

O servidor público estatutário e a nova ordem de competência da Justiça do Trabalho estabelecida pela E.C. nº 45/04

Wilson José Vinci Júnior

Aluno do 5º ano noturno da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Estagiário do Ministério Público do Estado de São Paulo, ex-estagiário da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo e ex-Escrivão de Polícia do Estado de São Paulo.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo contribuir na solução da problemática criada com as alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 45/04, mais especificamente no tocante à competência para dirimir os conflitos envolvendo os servidores públicos estatutários e a Administração Pública.

Com a nova redação do artigo 114 de nossa Lei Maior, alguns estudiosos entenderam que os servidores públicos estatutários passaram a ter suas lides submetidas à competência da Justiça do Trabalho, derogando a anterior competência da Justiça Comum em conhecer tais conflitos.

Esta visão, contudo, mostra-se equivocada, conforme se provará adiante.

Palavras-chave: servidor público estatutário; E.C. nº 45/04; Justiça do Trabalho; competência; justiça comum.

1. Introdução

Com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45/04, a competência da Justiça do Trabalho foi ampliada, passando a abranger inclusive certas hipóteses já anteriormente sedimentadas pela doutrina e jurisprudência, como, v. g., o dano moral no âmbito trabalhista. Assim, novas hipóteses de competência foram previstas, enquanto outras apenas ganharam expressão previsão legal, passando a ter *status* de preceito constitucional o que já era reiteradamente aplicado pelos nossos Tribunais Superiores.

Neste contexto, determinadas questões foram solucionadas, enquanto outras acabaram por nascer. Dentre estas, encontra-se a problemática referente à competência para dirimir os conflitos entre o servidor público estatutário e a Administração Pública.

Anteriormente à referida Emenda, restava claro que somente os servidores públicos regidos pela CLT é que teriam seus conflitos dirimidos pela Justiça do Trabalho. Tal entendimento já se encontrava tão solidificado que prescindia de maiores explicações.

Da mesma forma, era cristalino que os servidores públicos estatutários deveriam solucionar seus conflitos com a Administração Pública na Justiça Comum, vez que não estavam regidos por uma relação empregatícia, nos moldes em que dispõe a CLT.

Todavia, com a recente publicação da Emenda Constitucional nº 45/04, alguns autores e estudiosos do tema passaram a considerar que os conflitos decorrentes da índole institucional dos servidores públicos estatutários incluiriam-se no rol de competência da Justiça do Trabalho.

Esta visão, contudo, revela-se equivocada, conforme será adiante demonstrado.

2. Terminologia correta e diferenciação de conceitos

Primeiramente, cumpre definir qual a correta terminologia a ser utilizada para tecer comentários acerca do ocupante de cargo público e de sua conseqüente relação jurídica com a Administração Pública.

Servidor público é o termo utilizado, *lato sensu*, para designar “as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos.”¹.

Dentro deste conceito, compreendem-se:

1 – os servidores estatutários, ocupantes de cargos públicos providos por concurso público, nos moldes do art. 37, II, da Constituição Federal, e que são regidos por um estatuto, definidor de direitos e obrigações;

2 – os empregados públicos, ocupantes de emprego público também provido por concurso público (art. 37, II, da CF), contratados sob o regime da CLT;

3 – e os servidores temporários, que exercem função pública (despida de vinculação a cargo ou emprego público), contratados por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, da CF), prescindindo de concurso público.

Os servidores estatutários submetem-se a um estatuto, fixado em lei, para cada uma das unidades da federação. Assim, os novos servidores, ao serem investidos no cargo, já ingressam numa situação jurídica previamente delimitada, não podendo modificá-la, mesmo com a anuência da Administração, vez que o estatuto é lei, portanto, norma pública, cogente, inderrogável pelas partes.

¹ DI PIETRO, 2003:433.

Os empregados públicos também preenchem suas funções através de concurso público e submetem-se a todos os demais preceitos constitucionais referentes à investidura, acumulação de cargos, vencimentos e determinadas garantias e obrigações previstas no Capítulo VII de nossa Lei Maior. Entretanto, são contratados pelo regime da legislação trabalhista (em especial pela CLT), com algumas alterações lógicas decorrentes do Direito Administrativo. Sendo assim, os Estados e os Municípios não podem alterar suas garantias trabalhistas, pois somente a União detém a competência para legislar sobre Direito do Trabalho, conforme reza o artigo 22, I, da CF.

Pode-se dizer, então, que o servidor público celetista subordina-se a dois sistemas, integrados e dependentes: 1º - ao sistema da administração pública; 2º - ao sistema funcional trabalhista. O primeiro impõe suas regras da impessoalidade do administrador, da publicidade, da legalidade, da moralidade administrativa, da oportunidade, bem como motivação do ato administrativo; o segundo traça, simplesmente, os contornos dos direitos e deveres mútuos na execução do contrato e dos efeitos da extinção do mesmo.

Portanto, de uma forma bem simplista, é conveniente afirmar que a Administração Pública, quando contrata pela CLT, equiparase ao empregador privado, sujeitando-se aos mesmos direitos e obrigações deste.

Já os servidores da terceira categoria (temporários) são contratados para exercer funções temporárias, através de um regime jurídico especial a ser disciplinado em lei de cada unidade da federação. Ressalte-se que é admitida apenas a contratação temporária, sendo intolerável a posterior admissão deste servidor para cargo efetivo (sem a realização de concurso público).

Por fim, analisando profundamente o tema, chega-se à conclusão que o servidor público (em seu conceito genérico) não somente faz parte da Administração Pública; ele efetivamente é o Estado, ente abstrato, devendo ser representado por pessoas físicas, que exercem seu cargo ou função visando ao interesse público e ao bem comum (teoria subjetiva da Administração Pública).

O Estado e seus órgãos públicos são, pois, entidades reais, porém abstratas (seres de razão), não possuindo vontade nem ação, no sentido de vida psíquica ou anímica próprias, as quais somente os seres biológicos podem possuir.

No entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Então, para que tais atribuições se concretizem e ingressem no mundo natural é necessário o concurso de seres físicos, prepostos à condição de agentes. O querer e o agir destes sujeitos é que são, pelo Direito, diretamente imputados ao Estado (manifestando-se por seus órgãos), de tal sorte que, enquanto atuam nesta qualidade de agentes, seu querer e seu agir são recebidos como o querer e o agir dos órgãos componentes do Estado; logo, do próprio Estado. Em suma, a vontade e a ação do Estado (manifestada por seus órgãos, repita-se) são constituídas na e pela vontade e ação dos agentes; ou seja: Estado e órgãos que o compõem se exprimem através dos agentes, na medida em que ditas pessoas físicas atuam nesta posição de veículos de expressão do Estado.”²

Assim, se o servidor público é o próprio Estado, como imputar-lhe uma relação de

² BANDEIRA DE MELLO, 2001:106.

trabalho com a Administração Pública? Seria ele subordinado, de forma empregatícia, ao próprio ente que representa?

Obviamente, os servidores públicos celetistas gozam dessa relação de empregabilidade, já que a Administração Pública está, neste caso, exercendo atividade equiparada aos fins privados.

Todavia, esta exceção não exclui a idéia geral de que o Estado é efetivamente formado pelos servidores, suas vontades e suas ações. E, como o servidor público é o Estado, não pode, simultaneamente, ser ‘empregado’ e ‘empregador’ de si mesmo.

Cite-se, ainda, que a mera relação de hierarquia entre os diversos graus de servidores e órgãos públicos não é capaz de afastar o conceito esposado.

3. O servidor estatutário e o poder de império da Administração Pública

Conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, “a relação jurídica que interliga o Poder Público e os titulares de cargo público, ao contrário do que se passa com os empregados, não é de índole contratual, mas *estatutária*, institucional.”³

No regime estatutário, diversamente do que ocorre nas relações celetistas ou contratuais, o Estado pode, ressalvadas as disposições constitucionais impeditivas e o interesse público, alterar unilateralmente (através de lei) o regime jurídico de seus servidores, fazendo com que as regras que eram vigentes quando da investidura destes não tenham mais valor para disciplinar sua conduta de agora em diante. Assim, uma vantagem anteriormente concedida pode, em dado momento, ser suprimida, sem qualquer ofensa ao princípio da legalidade. Da mesma maneira, uma obrigação que antes não

estava prevista passa a constituir um dever ao servidor, tornando imperativo o seu cumprimento (fato que não pode coexistir com o regime celetista, vez que, o que não foi acordado não pode, em tese, ser exigido).

Destarte, conforme se depreende do acima exposto, a Administração Pública não se equipara ao empregador privado quando estabelece uma *relação estatutária* com os seus servidores. E muitas são as nuances que diferenciam o Estado exercendo efetivamente uma função pública do Estado que concorre com os particulares em igualdade de direitos (art. 173 da CF).

As vantagens concedidas ao Estado na modalidade Poder Público (cogente) existem para conferir-lhe todos os meios necessários ao atendimento dos interesses públicos, um dos princípios maiores que norteiam o Direito Administrativo. Assim, os atos administrativos gozam de certos atributos indispensáveis, quais sejam, a presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e executoriedade. O Estado utiliza-se, portanto, de prerrogativas no intuito de buscar a paz e o bem-estar social, escopos da ciência do Direito.

Neste diapasão, faz-se oportuno frisar que o Estado tem ao seu dispor a *autoridade* que lhe é parcialmente outorgada pela sociedade, através do chamado “Contrato Social”.

Para melhor elucidar a questão, observe-se o entendimento de Hely Lopes Meirelles acerca do tema:

“Atos de império ou de autoridade são todos aqueles que a Administração pratica usando de sua supremacia sobre o administrado ou servidor e lhes impõe obrigatório atendimento. É o que ocorre nas desapropriações, nas interdições de atividade, nas ordens estatutárias. Tais atos podem ser gerais ou individu-

³ BANDEIRA DE MELLO, 2001:235.

ais, internos ou externos, mas sempre unilaterais, expressando a vontade onipotente do Estado e seu poder de coerção. São, normalmente, atos revogáveis e modificáveis a critério da Administração que os expediu.”⁴

Os atos de império diferem dos atos de mera gestão, uma vez que nestes a Administração Pública não se utiliza da supremacia sobre os destinatários. É o que ocorre, por exemplo, nos atos puramente de administração de bens e serviços públicos e nos negociais com os particulares, que não exigem coerção sobre os interessados. Ainda nas palavras de Hely Lopes Meirelles:

“Esses atos serão sempre de administração, mas nem sempre administrativos típicos, principalmente quando bilaterais, de alienação, oneração ou aquisição de bens, que se igualam aos do Direito Privado, apenas antecedidos de formalidades administrativas para sua realização (autorização legislativa, licitação, avaliação etc.).”⁵

Assim, ao compreender a diferenciação entre os atos que praticam a Administração Pública no exercício da função pública e no exercício da função privada, pode-se mais facilmente delimitar o âmbito de competência das lides oriundas dos servidores estatutários.

Com a redação dada pela E.C. nº 45/04, o artigo 114, em especial seu inciso I, da Constituição Federal, passou a comportar a seguinte redação:

“Art. 114 – Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública

direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;”

O cerne da questão reside justamente na definição da expressão *relação de trabalho* (expressão esta já prevista no art. 114 da C.F. mesmo antes das alterações provocadas pela E.C. nº 45/04).

Em linhas gerais, a *relação de trabalho* abrange um conceito de maior amplitude que o conceito de *relação de emprego*. Relação de trabalho é, pois, o gênero, do qual relação de emprego é espécie.

A relação de trabalho é basicamente proveniente de um fato, da prestação genérica de serviços, e não da vontade subordinada de uma das partes, como ocorre na relação de emprego. Só existe relação de trabalho enquanto houver a prestação de serviços e enquanto esta perdurar. Já para a existência da relação de emprego é necessário um ajuste, ainda que verbal ou tácito, mesmo que não expresso.

Para uns, a relação de emprego seria o vínculo obrigacional, decorrente da subordinação que deve o empregado ao empregador. Para outros, há distinção entre relação de emprego e contrato de trabalho.

O art. 442 da CLT diz que “o contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”.

O art. 444 do mesmo diploma legal afirma que as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas (desde que não contrarie as disposições de proteção ao trabalho). O art. 468 da CLT, por sua vez, permite alterações no contrato de trabalho, porém exige “mútuo consentimento”.

Assim, as relações de trabalho envolveriam também os autônomos (pois não estão

⁴ MEIRELLES, 1994:148.

⁵ *Ibidem* n 148

subordinados), enquanto as relações de emprego envolveriam somente os empregados, com seus requisitos constantes no artigo 3º da CLT.

Por mais que se possa dizer que, atualmente, o empregado é submetido praticamente a um ‘contrato de adesão’, tendo em vista a sua precária situação econômica e o baixo número de empregos formais existentes, algumas cláusulas ainda podem ser negociadas, como o salário e o horário de trabalho. Conforme o entendimento de Sérgio Pinto Martins:

“O empregado não irá aceitar o salário, se for muito baixo, salvo se precisar do emprego. Se tiver outro emprego no mesmo horário, não irá aceitar o horário fixado pelo novo empregador e irá tentar negociá-lo. Isso mostra que, mesmo que o contrato seja de adesão, alguma coisa pode ser negociada entre as partes, indicando a liberdade de fazer parte da relação e não de participar da elaboração do ajuste.”⁶

Isso não ocorre com o servidor público institucional que, conforme já explicitado, adere às normas previamente estabelecidas pelo Poder Público, as quais podem, inclusive, ser objeto de alteração unilateral por parte da Administração.

Destarte, a expressão *relação de trabalho* não pode comportar uma interpretação tão extensiva a ponto de considerarmos servidores estatutários como ‘empregados ou funcionários públicos’.

Ainda na lição de Sérgio Pinto Martins:

“O empregado público é o funcionário da União, Estados, municípios, suas autarquias e fundações que seja regido pela CLT, tendo todos os direitos iguais aos do empregado comum. Não é regido por estatuto do funcionário público.”⁷

E continua:

“Os Estados, municípios, suas autarquias e fundações costumam contratar empregados pelo regime da CLT, que não irão diferir do empregado comum.”⁸

Ora, se este é o entendimento dos próprios doutrinadores do Direito do Trabalho, seria temerário fazer uma interpretação a ponto de incluir os servidores estatutários nesse contexto de competência da Justiça Trabalhista.

Em que pese o fato de, à primeira vista, confundir-se um servidor estatutário com um funcionário ou empregado público, tal não deve ocorrer. Salta aos olhos que, na prática, os requisitos da subordinação, pessoalidade, onerosidade e não-eventualidade podem até parecer ‘comuns’ entre estatutários e celetistas. Entretanto, além do servidor público estatutário não ser subordinado (em seu sentido trabalhista) à Administração Pública, verifica-se também que, pelo artigo 2º da CLT, o Poder Público, quando não desempenha atividade privada, não pode ser considerado empregador. Vejamos:

“Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.”

Ora, é evidente que o Estado não é empresa e tampouco assume os riscos da atividade econômica, exceto quando atua em concorrência de igualdade com os particulares.

Desta forma, é inconcebível ampliar o conceito de empregador a ponto deste abranger também o Poder Público (quando este último realiza sua função típica). Então, se o Poder Público, neste caso, não pode ser empregador, também não poderá ser demandado pelos servidores estatutários na Justiça do Trabalho.

⁶ MARTINS, 2002:102.

⁷ MARTINS, 2002:148.

⁸ *Ibidem* n. 148.

4. Conclusão

Assim, em linhas gerais, para os servidores públicos estatutários, a alteração do artigo 114 da C.F. pela E.C. nº 45/04 mostra-se sem qualquer relevância jurídica, continuando estes a dirimir seus conflitos perante a Justiça Comum (Estadual ou Federal).

Destarte, o operador do Direito não pode criar norma e conceitos onde não existem, uma vez que, segundo a Teoria da Tripartição dos Poderes (art. 2º da CF), tal matéria é afeta somente ao Poder Legislativo. A interpretação da Lei deve ser a mais fiel possível, sob pena de estarmos por legitimar uma discricionariedade tão grande que acabaria por deses-

truturar o Estado Democrático de Direito, fazendo com que cada um interpretasse a lei segundo seus próprios e únicos interesses.

Frise-se, por fim, que a Associação dos Juizes Federais (Ajufe), em Ação Direta de Inconstitucionalidade⁹ promovida em face do Congresso Nacional, obteve, junto ao Supremo Tribunal Federal, liminar favorável ao entendimento aqui exposto, com efeito *ex tunc*, retirando expressamente de nosso ordenamento jurídico a interpretação onde competia à Justiça do Trabalho dirimir os conflitos envolvendo os servidores públicos estatutários e a Administração Pública, restabelecendo, portanto, o *status quo* que previa a competência da Justiça Comum em tais casos.

BIBLIOGRAFIA

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2003.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1994.

⁹ Adm nº 3.395-6/DF.