

ASPECTOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: BREVES APONTAMENTOS A RESPEITO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO¹

Mayara Aparecida Massoni Ferreira²

RESUMO

O tema abordado destaca a categoria de empregados públicos, servidores contratados pela Administração Pública Indireta e submetidos ao regime jurídico privado disciplinado pela Consolidação das Leis do Trabalho. Entre os anos de 1998 e 2000, houve a possibilidade que o gestor público opta-se entre a contratação de cargos efetivos submetidos ao regime jurídico administrativo ou empregos públicos em todas as esferas governamentais. Esses servidores mantêm vínculo contratual com a Administração Pública, o que não afasta a incidência de princípios e normas advindas do regime público, diante disso, abordamos as violações das garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, quando ocorre a dispensa de empregados públicos sem a devida motivação do ato administrativo, pois apenas por meio da instauração do processo administrativo é possível que tais garantias sejam concretizadas.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública; Empregado Público; Processo Administrativo; aplicação do Princípio da Motivação do Ato Administrativo.

INTRODUÇÃO

O posicionamento das cortes superiores quanto à atribuição da garantia à estabilidade ao empregado público inicia o debate deste artigo. O assunto tornou-se objeto de questionamento, principalmente, após a promulgação da Constituição da República de 1988, quando atribuiu esta garantia ao servidor investido mediante aprovação em concurso público.

Houve um período em que os empregados públicos foram contratados pela Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional por meio de concurso público, requisito indispensável, não bastando, portanto, a presença

¹ Artigo recebido em 20 de outubro e aceito em 04 de dezembro de 2012.

² Acadêmica do 5º ano do curso de Bacharelado em Direito das Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil. Orientada pela Profª. Me. Ana Cláudia Finger. may.massoni@hotmail.com;

dos elementos que constituem a relação empregatícia, quais sejam continuidade, subordinação e remuneração³.

Atualmente esta situação não mais existe, sendo que apenas as contratações de empregados públicos perante entidades da Administração Pública Indireta são reguladas pelo regime privado.

No entanto a exigência de aprovação em concurso público para a investidura em cargo e empregado público persiste, sendo previsão constitucional no art. 37, inc. II, ou seja, a impossibilidade de contratação sem prévia aprovação em concurso encontra respaldo em princípios gerais do Direito, bem como em princípios aplicáveis no âmbito do Direito Administrativo, como o princípio da moralidade administrativa⁴.

Interpreta a doutrina que a investidura em cargos públicos, ou a contratação dos empregados públicos somente será realizada por meio de aprovação em concurso público, para que assim, haja um tratamento impessoal na seleção destes indivíduos, consagrando, então, o Princípio da Impessoalidade⁵.

Na vigência da Constituição do Brasil de 1967, as entidades da Administração Direta, autárquica ou fundacional contrataram empregados públicos, sem a exigência de aprovação em concurso público, e com a promulgação da Constituição da República de 1988, este vínculo de emprego permaneceu e foi considerado válido⁶.

Além disso, aos servidores civis foi concedida estabilidade excepcional, pois integraram o quadro de funcionários públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da Administração Pública Direta, autárquica e fundações públicas, pelo período mínimo de cinco anos, e ainda se

³ CAVALVANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. **O Empregado Público**. 2ª ed. São Paulo: LTR, 2009. p. 81-95.

⁴ PANIAGO, Izidoro Oliveira. Concursos para Cargos ou Empregos Públicos – Critério Etário para Desempate - Inconstitucionalidade. **Revista IOB de Direito Administrativo**, São Paulo, a. 1, v. 1, n. 12, p. 7-11, dez/2006. p. 9.

⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 15. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 283.

⁶ CAVALVANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. *Op. cit.*, p. 94.

encontravam vinculados à Administração Pública no momento da transição dos regimes jurídicos de contratação de pessoal⁷.

Assim, os empregados públicos, independente de aprovação em concurso público, conforme disposição o art. 19 do ADCT, foram considerados empregados estabilizados. Com isso, as relações mantidas com a Administração Pública Direta, autárquica e fundacional, ainda que sem exigência de aprovação em concurso público não foram nulas, pois esse critério de validade não era vigente a época das contratações⁸.

Desde então, a exigência de aprovação em concurso público para o ingresso em emprego público vinculado à Administração Direta é condição inafastável, consoante o art. 37, inc. II da Constituição da República.

Decorre da investidura em cargo de provimento efetivo, após aprovação em concurso público, o direito à estabilidade, esse instituto foi criado a partir da Constituição de 1934, já naquele momento visava proteger o servidor de exonerações, assegurando a continuidade do serviço público, bem como proporcionar o melhor exercício das funções públicas⁹.

A redação original do art. 41, *caput*, da Constituição da República de 1988 regulamentou que seriam considerados estáveis os servidores públicos, investidos em cargo de provimento efetivo, após a conclusão de dois anos de estágio probatório, inclusive para a investidura em emprego público. Posteriormente, a Emenda Constitucional 19/98 alterou o mencionado artigo, estendendo para três anos o período mínimo de realização de estágio probatório para investidura no cargo¹⁰.

No entanto, o entendimento quanto à extensão da garantia constitucional a estabilidade segue a linha de raciocínio de CAVALCANTE, o autor esclarece que nem mesmo a aprovação em concurso público constitui elemento capaz de estender ao empregado público a estabilidade

⁷ Ibidem, p. 302-304.

⁸ Idem.

⁹ VIANA, Silvia Fernanda Gimenez. Servidor Público e Empregado Público. **Revista IOB de Direito Administrativo**, São Paulo, a. 1, v. 4, n. 48, p. 97-110, dez. 2009. p. 102-103.

¹⁰ Idem.

constitucional, pois o concurso é apenas um aspecto moralizador da contratação¹¹.

Afirma também que, diante do texto constitucional, a estabilidade se aplicaria apenas aos servidores públicos estatutários, pois quando da contratação de empregados públicos, a Administração Pública se equipara ao empregador privado, por conta disso não seria estendida a estabilidade prevista constitucionalmente, ou ainda, alegando que o termo utilizado pelo legislador, “servidor público estável”, se dirige apenas ao ocupante de cargo público¹².

Assim, afirma MEDAUAR que a aquisição da estabilidade pressupunha a nomeação em cargo efetivo, mas que a aprovação em concurso não concederia ao empregado público a estabilidade¹³.

Atualmente, a estabilidade é a garantia que o servidor investido em cargo efetivo, que somente perderá o cargo público mediante sentença judicial transitada em julgado, por meio de processo administrativo, no qual estarão presentes as garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa, ou ainda, por procedimento de avaliação periódica de desempenho¹⁴.

Por conta disso, interpreta a jurisprudência que será concedida estabilidade apenas aos empregados públicos servidores da Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional, os quais foram contratados mediante aprovação em concurso público, conforme súmula do Tribunal Superior do Trabalho a seguir.

Nº 390 ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 229 e 265 da SBDI-1 e da Orientação Jurisprudencial nº 22 da SB-DI-2) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005.

I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJs nºs 265 da SBDI-1 - inserida em 27.09.2002 - e 22 da SBDI-2 - inserida em 20.09.00)

¹¹ CAVALVANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. Op. cit., p. 288-289.

¹² Idem.

¹³ MEDAUAR, Odete. Op. cit., p. 284-285.

¹⁴ Idem.

II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJ nº 229 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)¹⁵.

Com isso estão excluídos do regime de estabilidade, os empregados públicos servidores da Administração Pública Indireta, bem como os servidores lotados em cargos de provimento em comissão demissíveis *ad nutum* (destaque no original), pois apresentam vínculo empregatício de caráter provisório¹⁶.

Além disso, a jurisprudência argumenta que os empregados celetistas não possuem estabilidade, pois a Consolidação das Leis do Trabalho substituiu a estabilidade definitiva do art. 492, pelo pagamento de indenização no valor de 40% a título de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço¹⁷.

Decorre desse entendimento a afirmação de que seria desnecessária a motivação do ato de dispensa desses servidores, pois, por não possuírem estabilidade, poderiam ser dispensados sem justa causa, o que afastaria a instauração de procedimento administrativo, para apuração da decisão, no qual seria observada a concretização dos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório.

Nesse sentido argumenta COUTINHO nos dizeres, “não se aplica a essas entidades (empresas públicas e as sociedades de economia mista) a teoria da motivação, ínsita ao ato administrativo vinculado, para obstar a dispensa sem justa causa”¹⁸.

No entanto, não há pretensão em modificar os posicionamentos do Tribunal Superior do Trabalho, mas sim analisar de modo crítico a não concessão da garantia à estabilidade ao empregado público vinculado as Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, e principalmente as consequências deste entendimento.

¹⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 390**. Estabilidade. Art. 41 da CF/1988. Celetista. Administração Direta, Autárquica ou Fundacional. Aplicabilidade. Empregado de Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista. Inaplicável. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0361a0390.htm>. Acesso em: 20 jun.2012.

¹⁶ CAVALVANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. Op. cit., p. 290.

¹⁷ COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. Op. cit., p. 91.

¹⁸ Idem.

Todo empregado público é selecionado por meio de aprovação em concurso público e deve também ser afastado com a instauração de um processo administrativo que compreende um critério objetivo de demissão.

Os atos decisórios emanados dos órgãos públicos que importem prejuízo à parte, não poderão ser impostos sem a devida exposição de motivos, ou seja, a dispensa do empregado público deve ocorrer mediante motivação do ato, sob pena de ser considerado inválido o ato demissionário.

É incorreta a afirmação de que como o empregado público está vinculado às empresas de cunho privatístico e por isso não possui estabilidade, poderiam ser suprimidas as garantias constitucionais de devido processo legal, contraditório e ampla defesa, concretizados com a instauração do processo administrativo, o que não ocorre na demissão de servidores celetistas.

Nesse sentido o Ministro Marco Aurélio se manifestou, quando da apreciação da medida cautelar interposta na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.310, perante o Supremo Tribunal Federal, e afirmou “não fica o servidor ocupante de emprego público sujeito ao rompimento do vínculo por livre iniciativa da Administração Pública, devendo o ato, como todo e qualquer ato administrativo, ser motivado. A premissa resulta de não se ter, em tal campo, a amplitude própria ao princípio da autonomia da manifestação da vontade”¹⁹.

Isto porque, a Administração Pública quando trava relações com o empregado público, norteará sua atuação consoante os preceitos jurídicos advindos do regime público, embora adote o regime privado na contratação, assim é impossível que um ato administrativo demissório esteja embasado apenas em critérios arbitrários do poder público.

DO PROCESSO ADMINISTRATIVO COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar Na Ação Direta De Inconstitucionalidade: ADI 2.310 DF. Relator: Ministro: Marco Aurélio. 19 dez. 2000. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14823337/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2310-df-stf>>. Acesso em: 10 mar. 2012. p. 22.

Considerando que o Estado, a partir da Constituição da República de 1988, almeja a concretização dos valores do Estado Democrático de Direito, dentre eles a imposição de que as decisões emanadas do este estatal possam ser construídas a partir da democracia participativa.

A necessidade de instauração do Processo Administrativo está intimamente relacionada com a característica peculiar desse processo, qual seja sua natureza de garantia constitucional, utilizado como instrumento para a proteção dos administrados em face das prerrogativas inerentes Poder Público e advindas do regime jurídico administrativo.

Afirma BACELLAR FILHO, que o artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República de 1988, consagrou o processo administrativo como garantia constitucional, inclusive contido dentre as cláusulas pétreas de garantias fundamentais dos cidadãos, deste modo o processo administrativo apresenta dupla funcionalidade, num primeiro momento auxiliando na tutela de direitos dos indivíduos, interferindo na esfera subjetiva dos indivíduos, e atuando objetivamente quando utilizado para prevenir ao remediar violações de direito²⁰.

Esclarece o autor que, anterior a Constituição da República de 1988, o processo administrativo já abrangia uma garantia jurídica, no entanto, após sua promulgação foi elevado à garantia constitucional, sendo que a interpretação conjunta com o artigo 5º, incisos LIV e LV possibilita a o desenvolvimento do devido processo legal, amparado pelas garantias do contraditório e da ampla defesa²¹.

Deste modo, o processo administrativo está relacionado não apenas ao meio de resolução de controvérsias entre a Administração Pública e os cidadãos, mas também como instrumento de legitimação dos atos administrativos, por meio da democratização das decisões emanadas do poder público, quando o processo administrativo é desenvolvido observando as garantias do contraditório e da ampla defesa.

Neste ponto MEDAUAR inicia sua explicação diferenciando direitos e garantias, esclarece a autora que as garantias se destinam a tutelar os direitos,

²⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Vida e Consciência, 2003. p. 56-63.

²¹ Idem.

pois aquelas se apresentam como meio para a preservação, reconhecimento e cumprimento destes, com isso o processo administrativo esta expresso no rol de direitos e garantias fundamentais²².

O processo administrativo visa complementar a garantia da defesa em sede jurisdicional, pois disciplina as condutas da Administração Pública desde o início do processo possibilitando que o interessado se manifeste antes de ser afetado, desde modo existe um controle na formação da vontade da Administração Pública ainda no âmbito interno²³.

Assim, o processo administrativo não existe apenas para situações contenciosas, mas se presta a produção de qualquer tipo de ato administrativo, tanto nos procedimentos internos quanto externos, nos quais ocorre a participação dos administrados.

Por fim, o processo administrativo apresenta como objetivo secundário possibilitar “uma decisão mais bem informada, mais consequente, mais responsável, auxiliando, assim, a eleição da melhor solução para os interesses públicos em causa, pois a Administração não se faz de costas para os interessados, mas, pelo contrario, toma em conta aspectos relevantes por eles salientados e que, de outro modo, não seriam, talvez, sequer vislumbrados”²⁴.

Será obrigatória a instauração do processo administrativo quando um interessado provocar a manifestação administrativa contemplando o direito de petição, quando a providência administrativa resultar em efeitos imediatos sobre o administrado, envolvendo privação da liberdade ou bens, quando a matéria envolver controvérsia sobre direitos do administrado ou implique imposição de sanções, e por fim, quando a Constituição diretamente o exigir²⁵.

Aos agentes públicos serão atribuídas diferentes esferas de responsabilização decorrentes do vínculo que mantêm com a Administração Pública, no âmbito administrativo, quando violada norma de conduta que caracteriza um ilícito administrativo serão utilizados meios internos de

²² MEDAUAR, Odete. Op. cit., p. 176-177.

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 501.

²⁴ Ibidem, p. 502.

²⁵ Ibidem, p. 515-516.

tramitação para a responsabilização do servidor, ou seja, o processo administrativo disciplinar e os procedimentos disciplinares sumários²⁶.

Esclarece MELLO que, o processo administrativo serve de instrumento de garantia dos administrados perante as prerrogativas públicas, e se define como uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem a um resultado final e conclusivo, estes atos estão conectados entre si visando o alcance de uma decisão a respeito do assunto proposto²⁷.

Embora a nomenclatura comumente utilizada seja o procedimento, é mais adequado denominá-lo como processo administrativo, pois o procedimento compreende a modalidade ritual de cada processo²⁸.

DI PIETRO entende que o processo difere do procedimento, pois consiste em “um conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativos, equivale ao rito, à forma de proceder, o procedimento se desenvolve dentro de um processo administrativo”²⁹.

Frisa-se que, o processo administrativo não se presta apenas para a punição dos servidores, ou ainda, na solução de litígios entre a administração pública e seus administrados, mas é definido como um instrumento processual que visa concretizar direitos e garantias constitucionais, antes mesmo que os indivíduos tenham seus direitos violados, por conta disso é possível afirmar que houve uma modificação na natureza jurídica do processo administrativo³⁰.

Após a Constituição da República de 1988, o processo administrativo apresenta-se atrelado aos valores democráticos, expressos e implícitos no sistema constitucional, no momento em que se busca a declaração da vontade da Administração Pública, por meio da emanção de um ato administrativo, serão observados os princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito³¹.

Diante disso, conclui MOREIRA que, processo administrativo deve assim ser denominado, pois descreve uma relação jurídica e dinâmica entre

²⁶ Idem.

²⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Op. cit., p. 491.

²⁸ Ibidem, p. 492.

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 623.

³⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. O Processo Administrativo no Rol de Direitos e Garantias Individuais. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). **Cenários do Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 182-189.

³¹ Idem.

sujeitos, nela os direitos e deveres das pessoas participantes são de direito público, uma vez que o agente da Administração Pública exercerá dever-poder perante os demais, ou seja, exercerá o poder público obedecendo à regulação normativa específica, para que ao mesmo tempo sejam impostos limites ao exercício do poder³².

Por fim, o processo administrativo disciplinar *stricto sensu* é utilizado como meio de apurar a responsabilidade de servidores determinados, violadores de infrações funcionais, sendo que qualquer estatuto pode instituir o processo administrativo disciplinar e determinar ainda as penas graves ensejadoras desse instrumento³³.

No que diz respeito à defesa técnica no processo administrativo disciplinar, sem pretensão de que haja o esgotamento do tema, é importante ressaltar que a OAB/PR propôs o cancelamento da súmula nº 5 do STF. O Conselheiro Federal Romeu Felipe Bacellar Filho redigiu parecer se manifestando pela revogação da súmula, pois a defesa técnica constitui instrumento obrigatório para o alcance da garantia à ampla defesa e dos demais meios recursais inerentes, assim embora a redação da súmula vincule o poder judiciário e no âmbito das decisões administrativas, o aspecto da constitucionalidade ainda é objeto de debate³⁴.

A Lei nº 9.784/99 estabelece a disciplina sobre o processo administrativo no âmbito federal e determina que da decisão que impor sanções disciplinares caberão recursos administrativos, sendo que tais decisões não apresentam força de coisa julgada, pois não existe no Brasil a previsão do contencioso administrativo, diante do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República de 1988³⁵.

Conforme ressalta MOREIRA NETO, o ato final do processo administrativo disciplinar não é a decisão, mas a elaboração do relatório,

³² MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 2. ed. rev. atual. aum. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 57-58.

³³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 365.

³⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Ordem dos Advogados do Brasil. **PARECER. PROCESSO nº 2008.29.03159-01.** Disponível em: <http://www.oab.org.br/Arquivos/pdf/geral/Voto_Bacellar-parecer_sobre_a_sumula_vinculante_n_05.pdf>. Acesso em: 30 set. 2012.

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 624-625.

embora seja uma consequência do processado, o ato decisório de demissão ou arquivamento é autônomo, no entanto decorre do processo administrativo³⁶.

É importante enfatizar que a garantia constitucional do devido processo legal, somente se concretizará com a efetivação do contraditório e a ampla defesa, conforme mencionado no seguinte trecho:

As garantias do contraditório e da ampla defesa visam assegurar o efetivo o cumprimento do devido processo legal, entendido não apenas como a possibilidade de utilização da via processual para o pleito ou defesa de direito, mas, em uma compreensão mais ampla, como forma de se permitir, no processo, e por intermédio do processo, possibilitar ao litigante a demonstração dos fatos nos quais se fundamentam seus direitos. A utilização do processo sem garantia absoluta do direito ao contraditório reduz a ferramenta processual a uma garantia meramente formal, sem quaisquer desdobramentos de cunho material³⁷.

Segundo o entendimento de BOCKMANN MOREIRA, o ato administrativo decisório emanado pela autoridade administrativa respalda-se no princípio da legalidade, no entanto, o cumprimento deste requisito não é suficiente para que a vontade da administração prepondere na relação jurídico-administrativa com o cidadão³⁸.

Diante disso, os atos administrativos não podem ser impostos aos administrados ou aos servidores, a partir de manifestações unilaterais da Administração Pública, isto porque a participação democrática dos cidadãos nas decisões administrativas é requisito essencial para a validação do ato administrativo, os indivíduos não demandam somente em defesa dos excessos de poder da autoridade pública, mas também diante de decisões que beneficiarão toda a coletividade³⁹.

A participação ativa dos cidadãos pode ser demonstrada, por exemplo, quando as normatizações possibilitam sua atuação em audiências públicas para elaboração de regulamentos administrativos das agências reguladoras, ressaltando a previsão constitucional expressa no artigo 37, § 3º “a lei

³⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 365.

³⁷ CREUZ, Luís Rodolfo Cruz e; ANDRÉ FILHO, Pedro Felício; VILLARREAL, Gabriel Hernan Facal. Contraditório, Ampla Defesa e o Direito à Prova no Processo Administrativo. **Revista IOB de Direito Administrativo**, São Paulo, a. 1, v. 1, n. 9, set. 2006. p. 22.

³⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. Op. cit., p. 189.

³⁹ Idem.

disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta”⁴⁰.

Considerando, que o processo administrativo serve de instrumento objetivo, imparcial e impessoal, utilizado com a finalidade de se apurar os fatos, que caracterizam o ilícito administrativo imputado ao servidor, bem como para a confirmação da autoria, ou ainda o processo administrativo disciplinar aplicável para a indicição e exoneração do servidor, enfatizando sua modalidade de garantia constitucional expressa no art. 5º, inc. LV, da Constituição da República de 1988, o que inclui o acesso amplo ao processo, possibilitando a ampla defesa por meio dos recursos cabíveis.

É imprescindível sua instauração no momento da dispensa do empregado público celetista, nos casos em que o empregado mantém vínculo contratual com a Administração Pública Direta e Indireta, pois não poderá ser afastada a garantia constitucional do devido processo legal, por se tratar de garantia fundamental do indivíduo, e, também, diante do ingresso no quadro de servidores públicos por meio de aprovação no concurso público de provas e títulos.

E, nos casos em que os empregados públicos encontram-se vinculados à Administração Pública Indireta, contratados sob o regime celetista em empresas públicas e sociedades de economia mista, a dispensa do servidor deverá ser decretada por meio de ato administrativo motivado, por meio da instauração de processo administrativo, pois somente desta forma o servidor poderá participar democraticamente do ato de dispensa que o exclui do quadro de servidores, garantindo-se assim, a impessoalidade e a objetividade do ato de desligamento.

Sendo assim, a ambas as hipóteses são inadmissíveis a dispensa do empregado público sem que haja a devida motivação do ato administrativo, para que assim, seja oportunizada a defesa do servidor.

É incorreto afirmar que o regime jurídico público está afastado quando ocorre a demissão do empregado público, pois no momento em que se discute a legalidade do ato administrativo, o poder público se reveste de suas

⁴⁰ Idem.

prerrogativas⁴¹. Diante disso é imprescindível a exposição dos motivos que levam a formação da decisão administrativa.

O princípio da motivação dos atos administrativos não se encontra positivado expressamente na Constituição da República de 1988, no entanto, está presente em toda atividade administrativa, e compreende uma das premissas do Estado Democrático de Direito, além disso, facilita a interpretação e o controle do ato administrativo⁴².

Embora tal princípio não se encontre explícito na Carta Magna, segundo BRILHANTE, a motivação encontra-se implícita nos princípios da cidadania e do controle judicial, arts. 1º, inc. II e 5º, inc. XXXV da Constituição da República⁴³.

Assim, a motivação compreende “a justificativa do ato, a exposição dos fundamentos de direito, dos fundamentos fáticos e da procedência lógica da medida em face da racionalidade abstrata e também das diretivas encampadas pelo sistema jurídico”⁴⁴.

Nesse sentido esclarece BACELLAR FILHO que a motivação dos atos processuais estende à atividade administrativa a concretização dos princípios da publicidade, legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, de modo que está presente como instrumento para o regular exercício do direito de defesa⁴⁵.

Diante disso, o autor atribui à motivação uma função jurídico-política relacionada à democracia, definindo-a como “instrumento extraprocessual de prevenção de abusos do poder judiciário, realiza a transparência e controlabilidade externa de suas decisões pelo povo soberano, em cujo nome a justiça é administrada. Por via secundária, desempenha finalidade endoprocessual, permitindo o reexame superior do provimento através de sua impugnação”⁴⁶.

⁴¹FREITAS, Ney José de. **Dispensa do Empregado Público e o Princípio da Motivação**. 7ª tir. Curitiba: Juruá, 2009. p.116.

⁴² Ibidem, p. 122-124.

⁴³ BRILHANTE, Tércio Aragão. A motivação dos Atos Administrativos e suas peculiaridades no Processo Disciplinar. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, São Paulo, v.3, n. 25, jan. 2008. p. 41.

⁴⁴ FREITAS, Ney José de. **Dispensa...**, p. 127.

⁴⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo...**, p. 212-213.

⁴⁶ Idem.

Este entendimento é reafirmado no julgado a seguir, quando se reconheceu a nulidade do ato administrativo de dispensa do empregado público, pois não houve a instauração do processo administrativo.

SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. FALTA DE PROCEDIMENTO DISCIPLINAR. NULIDADE. NATUREZA DECLARATIVA DA SENTENÇA QUE A RECONHECE. RESTITUTIO IN INTEGRUM. 1. A regra inscrita no art. 41, caput, da Constituição Federal, com a redação anterior à EC 19/98, previa a assunção de estabilidade com o só transcorrer de dois anos em efetivo exercício funcional. 2. Afirmada a nulidade do procedimento demissório, conseqüente manifesto é o regresso da servidora demitida ao estado funcional prístino, reintegrando-se, como se não houvera sua demissão, e reconhecendo-se seu direito a vencimentos e vantagens funcionais, porque o ato nulo é qual se fora inexistente. **O Supremo Tribunal Federal tem entendido que é nulo o ato de dispensa de servidor público, mesmo que não estável, quando não se tenha observado a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa.** Do exposto, nego seguimento ao recurso⁴⁷. (grifo nosso)

O processo administrativo, amparado pelas garantias do contraditório e da ampla defesa, concede efetividade ao princípio da impessoalidade, os casos de motivação obrigatória evitam as perseguições, embora os antecedentes funcionais dos servidores possam ser utilizados, o exercício disciplinar do processo é realizado de maneira objetiva⁴⁸.

Isto porque, o processo administrativo representa o devido processo legal, que compreende a garantia fundamental do cidadão, prevista constitucionalmente no artigo 5º, inciso LV, e sua concretização condicionam as regras processuais ao conteúdo justo, razoável e racional, além disso, proporciona a formalização do agir administrativo como garantia para a defesa dos direitos dos cidadãos⁴⁹.

Além disso, a Súmula nº 20 do Supremo Tribunal Federal explicita, “é necessário processo administrativo com ampla defesa, para demissão de funcionário admitido por concurso”⁵⁰, assim, mesmo que o empregado público

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Servidor Público. Demissão. Falta De Procedimento Disciplinar. Nulidade. Recurso Extraordinário nº 603803. Relator: Ministro: Joaquim Barbosa, 16 abr. 2012. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21506953/recurso-extraordinario-re-603803-sp-stf>. Acesso em: 5 set. 2012.

⁴⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo...**, p. 191.

⁴⁹ Ibidem, p. 226-227.

⁵⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula nº 20**. É Necessário Processo Administrativo Com Ampla Defesa, Para Demissão De Funcionário Admitido Por Concurso. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_001_100. Acesso em: 10 set. 2012.

esteja vinculado a Administração Pública Indireta, o ingresso por meio de aprovação em concurso público de provas e títulos lhe asseguraria a garantia do devido processo legal.

Por fim, se faz necessária a desvinculação da não atribuição da garantia à estabilidade aos empregados públicos, em relação à garantia constitucional da instauração do devido processo legal através do processo administrativo.

CONCLUSÃO

A Administração Pública, embora atuem como empregador privado, no momento em que admite a contratação de empregados públicos norteados pela Consolidação das Leis do Trabalho, em nenhuma hipótese poderá sancionar o servidor sem que haja a instauração do processo administrativo, pois esse compreende instrumento democrático que proporcionará ao servidor oportunidade de se manifestar e impugnar as razões da administração.

O campo da insegurança jurídica que permeia a situação dos empregados públicos deve ser substituído pela aplicação do princípio da moralidade nos processos administrativos, deste modo é possível que a atuação da administração atenda aos padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé⁵¹, o que independe da incidência da garantia à estabilidade no emprego, pois as decisões da administração vinculam-se ao interesse público e não apenas de justificativas arbitrárias.

Assim, na relação entre a Administração Pública e os empregados públicos devem estar presentes os princípios expressos no artigo 37 da Constituição da República, bem como aqueles implícitos no texto constitucional, para que as decisões do ente público sejam legitimadas, principalmente quando importem prejuízo ao agente público.

A instauração do processo administrativo constitui garantia constitucional do cidadão, como garantia fundamental prevista no artigo 5º, inciso LIV, de modo que seu conteúdo deverá ser amparado pelas garantias do

⁵¹ Ibidem, p. 195.

contraditório e ampla defesa, também definidas como garantias fundamentais previstas no inciso LV daquele artigo.

A partir da instauração do processo administrativo ao servidor será oportunizada a possibilidade de se defender, preferencialmente assistido por defesa técnica, sendo vedada à Administração Pública a tomada de decisões de maneira arbitrária que não apresente a devida fundamentação.

Assim, a exigência de motivação do ato de dispensa do empregado público não compreende faculdade do administrador, pois após a exposição dos fundamentos de fato e de direito, que levaram a Administração Pública em decidir pela dispensa do empregado público, esse poderá argumentar da maneira mais ampla possível e exercer a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa.

E, ainda, a instauração do processo administrativo compreende a ampla participação do cidadão na tomada de decisão da Administração Pública, e desse modo, concretizam-se os valores democráticos descritos na Carta Magna.

Além disso, verificou-se que o poder público encontrou na democracia uma forma de legitimação, pois as prerrogativas da Administração Pública não são aceitas pela população como privilégios inerentes ao poder de império, assim, através da democratização das decisões públicas há maior chance de se alcançar o interesse público.

A concessão da garantia à estabilidade não deve ser critério de distinção entre os empregados públicos, para que haja instauração do processo administrativo disciplinar, por isso que a estabilidade não constitui pressuposto para que o devido processo seja observado.

Os valores democráticos instituídos com a Constituição da República de 1988 serão observados quando da instauração do Processo Administrativo, bem como serão concretizadas as garantias fundamentais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, pois aquele constitui instrumento de garantia perante o poder extroverso da Administração Pública.

REFERENCIAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Vida e Consciência, 2003.

BRILHANTE, Tércio Aragão. A motivação dos Atos Administrativos e suas peculiaridades no Processo Disciplinar. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, São Paulo, v. 3, n. 25, jan. 2008.

CAVALVANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. **O Empregado Público**. 2ª ed. São Paulo: LTR, 2009.

CREUZ, Luís Rodolfo Cruz e; ANDRÈ FILHO, Pedro Felício; VILLARREAL, Gabriel Hernan Facal. Contraditório, Ampla Defesa e o Direito à Prova no Processo Administrativo. **Revista IOB de Direito Administrativo**, São Paulo, a. 1, v. 1, n. 9, p. 17-28, set. 2006.

COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. Limites Constitucionais à Estabilidade dos Agentes Públicos. **Revista IOB de Direito Administrativo**, São Paulo, a. 1, v.1, n. 9, p. 88-102, set. 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FREITAS, Ney José de. **Dispensa do Empregado Público e o Princípio da Motivação**. 7ª tir. Curitiba: Juruá, 2009.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 15. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. O Processo Administrativo no Rol de Direitos e Garantias Individuais. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). **Cenários do Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 2. ed. rev. atual. aum. São Paulo: Malheiros, 2003.

PANIAGO, Izidoro Oliveira. Concursos para Cargos ou Empregos Públicos – Critério Etário para Desempate - Inconstitucionalidade. **Revista IOB de Direito Administrativo**, São Paulo, a. 1, v. 1, n. 12, p. 7-11, dez/2006.

VIANA, Silvia Fernanda Gimenez. Servidor Público e Empregado Público. **Revista IOB de Direito Administrativo**, São Paulo, a. 1, v. 4, n. 48, p. 97-110, dez. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar Na Ação Direta De Inconstitucionalidade: ADI 2.310 DF. Relator: Ministro: Marco Aurélio. 19 dez. 2000. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14823337/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2310-df-stf>>. Acesso em: 10 mar. 2012. p. 22.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 390.** Estabilidade. Art. 41 da CF/1988. Celetista. Administração Direta, Autárquica ou Fundacional. Aplicabilidade. Empregado de Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista. Inaplicável. Disponível em: http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0361a0390.htm>. Acesso em: 20 jun.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Servidor Público. Demissão. Falta De Procedimento Disciplinar. Nulidade. Recurso Extraordinário nº 603803. Relator: Ministro: Joaquim Barbosa, 16 abr. 2012. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21506953/recurso-extraordinario-re-603803-sp-stf>. Acesso em: 5 set. 2012.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula nº 20.** É Necessário Processo Administrativo Com Ampla Defesa, Para Demissão De Funcionário Admitido Por Concurso. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_001_100. Acesso em: 10 set. 2012.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Ordem dos Advogados do Brasil. **PARECER.** PROCESSO nº 2008.29.03159-01. Disponível em:< http://www.oab.org.br/Arquivos/pdf/geral/Voto_Bacelar-parecer_sobre_a_sumula_vinculante_n_05.pdf>. Acesso em: 30 set. 2012.