

# **A DISPENSA DO EMPREGADO PÚBLICO À LUZ DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

## **THE PUBLIC EMPLOYEE'S FAREWELL IN THE LIGHT OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS THEORY**

**Luciano Martinez<sup>1</sup>**

**Isabella Borges <sup>2</sup>**

### **RESUMO**

O presente artigo tem por objetivo examinar a abrangência das prerrogativas estatais em cotejo com os direitos fundamentais do empregado, no bojo da ruptura da relação de índole trabalhista firmada com a Administração Pública. Destarte, será efetuada breve análise da matéria no plano internacional. Propõe-se ainda uma inovadora abordagem acerca dos limites impostos à dispensa dos empregados públicos, à luz da teoria dos motivos determinantes. Pretende-se revisitar as bases dogmáticas do ramo administrativo, promovendo uma releitura dos seus princípios. O método de pesquisa eleito foi o empírico.

**Palavras-chave:** Despedida do empregado público; Limites; Teoria dos Motivos Determinantes; Releitura do Direito Administrativo; Efetividade dos direitos fundamentais; Método de pesquisa empírico.

### **ABSTRACT**

The purpose of this article is to examine the scope of state prerogatives in comparison with the fundamental rights of the employee, within the framework of the rupture of the relationship of a labor nature with the Public Administration. Therefore, the matter will be analyzed internationally. It proposes an innovative approach to the limits imposed on

---

<sup>1</sup> Juiz do Trabalho. Doutor pela USP. Mestre pela UFBA. Mestre e Doutorando pela UCLM. Professor da UFBA.

<sup>2</sup> Juíza do Trabalho. Mestranda em Direito das Relações Sociais e Novos Direitos pela UFBA. Pós Graduada em Direito Público e Pós Graduada em Direito e Processo do Trabalho.

the dismissal of public employees, in the light of the theory of determining motives. The intention is to revisit the dogmatic bases of the administrative branch, promoting a re-reading of its principles. The chosen research method was the empirical one.

**Key Words:**

Farewell to the public employee; Limits; Theory of Determining Motives; Re-reading of Administrative Law; Effectiveness of fundamental rights; Empirical research method.

## 1. INTRODUÇÃO

A priori, registro que o objetivo basilar deste artigo é analisar os limites aplicáveis à ruptura unilateral (promovida pela Administração Pública) do contrato de trabalho do empregado público.

Importa considerar primordialmente a reinterpretação atual dos tradicionais institutos do Direito Administrativo, promovendo-se um diálogo entre este ramo jurídico e a esfera trabalhista e constitucional. O enfoque será feito à luz da chamada ‘filtragem constitucional’, a qual assume destacada importância como parâmetro interpretativo de validade da cessação da relação de trabalho em análise.

O método utilizado no desenvolvimento da presente pesquisa é essencialmente o empírico, demandando levantamento bibliográfico e eletrônico, a partir da análise de livros e artigos versando sobre a matéria objeto de pesquisa. A par dos métodos citados, o exame aprofundado da recente jurisprudência subsidiará o desenvolvimento do trabalho.

É evidente a relevância do tema proposto, o qual se evidencia pelo fato de que os padrões clássicos de toda a dogmática do Direito Administrativo ainda estão enraizados sob a égide das prerrogativas estatais, exorbitantes do direito comum.

Todavia, o antigo método de interpretação, baseado no rigor formalista da vinculação estatal à estrita legalidade e caracterizada pela potestade pública, não mais se amolda às relações de trabalho contemporâneas estabelecidas na seara estatal, as quais pugnam por uma nova interpretação à luz da teoria dos direitos fundamentais.

Nesse contexto é que sobressai a importância do estudo relativo ao alcance da proteção conferida aos empregados públicos (regidos, portanto, pelo regime celetista), no bojo do encerramento do seu pacto laboral, efetivada por iniciativa da Administração Pública.

Decerto que o princípio da legalidade administrativa (art. 5º, II da CF) vem sendo objeto de constante reinterpretação conceitual, deixando de vincular-se à visão estrita da lei para abarcar uma atuação norteada pela teoria dos direitos fundamentais.

José dos Santos Carvalho Filho (2012, p. 20), acerca da evolução do conteúdo do princípio da legalidade preconiza que: “Tal postulado, consagrado após

séculos de evolução política, tem por origem mais próxima a criação do estado de Direito, ou seja, do Estado que deve respeitar as próprias leis que edita.”.

Em plena era da constitucionalização do Direito Administrativo, não mais se concebe uma atuação administrativa regida por excessiva discricionariedade (margem de conveniência e oportunidade administrativa).

Tecendo crítica à noção de discricionariedade administrativa, Sérgio Guerra aponta:

A crítica, portanto, que se faz em relação à discricionariedade administrativa é de que esta, fundada no binômio “oportunidade e conveniência”, não mais se apresenta compatível com todos os casos complexos, em que devem ser sopesados, para além do disposto em regras, os custos e benefícios para a solução de conflitos sociais distributivos. (2017, p. 234).

O conteúdo jurídico dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, portanto, afigura-se como verdadeiro instrumento judicial de controle de atos indevidamente caracterizados sob o rótulo de ‘discricionários’. Acerca do tema, aduz Celso Antônio Bandeira de Mello, *in literis*:

O juiz poderá, a instâncias da parte e em face da argumentação por ela desenvolvida, verificar em exame de razoabilidade, se o comportamento administrativamente adotado, inobstante contido dentro das possibilidades em abstrato abertas pela lei, revelou-se, in concreto, respeitoso das circunstâncias do caso e deferente para com a finalidade da norma aplicada” (2007, p. 927).

A desconstrução de padrões tradicionais da esfera administrativa impõe a releitura dos postulados fundamentais do chamado regime jurídico-administrativo, sobretudo no que tange ao conteúdo atual do princípio da supremacia do interesse público.

Ao revés do Direito Privado, cujo traço característico é a igualdade entre os sujeitos componentes da relação jurídica, o regime de Direito Público (que disciplina as relações entre o Estado e a sociedade) tem como nota marcante a assimetria no plano das relações jurídicas, fundadas na prevalência do interesse público sobre o privado.

No cenário apresentado, assume especial relevo a análise acerca dos limites impostos à dispensa do empregado público em cotejo com os direitos fundamentais destinados à tutela da pessoa que despende sua força de trabalho, em clara posição de vulnerabilidade, acentuada pelo fato de a Administração Pública integrar a relação jus-laboral citada.

Tecidas tais considerações, debruçadas precipuamente na tendência de constitucionalização do Direito Administrativo e, sintetizando o problema do presente

artigo, indaga-se: atualmente, qual é o alcance da proteção constitucional conferida ao empregado público, em caso de despedida procedida unilateralmente pelo ente estatal?

## **2. EMPREGADOS PÚBLICOS: NOTAS RELEVANTES**

É mister estabelecer algumas considerações iniciais acerca do regime jurídico a que estão submetidos os empregados públicos, os quais, em apertada síntese, podem ser definidos como aqueles empregados que prestam serviços em prol da Administração Pública Indireta, sob a égide das normas trabalhistas.

Interessante ainda diferenciar o conceito de servidor público celetista (regido pelas disposições da Lei 9.962/2000) do significado de empregado público (este último, objeto do presente estudo):

Registre-se, para fins de distinção, que os empregados públicos contratados pela Administração pública direta, autárquica ou fundacional pelo regime da CLT recebem o nome de **servidores públicos celetistas**. Já aqueles contratados pelos entes paraestatais são denominados simplesmente **empregados públicos**. Os servidores públicos celetistas estão regidos pela Lei 9.962, de 22 de fevereiro de 2000, que indica situações com base nas quais é possível a rescisão unilateral pela Administração Pública. A despeito disso, o TST, secundando posição já assumida pelo STF, publicou a Súmula 390, I, sustentando que “o servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988”. (MARTINEZ, 2016, p. 207)

Assim, não remanesce dúvida acerca da inviabilidade de aplicação da estabilidade, prevista no art. 41 da CRFB, aos empregados públicos.

Portanto, incide as regras trabalhistas no que tange aos empregados públicos, equiparando-se a Administração Pública ao empregador privado. Nesse diapasão, o art. 173, § 1º da CRFB estabelece que: “§ 1º. A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.”.

A rigor, a natureza contratual da relação jurídica implicaria na equivalência entre os direitos destinados aos empregados contratados pela iniciativa privada e aqueles dirigidos aos empregados que mantêm liame empregatício com a Administração Pública, porquanto ambos submetidos ao mesmo sistema celetista.

Todavia, não se pode olvidar que uma nota distintiva no tocante ao empregado público é o fato de que este se submete à regra disposta no art. 37, II da Constituição Federal, cujo teor prevê que a investidura em cargo ou emprego público é condicionada

à prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão.

Pode-se até mesmo falar em uma mitigação da aplicação do regime trabalhista em relação aos empregados públicos, porquanto em favor dos mesmos são estendidas algumas normas de direito público, considerando que o ente estatal figura como parte patronal da relação jurídica, incidindo, assim, as regras que norteiam a atuação administrativa.

É o caso, por exemplo, da hipótese contida no art. 37, XVI e XVII da CRFB, que veda a acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas, salvo as exceções elencadas no próprio dispositivo (dois cargos de professor; um cargo de professor com outro técnico ou científico; dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas).

Os empregados públicos submetem-se ainda ao teto remuneratório contido no art. 37, XI da Constituição Federal. Outra restrição a que estão sujeitos os empregados públicos e, que também deriva diretamente da Constituição, refere-se à impossibilidade de reenquadramento por desvio funcional, óbice que se funda no art. 37, II da CRFB.

A par da existência de limitações impostas aos empregados públicos, cumpre explicitar que em favor dos mesmos também são destinadas algumas garantias específicas e não extensíveis aos demais empregados celetistas que laboram em proveito de empregador particular.

É a hipótese das exigências estabelecidas para fins de validade da dispensa do empregado público, promovida pelo ente estatal unilateralmente, tema objeto deste estudo e cuja delimitação mais aprofundada será desenvolvida nos tópicos seguintes.

### **3. DESPEDIDA ARBITRÁRIA: PECULIARIDADES E PROTEÇÃO NO ÂMBITO INTERNACIONAL SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA JUSTIFICAÇÃO**

No atual estuário normativo brasileiro, o poder de dispensar trabalhadores é caracterizado, em regra, como um direito potestativo do empregador (comportando exceções, como os casos de estabilidade provisória, por exemplo).

Atualmente, a chamada “denúncia vazia” do contrato de trabalho por ato do empregador constitui um direito potestativo patronal, consoante ensina Maurício Gordinho Delgado (2009, p. 1066), “realiza-se por meio de uma declaração volitiva de

caráter receptício e constitutivo, com efeitos imediatos quanto à extinção contratual, tão logo recebida pela parte adversa.”.

Interessante é a análise da questão, contida na obra de Arnaldo Sussekind:

O disposto no inciso I do art. 7º revela, claramente, a diretriz que prevaleceu na Assembleia Constituinte: dificultar a despedida do empregado, tornando-a mais onerosa, ao invés de proibi-la, ainda que arbitrária. Se o preceito adotado manda a lei complementar prever “indenização compensatória” – indenização que só pode ser devida em casos de rescisão contratual, então nos casos de reintegração – é porque parte do princípio de que o contrato de trabalho pode ser denunciado unilateralmente pelo empregador, mesmo quando arbitrário o seu ato. Pelo menos como regra, constituindo exceções os casos de estabilidade provisória, condicionada a determinadas situações. (2010, 138).

Quanto à proteção do trabalhador contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, estabelece o art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988 que:

São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

Ainda no bojo da Carta Magna, dispõe o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, no seu art. 10, I, que:

Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

I – fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, ‘caput’ e §1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966.

A regulamentação da despedida arbitrária ou sem justa causa poderá ocorrer unicamente mediante a edição de lei complementar com tal finalidade, nos moldes previstos nos diplomas normativos citados.

No plano internacional, por seu turno, ganha relevância em alguns países, o chamado princípio da justificação, utilizado como vetor interpretativo para fins de aferição da validade da ruptura do pacto empregatício por iniciativa do empregador.

Discorrendo sobre o tema, cumpre trazer a colação:

Como registra o renomado órgão técnico jurídico da OIT, “a legislação em matéria de terminação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador modificou-se radicalmente em muitos países. Deixou de constituir-se, essencialmente, sobre períodos de pré-aviso e indenizações por despedida e sobre as condições em que não são devidos, passando o requisito de justificação por parte do empregador a corresponder ao centro jurídico das análises e decisões dos tribunais,

principalmente como consequência do frequente recurso à sua proteção, por parte dos trabalhadores que estimam ter perdido o emprego sem motivo justificado. Assim, pois, o princípio da justificação se converteu no fundamento de muitos países sobre a terminação do contrato de trabalho por iniciativa do empregado, dando origem a um complexo campo de estudos jurídicos, enquanto as regras sobre períodos de aviso prévio e pagamento de indenização perderam certa importância.” (SUSSEKIND, 2010, p. 141).

Cita-se o exemplo de Portugal que, segundo o eminente autor supracitado (2010, p. 144), “ainda restringe bastante a denúncia do contrato de trabalho por iniciativa do empresário; proíbe “os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos”.

O princípio da justificação seria o critério norteador da licitude ou não da despedida do empregado, delineando-se os contornos da chamada despedida abusiva, violadora da boa fé e da dignidade do empregado.

A matéria, no âmbito internacional, impõe necessariamente o exame da Convenção nº158 da Organização Internacional do Trabalho de 1982, que foi aprovada em 22 de junho de 1982, na 68ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho da OIT, na cidade de Genebra – Suíça. A referida norma internacional possui vigência desde 23 de novembro de 1985, prevendo, em seu teor, limitações ao direito potestativo do empregador de efetuar despedidas imotivadas.

O art. 4º da Convenção citada estabelece que:

Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

Portanto, na esfera internacional, é amplamente reconhecida a existência de restrições à ruptura imotivada do pacto laboral, sendo reputada arbitrária a dispensa que não possui embasamento verídico e causa justificada. Exige-se ainda a garantia de defesa em face das acusações imputadas ao empregado (art. 7º da citada Convenção).

Sem dúvida o tema é bastante polêmico, eis que há controvérsia sobre a vigência da Convenção nº 158 da OIT no Brasil, o que exige o exame da validade da denúncia efetivada através de decreto presidencial, já que doutrinadores de peso vislumbram a inconstitucionalidade da referida denúncia, o que, por conseguinte, tornaria a mesma imediatamente aplicável.

No Brasil, a Convenção foi encaminhada ao Congresso Nacional em 1992, tendo sido aprovada naquela Casa, a Convenção foi promulgada pelo Decreto Legislativo n. 68 em 17 de novembro de 1992.

Seguindo os trâmites legais da Organização Internacional do Trabalho, fora depositada em 05 janeiro de 1995, a carta de ratificação da Convenção perante o Diretor Geral da OIT. Transcorridos os 12 meses a contar da data do depósito, a Convenção entrou em vigor no Brasil em 05 de janeiro de 1996.

A entrada em vigor da indigitada Convenção propiciou, já no seu primeiro ano, grandes discussões ao redor da sua constitucionalidade formal e material, em observância ao quanto disposto no art. 7º, I da Constituição Federal e do art. 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Todavia, ocorreu a denúncia da Convenção nº 158 da OIT promovida pelo Poder Executivo nacional em 20 de novembro de 1996.

A aludida denúncia mediante decreto presidencial é alvo de discussão no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.625. O mérito da ADI alude à inconstitucionalidade do decreto presidencial de denúncia, sustentando-se, em suma, que, por se tratar de um decreto normativo, por simetria, haveria de incidir o disposto no artigo 49, inciso I, da Constituição (sendo imperiosa a autorização do Congresso Nacional para fins de licitude da denúncia no país). O Supremo Tribunal Federal ainda não concluiu o julgamento da mencionada ADI até a presente data.

Convém ressaltar que, conquanto não tenha ainda sido editado o diploma normativo regulamentador das dispensas imotivadas no direito interno brasileiro tampouco tenha sido julgada a ADI, que debate a possibilidade de aplicação dos termos da Convenção nº158 da OIT, o Poder Judiciário tem suprido a lacuna legal em algumas hipóteses de término de contratos de trabalho, fixando critérios a serem observados. É o caso da dispensa dos empregados públicos, cujos requisitos exigidos vêm sendo assentados pela jurisprudência pátria.

Portanto, fundamental destacar que o poder potestativo patronal de despedir empregados não pode ser reputado absoluto, ao revés, impõe-se que este se submeta a determinados limites, fundados primordialmente na justificação adequada do ato, sobretudo em situações peculiares como a que ora se examina.

Não se olvide que a proteção do empregado que labora em proveito de ente estatal deve ser maximizada em razão da aplicação de algumas normas cogentes de direito público (a exemplo da regra do concurso público, via de acesso ao emprego

público), as quais visam garantir a observância aos princípios que regem a atuação administrativa.

#### **4. LIMITAÇÕES À DESPEDIDA DO EMPREGADO PÚBLICO**

É cediço que, dada a forma de admissão do empregado público mediante concurso público (art. 37, II da CF/1988), o seu desligamento deve guardar certa consonância, exigindo-se o preenchimento de determinados pressupostos, em atenção ao princípio da impessoalidade, expresso no *caput* do art. 37 do texto constitucional (que coíbe a realização de atividades administrativas visando atendimento do interesse dos administradores). Visa-se proteger o empregado de eventuais desvios de finalidade perpetrada por agente estatal investido de competência para despedir.

Constituem, assim, exigências que devem ser observadas por ocasião da dispensa do empregado público pela Administração Pública: a motivação e o prévio processo administrativo (garantido a ampla defesa e o contraditório).

O art. 50 da Lei 9.784/99 (que regulamenta o processo administrativo federal no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta), expressamente contempla a exigência da motivação, estabelecendo que “os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses (...)”.

A hipótese de dispensa de empregado público, efetivada unilateralmente pelo ente estatal, se amolda à regra explicitada (inciso I do art. 50 da Lei 9.784/99).

O Supremo Tribunal Federal posiciona-se no sentido de ser obrigatória a motivação para fins de despedida de empregado de empresa pública e de sociedades de economia mista (Recurso Extraordinário nº 589.998-PI), conforme ementa em sede de repercussão geral:

**EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS –  
ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS.  
IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA  
DISPENSA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.**

I – Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC nº 19/1998. II – **Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também**

**respeitados por ocasião da dispensa.** III – A motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir. IV – Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho. (RE 589998/ PI – PIAUÍ, RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento: 20/03/2013, Dje-179, Divulgado em 11/09/2013, Publicado em 12/09/2013). Grifos acrescidos.

O Tribunal Superior do Trabalho (TST), através da Orientação Jurisprudencial (OJ) n. 247, I da SDI-I estabelecia posição mais restritiva no sentido de que somente a despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos exigia o requisito da motivação:

**247. SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE (alterada – Res. nº 143/2007) - DJ 13.11.2007**

I - A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade;

II - A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais. Grifos acrescidos.

Tal entendimento, conquanto conste da OJ apontada, não mais reflete o entendimento exarado em recentes decisões pelo TST, o qual passou a adotar a posição firmada pelo STF (que pacificou a obrigatoriedade da motivação para fins de dispensa de empregado promovida por empresa pública e sociedade de economia mista tanto da União, quanto dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios).

Frise-se que o colegiado do STF reconheceu, todavia, a inviabilidade de aplicação da estabilidade no emprego (art. 41 da CRFB) aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista. *In verbis* colhe-se ementa de jurisprudência do Colendo TST à luz do entendimento fixado pelo STF, dotado este último de repercussão geral:

**RECURSO DE REVISTA. DISPENSA IMOTIVADA. EMPREGADO DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. O eg. STF no julgamento do RE-589.998/PI decidiu que é necessária a motivação do ato de rescisão do contrato de trabalho do servidor empregado de empresas estatais e sociedades de economia mista, tanto da União quanto dos estados, municípios e do Distrito**

**Federal, contratado após prévia aprovação em concurso público. Ou seja, consagrou a tese segundo a qual, o mesmo rigor exigido do empregado para o ingresso na Administração Pública deve ocorrer quando de seu egresso, em razão dos princípios da isonomia, moralidade e impessoalidade, a que está adstrita. E, embora a Administração Pública indireta usufrua de regime jurídico próprio das empresas privadas, conforme o art. 173, § 1º, II, da Carta Magna, inclusive no que diz respeito às obrigações trabalhistas, após a decisão do STF há necessidade de motivação do ato demissional. Isso porque, a liberdade de que gozam as empresas públicas, em razão do interesse público, não é absoluta, encontrando limites na própria Constituição Federal. Assim, após a decisão do e. STF, é necessária a motivação do ato demissional do empregado público concursado, sob pena de revelar-se ilegal e abusiva, em razão do interesse público subjacente.** (Processo: RR - 35700-56.2009.5.01.0038. Data de Julgamento: 26/02/2014, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT de 14/03/2014). Grifos acrescidos.

Importa ainda trazer a lume, outro texto ementado do TST, *in*

*verbis*:

**(...) RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO CONTRATADO POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. ESTABILIDADE. MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. OBRIGATORIEDADE. O plenário do Supremo Tribunal Federal, em 20/3/2013, ao analisar o Recurso Extraordinário nº 589.998, a despeito do reconhecimento da inaplicabilidade do instituto da estabilidade no emprego aos trabalhadores de empresas públicas e sociedades de economia mista, assentou o posicionamento de que "é obrigatória a motivação da dispensa unilateral de empregado por empresa pública e sociedade de economia mista tanto pela União, quanto dos estados, do Distrito Federal e dos municípios "[sic]. Assim, a dispensa do empregado público, sujeito a relações trabalhistas de Direito privado, também depende de motivação, sob pena de incorrer em vício que atente contra a validade do ato administrativo, devendo ser declarada a nulidade da dispensa, condenando-se a Reclamada a proceder à reintegração do Reclamante, bem como ao pagamento de todos os salários e consectários legais devidos, desde o afastamento até o efetivo retorno. Recurso de Revista provido. (Processo: RR-49900-26.2009.5.01.0052. Data de Julgamento: 25/02/2014, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/03/2014). Grifos acrescidos.**

Hely Lopes Meirelles (2004), em relação ao tema objeto de debate, concluiu que o ato de dispensa do empregado público deve ser motivado, com escopo de evitar desvios de finalidade. Sustentou que a finalidade é elemento cogente do ato e que, na ausência de motivação que demonstre finalidade pública, a dispensa deve ser considerada ilícita.

Além da exigência de expressa motivação, também constitui exigência, para fins de validade do ato demissional do empregado público, a garantia de

regular e prévio processo administrativo, assegurado o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV da CRFB) bem como o acesso à informação pelo empregado.

A Lei 9.784/99, que disciplina o processo administrativo na esfera federal, preceitua como objetivo do referido processo a proteção dos direitos do administrado bem como o melhor cumprimento dos fins da Administração (art. 1º da citada lei).

O processo administrativo, portanto, deve ser mecanismo vocacionado a promover a garantia do devido processo legal, aplicando-se as diretrizes fundamentais traçadas no plano federal em relação às demais esferas, de forma subsidiária (art. 69 da lei 9.784/99).

É imposição normativa também a adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados bem como a garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio (respectivamente, incisos IX e X, do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/99).

Ressalte-se que o art. 38 da supracitada legislação dispõe:

O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

Consta expressa a exigência de que a fase instrutória do processo administrativo deve ocorrer em fase anterior à tomada da decisão por parte da Administração Pública, de forma que, aplicando-se o dispositivo em relação às despedidas de empregados públicos, conclui-se que a regular tramitação do processo administrativo deve preceder o próprio ato de dispensa.

O objetivo da norma é assegurar ao administrado, mediante produção probatória, a possibilidade de influenciar no resultado final do processo, em respeito à ampla defesa e ao contraditório. Inclusive nesta direção é o que preceitua o § 1º do art. 38 da legislação em exame: “Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão.”.

Por derradeiro, importa destacar que a inobservância aos requisitos explicitados poderá acarretar a decretação de nulidade do ato administrativo de dispensa, com a conseqüente reintegração do empregado público ao seu posto de trabalho.

## 5. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES: APLICABILIDADE

A priori, cumpre distinguir o motivo do ato administrativo da motivação deste. Ao passo que todo ato administrativo pressupõe a existência de um motivo, ou seja, a razão de existir ou a causa imediata da edição do referido ato (antecede a edição do ato), a motivação alude à exposição escrita do motivo (declaração formal do motivo). Em síntese, o motivo constitui elemento do ato administrativo enquanto a motivação integra a forma do ato, de modo que a ausência do último implica em vício de forma.

Pois bem.

Tal diferenciação impacta no tema em debate, considerando que tanto a Lei 9.784/99 quanto a jurisprudência do STF manifestam-se, nos termos acima explicitado, pela necessidade da motivação para fins de dispensa do empregado público. Ora, mas quais seriam as consequências jurídicas, caso conste a motivação expressa (declaração formal do motivo) no ato de dispensa de empregado público, porém venha a ser comprovado que inexistente o motivo declarado pela Administração Pública ou mesmo que este é ilegítimo ou juridicamente inadequado? Poder-se-ia validar o ato, considerando que a sua forma de exteriorização, em tese, observou a linha jurisprudencial?

A Lei 4.717/65, na alínea d do art. 2º prevê que “a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido.”

Não remanesce dúvida de que os motivos que conduziram à despedida do empregado público vinculam a Administração, ante a incidência da teoria dos motivos determinantes. Na hipótese destes não coincidirem com o real embasamento da dispensa, reputar-se-á nulo de pleno direito o ato de despedida, sendo viável a reintegração do empregado ilicitamente despedido.

Irene Patrícia Nohara (2015, p. 208) assevera, no tocante à teoria dos motivos determinantes, que:

Assim, a teoria dos motivos determinantes é definida como aquela pela qual a validade de um ato administrativo motivado depende da existência ou veracidade dos motivos de fato alegados. Se a Administração Pública motiva um ato, mesmo que discricionário, ela se vincula aos motivos declarados, de modo que ele só será válido se os motivos forem verdadeiros. Se o superior hierárquico, por exemplo, exonerar *ad nutum (ex officio)* funcionário nomeado para cargo de provimento em comissão e motivar a sua decisão, declarando,

portanto, o porquê do ato, a validade da exoneração sujeita-se à comprovação dos motivos alegados.

A questão da existência de motivação idônea ganha relevo na medida em que tem por escopo evitar práticas abusivas, constituindo verdadeiro mecanismo de controle de aferição da legalidade do ato de desligamento do empregado público,

Imperioso ressaltar que não se configura como válida a dispensa do empregado público fundada em motivo genérico, ilustrativamente, em alegações meramente principiológicas, a exemplo de uma despedida fundada unicamente “na prevalência da supremacia do interesse público”. Ora, como abordado alhures, a supremacia do interesse público é dogma administrativo que tem sido objeto de reformulação, inclusive atualmente grande parcela da doutrina alude à supremacia dos direitos fundamentais em detrimento da adoção exclusiva da noção de prevalência absoluta estatal.

A par disso, alegações de natureza vaga e imprecisa configuram óbice à análise acerca de eventual anti-juridicidade do motivo alegado, eis que destituídas de fundamento específico, passível de impugnação e amplo debate, implicando vulneração ao dever da Administração Pública de conceder acesso à informação clara e explícita sobre os atos administrativos.

Nesse sentido é que o § 1º do art. 50 da Lei 9.784/99 determina expressamente que: “A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.”.

Não se pode, assim, conceber como idônea a justificativa de ato de despedida de empregado público que indica motivo genérico ou mesmo contempla conceitos fluidos e indeterminados, eis que obstaculizam a delimitação dos fatos, prejudicando o direito de defesa do empregado.

Portanto, a legitimidade do ato estatal que promove a dispensa do empregado público, sem dúvida, perpassa pela exigência de sua consonância com a promoção dos direitos fundamentais do trabalhador, consagrando-se a garantia aos interesses sociais ao revés da satisfação ilimitada das prerrogativas estatais.

Daniel Sarmiento alude à prioridade *prima facie* do direito fundamental em face do interesse público concorrente (2017, p. 164), pelo que, à luz

desse raciocínio, há de preponderar, em se tratando de despedida de ocupante de emprego público, o núcleo essencial dos direitos fundamentais do empregado.

Nesse diapasão, assevera com propriedade Marçal Justen Filho:

Mas a Constituição não se restringe a consagrar limites ao poder estatal e a criar garantias em favor do particular. A Constituição elege, como finalidade essencial do Estado, a promoção dos direitos fundamentais. A afirmação da supremacia dos direitos fundamentais propõe uma pluralidade de problemas de outra ordem, que vêm sendo enfrentados no âmbito do direito constitucional. Porém, o relevante é a rejeição da ideia de que o Estado se basta a si mesmo e de que o governante, porque eleito, foi legitimado a decidir isoladamente sobre os fins a serem buscados. Como visto, o Estado é instrumento da promoção dos direitos fundamentais e qualquer atuação meramente aparente destinada a neutralizar esse compromisso, ofende a ordem jurídica. (2017, p. 74).

Pode-se avaliar a temática em questão, assim, à luz da chamada Teoria dos Motivos Determinantes, cujo conteúdo no campo do Direito Administrativo consiste em submeter o ente estatal ao controle de legitimidade quanto à existência e pertinência do motivo declarado como ensejador da prática do ato administrativo, sujeitando-se a Administração à comprovação do motivo declarado.

A teoria em lume encontra campo fértil de aplicação nas hipóteses de dispensa de empregados públicos, eis que a exigência apenas do requisito motivação pode conduzir às distorções fáticas, sendo razoável imputar à Administração Pública a obrigação de associar o motivo do ato de dispensa do empregado público à comprovação de sua veracidade e adequação.

## **6. ÔNUS PROBATÓRIO QUANTO AO MOTIVO DO ATO DE DISPENSA**

Em face da presunção de legitimidade do ato administrativo, seria razoável impor ao empregado, em caso de ruptura contratual por iniciativa patronal, o ônus de comprovar a invalidade do referido ato administrativo, mesmo em face das regras alusivas ao ônus de prova (art. 818 da CLT conjugado com o art. 373 do CPC)? Haveria vulneração ao princípio da ampla defesa e do contraditório, assegurados no art. 5º, LV da C/88?

A presunção de legitimidade dos atos administrativos importa considerar, a rigor, que o ato emanado da Administração Pública é presumidamente legítimo e verdadeiro até prova em sentido contrário. Tal conclusão implicaria, a princípio, na transferência ao particular do ônus probatório quanto à invalidade do ato administrativo.

O citado atributo do ato administrativo, contudo, não pode ser aplicado em relação às dispensas perpetradas pelo ente estatal, porquanto a Administração é a parte que detém conhecimento e acesso aos fatos e motivos que ensejaram o ato demissional. Inclusive, o princípio da aptidão do ônus de prova preconiza justamente que o encargo probatório incumbe à parte que possui melhores meios de produzi-la.

Ponderando sobre o tema, Lúcia Valle Figueiredo (2004, p. 179) aponta que “caberá a Administração provar a estrita conformidade do ato à lei, porque ela (Administração) é quem detém a comprovação de todos os atos e fatos que culminaram com a emanção do provimento administrativo contestado.”.

Portanto, o ônus de prova quanto à comprovação dos motivos que culminaram na dispensa unilateral procedida pelo ente estatal incumbe à Administração Pública, que, conforme já mencionado, equipara-se ao empregador privado (art. 173, § 1º da CRFB), motivo pelo qual há de se elidir a presunção de legitimidade dos atos administrativos no caso em espécie, até mesmo diante da inviabilidade de transferência de ônus probatório de fatos negativos.

## **7. CONCLUSÃO**

Tecidas tais reflexões e lançados os questionamentos acerca do alcance da garantia conferida aos empregados públicos relativamente à ruptura do contrato de trabalho, impõe-se que sejam traçados limites às prerrogativas estatais, as quais não podem prevalecer de forma absoluta em detrimento dos direitos fundamentais norteadores da relação jurídico-laboral inseridas em sua dinâmica.

Importa sublinhar a importância, no plano internacional, do chamado princípio da justificação, que tem sido utilizado como critério interpretativo para fins de aferição da validade das dispensas de empregados.

Destaca-se ainda a necessidade de reformulação dos paradigmas tradicionais do Direito Administrativo, cujos conceitos não mais se revelam hábeis a disciplinar as relações de trabalho contemporâneas firmadas com a Administração Pública.

Propõe-se, ainda a aplicação da teoria dos motivos determinantes, típica do Direito Administrativo, como instrumento de controle e aferição da veracidade do motivo que embasou a dispensa do empregado público.

Imperioso também observar que o ônus probatório, quanto à comprovação da legitimidade do motivo que embasou a dispensa do empregado público, compete ao empregador.

Defende-se ainda que o ato de despedida do empregado público seja precedido de regular processo administrativo, em que restem albergadas as garantias do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV da CRFB), como instrumento capaz de promover a observância aos direitos fundamentais envolvidos.

O escólio de Daniel Sarmiento (2004, p. 303) ressalta aspecto relevante no tocante à eficácia dos direitos fundamentais nas relações em que desponta uma assimetria substancial entre as partes componentes da citada relação (como ocorre no campo das relações de labor), qual seja, a existência e o grau de desigualdade fática entre os sujeitos envolvidos. Afirma, em síntese, que quanto maior a disparidade, mais intensa deverá ser a proteção ao direito fundamental em jogo.

Coerentemente, o que se sustenta nessa pesquisa é a adoção de interpretação exegética que garanta a proteção aos direitos fundamentais do empregado público, por ocasião da ruptura do seu contrato de trabalho (perpetrada por iniciativa da Administração Pública), exigindo-se uma análise minuciosa acerca dos seus requisitos de validade.

## REFERÊNCIAS

ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Editora Coimbra, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. SÃO Paulo: Atlas S.A, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

GUERRA, Sérgio. Discricionariedade Administrativa – Limitações da Vinculação Legalitória e Propostas Pós-Positivistas. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO; Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo de Espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO; Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo. Malheiros, 2007.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais - Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. Supremacia do Interesse Público? As Colisões entre Direitos Fundamentais e Interesses da Coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO; Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.