

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

TEORIA CONSTITUCIONAL

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Paulo Roberto Barbosa Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-068-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria constitucional.
I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

O livro Teoria Constitucional, resultado do esforço de jovens e veteranos constitucionalistas brasileiros, reúne pesquisas relevantes sobre as novas perspectivas da teoria constitucional. Muito embora o constitucionalismo encontre os seus fundamentos nos séculos XVIII, XIX e nas primeiras décadas do século XX, tem passado por inúmeras e consideráveis transformações no século XXI por conta do novo lugar que tem sido reservado à constituição em um mundo globalizado.

Se nos séculos anteriores os elementos que deram vazão à ideia de constituição estavam assentados na necessidade de criar instrumentos para limitar o exercício do poder no âmbito dos estados nacionais, como forma de garantir as condições para que os cidadãos pudessem usufruir dos direitos fundamentais, os quais passaram a se constituir em anteparo diante dos abusos do poder estatal, no século XXI a questão que se coloca é como estender essas conquistas para espaços que ultrapassem as fronteiras dos estados nacionais, como mecanismo adequado para evitar que as forças sem controle de âmbito transnacional ou multinacional oprimam os indivíduos, por meio da inviabilização dos seus direitos fundamentais, porquanto operando em um universo não sujeito a regras ou a regras pouco efetivas.

A superação desse quadro exige uma reflexão profunda das ideias matriciais da teoria constitucional como fundamento para análise e reanálise de categorias as quais devem ser moldadas para oferecer condições de reflexão para busca de alternativas e estratégias para manter o poder ainda sem controle do mundo globalizado dentro de certos limites, os quais devem se relevar como fronteiras para a garantia dos direitos elementares da pessoa humana.

Os trabalhos intitulados A(sobre)posição dos influxos da política sobre o direito e a (simbólica) concretização constitucional: o rompimento do acoplamento estrutural e o surgimento de um acoplamento artificial; A busca pela efetivação da justiça: breve análise metodológica da intervenção em situações de conflitos entre princípios constitucionais; A constituição de 1988 e sua fórmula política: notas sobre a legitimidade do poder estatal a partir da realização da fórmula política; A nova ordem constitucional e a situação jurídica dos empregados públicos não efetivos: análise jurídica da regularidade dos contratos de trabalho celebrados e seus reflexos jurídicos; A possibilidade de incidência do controle de constitucionalidade sobre súmulas (não vinculantes) editadas pelos Tribunais Superiores; A

reclamação 4335/AC e seus reflexos para o direito brasileiro: novas perspectivas para a jurisdição e hermenêutica constitucional no Brasil; A redemocratização brasileira por meio da constituição brasileira de 1988: um paradoxo?; A interpretação das normas constitucionais de Häberle como alternativa ao positivismo jurisprudencial: análise do caso brasileiro; Acerca do poder constituinte decorrente: aplicação do princípio da simetria no processo legislativo; As questões institucionais e a estabilidade institucional; Constituição e racionalidade jurídica no contexto do neoconstitucionalismo; Matizes construtivas da supranacionalidade frente aos princípios e normas constitucionais; O controle de constitucionalidade das leis entre Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella; O controle de constitucionalidade das leis e a crítica de Jeremy Waldron; O diálogo institucional entre cortes constitucionais: a jurisdição constitucional justificada pelos diálogos transnacionais; O direito fundamental de liberdade no Brasil: limites e possibilidades frente à horizontalidade dos direitos fundamentais; O novo constitucionalismo pluralista latino-americano e o estado plurinacional da Bolívia; O perfil constitucional da saúde: reflexões teóricas se comparada acerca do reconhecimento do direito à saúde nas constituições brasileira e italiana; O poder executivo como intérprete imediato da Constituição: ensaio sobre os diálogos constitucionais travados a partir de políticas públicas; O positivismo jurisprudencial brasileiro: a judicialização da terra indígena Raposa Serra do Sol; O Welfare State na América Latina. A (in)efetividade das promessas da modernidade; O neoconstitucionalismo e o ser da constituição brasileira: entre simbolismo e substância normativa; Precedentes à brasileira: uma adaptação peculiar da Common Law; Reflexões para uma teoria da constituição adequada à proteção das pessoas portadoras de sofrimento mental, Pluralismo jurídico e plurinacionalidade na América Latina: lutas, limites e conquistas; Teoria da inconstitucionalidade por arrastamento na jurisprudência do STF e Uma (des) leitura da PEC 33/11: seria uma resposta (adequada) ao ativismo judicial? contribuem sobremaneira para esse debate, além de lançar luzes sobre peculiaridades do constitucionalismo brasileiro e de novos aspectos do constitucionalismo latino-americano.

**A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL E A SITUAÇÃO JURÍDICA DOS
EMPREGADOS PÚBLICOS NÃO EFETIVOS: ANÁLISE JURÍDICA DA
REGULARIDADE DOS CONTRATOS DE TRABALHO CELEBRADOS E SEUS
REFLEXOS JURÍDICOS**

**LA NUEVA ORDEN CONSTITUCIONAL Y LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS
EMPLEADOS PÚBLICOS NO EFECTIVOS: ANÁLISIS JURÍDICO DE LA
REGULARIDAD DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO CELEBRADOS Y SUS
REFLEJOS JURÍDICOS**

Thiago Penido Martins

Resumo

Uma das temáticas mais instigantes em matéria de Direito Constitucional é a relativa aos efeitos de uma nova ordem constitucional sobre situações jurídicas consolidadas sob a égide da ordem constitucional pretérita. Sob essa perspectiva, uma questão que merece detido e acurado estudo diz respeito aos efeitos jurídicos decorrentes do advento do texto constitucional de 1988, sob relações jurídicas estabelecidas entre empregados públicos admitidos sob a égide do texto constitucional de 1967 e as respectivas administrações públicas. O presente artigo tem, portanto, o desiderato proceder à análise da regularidade dos contratos de trabalho celebrados entre empregados públicos celetistas e a administração pública, no período compreendido entre 5 de outubro de 1983 e 5 de outubro de 1988, bem como seus reflexos jurídicos.

Palavras-chave: Poder constituinte originário, Ordem constitucional, Recepção constitucional, Empregados públicos, Estabilidade, Dispensa.

Abstract/Resumen/Résumé

Una de las temáticas más estimulantes en cuestión de Derecho Constitucional es la relativa a los efectos de una nueva orden constitucional sobre situaciones jurídicas consolidadas bajo el amparo de la orden constitucional pretérita. Bajo esa perspectiva, una cuestión que merece detenido y acurado estudio dice respecto a los efectos jurídicos decurrentes del advenimiento del texto constitucional de 1988, relaciones jurídicas establecidas entre empleados públicos admitidos bajo el amparo del texto constitucional de 1967 y las respectivas administraciones públicas. El presente artículo tiene, por lo tanto, el desiderato proceder al análisis de la regularidad de los contratos de trabajo celebrados entre empleados públicos celetistas y la administración pública, en el periodo comprendido entre 5 de octubre de 1983 y 5 de octubre de 1988, así como sus reflejos jurídicos.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Poder constituinte, Orden constitucional, Recepción constitucional, Empleados publicos, Dispensa.

Introdução

Uma das temáticas mais instigantes em matéria de direito constitucional é a relativa aos efeitos de uma nova ordem constitucional sobre situações jurídicas consolidadas sob a égide da ordem constitucional pretérita. Sob essa perspectiva, uma questão que merece detido e acurado estudo diz respeito aos efeitos jurídicos decorrentes do advento do texto constitucional de 1988, sob relações jurídicas estabelecidas entre empregados públicos admitidos sob a égide do texto constitucional de 1967 e as respectivas administrações públicas. O presente artigo tem, portanto, o desiderato proceder à análise da regularidade dos contratos de trabalho celebrados entre empregados públicos celetistas e a administração pública, no período compreendido entre 5 de outubro de 1983 e 5 de outubro de 1988, bem como seus reflexos jurídicos.

Poder Constituinte Originário e situações jurídicas pretéritas

O poder constituinte pode ser definido como a força propulsora, uma instância de poder que tem a competência para criar ou modificar a ordem constitucional. O poder constituinte pode ser classificado com originário ou derivado. O poder constituinte originário é aquele do qual se origina uma nova ordem constitucional, mediante a outorga ou promulgação de um novo texto constitucional, em um processo histórico ou de ruptura com a ordem jurídica anterior. O poder constituinte derivado é aquele que tem a competência, segundo as normas constitucionais vigentes, para proceder alterações no texto constitucional, mediante a edição de Emendas à Constituição.

Uma das questões mais polêmicas acerca da manifestação do poder constituinte é a relativa aos limites ao seu exercício. Se por um lado resta inequívoco que o poder constituinte derivado possui limitações que são estabelecidas pelo próprio poder constituinte originário, que prevê no texto constitucional limites de natureza formal, procedimental, circunstancial ou material ao seu exercício, tal como se infere da leitura do artigo 60, da Constituição da República de 1988, o mesmo não ocorre quando se discute a existência de limites ao poder constituinte originário, em relação ao qual foram elaboradas diversas construções teóricas na tentativa de se delimitar sua natureza jurídica e suas limitações, as quais se passa a analisar.

SIEYES, influenciado pela doutrina do Direito Natural, dominante no final do século XVII, sustentava que o poder constituinte originário, enquanto instância superior e anterior ao direito positivo, não se encontra subordinado a qualquer espécie de limites jurídicos fixados pela ordem constitucional anterior.¹ Portanto, segundo essa corrente do pensamento, o poder constituinte originário seria absoluto, ilimitado e, conseqüentemente, livre para constituir uma nova ordem constitucional, desconstituindo, inclusive, direitos, situações jurídicas, interesses jurídicos constituídos sob a égide da ordem constitucional pretérita.

A compreensão do poder constituinte originário como um poder absoluto e ilimitado é objeto de diversas críticas, tendo grande resistência entre os constitucionalistas. Conforme destaca BARROSO,

Muito embora se possa afirmar que o Poder Constituinte seja ilimitado, livre e autônomo na sua condição de força social política, especialmente em relação a uma ordem jurídico-constitucional formal anterior (no sentido de desvinculado no âmbito de um esquema normativa hierárquico) isso não significa que se trate de um poder totalmente ilimitado e, portanto, completamente livre do direito, já que seu exercício encontra-se condicionado tanto pela realidade fática quanto por determinados valores civilizatórios, pelos direitos humanos e pela justiça. (2009, p. 110)

Em idêntico sentido, CANOTILHO sustenta que,

Este sujeito constituinte, este povo ou nação, é estruturado e obedece à padrões e modelos de conduta espirituais, culturais, éticos e sociais, radicados na consciência jurídica geral da comunidade e, nesta medida, considerados como vontade do povo, ao que se somam à observância de determinados princípios de justiça, bem como a necessária sintonia com os princípios gerais e estruturantes do direito internacional. (2010, p. 81)

A Constituição, enquanto diploma inicial do ordenamento jurídico, é composto por normas constitucionais de que possuem aplicabilidade imediata. Desta forma, somente será considerado direito o que com ela é compatível, o que nela busca seu fundamento de validade, sendo consideradas inconstitucionais todas e quaisquer situações que conflitem com a expressão da vontade do poder constituinte originário. O poder constituinte originário dá início ao ordenamento jurídico, estabelecendo o que pode ser aceito a partir de então. Assim, conforme destaca MENDES, “*o que é repudiado pelo novo sistema constitucional não há de receber status próprio de um direito, mesmo que na vigência da Constituição anterior o detivesse.*” (2010, p. 129)

¹ Citado por FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. 1985, p. 10.

Infere-se, portanto, a partir de análise do pensamento de diversos constitucionalistas, que o poder constituinte originário, a despeito de ser juridicamente ilimitado, sofre importantes limitações de ordem cultural, social, econômica, relacionadas à tutela mínima da pessoa humana, bem como provenientes de normas do Direito Internacional. O poder constituinte originário é qualificado como incondicionado porque não se submete às normas e condições do ordenamento anterior, e autônomo porque pode livremente estabelecer o conteúdo das normas constitucionais integrantes da nova da Constituição. Dessa forma, no plano interno do ordenamento jurídico, note-se que nem mesmo o direito adquirido, a coisa julgada e os atos jurídicos perfeitos, constituem limites ao exercício do poder constituinte originário, de modo que este poderá simplesmente desconsiderar tais situações jurídicas ao estabelecer a nova ordem constitucional.²

Inaugurada uma nova ordem constitucional, os atos normativos praticados sob a égide da ordem constitucional pretérita perdem, em certa medida, seu fundamento de validade. Para que possa permanecer vigendo e produzindo seus efeitos, os atos jurídicos praticados com fundamento em normas constitucionais pretéritas devem buscar, segundo KELSEN³, um novo fundamento de validade, um novo alicerce, razão pela qual devem se submetidas à análise de sua compatibilidade com o conteúdo das normas constitucionais vigentes, denominado de fenômeno da recepção constitucional. Sobre o fenômeno da recepção constitucional, importa colacionar o entendimento de BERNARDES,

Ao substituir a ordem constitucional anterior, o Poder Constituinte originário institui novo fundamento de validade do ordenamento jurídico. Porém, a legislatura ordinária não possui condições de reeditar, de plano, todo o arcabouço normativo infraconstitucional anterior. Nada obstante, nem todo corpo de atos normativos anteriores é contrário aos postulados da nova Constituição. Daí, com fundamento no princípio da continuidade e em razões de segurança jurídica, aceita-se a teoria da recepção do direito positivo anterior, desde que haja compatibilidade material com o mais recente Texto Constitucional. (2002, p. 3)

Os atos normativos praticados com fundamento em normas constitucionais pretéritas que sejam compatíveis às normas constitucionais introduzidas pela nova ordem constitucional serão por ela recepcionadas, continuando a produzir seus efeitos, garantido-se, dessa forma, a estabilidade e segurança jurídica às relações jurídicas consolidadas. Por sua vez, os atos jurídicos praticados com fundamento em normas constitucionais pretéritas que não sejam

² Nesse sentido BULOS, 2008, p. 294; MENDES, 2001, p. 129; BRANCO, 2007, p. 167; LENZA, 2008, p. 211

³ 2001, p. 230.

compatíveis às normas constitucionais introduzidas pela nova ordem constitucional, não serão recepcionados, devendo ser considerados automaticamente revogados, haja vista que, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não se admite a inconstitucionalidade superveniente.⁴

Este processo de ruptura com a ordem constitucional pretérita e estabelecimento da nova ordem constitucional se apresenta, invariavelmente, complicado e tormentoso. Por esse motivo, objetivando tornar o processo de transição da antiga ordem constitucional para a nova ordem constitucional mais pacífico, acomodando situações jurídicas pretéritas e futuras, o poder constituinte originário, via de regra, estabelece normas de transição, denominadas de disposições constitucionais transitórias. BARROSO, em relevante obra sobre o tema, destaca de forma clara a natureza jurídica e relevância das disposições constitucionais transitórias, ao assim prelecionar,

São precisamente as disposições constitucionais transitórias que disciplinam esta confluência do passado com o presente, da positividade que se impõe com aquela que se esvai. Destinam-se as normas dessa natureza a auxiliar na transição de uma ordem jurídica para outra, procurando neutralizar os efeitos nocivos desse confronto, no tempo, entre regras de igual hierarquia – Constituição nova versus Constituição velha – e de hierarquia diversa – Constituição nova versus ordem ordinária preexistente. Ao fazê-lo, as normas transitórias, por vezes, regulam temporariamente determinada matéria, até que a regra constitucional permanente possa incidir em sua plenitude. Em outras ocasiões, criam ou extinguem determinadas situações jurídicas para que a Constituição já se depare, na sua aplicação regular, com uma nova realidade. Ou, ainda, suspendem, por um prazo acertado, o início da eficácia de uma determinada norma constitucional. Averte-se, no entanto, porque fundamental, que todas as normas inscritas na parte ou no apêndice que a Constituição dedica às disposições transitórias são formalmente constitucionais. Vale dizer: desfrutam, independentemente de seu conteúdo, da supremacia jurídica de tais normas, sendo aplicáveis com o grau de eficácia que esta posição hierárquica lhes confere. (2003, p. 441)

Em igual sentido, destaca HORTA que,

A incidência imediata da Constituição acarreta a substituição da ordem constitucional anterior pela impossibilidade da coexistência no tempo e no

⁴ Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal assim tem se manifestado: “A ação direta de inconstitucionalidade não se revela instrumento juridicamente idôneo ao exame da legitimidade constitucional de atos normativos do Poder Público que tenham sido editados em momento anterior ao da vigência da Constituição sob cuja égide foi instaurado o controle normativo abstrato. - A superveniência de uma nova Constituição não torna inconstitucionais os atos estatais a ela anteriores e que, com ela, sejam materialmente incompatíveis. Na hipótese de ocorrer tal situação, a incompatibilidade normativa superveniente resolver-se-á pelo reconhecimento de que o ato pré-constitucional acha-se revogado, expondo-se, por isso mesmo, a mero juízo negativo de recepção, cuja pronúncia, contudo, não se comporta no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade. Doutrina. Precedentes. (ADI 4222 AgR/DF - DISTRITO FEDERAL; Rel. Min. CELSO DE MELLO; DJ 01.09.14)

espaço, na condição de fonte e matriz do mesmo ordenamento jurídico estatal, de duas Constituições, a antiga, que desapareceu, e a nova Constituição, que se torna o fundamento monístico da validade e da eficácia do ordenamento jurídico do Estado. A Constituição nova, salvo no caso limite de ruptura revolucionária radical, não acarreta a supressão total do ordenamento jurídico anterior. A técnica constitucional elaborou soluções de acomodação normativa, que afastam o colapso que adviria do vazio jurídico: a recepção do direito anterior pela Constituição, a vigência da legislação anterior que não contrariar as disposições da nova Constituição e as normas de transição para regular situações discrepantes das normas constitucionais permanentes.(1995, p. 321)

Tecidas as considerações iniciais acerca dos limites ao exercício do poder constituinte originário e os efeitos de uma nova ordem constitucional sobre a ordem constitucional pretérita, indispensável, para a consecução dos objetivos do presente artigo, proceder à análise das formas de contratação de servidores públicos por parte dos entes federativos sob a perspectiva da ordem constitucional pretérita e atual, em especial, proceder ao estudo dos reflexos das mudanças introduzidas pela nova ordem constitucional sobre a situação jurídica dos empregados públicos contratados sob a égide da ordem constitucional pretérita, analisando se o contrato celebrado entre eles e a administração pública deve ser considerado nulo ou irregular, bem como os efeitos decorrentes dessa análise.

A Contratação de Servidores Públicos sob a égide das ordens constitucionais atual e pretérita

O poder público, com o desiderato de consecutir suas competências constitucionais, tem que se valer da contratação de agentes públicos, compreendido nesse conceito, o conjunto de pessoas que, a qualquer título, exercem funções públicas na condição de prepostos do Estado.⁵ No conceito de agentes públicos estão compreendidos os agentes políticos, que são investidos em suas funções mediante processo eletivo, para exercerem funções de gestão e administração em caráter temporário, os agentes particulares colaboradores, que são aqueles que executam certas funções transitórias, específicas e especiais, quando solicitados pelo poder público, em razão de um interesse público, bem como os servidores públicos, que são aqueles que possuem uma relação permanente de trabalho com o poder público.⁶

⁵ CARVALHO FILHO, 2006, p. 487.

⁶ Nesse sentido destaca DI PIETRO, 2004, p. 245.

A terminologia servidor público designa uma categoria ampla de pessoas que possuem uma relação de trabalho permanente com o poder público, compreendendo tanto os servidores públicos estatutários, quanto os empregados públicos celetistas. Os servidores públicos estatutários são aqueles que tem sua relação de trabalho regida por normas jurídicas específicas, denominadas de estatutos. Os empregados públicos são aqueles que tem sua relação de emprego regida pelas normas jurídicas constantes da Consolidação de Leis Trabalhistas.

Portanto, quando da contratação de servidores públicos, o poder público deve optar por um dos dois distintos regimes jurídicos, o regime estatutário e o regime celetista, conforme preceitos constitucionais contidos no artigo 39 da Constituição da República, segundo o qual, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

Essa distinção entre servidores públicos estatutários e empregados públicos celetistas já existia sob a vigência da ordem constitucional pretérita, que lhes conferia tratamento distinto quanto a forma de ingresso no poder público, bem como quanto à estabilidade constitucional. Isto porque, a Constituição da República de 1967 não exigia a realização de concurso público para a admissão de empregados públicos, cujas relações de trabalho são regidas pela Consolidação das Leis Trabalhistas, não lhes sendo aplicável a estabilidade constitucional.

A Constituição da República de 1967, somente exigia concurso público para servidores públicos pretendentes aos cargos públicos, sendo-lhes aplicável a estabilidade constitucional, após dois anos de exercício da função pública. Conforme preceitos constitucionais contidos no parágrafo primeiro, do artigo 97, da Constituição Federal de 1967,

Os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos na lei.

§ 1º A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei. (...)

O Constituinte Originário de 1988, no intuito de acabar com os abusos cometidos pela política clientelista existente à época, que permitia aos administradores públicos contratar empregados públicos sem realização de concurso público, inseriu, no inciso II, do artigo 37, preceito constitucional determinando que, tanto a investidura em cargo público, como em emprego público, estava condicionada à aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos. Nos termos do referido dispositivo constitucional:

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:

(...)

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas e de 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 declarados em lei de livre nomeação e exoneração;

Diante do tratamento conferido pela nova ordem constitucional, que passou a exigir concurso público tanto para o ingresso em cargo público, quanto em emprego público, imperioso analisar como ficaram disciplinadas as relações jurídicas de emprego público constituídas sob a égide da ordem constitucional pretérita. Nesse ínterim, com o desiderato de regularizar a situação jurídica dos empregados públicos contratados antes do advento da nova ordem constitucional, promovendo uma transição entre a ordem constitucional pretérita e a atual, o constituinte originário optou por estabelecer, no artigo 19, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CF/88, que,

Art. 19 - Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

O referido dispositivo contido nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) tratou da situação jurídica dos servidores públicos admitidos sob a vigência de ordens constitucionais pretéritas de forma genérica, não fazendo distinção entre servidores públicos estatutários e empregados públicos celetistas, preceituando que, qualquer deles, desde que admitidos 5 anos antes da promulgação da Constituição da República de 1988, independente de terem sido aprovados em concurso público, passaram a gozar de estabilidade constitucional, com todas suas garantias. Dessa forma, o servidor público estatutário e o empregado público celetista que tenham sido admitidos antes de 05 de outubro de 1983 passaram a ser estáveis no exercício de sua função pública.

Ocorre, todavia, que inúmeros empregados públicos, quando da promulgação da Constituição da República de 1988, não tinham adquirido a estabilidade constitucional assegurada pelo artigo 19, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), uma

vez que não possuíam 5 anos continuados de trabalhos prestados aos entes federal, estadual, distrital ou municipal e tampouco ingressaram no serviço público mediante concurso público. Nesses casos específicos, o vínculo perante a administração pública permaneceu inalterado sob regime celetista, sendo possível à administração pública promover sua demissão *ad nutum*, ou seja, a qualquer momento. Sobre este aspecto surge relevante controvérsia. Em caso de demissão dos empregados públicos celetistas não efetivos e não estáveis, seu vínculo de trabalho deve ser considerado nulo ou apenas irregular? Em caso de demissão sem justa causa, lhes assiste o direito de ter liberado o saldo do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), acrescido da multa de 40% ?

Após a promulgação da Constituição da República de 1988, os servidores públicos, compreendidos neste conceito os servidores públicos estatutários e empregados públicos celetistas, passaram a poder ser enquadrados em distintas situações jurídicas a considerar a data e forma de ingresso no exercício de suas funções públicas. Os servidores públicos não efetivos e não estáveis; os servidores públicos não efetivos e estáveis; os servidores efetivos e não estáveis; os efetivos e estáveis; e, os comissionados. Passemos a análise de cada uma dessas categorias.

São considerados servidores públicos não efetivos e não estáveis aqueles que foram admitidos entre 05 de outubro de 1983 e a promulgação da Constituição da República de 1988. Considera-se servidor público não efetivos e estáveis aquele que foi admitido antes de 05 de outubro de 1983, mesmo que não tenha prestado concurso público. Por sua vez, considera-se servidor público efetivo e não estável aquele que foi admitido mediante concurso público e possui menos três anos de efetivo exercício da função pública. Considera-se servidor público efetivo e estável aquele que foi admitido mediante concurso público e possui mais três anos de efetivo exercício da função pública. E, por fim, consideram-se comissionados, aqueles admitidos em cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Tecidas as considerações acerca do regime jurídico dos servidores públicos, sua forma de ingresso e as diferenças de tratamento conferidas pela ordem constitucional pretérita e atual aos servidores públicos estatutários e empregados públicos celetistas, imperioso proceder à detida análise da situação jurídica dos empregados públicos admitidos entre o período de 05 de outubro de 1983 à 05 de outubro de 1988, em especial, no que diz respeito a licitude e regularidade de seu contrato de trabalho com a administração pública, bem como os efeitos decorrentes de sua dispensa, em razão de não serem possuidores de estabilidade constitucional.

Situação jurídica dos empregados públicos não efetivos e não estáveis

No que concerne aos empregados públicos celetistas admitidos pela administração pública no lapso temporal compreendido de 05/10/83 à 05/10/88, portanto, não abrangidos pela estabilidade constitucional extraordinária prevista pelo artigo 19, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), infere-se que seus contratos de trabalho não podem ser mantidos, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal.

(...) sobre ser incontornável a necessidade de concurso público de provas ou de provas e títulos para a investidura em cargo ou emprego público não há mais o que discutir. A Carta da república a propósito é clara, com a ressalva do recrutamento para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. O ingresso em cargo isolado ou cargo inicial de certa carreira deve dar-se obrigatoriamente por concurso público (art. 37, inciso II da CF/88) Esta casa, fiel ao mandamento constitucional, não tem admitido exceções à regra fora do que prescreve a própria lei fundamental” (Ação Direta da Inconstitucionalidade nº 186/PR, Relator o Min. Francisco Rezek, DJU 15.09.95).

Note-se que, com o advento da Constituição da República de 1988, foram banidas da ordem constitucional brasileira a possibilidade jurídica de provimento de cargos efetivos integrantes dos quadros funcionais permanentes dos entes públicos, para o exercício de cargos de carreira, por pessoas não concursadas e não estabilizados na forma do artigo 19 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Ainda sobre o tema:

Pode ser cativante a tese de que, ao afastar a estabilidade extraordinária dos servidores não concursados admitidos posteriormente a 05/10/1983 e até 05/10/1988, o art. 19 do ADCT da Constituição Federal deixou de atender aos princípios da igualdade, da segurança jurídica e das relações, da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho. Entretanto, aquele marco foi posto de forma clara nas disposições constitucionais transitórias, e contra a Constituição, não se pode sustentar interpretação que elastece o requisito temporal fixado no dispositivo (art. 19 do ADCT), nem mesmo com o argumento de que consolidadas situações individuais pelo decurso do tempo de permanência irregular de servidores contratados. Essa situação, por si só, não tem o efeito de convalidar atos que se desviam de normas cogentes da Constituição da república nem de mitigar irregularidades evidentes, que sem fundamento legal e relevante que se possa justificar, são mantidas desde 05 de outubro de 1988.

Desta forma, seguindo essa exegese, a administração pública poderia usar do seu poder discricionário para dispensar, ao seu livre arbítrio, os empregados públicos que foram admitidos após 05 de outubro de 1983, haja vista não serem possuidores de estabilidade constitucional,

desde que lhes sejam assegurados o pagamento de todas as verbas trabalhistas, uma vez que o contrato de trabalho celebrado e aperfeiçoado sob a vigência da Constituição da República de 1967, além de não poder ser considerado nulo ou irregular, tal como ocorre nos casos de pessoas contratadas sem concurso público após o advento da Constituição da República de 1988, encontra-se protegido sob o manto do ato jurídico perfeito, tutelado pelo inciso XXXVI, do artigo 5º, da Constituição da República. Nesse sentido, cumpre colacionar algumas decisões jurisdicionais sobre o assunto:

EMPREGADO PÚBLICO CONTRATADO ANTES DA PROMULGAÇÃO DA CF/88. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE CONTRATUAL. A Constituição Federal de 1967, modificada pela Emenda Constitucional de 1969, só exigia a formalidade do prévio concurso público para o provimento de cargo e não para a admissão em emprego público (art. 97, § 1º, da CF/67). Se a admissão ocorreu em 03.10.1988, não há que se falar em violação ao artigo 37, II e § 2º, da Carta Magna de 1988, visto que esta ainda não vigorava. Da mesma forma, não há nulidade a partir da lei instituidora do regime jurídico dos servidores públicos municipais, eis que o contrato validamente firmado antes da Constituição Federal de 1988 continuou a vigorar pelo regime pela CLT, inexistindo qualquer alteração do regime. (TRT 23ª Região - RODEOF-00027.2006.061.23.00-0)

O Tribunal Superior do Trabalho, através da Súmula 363⁷, entende que a ausência do concurso público na contratação afasta a legitimidade do vínculo empregatício por ser a contratação, nesta hipótese, incompatível com o princípio da inafastabilidade do concurso público, previsto no artigo 37, inciso II, da Constituição da República. Esse entendimento se aplica às admissões posteriores a Constituição da República de 1988. Em referência aos empregados públicos admitidos antes da Constituição da República de 1988, cujas normas constitucionais pretéritas não exigiam a prévia aprovação em concurso público, o Tribunal Superior do Trabalho tem entendimento majoritário pelo reconhecimento do vínculo empregatício como regular e legítimo. Nesse sentido:

A Constituição de 1967 não exigia prévia aprovação em concurso para a investidura em emprego público. O artigo 97, § 1º, referia apenas o cargo público. Assim, tratando-se de relação de trabalho iniciada anteriormente à Constituição de 1988, revela-se inaplicável o disposto no artigo 37, inciso II - (TST-RR-118/2004-103-22-00.7, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 3ª Turma, in DJ de 23-02-07.)

⁷ Súmula nº 363 do TST - CONTRATO NULO. EFEITOS (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

Válido é o contrato de trabalho celebrado anteriormente à promulgação da atual Constituição Federal, sem prévia aprovação em concurso público, vez que, na vigência da Constituição da República de 1967, não existia o óbice da prévia habilitação em concurso público para contratação, no âmbito da Administração Pública, de servidor regido pelo regime da CLT. Por outra face, a inteligência da Súmula nº 363 deste Tribunal está posta no sentido de que não é aplicável, retroativamente, o art. 37, II, da Constituição Federal. Interposto à deriva dos requisitos traçados no art. 896 da CLT, não se dá impulso a recurso de revista. (TST - AIRR- 46/2002-002-14-00.5, Rel. Min. Alberto Bresciani, 3ª Turma, in DJ de 16/2/2007.)

A ausência de aprovação da reclamante em concurso público não a afronta o art. 37, II, da Carta Magna, porque a admissão ocorreu em momento anterior a 5.10.1988, a ensejar o exame da *quaestio* à luz da legislação vigente à época, que, por sua vez, não impunha óbice à Administração Pública para contratar pessoal pelo regime da CLT sem a prévia aprovação em concurso público. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST-AIRR-493/2002-058-19-40.6, Rel. Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, 6ª Turma, in DJ de 19/12/2006.)

Conclui-se, portanto, que conforme entendimento predominante no âmbito dos órgãos jurisdicionais, considerado que a Constituição da República de 1967 não previa a exigência de concurso público para a admissão de empregado público sob o regime celetista, exigência que somente foi inserida na ordem constitucional brasileira após o advento da Constituição da República de 1988, há que se considerar com regular e legítimo o vínculo trabalhista mantido pela administração pública com empregados públicos admitidos antes da promulgação do texto constitucional vigente.

Desta forma, demonstrada a regularidade e legitimidade do vínculo trabalhista mantido pela administração pública com empregados públicos admitidos antes da promulgação do texto constitucional vigente, independentemente da forma de ingresso, indispensável proceder à análise da possibilidade jurídica de dispensa daqueles que foram admitidos antes e depois de 5 de outubro de 1983, bem como os procedimentos para a dispensa e seus reflexos jurídicos.

Da possibilidade jurídica de dispensa do empregado público não efetivo e não estável

No ordenamento jurídico brasileiro, diversas são as formas de extinção da relação de trabalho. O contrato de trabalho pode ser rescindido por iniciativa do empregado, tal como ocorre na rescisão do contrato de trabalho, por prazo indeterminado, em razão da formalização de pedido de demissão ou em caso de despedida indireta, bem como por iniciativa do

empregador, a qual poderá se dar com justa ou sem justa causa. Há ainda, a rescisão do vínculo trabalhista decorrente do término do contrato de trabalho por prazo determinado, disciplinado pelo artigo 443 da Consolidação das Leis Trabalhistas, em virtude de haver sido concretizado seu termo final, conforme o pré-estabelecido pelas partes;

A rescisão do contrato de trabalho com justa causa poderá ocorrer quando empregado ou empregador, ou mesmo ambos, em caso de culpa recíproca, praticam faltas graves, expressamente previstas em lei, que autorizem esse procedimento. As faltas que, praticadas pelo empregado, constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador estão previstas no artigo 482 da Consolidação das Leis Trabalhistas. Aquelas que, praticadas pelo empregador, autorizam o empregado a considerar rescindido o contrato e pleitear seus direitos estão previstas no artigo. 483 do mesmo diploma legal.

Os preceitos normativos contidos no artigo 7º, da Constituição da República de 1988, asseguraram ao trabalhador urbano e rural a garantia contra despedida arbitrária ou sem justa causa que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos. Desta forma, em se tratando de empregado público celetista não efetivo e não estável, uma vez que admitido após 5 de outubro de 1983, caso a administração pública deseje realizar a sua dispensa, poderá fazê-lo a qualquer momento, sendo-lhe assegurado o direito ao recebimento de todas verbas trabalhistas inadimplidas, inclusive, liberação do saldo do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), acrescido da multa de 40%. Nesse sentido, tem se manifestado os órgãos jurisdicionais,

EMPREGADO PÚBLICO CONTRATADO ANTES DA PROMULGAÇÃO DA CF/88. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE CONTRATUAL. A Constituição Federal de 1967, modificada pela Emenda Constitucional de 1969, só exigia a formalidade do prévio concurso público para o provimento de cargo público e não para a admissão em emprego público (art. 97, § 1º, da CF/67). Se a admissão da empregada pública ocorreu em 01.08.87, não há que se falar em violação ao artigo 37, II da Carta Magna de 1988, visto que esta ainda não vigorava. Assim sendo, devidos os depósitos do FGTS de todo o período de vigência do contrato, acrescido da multa de 40% e 13º salários integrais e proporcionais, eis que decorrentes da demissão sem justa causa. Recurso provido para se dar pela validade do contrato. (TRT 23ª Região - RO - 00662.2008.004.23.00-5; DJ 24/03/2009)

A administração pública somente estaria liberada da obrigação de liberação do saldo do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), acrescido da multa de 40%, caso demonstre, mediante processo administrativo, em que seja assegurado ao empregado público o exercício da ampla defesa e contraditório, a prática de uma as condutas descritas no artigo 482, da Consolidação das Leis Trabalhistas. Advirta-se para a obrigatoriedade de instauração de

processo administrativo, sob pena do empregado dispensado pleitear judicialmente sua reintegração ao emprego, assegurado o direito ao recebimento de todos os valores que deixar de perceber deste seu afastamento, caso declarado ilegal.

Saliente-se que o fato do ato de contratação estar perfeito, ou seja regular e legítimo, não descaracteriza a condição de não estável do empregado público, pois a estabilidade tem como requisito essencial a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos ou, extraordinariamente, caso o empregado público esteja abrangido pela benesse contida no artigo 19 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

Da possibilidade jurídica de dispensa do empregado público não efetivo e estável

No que tange aos empregados públicos celetistas admitidos antes de 5 de outubro de 1983, os quais foram estabilizados pelos preceitos normativos contidos no artigo 19, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, é necessária maior cautela caso a administração pública deseje promover a sua dispensa. Nesta situação, a administração pública, antes de concretizar a dispensa deve, previamente declarar a desnecessidade do emprego público, observando os seguintes requisitos: demonstração da existência de interesse público e conveniência da administração pública em declarar a desnecessidade; expedição de ato normativo declaratório motivado; descrição objetiva do cargo declarado desnecessário; observância das normas gerais para perda de cargo público previsto na Lei Federal 9.801/99; e, por fim, abertura de processo administrativo de disponibilidade dos servidores estáveis, com a possibilidade de pedido de exoneração devidamente motivado e formalizado pelo empregado público.

Caso a administração pública deseje realizar a sua dispensa de empregado público não efetivo, mas estável, deverá assegurar o direito ao recebimento de todas verbas trabalhistas inadimplidas, inclusive, liberação do saldo do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), acrescido da multa de 40%, somente se desonerando destas obrigações caso demonstre, mediante processo administrativo, em que seja assegurado ao empregado público o exercício da ampla defesa e contraditório, a prática de uma das condutas descritas no artigo 482, da Consolidação das Leis Trabalhistas. Advirta-se para a obrigatoriedade de instauração de processo administrativo, sob pena do empregado dispensado pleitear judicialmente sua

reintegração ao emprego, assegurado o direito ao recebimento de todos os valores que deixar de perceber deste seu afastamento, caso declarado ilegal.

Considerações Finais

Uma das temáticas mais instigantes em matéria de direito constitucional é a relativa aos efeitos de uma nova ordem constitucional sobre situações jurídicas consolidadas sob a égide da ordem constitucional pretérita. Sob essa perspectiva, uma questão que merece detido e acurado estudo diz respeito aos efeitos jurídicos decorrentes do advento do texto constitucional de 1988, sob relações jurídicas estabelecidas entre empregados públicos admitidos sob a égide do texto constitucional de 1967 e as respectivas administrações públicas. Dessa forma, o presente artigo teve o desiderato, sem a pretensão de esgotar o tema, de proceder à análise da regularidade dos contratos de trabalho celebrados entre empregados públicos celetistas e a administração pública, no período compreendido entre 5 de outubro de 1983 e 5 de outubro de 1988, bem como seus reflexos jurídicos.

Conforme entendimento predominante no âmbito dos órgãos jurisdicionais, considerado que a Constituição da República de 1967 não previa a exigência de concurso público para a admissão de empregado público sob o regime celetista, exigência que somente foi inserida na ordem constitucional brasileira após o advento da Constituição da República de 1988, há que se considerar com regular e legítimo o vínculo trabalhista mantido pela administração pública com empregados públicos admitidos antes da promulgação do texto constitucional vigente.

Desta forma, a administração pública pode usar do seu poder discricionário para dispensar, ao seu livre arbítrio, os empregados públicos que foram admitidos após 05 de outubro de 1983, haja vista não serem possuidores de estabilidade constitucional, desde que lhes sejam assegurados o pagamento de todas as verbas trabalhistas, uma vez que o contrato de trabalho celebrado e aperfeiçoado sob a vigência da Constituição da República de 1967, além de não poder ser considerado nulo ou irregular, tal como ocorre nos casos de pessoas contratadas sem concurso público após o advento da Constituição da República de 1988, encontra-se protegido sob o manto do ato jurídico perfeito, tutelado pelo inciso XXXVI, do artigo 5º, da Constituição da República.

No que concerne aos empregados públicos celetistas admitidos antes de 5 de outubro de 1983, os quais foram estabilizados pelos preceitos normativos contidos no artigo 19, dos Atos

das Disposições Constitucionais Transitórias, é necessária maior cautela caso a administração pública deseje promover a sua dispensa. Nesta situação, a administração pública, antes de concretizar a dispensa deve, previamente declarar a desnecessidade do emprego público, observando os seguintes os requisitos legais para a declaração de desnecessidade de cargo ou emprego público.

Em ambos os casos, seja empregado público celetista não efetivo e não estável, uma vez que admitido após 5 de outubro de 1983, seja empregado público não efetivo, mas estável, uma vez que admitido antes de 5 de outubro de 1983, caso a administração pública ao realizar sua dispensa, deverá assegurar-lhe o direito ao recebimento de todas verbas trabalhistas inadimplidas, inclusive, liberação do saldo do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), acrescido da multa de 40%, salvo demonstrado, mediante processo administrativo, em que seja assegurado ao empregado público o exercício da ampla defesa e contraditório, a prática de uma as condutas descritas no artigo 482, da Consolidação das Leis Trabalhistas, advertindo-se para a obrigatoriedade de instauração de processo administrativo, sob pena do empregado dispensado pleitear judicialmente sua reintegração ao emprego, assegurado o direito ao recebimento de todos os valores que deixar de perceber deste seu afastamento, caso declarado ilegal.

Referências

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BERNARDES, Juliano Taveira. *Efeitos das normas constitucionais no sistema normativo brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Editora Saraiva. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constitucional*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Almedina, 1982.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004

HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1995.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.