



O DEVIDO PROCESSO LEGAL E OS EMPREGADOS PÚBLICOS

THE DUE PROCESS OF LAW AND PUBLIC EMPLOYEES

Liana Chaib*

Doutoranda em Direito Constitucional/Universidade de Fortaleza
Professora da Universidade Estadual do Piauí
Desembargadora-Presidente do TRT da 22ª Região
E-mail: liana.chaib@hotmail.com
Teresina, Piauí, Brasil

Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça

Pós-Doutora em Direito/Universidade Federal de Santa Catarina
Professora da Universidade de Fortaleza
E-mail: liridacalou@unifor.br
Fortaleza, Ceará, Brasil

*Endereço: Liana Chaib

Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região. Rua 24 de Janeiro, 181/Norte, Centro, CEP: 64000-921, Teresina/PI, Brasil.

Editora: Dra. Marlene Araújo de Carvalho

Artigo recebido em 05/02/2013. Última versão recebida em 01/03/2013. Aprovado em 02/03/2013.

Avaliado pelo sistema Triple Review: a) Desk Review pela Editora-Chefe; e b) Double Blind Review (avaliação cega por dois avaliadores da área).

RESUMO

A questão que se apresenta é o enfrentamento da possibilidade de desligamento imotivado do empregado celetista, por parte da Administração Pública Indireta, diante da nova ordem constitucional estabelecida com a Carta Magna de 1988, que trouxe em seu corpo normativo vários princípios de observância obrigatória para o Poder Público. Uma visão aprofundada dos valores contidos nesses princípios apresenta-se como fundamental para se obter uma compreensão exata da situação jurídica dos empregados públicos e das limitações constitucionais que retiram do administrador o alvedrio de rescindir o contrato de trabalho dessa classe de trabalhadores. Ao contrário desse arbítrio, esses princípios limitadores da atuação administrativa atingem o contrato de trabalho celetista, obrigando a motivação do ato de despedida e a instauração do devido processo legal.

Palavras-chave: administração pública; empregado público; despedida imotivada; princípios; motivação; devido processo legal.

ABSTRACT

The question that presents itself is facing the possibility of shutdown unmotivated employee celetistas, by the Indirect Public Administration, before the new constitutional order established in the Magna Carta 1988, which brought in its body various normative principles must be complied with for Public Power. An in-depth view of the values contained in these principles is as essential to obtain an accurate understanding of the legal status of public employees and the constitutional constraints that remove the administrator's discretion, to terminate the employment contract of this class of workers. Unlike their discretion, these limiting principles of administrative action affect the employment contract celetistas, forcing the motivation of the act of parting and the establishment of due process.

Key words: public administration; public employee; farewell unmotivated; principles; motivation; due process of law.

INTRODUÇÃO

A possibilidade da despedida imotivada dos empregados públicos, pertencentes à Administração Pública Direta e Indireta, sob o regime celetista, é tema que vem sendo tratado de maneira controvertida, quer pela jurisprudência, quer pela doutrina. A questão ganha relevo, sobretudo quando possui foco diferenciado entre as nossas duas mais altas Cortes: O Tribunal Superior do Trabalho, com expedição de Súmulas sobre o assunto, e o Supremo Tribunal Federal.

Na verdade, tal fenômeno ocorre quando da apreciação dos valores plasmados no texto constitucional que se entrecrocaram, em especial os arts. 37 e 173, ocasionando uma aparente colisão de direitos, merecendo do intérprete do direito uma visão unitária da Constituição.

Diante de tais fatos, analisa-se o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista, a posição das Cortes Supremas, o tratamento diferenciado em razão da natureza jurídica do empregador, bem como os princípios colidentes, propondo-se uma solução através da ponderação dos valores, em que o bem maior a ser resguardado é a dignidade da pessoa humana e, o emprego, um dos seus elementos.

Por fim, diante da nova ordem constitucional, conclui-se não apenas pela necessidade de motivação do ato que promove o desligamento do empregado, mas, acima de tudo, da obrigatoriedade de realização do devido processo legal.

REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

A busca do regime jurídico se faz necessária porque é através dele que se delimita o conjunto de normas e princípios a serem aplicados à determinada pessoa ou instituto.

As empresas públicas e as sociedades de economia mista integram a Administração Pública Indireta e possuem personalidade jurídica de direito privado. Constituem-se em instrumentos do Poder Público e podem atuar quer na exploração de atividade econômica, quer na prestação de serviços públicos, aos moldes da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

A Constituição Federal, ao tratar das empresas estatais em seu art. 173, *caput*, menciona tão somente a permissão para exploração de atividades econômicas e, ainda,

preconiza em seu inc. II, o regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Desse modo, em razão do art. 173 da CF, o regime de emprego adotado pelas empresas governamentais, consideradas como tais as de personalidade jurídica de direito privado, independentemente da finalidade albergada, é o regime celetista, sendo o seu pessoal denominado empregado público, em oposição ao regime estatutário, marcado pela “estabilidade”.

Sendo assim, por força de dicção constitucional do art. 173 mencionado, os empregados públicos estariam sujeitos e equiparados, em tudo e por tudo, aos empregados das empresas privadas, no tocante aos direitos trabalhistas, com a aplicação, *sic et simpliciter*, da CLT, exclusivamente.

Ocorre que, a despeito da determinação do art. 173, da CF, não se pode olvidar que tais pessoas jurídicas são integrantes da Administração Pública, ou seja, o Estado assume-as como instrumento de sua ação; são alimentadas por recursos públicos e perseguem finalidades do interesse estatal.

Bandeira de Mello (2003, p. 179) acentua que o “traço essencial caracterizador destas pessoas é o de se constituírem em auxiliares do Poder Público; logo são entidades voltadas, por definição, à busca de interesses transcendentais aos meramente privados.”

O fato de possuírem personalidade jurídica de direito privado não lhes retira a marca de serem coadjuvantes da atividade estatal, diferenciando-se, em essência, às meras empresas privadas.

A forma de gestão privada, que lhes foi impingida, visa apenas a liberá-las das amarras próprias das pessoas jurídicas de direito público, no tocante à consecução de resultados de maneira mais competitiva e desenvolta, à semelhança dos particulares. Entretanto, “faz-se imprescindível compreender suas finalidades e seu tratamento constitucional, sob pena de converter-se o acidental – suas personalidades de direito privado – em essencial, e o essencial – seu caráter de sujeitos auxiliares do Estado – em acidental”. (FERRO, 2009, p. 24).

Evidencia-se que, em razão de seus interesses transcendentais aos privados, há que se levar em consideração outras normas e princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública, que se entrelaçam com o art. 173 da Constituição, exigindo um exame mais apurado do regime jurídico aplicável.

De imediato, no art. 37 da CF, encontram-se elencados os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e eficiência, aos quais toda a Administração Pública, quer direta, quer indireta, estão sujeitos.

Não obstante a submissão a tais princípios, encontram-se, ainda: a obrigatoriedade de realização de concurso público para contratação de seus empregados (Art. 37, II); exigência de serem criadas e/ou autorizadas por lei (art. 37, XIX); realização de licitação para contratação em geral, salvo os casos previstos em lei (art. 37, XXI); fiscalização pelo Tribunal de Contas e Poder Legislativo (art. 49, X, 70 e 71); limitação de despesas de pessoal a dotações orçamentárias (art. 169, parágrafo 1º. I); proibição de acumulação remunerada de cargos (art. 37, XVI) e tantos outros.

Assim, por força da ingerência desses princípios, não se pode admitir um regime puro de direito do trabalho, exclusivo de qualquer outro, sob pena de se perder de vista um dos nortes da interpretação constitucional que é o princípio da unidade da Constituição, pois “o direito constitucional deve ser interpretado de forma a evitar contradições entre as suas normas e, sobretudo, entre os princípios jurídico-políticos constitucionalmente estruturantes” (BASTOS, 2007, p.89).

De olho, portanto, em uma interpretação unitária, conclui-se que o regime jurídico das empresas estatais não ocorre com a simples aplicação da legislação trabalhista, exclusivamente, mas com a concorrência do regime jurídico administrativo, configurando-se um regime híbrido. Não se trata nem de um, nem de outro, isoladamente, mas da conjugação dos dois, um a emanar reflexos sobre o outro.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – CONFLITO DE POSIÇÕES NA ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE DENÚNCIA VAZIA DO CONTRATO DE TRABALHO

O Tribunal Superior do Trabalho, ao julgar questões pertinentes à possibilidade de despedida imotivada dos empregados das empresas estatais, entende que, por força do art. 173 da CF, existe o poder potestativo do empregador de despedir, sem justificativa, semelhantemente aos particulares.

Fiel a esse entendimento, encontra-se em plena aplicação a Súm. 390, II e a OJ nr. 247 da SBDI-1 do TST, respectivamente:

Súm. 390- 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.”

OJ nr. 247 da SBDI-1 do TST – “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. (alterada em 2007).

Seus arestos já se encontram consolidados, nos termos da ementa;

RR- DEMISSÃO EM SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA – PODER POTESTATIVO DO EMPREGADOR. O Banco do Brasil, integrante da administração pública indireta, é uma sociedade de economia mista e, como tal, tem personalidade jurídica de direito privado, estando sujeita ao regime jurídico próprio das empresas privadas, também quanto às obrigações trabalhistas, nos termos do art. 173, parág. 1º, II, da CF. Assim, deve observar, em suas relações empregatícias, o que estabelece a CLT e a legislação complementar. In casu, a obreira foi dispensada sem justa causa, em decorrência do poder potestativo do empregador. Rec.provido.(Ac. 546447-11.1999.522.5555;TST,4.T, 25.04.2001)

Colhe-se a fundamentação destacada no seguinte trecho:

Abordando o art. 41 da referida Carta, que cuida da estabilidade, verifica-se que esta destina-se tão somente aos servidores dos poderes centrais, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, conforme tipificação dada no próprio Tít. II, Cap. VII, Séc.II, não contemplando os empregados das empresas públicas, ainda que admitidos mediante concurso público, exatamente porque o texto constitucional(art. 173, parág.1º.) as submetia ao regime das empresas privadas, possuindo, portanto, o poder potestativo de resilição contratual.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal já começou a enfrentar o tema, embora ainda não tenha posição firmada, sinalizando, porém em sentido oposto, ou seja, na impossibilidade da resilição contratual imotivadamente, alertando sobre a observância dos princípios constitucionais insertos no art. 37, caput, aplicáveis à Administração Pública como um todo.

É o que pode se extrair do julgamento do RE nr. 589.998/PI, atualmente com vistas para o Min. Joaquim Barbosa, publicado no informativo nr. 576, de 22 a 26 de fev. de 2010, cujo trechos se transcreve:

[...] asseverou que o dever de motivar o ato de despedida de empregados estatais, admitidos por concurso, aplicar-se-ia não apenas à ECT, mas a todas as empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos, em razão de não estarem alcançadas pelas disposições do art. 173, parág. 1º, da CF, na linha de precedentes do Tribunal.Observou que, embora a rigor, as denominadas empresas estatais ostentem a natureza jurídica de direito privado, elas se submeteriam a regime híbrido,

ou seja, sujeitar-se-iam a um conjunto de limitações que teriam por escopo a realização do interesse público. Assim, no caso dessas entidades, dar-se-ia uma derrogação parcial das normas de direito privado em favor de certas regras de direito público.”(RE 589998/PI, rel. Min. Lewandowski, 24.02.2010).

Diante do voto acima, já acompanhado pelo Min. Eros Grau, percebe-se a instalação do dissenso jurisprudencial pelas duas Cortes Supremas sobre a aplicação isolada do art. 173, § 1º, quando da despedida de empregados públicos das empresas estatais, ou sua conjugação com os demais artigos constitucionais, sobretudo o 37, *caput*.

A ESTABILIDADE E O TRATAMENTO DÍSPAR EM RAZÃO DA NATUREZA DO EMPREGADOR

A necessidade de investidura em emprego público, quer na Administração Direta, quer na Indireta é determinada pelo Art. 37, II, da CF.

Inobstante o ingresso mediante certame público para o regime celetista nas pessoas jurídicas de direito público ou privado, o tratamento sobre a possibilidade de rescisão de contrato imotivada não ocorre de molde igual, causando uma diferenciação injustificada, já que todos são celetistas e integram a Administração Pública, independente da natureza jurídica do empregador.

Essa diferenciação foi consagrada pelo inciso I da Súmula nº 390, do TST, *in verbis*: “O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF.”

Como visto, o inciso II da mesma Súmula premia os celetistas pertencentes às pessoas jurídicas de direito público com a estabilidade.

Diante de tal posição adotada pelo TST, ter-se-iam duas categorias de empregados públicos, ambos celetistas, quais sejam: os detentores de estabilidade (categoria privilegiada) e os outros sem quaisquer garantias (categoria inferior), embora para as duas categorias o concurso público seja obrigatório.

A fundamentação adotada era a de que os arts. 37 e 38 da Constituição Federal constituem-se em disposições gerais da Administração Pública; de revés, o art. 41 refere-se tão somente aos servidores públicos civis da Administração Direta, Autárquica e Fundacional, excluídos os da Administração Indireta.

Evidente que o tratamento ofertado à situação mostra-se desarrazoado e até mesmo discriminatório, estabelecendo castas distintas dentro de um mesmo regime.

Não se pode olvidar que antes da EC nº. 19/98, a Constituição estabelecia o regime jurídico único na Administração Pública, não mais existente atualmente, em face da alteração do art. 39; anteriormente, a redação do art. 41, assegurava estabilidade, após dois anos de efetivo exercício, aos servidores públicos concursados (estatutários e celetistas). Hodiernamente, entretanto, o art. 41 estabelece que “são estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.”

Efetivamente, não há mais como sustentar a estabilidade dos empregados públicos das pessoas jurídicas de direito público, diante da nova redação do art. 41 da CF, vez que se refere a nomeação e cargo, típicos do regime estatutário.

Inobstante a alteração constitucional, continua em vigor a Súm 39, II do TST, totalmente incompatível com uma interpretação razoável. O instituto da estabilidade, verdadeiramente, não se aplica aos empregados públicos, no sentido de direito à permanência no serviço. A estabilidade é *garantia constitucional* e, como tal, suas restrições ou alargamentos somente podem ser previstas na própria Constituição.

A despeito da Súmula nº 39, II do TST, o que torna o caso mais agravante é o trato legislativo infraconstitucional dado à matéria. A Lei 9.849, de 22.02.2000, placita a existência de dois tipos de empregados públicos, em razão da natureza jurídica do empregador, ao dispor sobre o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, no tocante à proibição de dispensa de seus empregados, salvo nos casos previstos em seu art.3º e demais incisos.

Art. 3º. - O contrato de trabalho por prazo indeterminado somente será rescindido por ato unilateral da Administração pública nas seguintes hipóteses:

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.

Como se percebe, para os empregados públicos das pessoas jurídicas de direito público é vedada a denúncia vazia, considerando-se permitida apenas nos casos tipificados na referida lei e, conseqüentemente, devidamente motivada.

A questão a ser colocada é que o substrato jurídico para a diferenciação não se impõe, já que o regime é o mesmo, celetista; em ambos há a exigência do concurso público para ingresso e se submetem aos mesmos princípios constitucionais elencados no art. 37 da Constituição Federal.

Claro está que não possuem a denominada estabilidade, própria dos estatutários, mas também fere a principiologia constitucional a despedida imotivada, aos moldes dos particulares, dos empregados públicos pertencentes às pessoas jurídicas de direito privado, que compõem a Administração Indireta.

DA APARENTE COLISÃO DOS ARTS. 37 E 173 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO CRITÉRIO PARA SOLVÊNCIA

Ao se perpassar por alguns dos dispositivos constitucionais a que se submetem as empresas estatais, na busca pela identificação do regime jurídico e da possibilidade ou não da despedida imotivada, destacam-se, em especial, dois artigos que, aparentemente, encontram-se em rota de colisão, quais sejam: os artigos 37 e 173, da carta constitucional.

De um lado, por força do art. 37, há a subserviência sobretudo aos princípios da impessoalidade, moralidade e publicidade, que deflagariam efeitos na rescisão do contrato; de outro, o art. 173, que sobreleva a noção do poder potestativo do empregador. Assim sendo, cumpre-se indagar qual norma constitucional deve ser aplicada? De antemão, tem-se que a resposta possui reflexos na teoria dos princípios.

Hodiernamente, o Estado de Direito não mais pode ser visto apenas em seu sentido formal, mas também no aspecto material. A noção de Estado de Direito formal já não coincide com a submissão do Estado à lei, como única fonte do direito, mas ganham relevo os princípios constitucionais, o que levaria a uma ampliação do princípio da legalidade para o princípio da juridicidade.

Surge, ainda, o conceito material do Estado de Direito, voltado para uma realização concreta e eficaz dos direitos fundamentais. Não mais basta a pura inserção desses direitos no texto constitucional; mister o seu cumprimento e implemento.

O princípio do Estado de Direito não se limita a uma vinculação negativa, no sentido de preservar autonomia do indivíduo, mas exige também

vinculação jurídica positiva do Estado, no sentido de prover as condições de existência digna e de desenvolvimento da liberdade e personalidade do indivíduo.” (STUMM, 1995, p. 111).

Assim, na noção de Estado de Direito há que se introduzir “que o Estado de Direito tem como centro e fim o ser humano e seus direitos fundamentais, que impõem um limite negativo de ação ao Estado”. (ROCHA, 1994, p. 71).

Nesse contexto, em torno da necessidade de se tratar os princípios como Direito, insere-se a figura de Dworkin. Na linha do pensamento desse autor, as normas fazem parte do gênero, no qual se encontram as regras e princípios como espécie. Regras, para o autor, seriam proposições normativas aplicáveis à moda do tudo ou nada (*an all or nothing*). Nessa linha de consideração, quando duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser regra válida. A decisão acerca de qual será válida fica sujeita a considerações exteriores.

Assim sintetiza Dworkin (1995, p. 75- 78),

Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión. [Cf. Original]

Em sequência, assevera que os princípios, de revés, não determinam vinculativamente a decisão, mas somente contêm fins, que devem ser conjugados com outros fins oriundos de outros princípios: encontram-se no campo da ponderação de valores. Entretanto, sua aplicação não se coloca no binômio do tudo ou nada. Reconhece-se aos princípios uma dimensão de peso, procurando-se estabelecer o peso relativo a cada um dos princípios contrapostos. Em caso de tensão, de conflito ou colisão dos princípios, aplica-se o que melhor atenda a situação em apreço, de forma a que se sacrifique o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais contrapostos.

Na exata formulação de Wilson Steinmetz (2001, p. 140), a ponderação de bens é o método que consiste em adotar uma decisão de preferência entre os direitos ou bens em conflito; o método que determinará qual o direito ou bem, e em que medida, prevalecerá, solucionando a colisão.

É de sabença que as normas se constituem em gênero e os princípios e regras configuram-se como espécies do gênero.

O art. 37, *caput*, da Constituição é norma tipicamente principiológica, revestida de importância inominável, posto que submete à Administração Pública a incidência de vários

princípios de grande envergadura, no sentido de proteger os administrados contra a prática de atos administrativos arbitrários e, ao mesmo tempo, possibilitar o controle dessa prática, mormente quando restringir ou fulminar garantias e direitos fundamentais. Ressalte-se que referida norma cinge-se a preconizar os princípios que ganham o mais alto patamar na escala hierárquica normativa.

De revés, o art. 173 mencionado caracteriza-se como regra, sem caráter principiológico, determinadora da aplicação da legislação trabalhista quanto aos direitos e obrigações.

Sendo assim, clarividente que na técnica da ponderação de valores, há que se emprestar maior peso à norma principiológica do art. 37, na qual o art. 173 deverá abeberar-se.

Mas, ainda que se queira entender que subjaz o princípio do poder potestativo no art. 173, temos do outro lado a imperatividade dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Ademais, encontra-se embutida no princípio da publicidade a exigência da transparência dos atos administrativos, invocando a necessidade de motivação e fundamentação da despedida. De igual, na exigência da realização do certame público, implementam-se os princípios da impessoalidade e moralidade.

Assim, como mencionado, na técnica da ponderação há que se estabelecer o peso relativo a cada um dos princípios contrapostos, aplicando-se o que melhor atenda a situação em apreço, de forma a que se sacrifique o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais contrapostos.

De imediato, constata-se que ao se dimensionar o poder potestativo do empregador como prevalente, aniquila-se, por via transversa, o princípio do concurso público e da impessoalidade, pois bastaria a despedida desatada dos aprovados indesejados da Administração para que se alcançasse o preferido da Administração. Também ruiria por terra o princípio da motivação, bem como os demais princípios necessários às garantias dos administrados. Mais gravemente é a violação ao direito fundamental à dignidade da pessoa humana e ao princípio fundamental do valor social do trabalho (art. 1º., III e IV).

Conclusivamente, a se atribuir maior peso ao art. 173, ceifam-se inúmeros princípios que são caros ao administrado e ao maior deles que é o direito à vida.

Gonzaguinha, bem acertadamente, canta que “o homem não vive se castram seus sonhos, seu sonho é sua vida e sua vida é o trabalho, sem o seu trabalho o homem não tem honra, sem a sua honra, se morre, se mata” (destaque nosso).

Indubitavelmente, a solvência do conflito dá-se com a prevalência do art.37 da

Constituição Federal, que veio para coibir os atos arbitrários do Poder Público. Nessa passagem, Enterría e Fernández (1974, p. 310) nos alerta para o princípio geral da interdição da arbitrariedade.

Al fin y a postre, tanto el control a través de los principios generales del Derecho, como los demás tipos ya estudiados se reconducen a un principio constitucional de orden más general, el principio de interdicción de la arbitrariedad en la aplicación de las normas jurídicas[...].

DA EXIGÊNCIA DA MOTIVAÇÃO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A despeito dos empregados públicos das empresas governamentais não serem detentores de estabilidade, não se pode falar em poder de rescisão do contrato, de maneira imotivada. São duas coisas distintas e compatíveis entre si. A Administração Pública, ao contratar sob a égide do regime celetista, nem por isso se despoja da condição de Estado, protagonista de finalidades públicas.

A simples incidência e observância aos efeitos do art. 37 já conclui pela obrigatoriedade da motivação do ato de despedida por parte do empregador. Germana de Oliveira Moraes (2000, p. 44), juíza federal, elucida que

a obrigatoriedade de motivação explícita, clara, congruente e tempestiva dos atos administrativos decorre, na ordem jurídica brasileira, dos princípios constitucionais da Administração Pública, independentemente da exigência de previsão de norma constitucional específica.

A motivação traduz-se na exposição dos fatos e do direito embasadores da emanção do ato. É mera decorrência dos princípios da impessoalidade, da publicidade e moralidade. Sendo o Estado gestor da coisa pública, não pode selecionar, ao seu alvedrio, os empregados que não lhe são simpáticos, sem quaisquer motivos. Há que se justificar, há que se expor a razão pela qual está a despedir o empregado “A” ao invés do “B”, já que não pôde escolher o ingresso de nenhum deles.

O administrador, ao elencar os motivos do ato resilitório, dá vazão aos princípios da publicidade e da moralidade, pois o coloca sob o crivo da sustentabilidade, possibilitando um diagnóstico da sua legalidade e posterior impugnação junto ao Judiciário, com o consequente pedido de anulação e reintegração, em caso de abusividade.

Em reforço, não se olvide que a dispensa do empregado público não deixa de ser um ato administrativo e, como tal, tem como finalidade um interesse público. Neste sentido é o escólio de Ney de Freitas (2002, p. 119-120),

Este modo de observar atrai a conclusão de que o ato de despedimento do empregado público é ato administrativo, absorvendo todo o aparato normativo e doutrinário criado para envolver esta espécie de ato jurídico, sob pena de desacato à lógica e, o que é mais grave, não oferecendo ao ato de despedimento uma qualificação jurídica adequada, ou que não se compadece com uma visão sistemática do direito.

Desta feita, assim como houve a preservação do princípio da impessoalidade e da eficiência no ingresso do emprego, através da exigência do concurso público, a despedida também há de resguardar os mesmo princípios, acarretando, pois, a explicitação dos motivos, através da motivação do ato. É a imposição do denominado “paralelismo de forma”, traduzido no fato de que tudo que ingressa no mundo jurídico de determinada forma, somente pela mesma forma pode ser eliminado.

Sayonara da Silva (2001, p. 42) lembra que:

o subjetivismo da demissão (com razões que sequer são comunicadas oportunamente aos empregados) é incompatível com o princípio da impessoalidade imposto ao administrador, seja ele integrante da administração direta ou indireta.

De mais a mais, o princípio da motivação no nosso ordenamento pátrio vem esculpido na Lei 9.784/99, art. 2º, de aplicação a toda Administração Pública, devendo ser explicitadas as razões de fato e de direito do ato da Administração direta ou indireta. Obriga, ainda, a motivação quando os atos “neguem, limitem ou afetem direitos e interesse”.

Assim, em face do regime híbrido, imperiosa é a motivação dos atos resilitórios nas empresas governamentais, como tais, as que possuem personalidade jurídica de direito privado.

Mas a questão não para aqui, na necessidade da motivação. Bastaria apenas a motivação, como garantia e direito do empregado, ou há mais um percurso a trilhar? A questão subjacente é que na motivação pode-se ter apenas um ato unilateral do administrador a justificá-lo. Entretanto, a despedida, para que possa ser implementada na conformidade do Estado de Direito, não se configuraria em um ato que devesse percorrer o itinerário do devido processo legal, com a participação daquele a ser atingido pelos efeitos do ato?

O raciocínio e a consequência do regime híbrido impõe à resposta afirmativa, no sentido de que não basta simplesmente a motivação, mas sobretudo o devido processo legal, como garantia do administrado.

O devido processo legal está incrustado na nossa Carta Constitucional, em seu art. 5º, incs. LIV e LV:

[...]

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

O devido processo legal é instituto decorrente do Estado de Direito e é entendido tanto no seu sentido formal, como material. No aspecto formal,

impõe não apenas um trâmite processual previamente estabelecido, mas também a necessária observância a princípios processuais, sob pena de invalidade do ato praticado. A concretização dessa sua função formal é possibilitada por uma série de princípios constitucionais (contraditório, ampla defesa, motivação, publicidade, imparcialidade, etc) (FERRO, 2009, p. 47).

O contorno material surgiu ao ser examinada a questão dos limites do poder governamental, submetida à apreciação da Suprema Corte Americana, em 1798, no caso *Calde v. Bull*, firmando-se o entendimento de que os atos normativos, legislativos e administrativos que violarem os direitos fundamentais ofendem igualmente o devido processo legal. (FERRO, 2009, p. 40).

A noção de Estado de Direito em seu aspecto material também evoca a preocupação com a implementação e respeito aos direitos fundamentais. Logo, o devido processo substancial é mero corolário e garantidor da sua subsistência.

Nessa linha, o direito ao emprego é garantia fundamental do ser humano. Sem ele, não há desenvolvimento pleno de sua existência, de suas potencialidades. Por conseguinte, merece ser resguardado das idiosincrasias do administrador, que, ao seu bel prazer, possa usurpá-lo do administrado que não se amoldar aos seus devaneios pessoais. À sabendas, que a vontade é proscrita no direito administrativo, a qual cede espaço à finalidade pública. O emprego é, sim, merecedor de proteção, através do devido processo legal, quer formal, quer material.

Ademais, quando a Constituição proíbe a restrição de bens sem o devido processo legal, o emprego, efetivamente, estaria na linha dos bens mais sagrados do ser humano, pois sem ele, a vida torna-se indigna.

A lei do processo administrativo é a incorporação do devido processo legal, no qual inclui, na visão de Marlúcia Ferro (2009, p. 59), “pelo menos as seguintes garantias básicas por parte do administrado: a) direito de ser ouvido; b) direito ao oferecimento e produção de provas; c) direito a uma decisão fundamentada.”

Destarte, torna-se insuficiente à lisura e transparência da atividade administrativa a simples motivação. Há que se possibilitar ao administrado a participação no processo decisório, argumentando e apresentando provas que possam contrariar as razões do empregador, pois só assim o Judiciário pode ingressar nas entranhas do ato e averiguar provável desvio de finalidade.

À guisa de conclusão, não fere o art. 173 da Constituição a exigência do dever de motivar, bem como do cumprimento do devido processo legal, em casos de despedida por parte das pessoas jurídicas de direito privado que compõem a Administração Pública, indistintamente, quer atuem na exploração de atividade econômica, quer prestem serviços públicos, vez que a aplicação da principiologia constitucional não é restritiva, bem como ambas, independentemente da atividade, são coadjuvantes do Poder Público.

O Supremo Tribunal Federal, como visto, encontra-se um passo a mais do que o TST, no tocante à matéria. Mas, por enquanto, percebe-se que a decisão caminha na linha da exigência da motivação apenas às prestadoras de serviço público, conforme se deduz do trecho:

[...] asseverou que o dever de motivar o ato de despedida de empregados estatais, admitidos por concurso, aplicar-se-ia não apenas à ECT, mas a todas as empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos, em razão de não estarem alcançadas pelas disposições do art. 173, parág. 1º, da CF, na linha de precedentes do Tribunal.(já citado).

Inobstante, alvissareira é a jurisprudência dos Regionais, a exemplo do TRT do Piauí:

Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista. Dispensa Motivada e precedida de ampla defesa. A jurisprudência desse Regional é firme em exigir que o ato de dispensa do empregado público concursado de empresa pública e sociedade de economia mista seja motivado.(Ac.TRT/22ª.Reg. RORA-0151700-71.2009.5.22.0001-Rel. Francisco Meton Marques de Lima)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O art. 37 da Constituição Federal traçou novos rumos à Administração Pública, imprimindo um regime híbrido às empresas públicas e sociedades de economia mista, que passaram a sofrer os influxos dos princípios da moralidade, legalidade, impessoalidade e eficiência.

Como decorrência, o ato de desligamento dos empregados públicos já não pode se reger exclusivamente pela CLT, onde prevalece o poder potestativo de despedir, por força do art. 173 da Carta Constitucional.

No confronto entre os dois artigos, há que se emprestar maior peso ao art. 37 da Carta Maior, não apenas porque é norma principiológica, que enfeixa vários princípios que moralizam a Administração Pública, ao contrário do art. 173, que é norma regra, mas também se levando em consideração a interpretação unitária da Constituição e os valores a serem resguardados, sobretudo o direito fundamental da dignidade humana.

As empresas governamentais são coadjuvantes do Poder Público e, como tal, possuem interesses que transcendem ao interesse privado, não podendo imperar a vontade pessoal do agente. Assim como para admissão dos empregados públicos exige-se o concurso público, que prioriza o princípio da impessoalidade, no desligamento também há que se manter a prioridade no tratamento impessoal.

A motivação é necessária, pois decorre dos princípios da publicidade e da moralidade, possibilitando com isso, o controle do ato, a fim de que se possa analisar da sua legalidade. Além disso, é prevista na lei do processo administrativo, aplicável à Administração Pública como um todo.

Mas, além da motivação, também se exige a instauração do devido processo legal, que, em seu aspecto material, evoca a implementação dos direitos fundamentais. Nesse pensar, nada mais fundamental do que o direito à proteção do emprego, bem maior que assegura a dignidade da pessoa humana, mercedor da proteção das arbitrariedades do Poder Público.

Desse modo, os empregados públicos, pertencentes às pessoas jurídicas de direito privado, quer prestadoras de serviço público, quer exploradoras de atividade econômica, devem estar resguardados de garantias no emprego, que não se confundem com a estabilidade, e não podem ser vistos como casta diferenciada e de menor proteção do que os que integram as pessoas jurídicas de direito público, com o mesmo regime celetista.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Luiz Allende-Toha de Lima. Ponderação de interesses: acesso ao emprego público versus garantia de proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa consistente numa indenização. **A&C: Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 7, n.28, p. 89, abr/jun., 2007.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio**. España: Editorial Ariel, 1995.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomas-Ramon. **Curso de derecho administrativo**. Madrid: Civitas-Revista de Occidente. 1974. v.1.

FERRO, Marlúcia Lopes. **O devido processo legal na dispensa do empregado público**. São Paulo: Ltr, 2009.

FREITAS, Ney José de. **Estado empregador e a rescisão do contrato de trabalho em face do princípio da motivação do ato administrativo**. Curitiba: Juruá, 2002.

MELLO, Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. Malheiros, 2003.

MORAES, Germana de Oliveira. **Obrigatoriedade de motivação explícita, clara, congruente e tempestiva dos atos administrativos**. Revista Interesse Público, São Paulo, v.2, n.8, p. 44, 2000.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. Considerações sobre a exigência de motivação para a realização de dispensas de empregados na administração pública à luz da Lei 9.784/99. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região**. Rio de Janeiro, n. 28, n. 28, p. 31-45, jan./abr., 2001.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2001.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 1995.