidade celetista e da indenização por tempo de serviço, a atual carta universalizou o FGTS ao passo em que revogou o sistema celetista.

Ao eliminar a opção por qual sistema regeria o contrato de trabalho, a nossa atual Lei Maior, definiu o FGTS como padrão para todos os contratos de emprego, exceto o doméstico (regido pela Lei n. 5.859/1972), cujos depósitos são faculdade do empregador. Entretanto, uma vez efetuado o primeiro depósito, presumem-se devidos os demais. Hoje, o FGTS aplica-se, inclusive, aos rurícolas.

É pacífico na doutrina e na jurisprudência que a Constituição também pôs fim ao antigo modelo celetista. A certeza decorre da análise do seu artigo 7°, I e III:

> Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
> I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;
> [...]
> III - fundo de garantia do tempo de serviço;

Note-se que o referido artigo menciona o “fundo de garantia por tempo de serviço” e também traz a figura da indenização compensatória em que se configura a dispensa arbitrária, sem garantir ao obreiro a antiga estabilidade celetista.

Além do mencionado dispositivo legal, infere-se o mesmo do artigo 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que estabelece algumas hipóteses de estabilidade.

Importante ressaltar que a Constituição de 1988 não se trata de norma liberal, portanto, traz em seu corpo regras que restringem a dispensa arbitrária, também tida por dispensa sem justa causa. A criação do FGTS instaurou a necessidade de mais acurada regulamentação das rupturas unilaterais do contrato de trabalho por parte do empresário. Entretanto, a atual Constituição não tratou necessariamente o tema da forma mais transparente possível.

Importante menção no texto constitucional é a inserção dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil dos valores sociais do trabalho. Além de ser base para outro fundamento, o da dignidade de pessoa humana, a valorização do trabalho é esteio para a ordem econômica e a ordem social tem por base o primado do trabalho.

Por essa importância dada ao trabalho é que se dá tratamento diferenciado quando se trata de dispensa coletiva em face da dispensa individual. A jurisprudência do TST se assenta na interpretação constitucional de que para ser convalidada a dispensa massiva é necessária a negociação coletiva.

Para tanto, o TST considerou tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário como as Convenções n. 11, 98, 135 e 141 da Organização Internacional do Trabalho. Tais diplomas enfatizam a repercussão direta causada por demissões em massa na ordem social e econômica de um país.

Sendo assim, pelo menos no que tange à dispensa coletiva, não se considera o mero direito potestativo do empregador em face da exigência de negociação coletiva. Inclusive porque o tema foge do âmbito do Direito Individual do Trabalho e alcança o patamar de Direito Coletivo do Trabalho.

A Egrégia Corte reconheceu os impactos gerados pelas demissões massivas e o ferimento aos princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho e do emprego, a subordinação da propriedade à função social e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas. Assim, estabeleceu ser inválida a dispensa em massa sem prévia negociação coletiva (TST- RODC 309/2009-000-15-00-4).

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

II. A QUEM SE APLICA E COMO FUNCIONA O ATUAL SISTEMA DO FGTS

Atualmente, o FGTS é regido conforme os moldes da Lei n. 8.036/90. O montante depositado em conta vinculada em seu nome não protege o empregado em face do desligamento imotivado, mas, tão somente, constitui-se de verbas disponíveis ao obreiro em determinadas situações.

Assim, o valor constante na conta do trabalhador será proporcional ao tempo em que se manteve no serviço, não é o mesmo, porém, da indenização por tempo de serviço nos antigos moldes celetistas.

O valor a ser depositado pelo empregador atualmente é o equivalente a 8% para todos os empregados e a 2% para aqueles contratos que envolvam menor aprendiz (dos 14 aos 24 anos), conforme previsão da Lei n. 10.097/00.

Em 2001, a Lei Complementar nº. 110 instituiu a contribuição adicional de 0,5% sobre a remuneração devida a cada trabalhador a ser cobrada por um período predeterminado de sessenta meses. De tal sorte, o percentual final pago pelo empregador a título de FGTS seria 8,5% e não 8%.

A Confederação Nacional da Indústria, entretanto, ingressou com Ação Declaratória de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal para requerer que fosse o valor cobrado apenas 90 dias após a sua instituição, conforme a regra constitucional de exigibilidade de contribuições sociais. Assim, o acréscimo só poderia ser cobrado a partir de janeiro de 2002 e não de outubro de 2001. Os empregadores ficaram desobrigados ao recolhimento desde janeiro de 2009, já que a pretensão foi acolhida pelo Excelso Tribunal.

A Lei n. 8.036/90, em seu artigo 2°, § 2°, estabelece serem impenhoráveis os depósitos referentes ao fundo na conta vinculada ao nome do empregado. Trata-se de impenhorabilidade absoluta, conforme expresso na própria lei, em razão da observância dos princípios jus laborais protetores do hipossuficiente.

Todos os trabalhadores urbanos e rurais estão obrigatoriamente inseridos no regime do FGTS. Entretanto, merece ressalva o caso do empregado doméstico. O empregador doméstico tem a faculdade de efetuar o primeiro depósito, conforme mencionado em oportunidade anterior, e a obrigação, uma vez realizado o depósito inicial, de honrar os depósitos subsequentes.

Outra importante ressalva, muitas vezes esquecida pela bibliografia trabalhista, se dá no caso dos estatutários. Os servidores públicos, e não os empregados públicos, por gozarem de estabilidade no serviço, não fazem jus ao FGTS.

A lei ora tratada prevê a criação de normas e diretrizes pelo conselho curador composto de representantes dos trabalhadores, empregadores e órgãos e entidades governamentais. O presidente desse conselho será o representante do Ministério do Trabalho e Emprego.

Os representantes dos trabalhadores serão escolhidos pelas respectivas centrais sindicais e confederações nacionais e nomeados pelo Ministro do Trabalho e Emprego. Seus mandatos serão de dois anos com a possibilidade de uma única recondução.

Além disso, as ausências dos membros que sejam representantes dos trabalhadores, se ocorrerem em razão das atividades do conselho, serão abonadas e computadas como tempo de serviço para todos os fins legais.

Outro importante aspecto concernente aos representantes dos trabalhadores é a sua garantia de estabilidade no emprego em face de dispensas arbitrárias. O período de estabilidade se dá a partir da nomeação até um ano após o término do mandato de representação. Nada obsta, porém, sejam eles demitidos desde que por falta grave comprovada em processo sindical.

O artigo 6° da Lei em apreço estabelece as atribuições do Ministério das Cidades (MC) a quem compete a função de gestor da aplicação do FGTS. Cabe a ao MC selecionar e estabelecer as prioridades entre os projetos a serem contratados.

Vinculada ao Ministério da Fazenda, a Caixa Econômica Federal é o agente operador do fundo. Cabe a ela a execução de todas as atividades operacionais relacionadas ao FGTS, tais como a centralização das contas vinculadas, o controle da rede arrecadadora, a avaliação da capacidade econômica e financeira dos tomadores de recursos do FGTS, a implementação de atos de alocação de recursos e concessão de créditos e ao risco de crédito das operações em recursos do FGTS.

A importância de 8% ou de 2% (em se tratando de menor aprendiz) da remuneração recebida no mês anterior deverá ser depositada pelo empregador até o dia 7 do mês subsequente ao mês de referência.

O TST firmou o entendimento na Súmula n° 63 de que o percentual deve ser pago tendo por base todas as verbas consideradas remuneratórias: “A contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço incide sobre a remuneração mensal devida ao empregado, inclusive horas extras e adicionais eventuais”.

A Lei do FGTS prevê penalidades decorrentes da mora do empregador. Caso o empregador não efetue os depósitos até o dia 7 de cada mês, incidirá sobre o montante a Taxa Referencial (TR). Considerando o valor do depósito somado à TR, caberá juros de mora de

0,5% (meio por cento) ao mês e multa de 5% (cinco por cento) no mês do vencimento da obrigação e de 10% (dez por cento) a partir do mês seguinte ao do vencimento.

Normalmente, os depósitos efetuados nas contas vinculadas são corrigidos monetariamnete tomando por base os parâmetros fixados para a atualização da poupança, 3% (três por cento) ao ano.

Contudo, em caso de se pleitear judicialmente indenização substitutiva aos depósitos, os valores de correção passarão a ser os mesmos índices utilizados nos débitos trabalhistas.

Nesse sentido, pronunciou-se o TST na OJ 302 SDI1:

> FGTS. ÍNDICE DE CORREÇÃO. DÉBITOS TRABALHISTAS. DJ 11.08.03Os créditos referentes ao FGTS, decorrentes de condenação judicial, serão corrigidos pelos mesmos índices aplicáveis aos débitos trabalhistas.

O artigo 20 da Lei n. 8.036/90 (Anexo II) fixa extenso rol taxativo das situações em que é possível a movimentação dos valores depositados na conta vinculada do FGTS. Sendo assim, apenas na ocorrência das hipóteses previstas em seus dezessete incisos, poderá o trabalhador sacar o montante de sua conta.

A Lei n. 8.036/90 também prevê a indenização compensatória por resilição por iniciativa patronal. Em seu artigo 18, a norma estabelece o percentual de 40%, e não 10% como ocorria em 1966, a ser depositado tendo por base o montante de todos os depósitos realizados durante a vigência do contrato de trabalho.

Em relação ao valor a servir como base de cáculo, o TST editou a orientação jurisprudencial n. 42 da SDI-1, segundo a qual, em seu inciso I:

> É devida a multa do FGTS sobre os saques corrigidos monetariamente ocorridos na vigência do contrato de trabalho. Art. 18, § 1º, da Lei nº 8.036/90 e art. 9º, § 1º, do Decreto nº 99.684/90. (ex-OJ nº 107 da SDI-1 - inserida em 01.10.1997)

Quanto ao cálculo da multa, a mesma OJ, estabelece em seu inciso II que:

> O cálculo da multa de 40% do FGTS deverá ser feito com base no saldo da conta vinculada na data do efetivo pagamento das verbas rescisórias, desconsiderada a projeção do aviso prévio indenizado, por ausência de previsão legal.

Importante ressaltar que, em caso de culpa recíproca ou força maior, embora o trabalhador faça jus à multa, seu percentual será reduzido para 20%. Havendo despedida por justa causa ou pedido de demissão por parte do empregado, os valores depositádos em sua conta viculada do FGTS permanecem intocados. Não há, nesses dois últimos casos, a possibilidade de saque.

Sendo assim, até a ocorrência de motivo ensejador do saque, o montante permanece na conta sem qualquer alteração. Caso o obreiro mude de regime, por exemplo, caso ele se torne servidor público estatutário, a sua conta se tornará inativa decorridos três anos dessa nova situação. Após esse período, o trabalhador poderá sacar o montante a partir do mês de seu aniversário, consoante estabelece a Lei do FGTS.

São legitimados para reclamar os depósitos do FGTS o próprio trabalhador, o sindicato ao qual encontra-se vinculado, seus dependentes e sucessores. O processamento da ação é da competência da justiça laboral.

Quanto à prescrição, cumpre lembrar que o prazo dependerá da pretensão a ser requerida perante a justiça. Em se tratando de verbas não recebidas sobre as quais incidiria o cálculo do FGTS, será quinquenal o prazo para reclamá-las, assim assenta o TST na letra da Súmula n. 206 "A prescrição da pretensão relativa às parcelas remuneratórias alcança o respectivo recolhimento da contribuição para o FGTS".

O prazo prescricional também será de cinco anos para reclamar juros e correções monetárias que deveriam ter sido observados nos cálculos do FGTS. Nesse particular, a legitimidade passiva será da Caixa Econômica Federal, agente operador do fundo. Por isso, a competência para processar e julgar a ação não será da justiça do trabalho, mas sim, da justiça federal, conforme o artigo 109 da Constituição Federal.

Em caso de parcelas efetivamente recebidas sobre as quais não incidiu o FGTS, o prazo prescricional será alargado para trinta anos. É o que dispõem o artigo 23, §5° da Lei 8.036/90, bem como a Súmula 362 do TST: "É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho".

Ultrapassado o limite de dois anos após o término do contrato de trabalho, o direito a todo e qualquer crédito trabalhista não é mais válido. Entratanto, compete ao empregador o ônus da prova de fato extintivo do direito do empregado. É o que preconiza a OJ n 301 da SDI-1 do TST:

> Definido pelo reclamante o período no qual não houve depósito do FGTS, ou houve em valor inferior, alegada pela reclamada a inexistência de diferença nos recolhimentos de FGTS, atrai para si o ônus da prova, incumbindo-lhe, portanto, apresentar as guias respectivas, a fim de demonstrar o fato extintivo do direito do autor (art. 818 da CLT c/c art. 333, II, do CPC).

No que tange aos chamados expurgos inflacionários, nada mais se constituem senão supressões de atualizações monetárias ocorridas nos planos Verão e Collor I. Durante os períodos de 1° de dezembro de 1988 a 28 de fevereiro de 1989 e durante o mês de abril de

1990, a aplicação cumulativa dos percentuais de 16,64% e 44,08% não se deu de maneira adequada.

Em razão disso, o STF, em agosto de 2000, reconheceu o direito adquirido dos trabalhadores à aplicação da atualização monetária sobre os saldos das contas do FGTS referentes aos mencionados períodos.

Posteriormente, a Lei Complementar 110/2001 positivou esse direito em seu artigo 4° e obrigou a Caixa Econômica a efetuar as atualizações dos saldos. Ocorre que os trabalhadores desligados receberam a indenização dos 40%, aplicável aos casos de dispensa imotivada, sem as referidas atualizações.

Enorme polêmica se instaurou nesse quesito, uma vez que os trabalhadores desligados pleitearam o recebimento da multa aplicada sobre os valores devidamente corrigidos pelas atualizações monetárias.

A questão foi pacificada pelo TST favorável aos empregados, em coerência com a tese de que o assunto envolvia aspecto pós contratual de gênese externa. Ademais, aplicado o princípio da *actio nata*, o prazo prescricional para reclamar esse direito só se iniciou no momento em que os obreiros foram certificados do direito ao recebimento do montante atualizado.

Pondo fim à polêmica, o TST editou a Orientação Jurisprudencial n 341 da SDI-1 do TST: "É de responsabilidade do empregador o pagamento da diferença da multa de 40% sobre os depósitos do FGTS, decorrente da atualização monetária em face dos expurgos inflacionários". (fonte)

Outro relevante ponto esclarecido pela jurisprudência do TST foi o termo inicial para a contagem do prazo prescricional para o pleito da correção da indenização dos 40% pelas diferenças decorrentes dos expurgos inflacionários.

Conforme a OJ n. 344 da SDI-1 do TST, o prazo será contado a partir da vigência da Lei Complementar n. 110 de 30 de junho de 2001 ou do trânsito em julgado da ação ajuizada anteriormente na justiça do trabalho:

> O termo inicial do prazo prescricional para o empregado pleitear em juízo diferenças da multa do FGTS, decorrentes dos expurgos inflacionários, deu-se com a vigência da Lei Complementar nº 110, em 30.06.01, salvo comprovado trânsito em julgado de decisão proferida em ação proposta anteriormente na Justiça Federal, que reconheça o direito à atualização do saldo da conta vinculada.

Mais uma importante manifestação de posicionamento do TST, visando regular melhor o tema, foi a edição da OJ n. 370 da SDI-1. Através dela, pacificou-se o entendimento de que a interposição de protesto judicial dentro do prazo de dois anos posteriores à vigência

da Lei Complementar n. 110/01 interrompe a prescrição, sendo desnessessária a interposição de ação acautelatória para o mesmo fim:

> O ajuizamento de protesto judicial dentro do biênio posterior à Lei Complementar nº 110, de 29.06.2001, interrompe a prescrição, sendo irrelevante o transcurso de mais de dois anos da propositura de outra medida acautelatória, com o mesmo objetivo, ocorrida antes da vigência da referida lei, pois ainda não iniciado o prazo prescricional, conforme disposto na Orientação Jurisprudencial nº 344 da SBDI-1.

II.1 A PECULIAR SITUAÇÃO DO EMPREGADO DOMÉSTICO

O empregado doméstico não é regido, ao contrário do que ocorrem com os demais trabalhadores da iniciativa privada, pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). Para regulamentar a sua peculiar situação, foi editada a Lei n°. 5.859/72. Entretanto, outras são as leis que se lhes aplicam, quais sejam: lei n° 7.195/84, Lei n° 11.324/06, Decretos n° 71.885/73 e n° 3.361/00.

A lei traz o conceito de empregado e empregador doméstico para não restarem dúvidas com relação a isso que possam prejudicar outros empregados urbanos ou rurais que corram o risco de serem confundidos com os primeiros. A conceituação é imprescindível para que o empregador cumpra com as suas obrigações dentro do que é exigido para cada categoria profissional.

Conforme a legislação, o empregado doméstico não faz jus a muitas garantias conferidas aos demais trabalhadores. A situação do empregado doméstico é bem peculiar, haja vista que a sua caracterização não se dá em razão da natureza de suas atribuições, mas sim do local em que são desempenhadas e dos fins para os quais se destina.

O empregado doméstico é aquele que, maior de 18 anos exerce, no âmbito residencial, atividades sem resultados econômicos para seu empregador. A Lei, em seu artigo 1°, assim define: “ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas, aplica-se o disposto nesta lei”. (fonte)

Assim, o empregador é a pessoa física ou unidade familiar cotratante do empregado doméstico, a quem este se subordina. A família não possue personalidade jurídica, por isso, a responsabilidade entre aqueles que habitam o imóvel onde é prestado o serviço é solidária. É importante ressaltar que do serviço não seja gerado lucro para o empregador.

Se isso ocorrer, tem-se simples empregador urbano e não doméstico. É o que ocorre, por exemplo, com os propriet de pousada. Embora o serviço que as camareiras lhes prestem seja muito parecido com o prestado por empregada doméstica, por se tratar de comércio e não

de residência, não se está diante de uma relação de emprego doméstico, pois que nela há função econômica.

Se, por outro lado, o serviço se der em âmbito residencial e, todavia, se auferir lucro dele, não poderá ser o empregado classificado enquanto empregado doméstico, pois que descaracterizada está a relação. Por isso, é tão importante restarem bem claros os conceitos de empregado e empregador doméstico.

O empregado doméstico, ao contrário dos demais, por exemplo, não tem direito ao recebimento de horas extras. Em tese, é difícil controlar sua jornada em âmbito doméstico e saber se ele, de fato, cumpre horas extraordinárias. No caso, foi mais fácil suprimir o seu direito à garanti-lo.

Em vez de se garantir ao empregador domésticos meios para que recebesse sua hora extraordinária superior em, no mínimo, 50% além da hora normal, preferiu-se alijá-lo desse direito. O mesmo ocorreu quanto ao FGTS. O empregador não é obrigado a pagá-lo, mas, uma vez optanto por realizar os depósitos, ficará obrigado a efetuar os demais depósitos.

Com relação a aferição das horas extraordinárias, realmente é complicado, porém, não impossível de fazê-lo. O empregado doméstico não tem jornada como os demais. Para a legislação, é como se estivesse disponível vinte e quatro horas diárias. Contudo, para que seja feito o depósito do FGTS, não há óbice da mesma natureza.

Aliás, não há o que justifique tamanha injustiça para com essa categoria. O fundo é garantido a todos os empregados urbanos e rurais. Não há expliacação idônea para o que ocorre. Não pode o empregador ser dotado de tamanho poder como é o caso de permitir-lhe a escolha por efetuar ou não os depósitos do FGTS, direito de seu empregado doméstico.

II.2 A REGRA CONSTITUCIONAL DO CONCURSO PÚBLICO E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O concurso público representa o sistema de mérito herdado da escola da administração burocrática de Max Weber, segundo Idalberto Chiavenato (2003, p. 254-255), pela qual o acesso aos cargos públicos deve ser oportunizado a todos, valorizadas suas aptidões técnicas para o desempenho de suas atribuições.

Nossa Carta Magna faz referência à regra do concurso em seu artigo 37, inciso II:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

> (...)
> II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

A regra encontra esteio nos princípios da isonomia, da moralidade administrativa, da impessoalidade e da legalidade, dentre outros. O primeiro significa fornecer a todos condições equânimes para o ingresso no serviço público. Da moralidade, originam-se vedações a favorecimentos ou perseguições pessoais.

O procedimento administrativo do concurso público visa minimizar as contratações pautadas em preferências pessoais e interesses excusos e são previstas duas formas para sua realização, conforme a Constituição.

Para cargos e empregos cujas atribuições sejam de menor ou de média complexidade, a depender do interesse público, utiliza-se o concurso de provas. Nele, o critério de classificação é basicamente o desempenho do candidato nas provas escritas.

Em se tratando de atribuições de maior complexidade, a regra é o concurso de provas e títulos pelo qual se dá uma ponderação entre a nota obtida na prova escrita e a pontuação atribuída aos títulos mencionados no edital. Os cargos e empregos para os quais se adota esse sistema requerem conhecimentos técnicos especializados, por essa razão, a maior complexidade na hora da avaliação dos candidatos.

Embora já tenha sido admitido em nosso ordenamento, hoje a Constituição não mais tolera o concurso meramente de títulos por considerar o critério avaliativo ilegítimo. Assim, não há o que se falar em concurso por avaliação exclusivamente curricular.

Outro método de avaliação polêmico é o que envolve exames psicotécnicos. Para dirimir a discussão, o Supremo Tribunal Federal (STF) editou a Súmula n. 686 “só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público”. Ou seja, não havendo lei com a previsão de que para determinado cargo é possível a aplicação do método, é inconstitucional sua observância.

Observe-se que, quanto ao momento da apresentação do diploma ou habilitação profissional, sua exigência somente se dará no ato da posse e não no momento da inscrição no certame. Nesse sentido, a Súmula n. 266 do Superior Tribunal de Justiça.

A referida corte firmou entendimento interessante também em relação ao artigo 12, §2° da Lei n. 8.112/90, segundo o qual:

> Art. 12. O concurso público terá validade de até 2 (dois) anos, podendo ser prorrogado uma única vez, por igual período.
> § 2º Não se abrirá novo concurso enquanto houver candidato aprovado em concurso anterior com prazo de validade não expirado.

O STJ, acerca do prazo de validade do concurso, no julgamento do RMS 20.718 de 2-2-2008, entendeu que, aprovado dentro do número de vagas, o candidato possui direito subjetivo líquido e certo à nomeação. A Administração Pública passa a ter o dever de contratar em respeito aos princípios da moralidade administrativa e da boa-fé.

A Constituição Federal, em seu artigo 7°, inciso XXXI proíbe a discriminação em face do trabalhador portador de deficiência. O diploma legal não os exime de prestarem concurso público, mas, tão somente, resguarda a eles percentual das vagas destinadas ao preenchimento.

A Lei 8.112/90, regime jurídico dos servidores civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, em seu artigo 5°, §2°, estabelece o percentual de vagas a serem ocupadas por portadores de deficiência:

> Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso. (fonte)

A preocupação da Lei é possibilitar aos portadores de deficiência concorrerem apenas entre si. De tal sorte, havendo menos de cinco vagas previstas no Edital, fica vedada a fixação dos 20% dirigidos aos portadores de deficiência, já que a fração seria inferior a um.

Note-se que o pricípio da isonomia não é violado quando se fixa percentual de vagas destinado a portadores de deficências ou se estabelecerem condições especiais para ingresso em determinadas carreiras cuja natureza exija determinadas especificações. É o que ocorre, por exemplo, quando se realiza certame público direcionado apenas a candidatas mulheres para serem agentes penitenciárias em presídios exclusivamente femininos.

O princípio da isonomia é expressamente previsto no texto constitucional no caput do artigo 5° “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...”

A igualdade nas relações de trabalho, por sua vez, foi assegurada pelo artigo 7 ° do referido diploma legal:

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
> XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;
> XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;
> XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;
> XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso. (fonte)

Interessante observar que a própria Constituição Federal estabelece situações nas quais é possível haver um tratamento diferenciado sem que haja afronta ao princípio da isonomia, mas sim, nele embasadas.

A aposentadoria da mulher, por exemplo, conforme os artigos 40, inciso III e 201, §7° pode ocorrer com mesmo tempo de contribuição e idade reduzida em relação ao homem. O artigo 143, §2° exclui a obrigatoriedade do serviço militar para mulheres e eclesiástico em tempos de paz. A Constituição também prevê em seu artigo 12, §3° o acesso a determinados cargos exclusivamente por brasileiros natos.

As hipóteses mencionadas visam, tão somente, assegurar a aplicação concreta da isonomia. Trata-se da velha máxima de Aristóteles aprendida desde logo nos bancos das universidades "a verdadeira igualdade consiste em tratar-se igualmente os iguais e desigualmente os desiguais à medida em que se desigualem".

Agir dessa maneira é, senão, agir pela justiça; é dar a cada um o que lhe cabe. Agir conforme nos compete, segundo a nossa função, conforme A República de Platão. Por essa razão, a isonomia não se concretiza quando se pretende aplicá-la de modo inflexível sem se considerarem as circuntâncias para as quais o princípio é requerido.

O concurso público é, e deve ser, a regra para o ingresso no serviço público *latu sensu.* "O alcance da exigência deve ser o mais amplo possível, de modo que pode se considerar que a exigência da aprovação em concurso se configura como a regra geral" (Carvalho Filho, p. 597).

No entanto, a exigência não se aplica a cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração, tampouco aos cargos temporários. Outra exceção à regra constitucional é a contratação de agentes comunitários de saúde e agentes de combate às edemias, consoante o disposto no artigo 194,§4° da Carta Magna. No último caso, o provimento será através de processo seletivo público.

Celso Antônio bem lembra que "em despeito de a Constutuição brasileira, já em sua redação original, mencionar 'regime jurídico único', em diversas passagens, refere-se tanto a cargos quanto a empregos" (DE MELLO, 2007, p. 249).

A Constituição trata de emprego, cargo e função. Ora o texto constitucional emprega o termo "funções" como sinônimo de cargos e empregos, em seu sentido amplo; em outro tempo utiliza o termo para designar funções públicas, restritivamente. No afã de evitar possíveis confusões de leitura, faz-se oportuno esclarecer as diferenças entre os conceitos.

A base doutrinária auxilia o intérprete a dirimir possíveis atecnias presentes frequentemente em nossos diplomas legais, contudo, por vezes, a legialação se encarrega de auxiliar os operadores do direito, estabelecendo conceitos úteis. É o caso do artigo 3° da Lei 8.112/90 que traz o conceito legal de cargo público:

> Art. 3º Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor.
>
> Parágrafo único. Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão. (fonte)

Da norma, infere-se que servidor é qualquer brasileiro ocupante de cargo público cuja criação se deu por lei e o provimento pode ser efetivo ou em comissão (demissível *ad nutum*). Acerca do tema, segundo os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello:

> 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 criadas por lei, salvo quando concernentes aos serviços auxiliares do Legislativo, caso em que se criam por resolução, da Câmara ou do Senado, conforme de trate de serviços de uma ou de outra dessas casas. (fonte)

Os cargos públicos são criados em número previsto em lei ou resolução e podem ser ocupados por servidores nomeados aprovados em concurso público ou para o exercício de cargo em comissão, de livre escolha da autoridade nomeadora, reservados às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

A funções públicas ou funções de confiança, em seu sentido estrito, são as atribuições propriamente ditas concernentes, também, a tarefas de direção, chefia e assessoramento. Assim como o que ocorre quanto aos cargos comisionados, as funções de confiança pressupõem esse elemento.

No entanto, ao contrário dos cargos em comissão, as funções públicas devem ser exercidas exclusivamente por servidores efetivos. Sendo assim, não podem ser preenchidas por pessoas estranhas à carreira.

Nos dizeres de Celso Antônio, "empregos públicos são núcleos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes contratados para desempenhá-los, sob relação trabalhista" (ANTÔNIO, 2007, p. 251). Apesar da natureza governamental da Administração, os empregados públicos possuem vínculo contratual, sendo-lhes aplicada a legislação trabalhista.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

III. EMPREGADOS E SERVIDORES PÚBLICOS: PRINCIPAIS DIFERENÇAS

Antes de entrar na diferenciação entre os termos “empregado” e “servidores” públicos, é necessário fazer a conceituação de “agente público”. “Agente público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta”, ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011, p 526).

Existem, enumeradas na Constituição, quatro categorias de agentes públicos: agentes políticos, servidores públicos, militares e particulares em colaboração com o Poder Público. Não se distingue servidores civis de militares através do conceito, mas sim, pelo regime jurídico diferente, em parte.

Cumpre tratar de servidores públicos em sentido amplo para se chegar ao cerne da diferenciação entre servidores estatutários e empregados públicos. Em sentido amplo, servidores públicos são pessoas físicas que, pagas pelos cofres públicos e com vínculo empregatício, prestam serviços à Administração Pública direta e indireta.

São servidores públicos os servidores estatutários, os servidores temporários e os empregados públicos. Os primeiros ocupam cargo público. Os temporários exercem função, mas não se vinculam a cargo ou emprego. Os últimos são ocupantes de emprego público.

Os servidores estatutários estão sujeitos ao regime, consoante o próprio nome, estatutário. Esse regime é estabelecido por lei criada por cada uma das entidades federativas e pode ser alterado unilateralmente, respeitados os direitos adquiridos. As modificações unilaterais justificam-se por não se tratar de vínculo contratual. Do mesmo modo, não pode haver alteração se feita através de mero contrato.

No âmbito federal, o Estatuto dos Servidores Públicos é regido pela Lei n. 8.112/90. No que diz respeito ao estado do Rio Grande do Norte, aplica-se aos seus servidores a Lei Complementar n. 122, de 30 de junho de 1994. Já quanto ao Município de Natal, seus servidores são regidos pela Lei 1.517/65, o Estatuto do Funcionalismo Público Municipal.

O regime de cargo público é o mais protetivo. Sua principal vantagem é a estabilidade adquirida após o estágio probatório. O titular do cargo somente poderá perdê-lo, se ocorrida uma das hipóteses previstas pelo artigo 41, §1°, da Lei Maior.

O referido artigo prevê três possibilidades para que isso aconteça, quais sejam: sentença judicial transitada em julgado; processo administrativo disciplinar; avaliação periódica de desempenho. A quarta e última hipótese de perda do cargo trazida pela Constituição Federal é a para a redução de despesas com pessoal, artigo 169, §4°.

O regime estatutário visa proteger o servidor para dar-lhe maior liberdade no exercício de suas funções. A estabilidade que lhe é conferida evita as influências partidárias ou pressões políticas. O objetivo da estabilidade é a mínima afetação nas atribuições do servidor promovida pela alternância entre os gestores públicos.

Alguns servidores públicos, todavia, gozam de prerrogativa ainda mais vantajosa do que a estabilidade. Os magistrados, membros do Ministério Público e membros dos Tribunais de Contas são vitalícios. A vitaliciedade é adquirida após o cumprimento do estágio probatório ou, como é o caso dos conselheiros dos Tribunais de Contas ou dos membros do Ministério Público e da Ordem dos Advogados que ingressam nos Tribunais pela regra do quinto constitucional na posse.

O estágio probatório é condição necessária para a aquisição da estabilidade. Estágio probatório e aquisição de estabilidade, embora sejam conceitos diversos, estão estritamente vinculados. A Lei n. 8.112/90 prevê, em seu artigo 20, o prazo de 24 meses para o cumprimento do estágio probatório. A Constituição, a seu turno, estabeleceu, em seu artigo 41, o prazo de três anos para a aquisição da estabilidade.

Na situação, haveria um lapso temporal em que o servidor ver-se-ia em um verdadeiro "limbo". Teria ele cumprido o estágio probatório, sem, contudo, ter adquirido a estabilidade. Para dirimir a hipótese, a Segunda Turma do STF, no julgamento do AI 754802-DF, decidiu ser de 36 meses o prazo para o cumprimento do estágio probatório, fazendo o ajuste com o método usado na estipulação do artigo 20 da Lei n. 8.112, e de três anos para a aquisição da estabilidade, fazendo jus à previsão constitucional.

Note-se que os períodos de estágio probatório são diferentes para a aquisição da estabilidade ou da vitaliciedade. Quanto a esta última, o prazo é reduzido, sendo de apenas dois anos. Uma vez adquirida a vitaliciedade, o agente somente perderá o cargo por meio de sentença judicial transitada em julgado.

Além dessas vantagens em relação aos contratados pelo regime celetista, os servidores também têm assegurados pelo artigo 39, §3°, alguns direitos trabalhistas previstos no artigo 7° da Constituição, quais sejam: salário mínimo; garantia de salário nunca inferior ao mínimo, em caso de remuneração variável; remuneração do trabalho noturno superior ao diurno; salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda; duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; gozo de

férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de seis meses; licença maternidade, nos termos fixados em lei; proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, cor ou estado civil.

O empregado público, por sua vez, faz jus somente às mesmas garantias dadas aos trabalhadores da iniciativa privada. Embora, assim como o servidor estatutário, se submeta a um certame público, o servidor celetista, não goza das mesmas prerrogativas em razão disso.

Os servidores celetistas ou empregados públicos possuem um vínculo contratual, e não estatutário, com a Administração. Por essa razão, são regidos pela CLT, tal qual todo e qualquer empregado da iniciativa privada.

Eles não encontram as mesmas facilidades concedidas aos servidores estatutários para auxiliá-los no pleno exercício da função. Enquanto os últimos gozam de estabilidade no cargo para não serem tão suscetíveis às influências políticas ou pessoais, aqueles nada possuem de garantia nesse sentido.

Os empregados públicos não possuem a estabilidade no cargo. Em contrapartida, tal qual todo e qualquer trabalhador da iniciativa privada, faz jus aos depósitos mensais do FGTS em sua conta vinculada.

Nesse ponto, observa-se um tratamento diferenciado entre os servidores, se considerados em sentido amplo, abrangendo servidores estatutários e servidores celetistas. Os estatutários têm maios liberdade para atuar destemidos de influências externas. Aos empregados, em sentido oposto, não foram observadas as mesmas garantias protetivas.

O cerne da discussão é que não se justifica um tratamento desigual entre os servidores. Sabe-se que, como explicitado, membros da magistratura, do Ministério Público e do Tribunal de Contas possuem, após cumprido o estágio probatório, a vitaliciedade.

Essa garantia é justificada pela doutrina em razão da natureza dessas funções. Contudo, todos: magistrados; membros do Ministério Público e dos Tribunais de Contas; servidores estatutários; e empregados públicos exercem suas atividades em contato com os administrados.

Alega-se, e é verdade, que magistrados, membros do Ministério Público e conselheiros dos Tribunais de Contas estão mais expostos ao público em razão de suas funções. Para o pleno exercício de suas atribuições, a vitaliciedade realmente não deve ser tratada como demasiado privilégio.

Para que o julgador tenha total liberdade ao proferir sua decisão, para que o membro do MP sinta-se seguro ao oferecer todas as suas denúncias ou para que o conselheiro de um Tribunal de Contas possa proferir livremente seu parecer, é interessante possuírem essa garantia. Desse modo, essas figuras têm a certeza de que só perderão o cargo em razão de sentença transitada em julgado.

A ressalva que se faz é no que tange aos conselheiros dos Tribunais de Contas. Estes adquirem a vitaliciedade sem, sequer passarem pelo estágio probatório de dois anos. O mesmo ocorre com aqueles que ingressam nos Tribunais pelo quinto constitucional.

Quanto aos integrantes do instituto do quinto constitucional, a garantia é plenamente justificável, já que, na condição de desembargadores, os representantes da Ordem dos Advogados (OAB) e do Ministério Público precisam equiparar-se aos demais magistrados.

Contudo, no âmbito dos Tribunais de Contas, os cargos de conselheiro não exigem sequer a seleção por intermédio de concurso público. No âmbito do Rio Grande do Norte, a Constituição Estadual regula a escolha dos conselheiros:

> Art. 56. O Tribunal de Contas do Estado tem sede na Capital, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território estadual exercendo as seguintes atribuições administrativas, além de outras conferidas em lei:
> [...]
> § 1º Os Conselheiros do Tribunal de Contas, em número de sete (7), são escolhidos dentre brasileiros com mais de trinta e cinco (35) e menos de sessenta e cinco (65) anos de idade, de idoneidade moral, reputação ilibada e notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos, financeiros ou de administração pública, com mais de dez (10) anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados.
> § 2º Os Conselheiros do Tribunal de Contas são escolhidos:
> I - três (3), pelo Governador do Estado, com aprovação da Assembléia Legislativa, sendo dois alternadamente, dentre Auditores e Membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, mediante lista tríplice encaminhada pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento;
> II - quatro (4), pela Assembléia Legislativa. (fonte)

No entanto, essa é apenas uma das muitas particularidades do nosso ordenamento jurídico. O verdadeiro problema está no tratamento diferenciado dado aos servidores e aos empregados públicos.

Enquanto são apenas quatro as hipóteses elencadas na Constituição Federal para a perda do cargo, o empregado público submete-se aos ditames da CLT. Assim, pode ser dispensado, inclusive, na carência de justa causa.

O artigo 482 da CLT estabelece treze situações em que se configuram causas para a dispensa por justa causa. São elas:

a) ato de improbidade;

b) incontinência de conduta ou mau procedimento;

c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;

d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;

e) desídia no desempenho das respectivas funções;

f) embriaguez habitual ou em serviço;

g) violação de segredo da empresa;

h) ato de indisciplina ou de insubordinação;

i) abandono de emprego;

j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

l) prática constante de jogos de azar.

Parágrafo único - Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional. (Incluído pelo Decreto-lei nº 3, de 27.1.1966) (fonte)

Existem casos em que o empregado, todavia, poderá considerar o contrato rescindido e pleitear a indenização correspondente. É a chamada dispensa indireta. Ambos os contratantes possuem direitos e deveres oriundos do contrato. Se quem os descumpre é o empregado, a dispensa será por justa causa de sua parte. Caso contrário, sendo a obrigação descumprida pelo empregador, este é quem dará azo a justa causa.

A CLT prevê, em seu artigo 483, sete hipóteses para que o empregado exerça esse direito:

a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;

b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;

c) correr perigo manifesto de mal considerável;

d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato;

e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;

f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários.

§ 1º - O empregado poderá suspender a prestação dos serviços ou rescindir o contrato, quando tiver de desempenhar obrigações legais, incompatíveis com a continuação do serviço.

§ 2º - No caso de morte do empregador constituído em empresa individual, é facultado ao empregado rescindir o contrato de trabalho.

§ 3º - Nas hipóteses das letras "d" e "g", poderá o empregado pleitear a rescisão de seu contrato de trabalho e o pagamento das respectivas indenizações, permanecendo ou não no serviço até final decisão do processo. (Incluído pela Lei nº 4.825, de 5.11.1965) (fonte)

Nota-se, claramente, a discrepância entre os regimes, apesar de ambos, empregados e servidores públicos serem admitidos através do mesmo critério de seleção: o concurso público.

Para compensar a falta de estabilidade, não a atual estabilidade do servidor, mas quanto à antiga estabilidade decenal à qual faziam jus todos os trabalhadores, antes do advento da Constituição Federal em 1988, foi criado o FGTS.

O fundo foi destinado a todos os trabalhadores urbanos e rurais (à lamentável exceção do empregado doméstico) para minimizar os efeitos causados pela eliminação da antiga estabilidade celetista.

Os estatutários, por terem sido agraciados com a estabilidade ao término do estágio probatório e após aprovados na avaliação especial de desempenho, pelo mesmo raciocínio, não fazem jus ao FGTS. Ademais, seus direitos e deveres encontram-se regidos por seu estatuto e nada têm que ver com as previsões celetistas.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

III.1 REGIMES JURÍDICOS FUNCIONAIS

Dadas as diversas relações jurídicas entre o estado e seus servidores, têm-se diferentes regimes jurídicos funcionais. Regime jurídico funcional é o conjunto de normas a reger essas diferentes relações, tendo em vista suas peculiaridades.

Como mencionado em tópico anterior, os servidores públicos comuns podem ser estatutários ou celetistas. São estatutários os regidos por estatuto. Dentre eles, são estatutários de regime geral aqueles regidos pelo estatuto básico; e de regime especial os que obedecem lei específica reguladora de seu estatuto funcional disciplinar.

Carvalho Filho (2008, p. 566) diferencia servidores públicos comuns e suas subdivisões de servidores públicos especiais. A diferenciação se dá, segundo o autor, em virtude da relevância atribuída a certas funções no contexto geral. São eles magistrados, membros do Ministério Público, Defensores Públicos, membros dos Tribunais de Contas e da Advocacia Pública. O regime jurídico funcional diferenciado ser-lhes-á aplicado e será sempre estatutário.

Ao regime estatutário aplica-se a pluralidade normativa, pois cada ente da federação, como visto, pode criar seu estatuto. Os servidores estatutários têm seu vínculo com o estado originado por meio de lei e não de contrato.

O regime trabalhista aplica-se às relações jurídicas de caráter privado e tem suas diretrizes estabelecidas pela CLT. Nesse caso, impera o princípio da unicidade normativa, porque não importa os entes que adotem o regime, todos eles terão de seguir uma única norma.

Nessa relação, sim, tem-se um vínculo contratual em que o Estado é o empregador. Caso o servidor, por sua opção, mude para o regime estatutário, deverá o Estado resguardar os direitos adquiridos no decurso do regime trabalhista.

Desta forma, o STF editou a Súmula n. 678: “São inconstitucionais os incisos I e III do art. 7º da Lei 8.162/91, que afastam, para efeito de anuênio e de licença-prêmio, a contagem do tempo de serviço regido pela CLT dos servidores que passaram a submeter-se ao Regime Jurídico Único”.

Importante exemplificar para possibilitar a visualização de cada regime aplicado à cada figura específica. Assim: aos estatutários (em âmbito federal) aplica-se a Lei n. 8.112; os ocupantes de cargos em comissão (em âmbito federal) são regidos parcialmente pela mesma lei; os contratados temporários obedecem à Lei n. 8.745/93 (regime jurídico especial); e os empregados públicos são regidos pela CLT.

O regime de emprego público é regido pela Lei n. 9.962 de 22 de fevereiro de 2000. Importante esclarecer, todavia, que estão excluídas de sua incidência as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

O mencionado diploma legal trata-se de lei federal e não nacional. Portanto, aplica-se tão somente no âmbito dos órgãos e atividades federais e não em todo o território nacional e serve, basicamente, para estabelecer o regime trabalhista comum como regulador da relação entre a Administração e os servidores nele inseridos naquilo que a lei não dispuser em contrário.

O entendimento do tema é, senão, confuso, injustificável. O regime de emprego público, fruto da reforma administrativa do estado, sob a frágil égide de eficácia, se destina, de acordo com a Lei n. 9.962/00, ao pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional.

Assim, além de ser aplicada a CLT nos contratos de trabalho de empregados das pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração indireta, como já ocorria, a referida lei ampliou essa possibilidade, permitindo que o mesmo ocorresse também quanto aos integrantes da Administração direta.

Cumpre mencionar que a lei ora tratada, conforme explicitado, é a legislação básica no que tange ao regime de emprego e que as demais leis trabalhistas possuem, com relação a ela, caráter subsidiário. Conforme o artigo 3° da Lei n. 9.962/00, o contrato de trabalho por prazo indeterminado somente poderá ser rescindido unilateralmente pela Administração, nos seguintes casos:

> I – prática de falta grave, dentre as enumeradas no art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT;
>
> II – acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;
>
> III – necessidade de redução de quadro de pessoal, por excesso de despesa, nos termos da lei complementar a que se refere o art. 169 da Constituição Federal;
>
> IV – insuficiência de desempenho, apurada em procedimento no qual se assegurem pelo menos um recurso hierárquico dotado de efeito suspensivo, que será apreciado em trinta dias, e o prévio conhecimento dos padrões mínimos exigidos para continuidade da relação de emprego, obrigatoriamente estabelecidos de acordo com as peculiaridades das atividades exercidas.

A Lei exclui dessas hipóteses, as contratações decorrentes da autonomia de gestão em razão do artigo 37, §8°, da Constituição Federal. Ou seja, quanto aos cargos exoneráveis a*d nutum* desnecessária se faz a motivação do ato.

Entretanto, pela teoria dos motivos determinantes, uma vez exteriorizado o motivo, e, portanto, feita a motivação, o ato fica vinculado à veracidade das alegações. Sendo elas falsas, o ocupante tem o direito à reintegração ou à indenização, como preferir.

Observe-se que o rol do artigo 482 da CLT foi alargado em razão do artigo 3° da Lei n. 9.962/00. Por esse ângulo o empregado público teria ainda menos vantagens do que o empregado da iniciativa privada, uma vez que as hipóteses para sua dispensa seriam ainda em maior número.

É aviltante a diferenciação de tratamento no que diz respeito à estabilidade entre servidores públicos estatutários (que trabalham para pessoas jurídicas de direito público) e celetistas (que oferecem sua força de trabalho para pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração pública).

Não bastasse isso, a Lei 9.962/00 permitiu que o regime de emprego fosse adotado também para os trabalhadores da Administração direta, de direito público. Se já havia clara afronta ao princípio da isonomia no primeiro caso, maior ainda é o desrespeito a ele na segunda hipótese.

O artigo 39, caput da Constituição Federal estabelecia, em sua redação originária, a instituição do regime jurídico único pela União, estados, Distrito Federal e municípios, no âmbito de sua competência.

A dúvida acerca da correta interpretação do dispositivo, em verdade, parece nunca ter sido sanada. A princípio, uns entendiam ser obrigatória a adoção do regime estatutário para toda a administração. Outros, por seu turno, consideravam a possibilidade de se ter tanto estatutários quanto celetistas, desde que fosse um único regime escolhido pelo ente federativo.

Ocorre que a reforma administrativa promovida pela Emenda n. 19 de 1998 eliminou a previsão do regime jurídico único contida no artigo 39 da Constituição Federal. Assim, um mesmo ente federativo passou a ter a possibilidade concreta de contratar servidores por diferentes regimes jurídicos.

A escolha da Administração por aplicar ambos os regimes, concomitantemente ou não, passou a ser feita por mero critério de oportunidade e conveniência, ingressando no âmbito do mérito administrativo em que o objeto e o motivo do ato são elementos discricionários.

Contudo, entendendo os indícios de inconstitucionalidade da alteração, o Supremo Tribunal Federal (ADI 2135 MC-DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, em 5/11/2012. Requerentes: PT, PDT, PCdoB e PSB) suspendeu a eficácia da mudança promovida pela Emenda n. 19 no artigo 39, retornando o dispositivo à redação anterior. O Supremo deu efeitos *ex nunc* à

decisão. A legislação editada, portanto, antes de decidida a medida cautelar manteve-se inatingível.

Julgada a cautelar, o originário artigo 39 voltou a valer, retornando a controvérsia acerca do regime jurídico único e sua aplicação. É que a expressão “regime jurídico único” não denota suficiente clareza para sua pacífica interpretação. O regime especial, por sua vez, continua para os servidores temporários, conforme disposto pelo artigo 37, IX da Constituição Federal.

Daí as inúmeras correntes doutrinárias para tentar explicar a intenção do legislador constituinte, das quais cita-se 3. Há quem considere ser possível a escolha de um único regime para a Administração direta e outro para as autarquias e fundações de direito público. Outra corrente entende caber aos entes federativos optarem pelo regime estatutário ou trabalhista, contanto que apliquem apenas um deles à Administração direta, autárquica e fundacional.

A corrente à qual este trabalho se filia, e também o ilustre Hely Lopes Meirelles (1993, p. 361). Para quem o regime jurídico único implicaria a obrigatoriedade de adoção do regime estatutário no âmbito da Administração direta, autárquica e fundacional.

Esse entendimento parece ser o mais lógico. Se *a priori* a Constituição estabeleceu ser único o regime, não há o que se falar na concomitância de dois regimes diversos. Principalmente em se tratando de Administração direta, autárquica e fundacional em que as pessoas jurídicas integrantes são todas de direito público.

A Emenda n 19/98, de Fernando Henrique Cardoso, acabou também com a isonomia funcional. Antes dela, pelo menos teoricamente, já que o sistema nunca foi cumprido, servidores da Administração direta do mesmo poder com as mesmas funções receberiam igual remuneração.

Com o advento da reforma administrativa, o servidor perdeu mais esse direito. Todo esse sacrifício em nome de um novo princípio trazido à Constituição: o da eficácia. A realidade é que o serviço público não se tornou mais eficaz em razão dessas alterações, principalmente em um governo marcado pela entrega do patrimônio público em que cujas características não se podem encontrar o apreço pelos concursos públicos e a seleção pela qualificação técnica do servidor em detrimento do nepotismo.

A legislação editada até o momento não perdeu sua eficácia. Atualmente, portanto, admite-se a adoção tanto de regime estatutário, quanto do celetista. Hely Lopes Meireles (2001, p,385) explica:

> Em consequência, em razão de suas autonomias políticas, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem estabelecer regime jurídico não contratual para os titulares de cargo público, sempre através de lei geral ou de leis específicas para determinadas categorias profissionais, as quais consubstanciam o chamado regime estatutário regular, geral ou peculiar. Podem, ainda, adotar para parte de seus servidores o regime da CLT. Por fim, devem adotar um de natureza administrativa especial, na contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

Os entes federativos que, por ventura, adotarem o regime celetista não podem alterar a CLT nos pontos que lhes convém. Essa competência para legislar, conforme a Constituição Federal, artigo 22, I pertence privativamente à União.

Já mencionado, todavia, haver legislação reguladora das relações de emprego no âmbito da Administração direta autárquica e fundacional. Trata-se da Lei Federal n. 9.962/00. Contudo, sua aplicação se restringe ao âmbito federal, não abrangendo as relações empregatícias cujo empregador seja os estados ou municípios.

Não é equânime a disciplina jurídica destinada e servidores e empregados públicos. Este trabalho, portanto, considera injusta a adoção de diferentes regimes no âmbito da Administração direta, autárquica e fundacional.

Sabe-se da existência de legislação que regulamenta o emprego público, entretanto, não é a lei que legitima o injusto. Inconcebível e desigual é o tratamento distinto possibilitado pela Emenda n. 19 aos servidores públicos.

Se o texto constitucional originalmente estabeleceu em seu artigo 39 a instituição de um regime jurídico único a ser adotado por União, estados, Distrito Federal e municípios, no âmbito de sua competência, parece mais lógico pensar-se em um estatuto a ser elaborado por cada ente.

Se a intenção do legislador constituinte fosse estabelecer regimes jurídicos distintos, não haveria razão para especificar “regime jurídico único” (artigo 39 CF). Além disso, a Constituição, no referido artigo, não mencionou a CLT cuja existência é prévia àquela. Fosse o caso considerar a CLT como opção de regime jurídico a ser adotado, o faria com clareza.

Não o tendo feito, as interpretações que permitem a livre escolha de estatuto ou da Consolidação para reger as relações trabalhistas em sentido amplo no âmbito da Administração pública direta não parecem ser as mais razoáveis.

Atualmente, os autos da ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) encontram-se conclusos à relatora, a Ministra Cármen Lúcia. Todavia, os ministros seguirem como compreenderam no julgamento da cautelar, entenderão não ser possível a coexistência do regime celetista e do estatutário na Administração direta.

Esse entendimento se deu em razão de, segundo os ministros, ter havido vício formal na Emenda Constitucional n° 19. A legislação editada na vigência da emenda manteve-se em vigor em razão de ter-se dado à decisão o efeito *ex nunc*, próprio das cautelares, garantindo maior segurança jurídica às relações por ela albergadas.

Toda essa polêmica em torno do regime jurídico reflete diretamente no quesito FGTS. Sendo próprio do empregado público e não do servidor em sentido estrito, o fundo visa compensar minimamente a falta de estabilidade própria do celetista.

Em havendo apenas um único regime, como gostaria que houvesse a Constituição, nenhum servidor da Administração direta faria jus ao FGTS. O que não seria ruim. Pelo contrário, ter-se-ia tratamento justo e igualitário entre os trabalhadores da Administração direta.

O FGTS é mera compensação em face da estabilidade perdida pelos trabalhadores celetistas. Não se trata de privilégio a sua aferição. De tal sorte, as diferentes interpretações dadas acerca do regime jurídico único previsto pela Constituição Federal, dão azo a aplicação do fundo para uma parcela de trabalhadores dentro da própria administração pública.

A garantia de emprego é muito mais reconfortante para o trabalhador do que a possibilidade de saque do montante do fundo depositado em sua conta vinculada. Não importa, porém o incentivo a existência de servidores desidiosos em razão da certeza de manterem-se no cargo ou emprego.

Basta que os processos administrativos sejam levados a cabo por comissão competente, nas duas acepções da palavra, para tanto. Ocorre que, lamentavelmente, não é nenhuma novidade, não se pode acreditar sempre na realização de processos imparciais no âmbito da administração pública.

O presente trabalho não visa estimular a inoperância do servidor, mas sim, um tratamento igualitário no que concerne ao regime trabalhista aplicado a todos eles. Honestidade e serviço são valores que dificilmente serão incutidos no servidor pelo sistema vigente. Essas virtudes, em verdade, devem ser perquiridas por todos os homens e o despertar acontece por diferentes motivos em cada indivíduo.

É bem verdade (e essa revelação não se afigura grande descoberta) que muitos são os magistrados desidiosos em nosso País. Arvoram-se de uma condição que lhes é dada pelos homens, de verdadeiras entidades sobrenaturais às quais o cidadão comum deve dirigir-se com um respeito maior do que aos próprios entes mais queridos para verem julgados seus provimentos.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Contudo, o que se alega é que a desídia do magistrado é sempre devida à grande quantidade de processos tramitando em nossas secretarias. Se assim fosse, não teríamos professores de universidades e cursinhos ocupando o cargo de juízes. O que há, em verdade, é uma complacência enorme em relação a magistrados e alguns servidores em detrimento do interesse público.

O grande "chefe" de todo o servidor público é o povo e é a ele que cada ocupante de cargo ou emprego deve satisfações. Todo trabalhador público tem na razão de ser da sua atribuição servir à coletividade. É para tanto que recebem seus vencimentos. A ideia é coibir a desídia no âmbito da administração e, por outro lado, dar o mesmo tratamento aos servidores, obedecidas, obviamente, as peculiaridades reais de cada cargo.

III.2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Embora corriqueiramente relacionada ao ato de governar, Administração pública não é sinônimo de Governo. Governo é qualquer atividade própria daqueles que representam e possuem poder para tanto. Para Meireles (2001, p. 59), o conceito de governo possui três aspectos a serem considerados: Um em sentido formal cuja essência se refere ao conjunto de "Poderes e órgãos constitucionais"; outro focado no aspecto material, sendo "complexo de funções estatais básicas"; e o terceiro aspecto, o operacional, que diz respeito à condução política dos negócios públicos.

A Administração é mais "palpável", trata-se da atividade concreta do Estado sempre com foco nas necessidades coletivas. Por isso, diz-se que a finalidade, elemento dos atos administrativos, é sempre o interesse público.

Hely Lopes Meireles também sistematiza o conceito dividindo-a nos aspectos formal, material e operacional. Em sentido formal, Administração "é o conjunto de órgãos instituídos para a consecução dos objetivos do Governo" (2001, p. 59). No aspecto material, por seu turno, Administração é "o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral" (2001, p. 59). Do ponto de vista operacional "é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade" (2001, p. 59).

Os atos praticados pela Administração não são atos de governo, mas de execução. Alguns autores diferenciam os termos "Administração pública" (com inicial maiúscula) de "administração pública" (com iniciais minúsculas). O primeiro refere-se ao sentido subjetivo, orgânico ou formal da palavra, sendo um conjunto de órgãos e agentes estatais no exercício da

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

função administrativa. O segundo termo, no entanto, é senão a atividade estatal atuante na defesa do interesse público, sentido objetivo, material, ou funcional da palavra.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

IV. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA

A Administração direta é o complexo de órgãos encarregados do cumprimento de atribuições determinadas, observada a hierarquia existente entre si e seus titulares. O princípio da hierarquia há de ser observado em razão da relação de subordinação existente tanto entre os próprios órgãos, como entre seus respectivos titulares.

O poder hierárquico objetiva ordenar, coordenar, controlar e corrigir as atividades administrativas. Segundo Hely Lopes Meirelles, o poder hierárquico é também a competência dada ao "Executivo para distribuir e escalonar as funções de seus órgãos, ordenar e rever a atuação de seus agentes, estabelecendo a relação de subordinação entre os servidores do seu quadro de pessoal" (2001, p. 113).

Importante ressaltar, todavia, que, embora se possa pensar nessa hipótese, não há qualquer hierarquia entre Administração pública direta ou indireta. Apesar de a Administração pública direta criar a segunda através de lei, não é isso que torna uma submissa a outra.

De tal sorte, não há hierarquia entre seus servidores, não havendo, portanto, razões para o tratamento diferenciado que se tem nas relações de trabalho travadas entre ambas e seus respectivos trabalhadores.

IV.1. ORGANIZAÇÃO E COMPONENTES

A Organização administrativa estuda a estrutura interna da Administração pública que, para realizar suas competências, utiliza-se de duas técnicas diversas. No caso da Administração direta, a técnica adotada é a da desconcentração.

Ao contrário da concentração, em que não há repartição de competência entre órgãos, a desconcentração distribui as tarefas para diferentes órgãos e repartições da mesma pessoa jurídica.

Cada órgão público se dá, justamente, em razão das competências a ele destinadas e surge, exatamente, por conta delas. Em sendo órgão de uma pessoa jurídica, não funciona isoladamente, e por isso, não detém personalidade própria. Os órgãos dependem das pessoas às quais estão vinculados para prosperarem.

Por não possuírem personalidade própria, os órgãos não podem ser acionados judicialmente. Entretanto, a doutrina e a jurisprudência consideram essa possibilidade em casos excepcionais como ocorre com a Presidência da República e a Mesa do Senado. Vale

salientar, contudo, que a capacidade processual a eles concedida diz respeito basicamente à defesa de suas prerrogativas em juízo.

Os componentes da Administração direta são todas as entidades federativas: União, estados, municípios e Distrito Federal.

IV.1.2 TAXONOMIA DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA

Tanto a União, quanto os estados, municípios e Distrito Federal, são pessoas jurídicas de direito público interno, conforme disposto no artigo 41, incisos I, II e III do Código Civil. Assim, as entidades federativas, pertencentes à Administração direta, são todas pessoas jurídicas de direito público.

Esse é um ponto interessante cuja observância feita isoladamente alijaria o presente estudo da plenitude da compreensão pretendida sobre tema. Pelo menos no âmbito da Administração direta, o regime jurídico único a ser adotado não poderia ser privado, pois destoa de sua própria natureza jurídica.

IV.1.3 VÍNCULO COM SEUS SERVIDORES

Em regra, os servidores pertencentes aos quadros da administração direta são estatutários. No entanto, como mencionamos anteriormente, a legislação editada antes de proferida a decisão da medida cautelar na ADI 2135 MC-DF mantém-se em vigor em razão de seu caráter *ex nunc*.

De tal sorte, coexistem o regime estatutário e o celetista na regência de relações trabalhistas semelhantes nas quais o “empregador” é a própria Administração direta. Contudo, nas relações que se originem após a decisão da medida cautelar, o entendimento é o de que será único o regime, podendo ser estatutário ou celetista.

Este trabalho, porém, não esposa da ideia. Considera-se que a Constituição, ao estabelecer regime jurídico único, pressupôs este como sendo somente o estatutário, pelo menos para a Administração direta.

O legislador constituinte preocupou-se em estabelecer a unidade de regime para evitar diversos estatutos regulamentando as relações da Administração e seus servidores. Fosse o

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

caso de aplicar-se a legislação celetista, a Constituição sequer necessitaria ter esse cuidado, pois, presumir-se-ia sua aplicação, tal qual ocorre com os trabalhadores da iniciativa privada.

Para efeitos de FGTS, não haveria de se falar em sua observância, vez que o servidor faria jus à estabilidade após o decurso do estágio probatório e cumpridos os demais requisitos para sua aquisição, não havendo necessidade de se compensar esse benefício com a garantia do fundo.

Em sede de administração direta, admitir-se a existência de regimes diversos desde que únicos para cada esfera de governo (é até difícil relacionar tamanha contrariedade em uma única sentença) é uma afronta à vontade original do legislador constituinte.

Ademais, essa situação fere, em demasia, princípios de relevância constitucional como a isonomia, a dignidade da pessoa humana e, até mesmo, a moralidade administrativa, visto que é imoral “atropelar” essas garantias concedidas por nossa Lei Maior em detrimento do justo e equânime tratamento que deveria ser dispensado a todos os servidores.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

V. ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

Compete ao Direito constitucional a organização do Estado e ao Direito administrativo, regulamentá-la em relação a sua estrutura, criação, alteração e atribuição de competências.

A organização administrativa possui a forma de pirâmide cujo topo é ocupado pela autoridade máxima referente a esfera de governo a que representa. Assim, cada esfera de governo, União, estados, Distrito Federal e municípios, através de lei, estruturam sua respectiva Administração pública.

Para dar execução às diretrizes da Administração direta, ela própria cria, através de lei ou de autorização legislativa as entidades ou órgãos que a auxiliarão nesse mister. Essas entidades são, em seu conjunto, a chamada Administração indireta.

A Administração indireta surge para atender sempre a finalidade última do ato administrativo: o interesse público. Não importa a qual natureza jurídica, se de direito público ou privado pertencer a entidade.

V.1. ORGANIZAÇÃO E COMPONENTES

Ao contrário do que ocorre na formação da Administração direta cuja técnica aplicada é a da desconcentração, em que uma única pessoa jurídica se subdivide formando seus próprios órgãos desprovidos de personalidade jurídica, na Administração indireta ocorre um processo de desconcentração.

A técnica da descentralização é a distribuição de competências de uma pessoa para outra. Em sentido diverso da desconcentração (em que a pessoa jurídica continua sendo apenas uma) na descentralização, ao repartirem sem as competências, novas pessoas surgirão.

Tratando do tema, a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 390) bem define o instituto:

> A descentralização administrativa ocorre quando as atribuições que os entes descentralizados exercem só têm o valor jurídico que lhes empresta o ente centra; suas atribuições não decorrem, com força própria, da Constituição, mas do poder central. É o tipo de descentralização própria dos Estados unitários, em que há um centro único de poder, do qual de destacam, com relação de subordinação, os poderes das pessoas jurídicas locais.

Por esse processo, é formada a Administração indireta e as entidades, e não órgãos, que a compõem. Essas entidades são pessoas jurídicas autônomas de direito público ou privado.

Mais especificamente, a Administração indireta é constituída por autarquias, fundações públicas, agências reguladoras, associações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais.

V.1.2 TAXONOMIA DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

Há entidades na Administração indireta tanto de direito público, como de direito privado. São de direito público: autarquias, fundações públicas, agências reguladoras e associações públicas. Por sua vez, são de direito privado: empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais.

É justamente a taxonomia dessas entidades que determina características fundamentais, como o regime jurídico a ser aplicado. Aplicam-se às entidades de direito público regras do regime jurídico público. Àquelas de direito privado, aplica-se, em regra, a CLT.

V.1.3 NATUREZA PÚBLICA

Apesar de coexistirem como integrantes da Administração indireta, entidades de direito público e de direito privado, a realidade é que todas possuem a mesma finalidade: o interesse público.

Não somente autarquias e demais entidades de direito público devem atender aos princípios expressos (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) e implícitos norteadores do direito administrativo, como também aquelas cuja natureza é de direito privado.

A verdade é que a distinção das entidades através dessa separação pela taxonomia reflete em aspectos de natureza formal, pois altera o seu processo de criação e também se apresenta materialmente quando afeta os direitos aos quais fazem jus os seus servidores, entre eles o FGTS.

Autarquias, entidades de direito público, por exemplo, são criadas mediante lei. O mesmo ocorre com as fundações públicas, que, criadas por Lei específica, terão sua área de

atuação definida em lei complementar. Entretanto, no caso dos consórcios ou associações públicas, os entes federativos decidirão sua natureza jurídica após a celebração do contrato.

Nessa possibilidade de na personificação dos consórcios trazida pela Lei n° 11.107/2005, tem-se nítido o propósito da taxonomia das entidades da Administração indireta. Não se trata de sua real natureza jurídica, mas de uma natureza ficta, estabelecida segundo critérios que não se amoldam propriamente ao verdadeiro papel por elas desempenhado ante a sociedade.

Ocorre que, em essência, todas as entidades da Administração indireta possuem natureza pública. Inclusive empresas públicas e sociedades de economia mista que, apesar de atuarem na exploração de atividade econômica, não perdem seu caráter público, pois existem para servir à coletividade

Obviamente, nesses dois casos, há determinadas medidas a ser adotadas para possibilitar sua atuação no mercado. Por esse motivo, se explorarem atividade econômica, tanto empresas públicas, como sociedade de economia mista, não precisam licitar para a contratação de bens e serviços relacionados diretamente com suas atividades finalísticas.

Por outro lado, há a obrigatoriedade de concurso público para ingresso nos quadros tanto da Administração direta, quanto da indireta, salvo, obviamente, os cargos de livre nomeação e exoneração.

Sendo assim, os aspectos em que se justificam as ressalvas são apenas aqueles relacionados com a viabilidade comercial. Entretanto, não há porque recaírem sobre os servidores, através da adoção do regime celetista, as exigências de mercado. Outros meios há que possam ser adotados para impulsionar a exploração de atividade comercial por empresas públicas ou sociedades de economia mista.

Os melindres acerca das características de cada entidade são temas estudados nos bancos das universidades normalmente. O domínio do conteúdo ministrado na graduação é de suma importância. Ao superar essa etapa, se faz necessário avançar e vislumbrar o porquê de cada matéria apreendida.

Mais do que aceitar simplesmente “porque a lei diz”, é imprescindível que o verdadeiro estudante e amante do Direito desenvolva seu raciocínio para entender as criações jurídicas e o sentido de suas classificações. Não é coerente com a essência do Direito aceitar meras conveniências como verdades incontestáveis.

Na realidade, todo órgão ou entidade da Administração pública, seja ela direta ou indireta tem, em sua essência, a natureza pública. Todos, necessariamente, obedecem aos princípios do Direito Administrativo expressos ou implícitos no ordenamento jurídico.

Não poderia ser a mera qualificar, por conveniência, de qual seja a natureza jurídica de órgãos e entidades da Administração pública capaz de alterar a sua verdadeira taxonomia a ponto de afetar suas relações de trabalho e permitir a coexistência e aplicação de legislações diversas a trabalhadores que exerçam as mesmas funções no âmbito da Administração Pública.

O que define o caráter público aqui apresentado (e não conforme a classificação adotada artificialmente) desses centros de competência são basicamente três vetores. Primeiro, a relação entre o ente e o Estado. Segundo, a ligação entre o ente e a população atendida pelo serviço. E, por último, seu papel de ponte entre usuários e Estado.

Todos os órgãos e entidades da Administração possuem uma parcela, senão a totalidade de seu capital de ordem pública. Além disso, sua criação ou autorização dependem de lei, não sendo possível sua concepção ao bel prazer de quem quer que seja. Esse é o primeiro ponto cujo enfoque se dá entre o Estado e o ente.

No que tange à ligação entre o ente e a população, faz-se referência à disponibilidade do serviço à coletividade e seus reflexos nos meios sociais. Afinal, a razão de ser de órgãos e entidades é, senão, servir ao interesse público, promover o crescimento social e econômico do país, além de possibilitar à população o acesso aos produtos e serviços por eles fornecidos.

Como ponte entre o usuário e o Estado, os entes da Administração pública não apenas representam esta face da população, mas é o próprio Estado atuando perante à coletividade. Órgãos e entidades são as partes "palpáveis" do Estado através dos quais, a população se relaciona com o ele.

Uma agência da Caixa Econômica, agente operador do FGTS, por exemplo, é, para o usuário, o próprio Estado em sua atuação econômica, embora seja classificada juridicamente, como de direito privado. Todavia, o seu caráter social é irrefutável. Conforme o próprio sítio da empresa, ela:

> exerce um papel fundamental na promoção do desenvolvimento urbano e da justiça social do país, uma vez que prioriza setores como habitação, saneamento básico, infraestrutura e prestação de serviços, contribuindo significativamente para melhorar a vida das pessoas, principalmente as de baixa renda.
> (http://www14.caixa.gov.br/portal/acaixa/home/a_vida_pede_mais_que_um_banco)

Assim, independentemente da classificação juridicamente adotada para determinadas entidades da Administração Indireta, há de se levar em consideração o verdadeiro papel por elas desempenhado.

Trata-se de uma classificação com enfoque social, pela qual, eminentemente, é reconhecida (e não dada) a natureza pública de todos os órgãos e entidades da Administração.

Observa-se, sobretudo, a essência dos serviços públicos (satisfazer ao interesse público) e o seu alvo (a população).

V.1.4 VÍNCULO COM SEUS SERVIDORES

No quadro da Administração Indireta, os vínculos entre as entidades e seus trabalhadores podem variar conforme se trate de pessoa jurídica de direito público ou privado. Em sendo de direito público, o servidor será assim denominado e será regido por um estatuto. Se sua personalidade jurídica for de direito privado, seu trabalhador será tido por empregado e será regido pela CLT.

São os empregados os detentores do fundo como meio de compensar a impossibilidade de se manterem no emprego por não fazerem jus à estabilidade conferida à categoria dos servidores *stricto sensu*. O vínculo entre eles e a Administração é o mesmo entre os trabalhadores da iniciativa privada.

Ocorre que, ao contrário do obreiro privado, o empregado público é, em obediência aos princípios do direito administrativo, submetido a concurso público para ocupar sua vaga. Não se critica aqui essa exigência, mais do que justa e louvável, mas sim, o fato de que empregados públicos não possuem as mesmas garantias de servidores tão somente pela justificativa de possuírem seus empregadores naturezas jurídicas diversas.

Não se trata de complacência para com uma categoria em detrimento de outra. Trata-se de igualdade de exigências e, por conseguinte, de garantias àqueles que obedecem aos mesmos requisitos preestabelecidos para a aferição do cargo ou emprego. O empregado público não poderia equiparar-se ao privado se seu emprego, em tudo, obedece aos princípios de Direito Administrativo, sobretudo ao interesse público.

O mau atendimento observado nas repartições públicas e a displicência dos servidores não podem, certamente, ser incentivados. Todos os que dependem, seja for força da profissão ou por necessidades pessoais, da atividade do servidor sabem a desgastante realidade que é requerer a execução da mais simples das tarefas.

Tentar alcançar o motivo para a situação, que perdura desde sempre e que mais parece intrínseco ao próprio serviço público, é, possivelmente, uma forma de se combater tais atitudes. Todo o cuidado deve ser tomado, todavia, para não se responsabilizar exclusivamente o servidor, especialmente o empregado público (menos protegido pela legislação) e recair sobre ele a ineficiência da prestação do serviço.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Dois fatores são os que mais contribuem para o que se verifica quando o tema é atendimento inadequado no serviço público. O primeiro deles é a deficiência da própria estrutura física de muitas repartições. E isso é muito mais experimentado em âmbito estadual e, praticamente, na totalidade dos órgãos e entidades municipais.

O segundo ponto convergente para que se torne o serviço ainda pior é, lamentavelmente, o aspecto social, sobretudo no contato entre servidor e "servido". Muitos são os servidores que se acomodam na ideia da estabilidade que dela se utilizam para dar azo a suas pretensões de "dar o mínimo possível de si" e em troca, receber seus vencimentos, inatingíveis.

Esse aspecto não é tão simples de ser corrigido. Bem mais fácil são erguer as estruturas físicas do prédio e mantê-las, ao invés de trabalhar em algo tão subjetivo como é o comportamento humano. O fato é que a desídia do servidor não pode ser atribuída tão somente à sua estabilidade no cargo. Questões outras há que culminam no comportamento omissivo verificado em grande parte de nossos órgãos e entidades públicas.

Além da certeza de garantia do seu posto, o mau atendimento, o desrespeito para com os usuários do serviço, o descaso com que muitos servidores, da menor a mais alta hierarquia, se propõem a executar suas tarefas deve-se também à questões muito mais profundas de índole individual. São vícios humanos que atravancam o andamento do serviço e impedem a execução de projetos conforme a expectativa no ato de sua elaboração.

O próprio sistema de compras de bens e serviços para a Administração através de processos licitatórios infindáveis é (não é novidade), muitas vezes, fraudulentos. Tal processo, acarreta no atraso do andamento das atividades setoriais e deixa um corpo de servidores presentes no espaço físico do órgão ou entidade completamente alheios às atividades de sua competência a ser desenvolvidas somente após a conclusão desses processos.

Assim, não é flexibilizando leis trabalhistas, como fez a reforma administrativa da Emenda Constitucional n.19, que se alcança uma melhora no serviço público. Quando não é a precariedade física da instituição, são os empecilhos burocráticos para a consecução de objetivos maiores ou, superados esses dois degraus, o mau servidor.

O mau servidor não é aquele em sentido estrito ou o empregado público. Não é o detentor de estabilidade, tampouco o que recebe o FGTS de forma compensatória. O mau servidor é o mau ser humano. É aquele a quem ele próprio e o corpo social dão tanta importância que, o mínimo ato a ele atribuído por obrigação do dever, é realizado (quando realizado) por ele na qualidade de "favor".

Promover uma melhora nessa realidade não é mera questão de liderança, pois cada trabalhador é uma unidade própria dotada de suas próprias virtudes e falhas. O sistema pode mudar e é interessante que o faça, mas diante do balcão da secretaria de uma vara, o Estado é o servidor e e a população é o usuário do serviço.

Nesse momento o que prevalece não é o regime ao qual se submete o trabalhador, se celetista ou estatutário, não é a modalidade licitatória para a aquisição ou venda de determinado bem ou serviço, o que se deve existir é tão somente respeito. Em outras palavras, grande parte dos entraves com que deparam os usuários do serviço público pode ser resolvida por uma simples, porém difícil, mudança pessoal de cada servidor em sentido amplo.

O vínculo entre o obreiro e a administração pública não afeta diretamente a população que se utiliza do serviço público. Essa questão é relevante por outros motivos que dizem respeito à isonomia, à supremacia do interesse público e à moralidade administrativa. A natureza dessa relação trabalhista não necessariamente interfere na prestação do serviço ou no atendimento ao público. Por isso também, a falibilidade da Emenda Constitucional n 19.

A reforma administrativa promovida pela emenda, em verdade não promoveu sequer a supressão de garantias conferidas antes de sua vigência aos servidores públicos. Na alegação de que tornaria o serviço público mais eficiente, inclusive, trazendo o princípio da eficiência à Constituição, providenciou basicamente a flexibilização das relações de trabalho entre eles e a Administração pública que, em praticamente nada, contribuiu para a melhoria do serviço.

A primeira providência que o empregador ávido pelo rendimento toma, normalmente, é dirigida com relação ao trabalhador. Desse modo, agiu o governo ao propor a referida Emenda. Não buscou uma melhoria do serviço através de profissionais qualificados e selecionados de modo justo através de concurso público ou da estrutura dos locais de trabalho no sentido de aperfeiçoar o serviço.

No lugar de investir na melhoria da estrutura física das repartições públicas, promover concursos públicos, a qualificação dos servidores, combater o nepotismo e o excesso de cargos e funções de confiança atribuídos a profissionais sem o conhecimento exigido para o seu desempenho ou dos quais se utilizam apenas em benefício próprio e de seus apadrinhados, o governo transferiu a responsabilidade pela falência do sistema ao servidor, diminuindo-lhe as garantias.

O verdadeiro retrato do serviço público não apresentou melhora em razão da reforma. As primeiras chispas de qualquer melhoria foram lançadas anos após, nos governos de Lula, quando, pelo menos, a seleção dos profissionais passou a se dar prioritariamente por meio de

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

concurso público. Entretanto, as chagas do nepotismo e de apadrinhados ainda se mantêm heranças de outros tempos.

As repartições federais também apresentam melhor estrutura atualmente, facilitando o trabalho do servidor. O mesmo não se verifica em grande parte dos governos estaduais e em muitas prefeituras. A descentralização administrativa, nesse caso, não permite que a evolução seja acompanhada em todas as esferas de governo.

Contudo, a excelência do serviço público só poderá ser alcançada não só quando totalmente adequados forem à estrutura física da repartição e o regime jurídico do servidor, mas, sim, quando se extinguirem os cargos ocupados por desidiosos e todos os servidores (efetivos ou em comissão) e empregados exercerem suas atribuições com vontade e respeito por quem necessita do serviço e pelo bem público.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

VI. DESINVESTIDURA DE CARGO OU EMPREGO PÚBLICO

Em se tratando de cargo público, a desinvestidura pode ocorrer através da demissão ou da exoneração. Na primeira, quando o objeto é cargo público, a demissão constitui verdadeira punição pela falta grave cometida pelo servidor. A exoneração, por sua vez, pode ser: a pedido do interessado, que não pode ser réu em processo judicial ou administrativo; de ofício no que tange aos cargos em comissão, exoneráveis *ad nutum*; ou motivada.

Ela será motivada em três casos. Primeiro, se o servidor não for estável, estará ele sujeito à exoneração para o cumprimento dos limites estabelecidos no artigo 169 da Constituição. Segundo se dá no estágio probatório quando não satisfeitas as suas condições. Assim, em vez de adquirir a estabilidade, o servidor será exonerado do cargo. O terceiro caso, ainda em se tratando de servidores públicos em sentido estrito, tal qual o primeiro, também remete ao artigo 169 e se trata da adequação que deve ser feita para ser observado o limite máximo de despesa com o pessoal ativo e inativo. Nessa situação poderá ser feita a dispensa motivada do servidor.

Oportuno lembrar o caso do empregado público, aquele regido pela . Ocorrerá a dispensa do empregado quando a CLT não prevê justa causa para tanto. É o mesmo que demissão sem justa causa, como chama o diploma em comento. O termo “demissão”, em se tratando de servidor, por sua vez, remete à ideia de punição.

Por essa razão, no caso de demissão sem justa causa do empregado público, considerando a sua posição de servidor público em sentido amplo, mais adequado seria o termo dispensa nas situações em que não se configura a justa causa. Porque, de outro modo, a mera dispensa chamada de demissão remeteria a falta cometida pelo empregado, ao qual ganha um cunho diferente daquele que se tem.

A motivação é imprescindível, sobretudo, para coibir a inserção de questões de ordem essencialmente pessoal como móvel da dispensa. Não se podem misturar desavenças políticas ou particulares no âmbito do serviço público para beneficiar ou prejudicar quem quer que seja. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles ensina:

> A motivação decorre dos princípios da legalidade, da eficiência, da moralidade e da razoabilidade, pois só com ela é que poderão ser afastados os desligamentos de celetistas motivados por perseguição política ou por outro desvio de finalidade. Se o particular pode, em tese, desligar o empregado que queira, o mesmo raciocínio não cabe tratando-se de empregado público. (MEIRELLES, 2001, p. 408).

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Não é porque o empregado público se submete à CLT tal qual o privado, que as regras para os dois serão, necessariamente, as mesmas. Enquanto os assuntos que envolvam o empregado da iniciativa privada não reclamam a obediência a princípios do direito administrativo, mas apenas àqueles do âmbito trabalhista, quanto ao empregado público, suas questões devem se enquadrar nas duas searas.

Assim, a motivação da dispensa tanto do servidor em sentido estrito, quanto a do empregado público (servidor *latu sensu*) devem ocorrer pelas mesmas razões e em respeito ao público e aos princípios dessa ordem. Entretanto, lembre-se o caso específico dos ocupantes de cargo em comissão. Pelo próprio nome, cargos demissíveis *ad nutum*, implica a possibilidade de ocorrer a dispensa a qualquer momento.

Nesse caso, em particular, é permitido à autoridade nomeadora exonerar o ocupante do cargo a qualquer momento sem motivar o ato. Ela age tal qual o empregador da iniciativa privada a quem é dado o poder para demitir a qualquer tempo seu empregado. Assim, aquele que ocupa essa espécie de cargo tem consciência de sua instabilidade na função.

Sendo possível a exoneração a qualquer momento sem que haja a motivação, para a autoridade nomeadora é menos burocrático assim proceder quando pretende maior rapidez no ato, do que instaurar um processo administrativo para apurar indícios que justifiquem a demissão do servidor.

Isso porque, se motivado o ato, pela teoria dos motivos determinantes, deixará o ato de ser discricionário e passará a ser vinculado, por estar a motivação atrelada à verdade dos fatos. Assim, pode o ocupante do cargo em comissão ser exonerado sem motivação ou demitido desde que motivado o ato que originou a demissão, considerando tratar-se de medida punitiva.

Em havendo indícios de ter o servidor praticado qualquer crime contra a administração ou mesmo as condutas previstas na Lei de Improbidade Administrativa, que podem ou não configurar crime, é necessário (embora não seja essa a prática) a instauração de processo administrativo para que se apure a falta. Afinal, a autoridade nomeadora está lidando com o patrimônio público e não privado, não podendo abrir mão de qualquer ressarcimento devido aos cofres públicos.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

VI.1. PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E POSSIBILIDADE DE DISPENSA IMOTIVADA DO EMPREGADO PÚBLICO

A Supremacia do interesse público em face do privado é o princípio implícito no ordenamento jurídico pátrio. Segundo ele, os interesses pertencentes à coletividade se sobrepõem àqueles de particulares. Cabe a Administração Pública defender esses interesses e é em nome desse princípio que são conferidos a ela inúmeros poderes para atuar.

Em razão do princípio do interesse público ou da finalidade pública, como também é chamado, a Administração possui poderes não extensivos aos particulares e se coloca em posição de superioridade com relação a ele. A desigualdade jurídica que se cria é essencial para que subsistam os grupos sociais. Uma vez que à Administração cumprirá zelar pela sua manutenção pacífica.

Maria Sylvia Zanella di Pietro bem lembra:

> Além disso, pode-se dizer que o Direito Público somente começou a se desenvolver quando, depois de superados o primado do Direito civil (que durou muitos séculos) e o individualismo que tomou conta dos vários setores da ciência, inclusive a do Direito, substituindo-se a ideia do homem como fim único do direito (própria do individualismo) pelo princípio que hoje serve de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração em todas as suas decisões: o de que os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais (PIETRO, 2011, p. 65).

Verifica-se que, após o reinado do Direito Privado e do individualismo, o Direito Público ganhou força depois de superado o primado daquelas ideias. A supremacia do direito público sobre o privado se tornou, então, alicerce do Direito Administrativo e é em torno desse princípio que giram todos os demais reguladores da Administração, ao qual se vincula todas as suas decisões a esse principio.

Mais que isso, a supremacia do interesse público está presente desde a elaboração da lei até sua execução. Ela serve de inspiração ao legislador e, além disso, vincula a atuação da Administração pública. Conforme o interesse que se visa proteger, o legislador editará lei que alcance essa proteção. Será no âmbito de interesse público, Direito Constitucional e Administrativo, sobretudo, em que se verá maior expressão desse princípio.

Quando se trata dos reflexos da supremacia do interesse público no agir da Administração, podem-se mencionar todos os poderes conferidos a ela para fazer vigorar o público ante o privado. Assim, é permitido a ela desapropriar, requisitar, intervir, policiar e punir em nome dos interesses da coletividade que representa.

O interesse público é indisponível e assim, não pode a Administração dele desfazer-se, pois que não representa, necessariamente, as vontades das pessoas que nela trabalham, mas, sim, o interesse de toda a coletividade que contribui para sua atuação e de que dela necessita para ver plasmados seus direitos e obrigações.

Tem-se, decorrente da supremacia do interesse público, outro princípio crucial pertinente ao tema, o da indisponibilidade do interesse público para Celso Antonio Bandeira de Mello:

> significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade — internos ao setor público —, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão da administração que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los — o que é também um dever —na estrita conformidade do que predispuser a *intentio legis*. (MELLO, 2008, p. 74)

A indisponibilidade do interesse público nada mais é do que separar o público do privado. Não pode o administrador gerir a coisa pública como se particular fosse atendendo a interesses próprios ou de pequeno grupo para o qual não se destinam determinadas ações. O administrador é, senão, "curador" do patrimônio público. A ele compete o cuidado para com os bens públicos para não ser mal utilizados ou verem desviada sua finalidade.

Como representante do órgão a que se vê vinculado, o gestor deve tomar decisões tendo em vista sempre o interesse público. Não pode ele dispor do patrimônio do órgão ou perdoar sua dilapidação porque, tal qual a mãe que representa o filho em juízo requerendo os alimentos, não é ela a parte interessada, mas, sim, a coletividade para quem se direcionam suas ações.

O interesse público é o móvel de toda e qualquer providência da Administração Pública. Ele deve estar presente em todos os atos do gestor. Havendo vício quanto a esse princípio, ou seja, quanto à finalidade, que é elemento do ato administrativo, terá ele comprometida a sua validade.

O princípio do interesse público encontra-se expressamente previsto na Lei de Processo Administrativo Federal, a Lei n°. 9784/99, em seu art. 2° :

> A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. (fonte)

Além de trazer o interesse público expressamente, em seu parágrafo único, inciso II, o mesmo artigo trata de sua indisponibilidade:

> Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...)
> II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei (fonte).

Percebe-se que, salvo autorização legal, não é permitida renúncia ao interesse geral, bem como a competências próprias dos servidores. Não se pode renunciar a algo que não lhe pertence. Por isso, não há o que se falar em renúncia a interesse público, visto que seu patrono é toda a coletividade e não o gestor.

Por mais poderes que lhe sejam dados para possibilitar-lhe o manuseio do patrimônio público enquanto meio de se atingir o bem maior, que é o interesse público, ao gestor não é concedido o poder para dispor desse interesse do qual ele não é dono. Sua função é a de gerir os recursos para levar a todos os efeitos dos atos administrativos voltados à coletividade.

A própria existência do Estado se dá em razão do interesse coletivo. Assim, a supremacia do interesse público sobre o privado é essencial para, não só que o Estado justifique sua existência, como também, para que ele atue. Não importa se diretamente ou indiretamente, através de particulares em colaboração, onde quer que o Estado atue, sua ação deverá se dar sempre com foco no interesse público.

Os únicos casos em que se poderá dispor do interesse público, cujo titular é o Estado e não o agente, devem estar previstos em lei para que seja o servidor autorizado a exercer tanto sua disponibilidade, como a renúncia. Vale salientar que isso não pode jamais ser regra, mas tão somente poderá ser levado a cabo em situações amparadas em lei.

A desigualdade entre o particular e a Administração deve existir, pois o interesse de todos é mais relevante do que o de apenas um. A Administração representa o todo, que deve prevalecer, certamente. Hely Lopes Meirelles bem ensina:

> Essa supremacia do interesse público é o motivo da desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados, que (...) apontamos como um de seus pressupostos. Bem por isso, a Lei 6748/99, no inc. XIII do parágrafo único do ast. 2°, diz que se deve interpretar a "norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige". (...) também indicamos que, dada a prevalência do interesse geral sobre os individuais, inúmeros privilégios e prerrogativas são reconhecidos ao Poder Público. (fonte)

Não se trata de desrespeito ao interesse particular o atendimento ao princípio do interesse público. Essa desigualdade é imprescindível para a sustentação do Estado e todos os seus privilégios no trato com o privado se justificam na supremacia do interesse público a quem seus atos devem obedecer.

A Constituição sabiamente, atendendo à segurança jurídica, faz a ressalva de que nem sempre o interesse público vencerá o embate ante o privado. Há, pois, situações em que este último deve ser observado. O art. 5°, inciso XXXVI, traz como exceções o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Assim, a Constituição Federal atentou à segurança jurídica, respeitando e garantindo ao particular três hipóteses (ato jurídico perfeito, coisa julgada e direito adquirido) em que seu interesse prevalecerá, podendo ele ser indenizado pelo Estado caso veja seus interesses afetados pela prevalência do público. O respeito à segurança jurídica é fundamental em um Estado Democrático de Direito.

O empregado também precisa ter a garantia de que, quanto a sua relação com o Estado, é irrelevante a vontade íntima de sua chefia. É importante para ele ter a segurança de que seu emprego envolve apenas questões de interesse público, não podendo ver-se despedido em razão de questões de ordem particular.

Não deve o empregado ficar a mercê de antipatias ou melindres de sua chefia imediata ou mesmo de autoridades superiores que podem, muito bem, promover demissões em massa sem que haja real interesse público. Não se acaba de afirmar nada fantasioso. Muitas foram as demissões promovidas pelo ex-presidente Fernando Henrique Cardoso na "Era das Privatizações" sem que fosse atendido qualquer interesse público.

Se houvesse sido observada a supremacia do interesse público, não teria o país pago para vender suas estatais e possibilitado empréstimos bilionários aos que se candidatavam para adquirir o patrimônio público, destroçado irresponsavelmente e irremediavelmente por seu governo. O interesse público não é assim tão subjetivo que não possa ser verificado pelas consequências estrondosas desses atos.

Assim, muitas demissões feitas à época não podem ser justificadas com base no interesse público. Embora tenham sido pagas as despesas com as rescisões (e feitos muitos empréstimos para isso, gerando, inclusive saldo devedor após as vendas) o que importa ao empregado é o emprego e não a indenização.

O administrador não pode dispensar empregados públicos e achar que o está fazendo de acordo com a moralidade simplesmente porque lhe paga o que lhe é devido em caso de dispensa sem justa causa. O público não é privado. A Administração, seja ela direta ou indireta, não pode funcionar como uma residência em que o patrão tem a faculdade de demitir o empregado porque não se sente bem na sua presença.

Sempre em vista do interesse público e de sua supremacia, não pode o agente atuar como se fosse defensor de seus interesses. Diante disso, a dispensa sem justa causa do

empregado público é matéria sobremaneira delicada. Muitos melindres há de ser observados neste ponto para que se assegure o limite a que os atos administrativos devem obedecer para não extrapolarem a esfera do interesse público.

É preciso ter muito cuidado no trato com o assunto. A possibilidade de dispensa imotivada do empregado público pode dar azo a incontáveis injustiças e incalculáveis prejuízos para as ordens econômica e social do país. Não é justo que o empregado, ao contrário do servidor, possa ser dispensado sem justa causa, ao alvitre de seus superiores.

A questão vai muito além de conceitos jurídicos, de classificações acerca da natureza jurídica das instituições para as quais o servidor trabalha. Trata-se de um assunto de ordem fática. Muitos são os empregados que, embora públicos, e para isso se submeteram a concurso tal qual o servidor, são dispensados sem que haja o real interesse público para justificar sua demissão.

O gestor, por não ser titular do interesse, não pode demitir sem justa causa como bem lhe aprouver. Qualquer dispensa que seja imprescinde do interesse público como móvel. Em se tratando de dispensa sem justa causa, essa necessidade se afigura ainda mais eminente. Precisará o agente provar o interesse público para validar a demissão.

Verificada sua ausência, o empregado pode requerer na via judicial sua reintegração. Muitas são, ainda hoje, as dispensas carentes de motivação idônea. Assim, há muitos casos de reintegração nesses moldes. Ainda que o empregado consiga retornar ao serviço, é, no mínimo, desgastante precisar requerer sua reintegração judicialmente.

Enquanto a ação tramita no judiciário, o empregado e sua família sofrem a incerteza de lograr êxito em sua demanda e a angústia da possibilidade de não retornar ao serviço público. O professor Alexandre Mazza (2011) bem considera “constitui absurdo impensável admitir que o empregado público ingressa na função por concurso público e pode ser demitido sem justa causa”.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

VI.1.2 POSSÍVEIS ALTERNATIVAS PARA O PROBLEMA

Antes de enumerarmos alternativas para a problemática trabalhada, cumpre esclarecer que as hipóteses por este trabalho levantadas são apenas possibilidades a ser levadas em consideração. Não se pode garantir sua completa eficácia prática, pois que vislumbradas apenas em tese e a aferição de resultados práticos demandaria profundas alterações de ordens legislativa, administrativa e mesmo política.

A situação do empregado doméstico requer alterações legislativas para que lhe seja garantido o mínimo de justiça. O empregado doméstico, como tratou neste trabalho, não fez jus a hora extraordinária, nem ao FGTS, a menos que seu empregador opte por realizar esses depósitos.

Quanto à hora extraordinária, sabe-se da dificuldade de se implantar no âmbito de uma residência sistema idôneo de verificação da jornada. Entretanto, tal qual pequenas empresas, nada obsta a que se mantenha o cartão manual de ponto. Assim, ao contrário do que pressupõe a legislação quando impossibilita o recebimento das horas extras, o empregado não estaria vinte e quatro horas por dia a mercê do empregador.

Primeiro, se estabeleceria a jornada de trabalho para o empregado doméstico. Em seguida, a obrigatoriedade do recolhimento do FGTS. Aqueles que defendem a flexibilização das normas trabalhistas e alegam que encargos trabalhistas oneram o contrato de trabalho, se posicionarão contra e alegando que as medidas gerariam desemprego.

Entretanto, as medidas têm cunho social e é preciso garantir a todos os empregados, independentemente da categoria o mínimo. Não devem recair sobre o empregado tais pesares em nome de assegurar índices de emprego. Principalmente porque não são essas mínimas proteções capazes de alterar esses índices significativamente.

As alterações sugeridas nada fazem de extraordinário a não ser garantir a uma classe excluída, direitos conferidos a todos os demais trabalhadores. Não se pode punir empregados retirando-lhes o mínimo com a falsa impressão de que assim serão mantidos seus empregos. A flexibilização só se justifica em momentos históricos em que se faça necessária a negociação coletiva em prol da manutenção do emprego quando o quadro assim o exigir.

Tenta-se inculcar no íntimo coletivo que o desemprego está relacionado à rigidez de nossa legislação. Ao permitir o abuso cometido em face dos empregados domésticos, a legislação pátria não pode ser classificada como de todo rígida. Ocorre que, não se pode jogar ao mercado o poder para decidir questões trabalhistas tão relevantes.

Todo avanço no âmbito do direito trabalhista decorre de densas lutas pelas quais muitos trabalhadores dedicam suas vidas, perdem seus empregos, são perseguidos no ambiente de trabalho, adquirem doenças laborais com reflexos por toda vida etc.. Cada garantia deve ser velada com todo o cuidado para que não se retroceda e se obtenham sempre melhorias.

O próprio Supremo Tribunal Federal, em sua tarefa de zelar pela Constituição, proferiu julgado prezando por resguardar determinadas matérias de ser negociadas coletivamente para garantir ao empregado seu direito à estabilidade provisória. Senão vejamos:

> "Estabilidade provisória da empregada gestante (ADCT, art. 10, II, b): inconstitucionalidade de cláusula de convenção coletiva do trabalho que impõe como requisito para o gozo do benefício a comunicação da gravidez ao empregador.
> 1. O art. 10 do ADCT foi editado para suprir a ausência temporária de regulamentação da matéria por lei. Se carecesse ele mesmo de complementação, só a lei a poderia dar: não a convenção coletiva, à falta de disposição constitucional que o admitisse.
> 2. Aos acordos e convenções coletivos de trabalho, assim como às sentenças normativas, não é lícito estabelecer limitações a direito constitucional dos trabalhadores, que nem à lei se permite."
> (RE n. 234.186-3 SP, Re. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – 1ª. Turma – Em.2041-4 – DJ 31.08.01).

Acertadamente, o STF freou a ganância do empregador para assegurar o cumprimento da Constituição. Assim, limitou o âmbito da negociação coletiva, resguardando garantias constitucionais como a da estabilidade provisória da empregada gestante. Com essa decisão, o Pretório Excelso impossibilitou a flexibilização de normas trabalhistas, zelando pelo não retrocesso.

Quanto ao regime jurídico aplicado aos empregados públicos demonstrada, restou a discrepância de tratamento que se verifica no âmbito da administração direta, indireta e fundacional no país. Empregados públicos e servidores em sentido estrito são regidos por normas distintas, embora tenham adentrado nos quadros funcionais pelos mesmos meios.

Em verdade, apesar das diferentes classificações de natureza jurídica dadas às instituições integrantes da Administração Pública, todas elas devem obedecer em suas relações tanto com seus administrados, quanto em suas relações de trabalho, aos princípios do Direito Administrativo.

Os regimes jurídicos são aplicados aos trabalhadores, basicamente, conforme a personalidade jurídica da instituição para a qual trabalha ou conforme seu ingresso no serviço público. Se ocupante de cargos em comissão, exoneráveis *ad nutum*, terão seu regime jurídico

regulado parcialmente pela Lei n° 8.112/90. Se servidor no quadro da Administração direta, poderá ele ser estatutário. Se empregado público na Administração Indireta será ele regido pela CLT.

Entretanto, atrelar o regime a ser regulado o obreiro em razão da natureza jurídica do ente para quem ele presta sua mão de obra não se faz lógico. Pois, todos aqueles, à exceção dos ocupantes de cargos em comissão ou de funções temporárias, ingressariam nos quadros públicos através de concurso.

Não faz sentido que seus direitos e garantias sejam díspares uns dos outros porque as personalidades das instituições às quais se vinculam são distintas. Assim, sugere-se a aplicação do Regime Jurídico Único nos moldes do originário artigo 39 da constituição federal.

Dessa forma, ter-se-ia garantido tratamento isonômico todos os trabalhadores da Administração pública, seja ela direta, indireta ou fundacional. Em sendo todos considerados estatutários, o FGTS se manteria apenas para os trabalhadores da Iniciativa Privada, regidos pela CLT e demais leis trabalhistas.

Assim, não seria possível a dispensa sem justa causa do empregado público. Ver-se-iam atendidos os princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse. Nada mais estar-se-ia a fazer do que simplesmente adotar o regime jurídico único como proposto originalmente pelo artigo 39 da Constituição.

Pode parecer algo extraordinário a impossibilidade de se demitir sem justa causa o empregado público. No entanto, embora não seja levado a cabo, na prática, o respeito à indisponibilidade do interesse público, agindo assim, estaria tão somente dando ao princípio sua merecida, porém esquecida, aplicação.

O mínimo a ser garantido ao empregado público, e de extrema relevância, é a impossibilidade de dispensa imotivada, ainda admitida por nossos tribunais. Não é aceitável que o administrador atraia para si a qualidade de detentor da titularidade de interesse que não lhe pertence, mas sim ao público. E assim sendo, há de haver sempre justificativa para uma dispensa pautada no interesse público e não em particularidades.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme o que se tratou neste trabalho, pode-se verificar que a existência do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço se dá de forma compensatória em detrimento da antiga estabilidade decenal, não mais aceita em nosso ordenamento. Não constitui o fundo, bônus ou prêmio, mas, sim, mero substitutivo à estabilidade vigente até o advento da Constituição Federal de 1988.

Em verdade, o FGTS é um exemplo de flexibilização de normas trabalhistas e há de ser reconhecida sua importância na iniciativa privada, dadas as inúmeras tentativas dos empregadores à época em que não havia sua obrigatoriedade de obstar a estabilidade decenal. O empregado perdia seu trabalho pouco antes de adquirir a estabilidade e em troca dele recebia indenização proporcional ao tempo de serviço.

Nada muito diferente do que ocorre nos moldes do Fundo. Em outras palavras, o trabalhador, em determinadas hipóteses previstas em Lei, fará jus ao saque dos valores depositados em sua conta vinculada ao FGTS. A diferença é que além do caso de demissão sem justa causa, há outras situações em que ele poderá fazer uso desses valores sem a necessidade do amargor de se perder o emprego.

A aplicação do FGTS é interessante na iniciativa privada, no entanto, no âmbito da administração pública, é incoerente que uns façam jus a estabilidade e outros ao FGTS como forma de compensar a sua falta se todos, ressalvados os ocupantes de cargos em comissão, ingressaram na administração pública por meio de concurso público.

A adoção do regime jurídico único como originalmente previu a Constituição Federal pode ser uma boa solução para o problema. Assim, pelo menos aqueles servidores de um ente da administração serão todos regidos pela mesma regulamentação. Nos atuais moldes, a aplicação de regimes diversos para empregados e servidores fere princípios de grande relevância como a supremacia do interesse público e sua indisponibilidade.

Não se pode admitir que empregados públicos sejam demitidos sem justa causa, porque, tal qual o servidor faz jus à estabilidade e vê-se protegido da responsabilidade, por exemplo, de responder a ação proposta diretamente por particulares por danos a eles causados no desempenho de suas funções, o empregado também necessita das mesmas garantias para o exercício de suas atribuições.

O TST mantém o posicionamento, todavia, de que é possível a dispensa imotivada do empregado público. Entretanto, pelo menos no caso da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), o Colendo Tribunal conferiu a ela o mesmo tratamento destinado à

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Fazenda Pública, considerando sua imunidade tributária e a possibilidade de execução por precatório, prerrogativas de foro, prazos e custas processuais.

O precedente é um passo para que, futuramente, demais empregados públicos vejam resguardados o direito a ser dispensados apenas se houver justa causa, para tanto, a ser, certamente, apurada em processo administrativo e demais hipóteses constitucionais. Assim, ponderando situações fáticas, saindo da órbita das classificações convencionais de natureza jurídica das instituições é que se pode ver o direito verdadeiramente aplicado.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. São Paulo: Abril Cultural e Industrial, 1973.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5 ed. Niterói: Impetus, 2011.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria geral da administração**: uma visão abrangente da moderna administração das organizações. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de Direito Administrativo**. 7. ed. Porto Alegre: [s.n], 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GASPARINI, Diogenes**. Direito Administrativo**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A continuidade do contrato de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Instituições de direito público e privado**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

PINTO, José Alexandre Pereira. **Apontamentos de Direito do Trabalho**. 4. ed. Natal: Lucgraf Editora Gráfica, 2009.

PLATÃO. **A República**. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

RIBEIRO JUNIOR, Amaury. **A privataria tucana.Coleção história agora**. São Paulo: Geração Editorial, 2011. v. 5.

SUSSEKIND, Arnaldo. Direito Constitucional do Trabalho. 2. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VIANNA, Luiz Werneck. **Liberalismo e Sindicato no Brasil**. 4. ed. Belo Horizonte: UFMG, 1999.

www.caixa.gov.br

www.ibge.gov.br

www.dji.com.br

www.planalto.gov.br

http://jurisway.jusbrasil.com.br/noticias/3090505/empregados-do-banco-do-brasil-participantes-de-plano-de-demissao-voluntaria-pedem-reintegr

ANEXO A - Posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho Quanto ao Tema

Embora seja corriqueira na iniciativa privada, a dispensa imotivada do empregado público vai de encontro aos princípios norteadores do Direito Administrativo, sobretudo o da supremacia do interesse público e o da indisponibilidade do interesse público. É bem verdade que todos os demais princípios da esfera do Direito Administrativo decorrem deles.

Não há como conceber que princípios como motivação, impessoalidade, finalidade, legalidade, moralidade, de observância obrigatória, coadunem com a prática da demissão sem justa causa no âmbito do serviço público. Se os agentes públicos não são donos dos interesses que defendem, não se pode falar em dispensa sem justa causa. Há de haver causa ensejadora da dispensa e há de ser justa.

A doutrina é unânime quanto à necessidade de prévio processo administrativo para ser efetivada a demissão que deverá ser motivada, sendo garantidos ao empregado público os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Entretanto, apesar de se depender de processo administrativo para a dispensa, sabe-se que, na prática, esses processos muitas vezes não garantem a observância dos mencionados princípios.

Quando se tem por aceitável a dispensa imotivada do empregado público, produz-se uma série de efeitos prejudiciais ao país. Pedidos de demissão voluntária, por exemplo, são retratos do que pode acontecer por não se conferir ao empregado público um tratamento conforme preceitos de direito público. Um exemplo disso é o que aconteceu com os empregados do Banco do Brasil em 1995 que aderiram ao PDV e, em 2012, ingressaram na justiça para requerer a reintegração sob o argumento de terem sido enganados.

No caso do Banco do Brasil, após o prazo para aderirem ao plano, muitos empregados que não optaram por fazer, foram considerados excedentes e, posteriormente, demitidos sem justa causa, vendo-se alijados do emprego. Vê-se nitidamente que o modelo atual desobedece aos princípios de ordem constitucional do Direito Administrativo ao permitir que isso ocorra.

A tradição do Tribunal Superior do Trabalho sempre foi no sentido de ser possível a dispensa imotivada de empregados públicos. Conforme esse entendimento, aplicam-se ao empregado público, sem qualquer alteração com relação ao empregado da iniciativa privada, os dispositivos da CLT. Para corroborar o entendimento, o tribunal editou a súmula n. 390 a seguir transcrita:

> Estabilidade - Celetista - Administração Direta, Autárquica ou Fundacional - Empregado de Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

> 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)

A súmula diferencia servidores celetistas de empregados porque os primeiros são aqueles para quem administração escolheu ser regidos pela CLT quando poderia ser-lhes aplicado estatuto, pois que servidores da administração direta, autárquica e fundacional. A súmula lhes concede a estabilidade, mas não faz o mesmo com relação aos empregados, embora também sejam regidos pela CLT.

Tamanha discrepância não merece prosperar. O tratamento entre servidores em sentido amplo deve ser equânime. O próprio TST, nesse posicionamento, possibilitou a violação aos princípios de direito administrativo que devem ser resguardados em todas as relações da administração pública.

Além da referida súmula, o TST também editou orientação jurisprudencial no mesmo sentido. Trata-se da OJ n. 247, cuja redação original consistia em "Servidor público. Celetista concursado. Despedida imotivada. Empresa pública ou sociedade de economia mista. Possibilidade".

Ocorre que, acertadamente, em 2007 o Tribunal alterou seu posicionamento sobre o tema, reformulando a redação original da mencionada OJ para a seguinte:

> SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. Inserida em 20.06.2001 (Alterada – Res. nº 143/2007 - DJ 13.11.2007)
> I - A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade;
> II - A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais. (fonte)

A Orientação Jurisprudencial n. 247 tratou de situação específica dos empregados da ECT. Todavia, o interessante é que o entendimento adotado nesse caso em concreto se estenda a todos os empregados públicos. Assim, ter-se-á situação de verdadeiro tratamento isonômico.

A alteração promovida em 2007 na OJ pela Resolução n. 143 do TST constitui importante avanço no que tange ao tema para os empregados públicos. A tendência é que esse

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

entendimento prevaleça e passe a abranger a totalidade dos empregados públicos. Esse é o entendimento mais acertado quanto ao assunto e, certamente, o mais justo.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

ANEXO B – Lei nº 8.036

LEI Nº 8.036, DE 11 DE MAIO DE 1990.

Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências.

Art. 20

I - despedida sem justa causa, inclusive a indireta, de culpa recíproca e de força maior; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.197-43, de 2001)

II - extinção total da empresa, fechamento de quaisquer de seus estabelecimentos, filiais ou agências, supressão de parte de suas atividades, declaração de nulidade do contrato de trabalho nas condições do art. 19-A, ou ainda falecimento do empregador individual sempre que qualquer dessas ocorrências implique rescisão de contrato de trabalho, comprovada por declaração escrita da empresa, suprida, quando for o caso, por decisão judicial transitada em julgado; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001)

III - aposentadoria concedida pela Previdência Social;

IV - falecimento do trabalhador, sendo o saldo pago a seus dependentes, para esse fim habilitados perante a Previdência Social, segundo o critério adotado para a concessão de pensões por morte. Na falta de dependentes, farão jus ao recebimento do saldo da conta vinculada os seus sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, expedido a requerimento do interessado, independente de inventário ou arrolamento;

V - pagamento de parte das prestações decorrentes de financiamento habitacional concedido no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), desde que:

a) o mutuário conte com o mínimo de 3 (três) anos de trabalho sob o regime do FGTS, na mesma empresa ou em empresas diferentes;

b) o valor bloqueado seja utilizado, no mínimo, durante o prazo de 12 (doze) meses;

c) o valor do abatimento atinja, no máximo, 80 (oitenta) por cento do montante da prestação;

VI - liquidação ou amortização extraordinária do saldo devedor de financiamento imobiliário, observadas as condições estabelecidas pelo Conselho Curador, dentre elas a de que o financiamento seja concedido no âmbito do SFH e haja interstício mínimo de 2 (dois) anos para cada movimentação;

VII – pagamento total ou parcial do preço de aquisição de moradia própria, ou lote urbanizado de interesse social não construído, observadas as seguintes condições: (Redação dada pela Lei nº 11.977, de 2009)

a) o mutuário deverá contar com o mínimo de 3 (três) anos de trabalho sob o regime do FGTS, na mesma empresa ou empresas diferentes;

b) seja a operação financiável nas condições vigentes para o SFH;

VIII - quando o trabalhador permanecer três anos ininterruptos, a partir de 1º de junho de 1990, fora do regime do FGTS, podendo o saque, neste caso, ser efetuado a partir do mês de aniversário do titular da conta. (Redação dada pela Lei nº 8.678, de 1993)

IX - extinção normal do contrato a termo, inclusive o dos trabalhadores temporários regidos pela Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974;

X - suspensão total do trabalho avulso por período igual ou superior a 90 (noventa) dias, comprovada por declaração do sindicato representativo da categoria profissional.

XI - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for acometido de neoplasia maligna. (Incluído pela Lei nº 8.922, de 1994)

XII - aplicação em quotas de Fundos Mútuos de Privatização, regidos pela Lei n° 6.385, de 7 de dezembro de 1976, permitida a utilização máxima de 50 % (cinqüenta por cento) do saldo existente e disponível em sua conta vinculada do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na data em que exercer a opção. (Incluído pela Lei nº 9.491, de 1997) (Vide Decreto nº 2.430, 1997)

XIII - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for portador do vírus HIV; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001)

XIV - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes estiver em estágio terminal, em razão de doença grave, nos termos do regulamento; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001)

XV - quando o trabalhador tiver idade igual ou superior a setenta anos. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001)

XVI - necessidade pessoal, cuja urgência e gravidade decorra de desastre natural, conforme disposto em regulamento, observadas as seguintes condições: (Incluído pela Lei nº 10.878, de 2004) Regulamento Regulamento

a) o trabalhador deverá ser residente em áreas comprovadamente atingidas de Município ou do Distrito Federal em situação de emergência ou em estado de calamidade pública, formalmente reconhecidos pelo Governo Federal; (Incluído pela Lei nº 10.878, de 2004)

b) a solicitação de movimentação da conta vinculada será admitida até 90 (noventa) dias após a publicação do ato de reconhecimento, pelo Governo Federal, da situação de emergência ou de estado de calamidade pública; e (Incluído pela Lei nº 10.878, de 2004)

c) o valor máximo do saque da conta vinculada será definido na forma do regulamento. (Incluído pela Lei nº 10.878, de 2004)

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

XVII - integralização de cotas do FI-FGTS, respeitado o disposto na alínea *i* do inciso XIII do art. 5º desta Lei, permitida a utilização máxima de 30% (trinta por cento) do saldo existente e disponível na data em que exercer a opção. (Redação dada pela Lei nº 12.087, de 2009)