

DISPENSA DO EMPREGADO PÚBLICO MOTIVADA

João Paulo dos Santos Melo

Advogado e professor de direito da Universidade Potiguar – UNP, especialista em direito processual civil e mestrando em direito constitucional pela UFRN.

Jucianne Adelly Cunha Lima Melo

Analista Judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região, especialista em direito do trabalho.

Resumo: O presente trabalho procura demonstrar a necessidade de se analisar a dispensa do empregado público sob um enfoque dos princípios constitucionais, principalmente no que diz respeito aos princípios da moralidade e da impessoalidade, norteadores da exigência de motivação do ato administrativo. Partiu-se, assim, da premissa de que se a Administração Pública está sujeita à exigência da realização de concurso público quando da contratação de pessoal, via de consequência, também deve estar sujeita à devida motivação quando do ato de dispensa desses empregados públicos. Com esse ponto de partida, demonstrou-se que a motivação é elemento essencial do ato administrativo de dispensa do empregado público. Sua ausência gera nulidade do ato que, por conseguinte, acarreta a reintegração do empregado público. Dessa forma revela-se de suma importância referida reflexão a fim de se obter a rediscussão da matéria por parte do TST tendo em vista a constante e grande divergência jurisprudencial dentre os Tribunais Regionais do Trabalho.

Palavras-Chaves: Empregado público, dispensa imotivada, motivação.

1. INTRODUÇÃO

A problemática que se pretende discutir no presente artigo é a seguinte: é constitucional a dispensa imotivada do empregado público?

A idéia de elaboração do presente trabalho nasceu da necessidade de se analisar a dispensa do empregado público sob um enfoque constitucional que preservasse o princípio da moralidade e da impessoalidade.

Partiu-se, desta forma, do raciocínio lógico-jurídico, baseado numa interpretação das normas constitucionais, de que se, para manutenção dos princípios da moralidade e da impessoalidade, a Administração na contratação de pessoal estaria obrigada a realizar concurso público, imperioso também seria, por conseguinte, a exigência da devida motivação no ato da dispensa.

Tal discussão revela-se importante diante da ausência de posicionamento pacífico sobre a matéria. Os Tribunais Regionais do Trabalho, insurgindo-se ao entendimento majoritário do Tribunal Superior do Trabalho, têm apresentado em diversos julgados a aceitação da tese de que os atos de dispensa devem ser sempre motivados.

2. DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

O primeiro ponto que deve ser desenvolvido para se analisar a problemática do presente trabalho diz respeito aos princípios constitucionais da administração pública.

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 37, caput, estabelece que:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Da redação do dispositivo, verifica-se de modo expresso, porém, não taxativo, que há a disposição de pelo menos cinco dos principais princípios que devem nortear à administração pública, são eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Além destes princípios que se constituem guias máximos, há no ordenamento constitucional outros que podem ser extraídos: legitimidade, economicidade, proporcionalidade e indisponibilidade do interesse público.

O princípio da legalidade estabelece que ao administrador só é permitido fazer o que a lei autoriza. Em outras palavras, pelo princípio da legalidade, há o completo afastamento da vontade subjetiva direcionada à satisfação de interesses particulares, o que faz com que o administrador, mesmo em atos tidos discricionários tenha que buscar suprir o interesse público. É o oposto do que está prescrito ao

particular que tem neste princípio somente a obrigação de fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, na forma do artigo 5, I, da CF.

No ensinamento de **FREITAS** (2004, 44), o princípio da legalidade:

“deve operar, antes de mais, como firme anteparo contra os subjetivismos arbitrários de todos os matizes (toda arbitrariedade é auto-contraditória e anti-jurídica). A lei-regra, ainda que crescentemente reduzida em sua generalidade e abstração, expressa, no mais das vezes, vontade impessoal e geral, mormente na tradição roussoniana”.

O princípio da impessoalidade, decorrente do princípio da igualdade, estabelece que o administrador público deve agir de forma impessoal, tratando a todos de forma igual, sem distinção e não usando a administração para os seus interesses.

Nesse sentido, também a lição de **FREITAS** (2004, 49/50):

“segundo o princípio a Administração Pública precisa dispensar um tratamento isonômico a todos, sem privilégios espúrios, tampouco qualquer manobra persecutória. Quer-se a instauração acima de sinuosos personalismos (sem prejuízo da valorização diferencial do bom agente público) do governo dos princípios, em lugar de idiossincráticos projetos cunho particularista e antagônico a consecução do bem viver”

O princípio da moralidade estabelece que além da lei, o administrador deve seguir os preceitos éticos – senso comum. A conduta do administrador público que, portanto, desrespeite a moralidade enquadra-se como ato de improbidade. Art. 37, §4º.

O princípio da publicidade prevê que a divulgação de todos os atos públicos, somente permitindo que excepcionalmente não seja divulgado, quando o interesse público assim determinar.

O princípio da eficiência, surgido com a EC 19/98, segundo **MORAIS** (2001; 306):

“Assim, o princípio da eficiência é aquele que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia, e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social”.

O princípio da eficiência, antes de seu ingresso de forma expressa no texto Constitucional pela EC 19/98, era tratado como um princípio implícito, a exemplo do que acontece hoje com o princípio da motivação dos atos administrativos.

Por fim, outra constatação de que se pode extrair do dispositivo constitucional é que as imposições principiológicas abrangem tanto a administração direta quanto a administração indireta.

2.2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA

A administração pública, no sentido subjetivo, pode ser dividida em direta e indireta, segundo o critério de centralização dos serviços públicos.

Nesse sentido, CARVALHO FILHO (2001; 341):

“A expressão administração pública, como já vimos, admite mais de um sentido. No sentido objetivo, exprime a idéia de atividade, tarefa, ação, enfim, a própria função administrativa, constituindo-se como o alvo que o governo quer alcançar. No sentido subjetivo, ao contrário, a expressão indica o universo de órgãos e pessoas que desempenham a mesma função”.

Na administração pública direta estão contidos os seguintes entes: União, Estados, Distrito Federal, Municípios, responsáveis por capitanear os serviços públicos essenciais como segurança, tributação, saúde, educação, transporte, comunicação, etc...

Da Revolução Francesa até a quebra da bolsa de valores de Nova Iorque, em 1929, a doutrina econômica dominante era o liberalismo. Pregava-se que o Estado não deveria intervir na economia (*Laissez faire, laissez-passez*) e acreditava-se que a tarefa destinada ao Estado se restringia ao fornecimento de serviços públicos essenciais.

Com a implantação do Estado Social, *Welfare State*, após a quebra da bolsa de valores, a doutrina econômica passou a ser voltada para a idéia de bem-estar social que, conseqüentemente, gerava a necessidade de intervenção do Estado na economia.

Diante desta necessidade, o Estado passou a ceder exclusividade da prestação de alguns serviços públicos para os particulares através de concessão que no início se mostrava mais viável e mais econômico e ainda passou a intervir em setores estratégicos da economia. Com isso, cria-se a chamada administração indireta, pautada em duas idéias: descentralização dos serviços públicos essenciais e intervenção em setores estratégicos da economia.

Na administração direta estão contidos os seguintes entes: autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mistas.

Exemplificando o arrazoado acima feito, percebe-se que há uma evolução quase linear de interesse público na diferenciação desses entes. Vejamos: o Instituto Nacional do Seguro Social é uma Autarquia Pública Federal com o objetivo de prestar um serviço público essencial que é assistência social; a Fundação Nacional de Saúde, fundação de âmbito federal, também vem com intuito de prestar serviço essencial que é o de auxílio à saúde pública; os Correios, empresa pública federal, apesar de estar imiscuído em atividade econômica, presta uma grande contribuição pública numa área estratégica de comunicações e a Petrobrás, sociedade de economia mista, além de estar em posição econômica especial, dá frutos financeiros para o país.

2.3 DAS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. ART. 173, DA CF.

Conforme já dito, a intervenção era direcionada especialmente para áreas estratégicas da economia. No Brasil, por exemplo, durante o Governo Getúlio Vargas, houve a criação de empresas que assim procediam: Petrobrás, Companhia Vale do Rio Doce, Eletrobrás, etc.

No entanto, apesar de fundamental para o Estado, era importante, desde do início, entender que a criação de empresas paraestatais não poderia seguir os cânones burocráticos da administração já existente. Assim, quando da criação das empresas públicas e das sociedades de economia mista o que mais se observou foi a devida adequação entre as regras gerais da administração pública e os ditames norteadores da iniciativa privada, dentre eles, a desburocratização e racionalização. Foi ao certo uma árdua missão, pois deveriam deixar claro que estes entes auxiliares do poder público apesar de estarem sob a personalidade de direito privado não gozariam das mesmas prerrogativas dos entes que são desde a essência privados. Por outro lado, e de suma importância, não poderiam abster-se da imprescindível aplicação dos princípios básicos que orientam a administração pública.

Desta forma, para tais entes (empresas e sociedades de economia mista), a Constituição reservou dois momentos normativos. O primeiro explicitado no artigo 37, da CF e o segundo, mais específico, no artigo 173, da mesma Carta.

Cria-se, assim, uma figura híbrida que não pode ser considerada somente pública, pelos contornos da atividade desenvolvida, nem tampouco exclusivamente privada (por exigência constitucional).

É, desta forma, segundo SILVA (2006):

“um espírito que o anima é de ordem pública, mas o corpo carnal que o movimenta é de direito privado. O espírito não se sobrepõe ao corpo nem este àquele, pois encontram-se ligados por um fluído magnético de dependência recíproca, onde qualquer mutilação desnatura a própria organicidade do ser”.

Diante destes esclarecemos, temos a primeira premissa: as empresas públicas e sociedades de economia mistas, pessoas jurídicas de direito privado estão submetidas aos princípios que norteiam à administração pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, etc.), de uma forma proporcional, temperada, de modo que não se lhes imponham cânones burocráticos existem na administração pública nem tampouco flexibilizações exacerbadas próprias das empresas privadas.

3. DO CONTRATO DE TRABALHO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1 EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DA PRESTAÇÃO DO CONCURSO PÚBLICO NAS CONTRATAÇÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

O primeiro ponto de toque entre funcionário público (administração direta) e empregado público (administração indireta) diz respeito à exigência constitucional da prestação de concurso público.

Partindo da premissa de que a administração pública como um todo deve se nortear pelos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, etc..., o legislador constituinte originário criou o preceito constitucional da exigência do concurso público para contratação de administração pública.

De modo genérico tal preceito encontra-se insculpido no artigo 37, II, da CF que estabelece que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público.

Da leitura do dispositivo, já se observa que a exigência constitucional de concurso público é endereçada à administração pública como um todo. Não há especificação apenas da administração direta. Desta forma, as sociedades de economia mista com fazem parte da administração pública também se submetem ao comando da norma.

Nesse sentido, MORAES (2001; 318), elucida a questão:

“O Supremo Tribunal Federal, ressalvadas as exceções constitucionais, é intransigente em relação à imposição à efetividade do princípio constitucional do concurso público, como regra de todas as admissões públicas, vedando expressamente tanto a ausência deste postulado, quanto o seu afastamento fraudulento, através de transferência de servidores públicos para outros cargos diversos daquele para o qual foi originalmente admitido (STF – Pleno – Mandado de Segurança nº 21.331-1/DF, Rel. Ministro Paulo Brossard, j. 2-12-92). Dessa forma, as autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista estão sujeitas à regra, que envolve a administração direta, indireta ou fundacional, de

qualquer um dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Sociedade de economia mista destinada a explorar atividade econômica está igualmente sujeita a esse princípio, que não colide com o expresso no artigo 173, §1º. Exceções ao princípio, se existem, estão previstas na própria Constituição. Assim, apesar do regime de pessoal das entidades paraestatais ser o mesmo dos empregados de empresas privadas, sujeitos à CLT, às normas acidentárias e à justiça trabalhista (CF, art.114), permanece a obrigatoriedade do postulado do concurso público, mesmo para empresas que exerçam atividades econômicas, salvo, obviamente, para os cargos ou funções de confiança, por serem instrumentos de realização concreta dos princípios constitucionais da isonomia e da impessoalidade”

Com isso, é certo que para o ingresso nos quadros das empresas públicas e sociedades de economia há a necessidade, melhor dizendo, há exigência de realização de concurso público, como condição de validade da contratação.

A constatação é simples, no entanto, de extrema importância para se chegar elucidar a problemática disposta no presente artigo. Num raciocínio lógico inverso, o que quer se demonstrar é que se o legislador constituinte impôs as empresas públicas para contratação uma redução de liberdade, semelhante à experimentada pela administração pública direta que é a exigência de concurso público, porque haveria o mesmo legislador, contraditoriamente, deixado ao livre arbítrio o ato de dispensa, como ocorre no âmbito privado.

3.3 DA ESTABILIDADE CONSTITUCIONAL DO ART. 41, DA CF

Outra tema de enfrentamento necessário no presente trabalho é a idéia de estabilidade constitucional do empregado público.

O que realmente existe sobre o tema é uma miríade de entendimentos, resultando em decisões equivocadas e injustas.

O assunto é aparentemente simples, mas, que já comporta diversas correntes, podendo ser divididas naqueles que: a) limitam à alegação de que a estabilidade conferida pelo art. 41, da CF, não se aplica aos empregados públicos, visto estes serem regidos pela CLT e estarem sujeitos ao regime jurídico próprio das empresas privadas; b) se apegam ao argumento de que os empregados públicos não estão submetidos às normas de Direito Administrativo, visto não ocuparem cargos públicos de provimento efetivo, apesar de serem considerados servidores públicos no sentido amplo; c) enfatizam a irrelevância da prestação do concurso

público para a aquisição da estabilidade expressa no art. 41, da CF, no caso dos empregados públicos.

Há também os que adotam a corrente do dever da motivação no ato da dispensa, independentemente da classificação do servidor público, seja ele funcionário (estatutário) ou empregado (celetista). Estes não estão preocupados com a existência ou não da estabilidade prevista no art. 41, da CF, tampouco fazem menção ao regime próprio das empresas privadas estabelecidas no art. 173.

Entendem, a nosso ver, corretamente, que numa interpretação harmônica de todos os artigos que por uma razão ou outra estejam ligados a este assunto, pode-se concluir que: se para ingressar na Administração Pública imprescindível a prestação do concurso público, exegese do art. 37, CF, ressalvando-se, contudo, as situações previstas na Constituição, deve ser imprescindível também que na dispensa haja motivação.

Esse é o entendimento, a nosso sentir mais consentâneo.

Apesar de a expressão servidor público, contida no art. 41, ser gênero do qual funcionário público e empregado público são espécies, não cabe, todavia, equipará-los neste aspecto, o primeiro é regido por um estatuto que já assegura a mencionada estabilidade enquanto o segundo encontra-se sob a égide da CLT, que nada dispõe acerca deste instituto.

A idéia, portanto, de que todo ato administrativo de dispensa deve ser motivado não pode levar a conclusão de que ao empregado público está garantido à estabilidade no emprego. Deve haver uma completa dissociação entre os institutos.

4. DO ATO ADMINISTRATIVO

4.1 DIFERENÇA ENTRE ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO E DISCRICIONÁRIO

O ato administrativo pode ser visto sob duas espécies: vinculado e discricionário. Numa conclusão rápida poderia se afirmar que é vinculado o ato administrativo que está jungido à lei e é discricionário aquele que disponibiliza ao administrador certa margem de discricionariedade. A resposta não é de todo errada, no entanto, exige mais detalhamento para que seja correta.

Ambos os atos estão submetidos ao império da lei, especialmente ao julgo da Constituição e, por conseguinte, de seus princípios. Em ambos, sempre haverá certa margem de discricionariedade ao administrador. Enfim, o que fará diferenciar o

ato administrativo vinculado do discricionário é análise dos seus elementos constitutivos: sujeito ou competência, objeto, forma, motivo e finalidade.

O sujeito do ato administrativo é aquele responsável pela prática do ato. Assim, por exemplo, é responsável por elaborar a lei orçamentária anual o Chefe do Executivo, portanto, é ele o sujeito ou a autoridade competente para elaboração deste ato. O elemento sujeito é sempre vinculado, porquanto, é a Constituição ou a lei quem delega esta responsabilidade.

O objeto do ato administrativo consiste no seu conteúdo, ou seja, é aquilo que o ato pretender modificar no mundo jurídico. Da mesma forma, apesar da escolha do objeto poder em algumas situações ser pautada em razões de conveniência e oportunidade, portanto, discricionárias, há barreiras legais que impendem a produção de qualquer ato administrativo. O objeto deve ser lícito, possível e determinado ou determinável.

A Forma do ato administrativo do ato administrativo também em regra é vinculada e consiste no modo como o ato administrativo passará a existir. BASTOS (2002; 148): "por forma deve-se entender o modo pelo qual se instrumentaliza e dá a conhecer a vontade administrativa. É a maneira pelo qual o ato se exterioriza". Havendo ou não procedimento que formalize o ato, todo ele deve ser público, respeitando o princípio constitucional da publicidade.

O motivo, segundo, leciona DI PIETRO (1999; 150):

"é pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo.

Pressuposto de direito é o dispositivo legal em que se baseia o ato.

Pressuposto de fato, como o próprio nome indica, corresponde ao conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a Administração a praticar o ato".

E continua a autora (1999; 160):

"Considerando o motivo como pressuposto de fato que acontece a prática do ato, ele pode ser vinculado ou discricionário.

Será vinculado quando a lei, ao descrevê-lo, utilizar noções precisas, vocábulos unissignificativos, conceitos matemáticos, que não dão margem a qualquer apreciação subjetiva.

O motivo será discricionário quando:

1. a lei não o definir, deixando-o ao inteiro critério da Administração;...

2. a lei define o motivo utilizado noções vagas, vocábulos plurissignificativos, que deixam à Administração a possibilidade

de apreciação segundo critérios de oportunidade e conveniência administrativa";....

Pois bem, também segundo a descrição de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, o motivo para o ato administrativo de demissão seria discricionário, posto que a lei deixa à critério da administração pública indireta a possibilidade de proceder a demissão do empregado público.

Ademais, no elemento motivo exige-se que haja uma congruência entre o motivo e o resultado do ato. Segundo CARVALHO FILHO (2001; 92):

“o motivo deve sempre ser ajustado ao resultado do ato, ou seja, aos fins a que se destina. Impõe-se, desse modo, uma relação de congruência entre o motivo, de um lado, e o objeto e a finalidade de outro.

Encontra-se a exigência dessa compatibilidade na própria lei. A Lei 4717/65, que regula a ação popular, depois de considerar nulos os atos que tenham o vício da inexistência de motivos (art. 2º, “d”), procura definir o que significa tal distorção: “a inexistência de 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”. Uma análise acurada da definição legal conduz à conclusão de que o legislador agrupou sob a mesma figura hipóteses diversas. A inexistência de motivos é o que a lei aponta quando a matéria de fato ou de direito é materialmente inexistente. A outra hipótese ali contemplada como sendo vício no motivo não é a inexistência de motivo, mas sim a falta de congruência entre o motivo (este existente) e o resultado do ato, consistente este no objeto e na finalidade”.

Assim, em outras palavras, gera lesão ao elemento motivo, a falta de congruência entre o motivo (de fato existente) e o objeto e a finalidade distorcidas.

A finalidade, por fim, é o elemento que estabelece que todo ato administrativo deve estar dirigido ao interesse público. Desta forma, este elemento é completamente vinculado. Para o caso de demissão do empregado público, o interesse público é a preservação da eficiência no serviço. O vício a tal elemento constitui abuso de poder sob a forma de desvio de finalidade, o que torna o ato administrativo nulo.

4.2 MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO COMO REQUISITO DE VALIDADE

De início, é importante fazermos uma distinção entre motivo e motivação. Motivo, como já fora colocado, é uma situação de fato e de direito, responsável pela deflagração do ato administrativo. Motivação, ao contrário, é a justificativa do ato. CRETELLA JÚNIOR: “é a justificativa do pronunciamento tomado”. A motivação

seria desta forma a justificativa dentro do texto do ato. É a fundamentação que se exige para o ato sentencial. São as razões expressas que levaram o administrador a tomar este ou aquela atitude.

Como já falamos, o motivo constitui um dos elementos do ato e sua ausência enseja a sua nulidade. A motivação, no entanto, não goza do mesmo entendimento pacífico. Para alguns a motivação seria obrigatória em todos os atos administrativos. Para outros, à exemplo de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO e DIÓGENES GASPARINI, este requisito só seria exigível nos atos vinculados. Alguns, ao contrário, apregoam que o requisito seria mais consentâneo com o ato administrativo discricionário, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO. De toda sorte, a nosso ver, o requisito independente da espécie de ato administrativo, sendo, no entanto, mais exigível para preservação dos princípios da legalidade, publicidade e moralidade nos casos de atos administrativos discricionários.

A ausência de motivação gera a lesão no elemento forma do ato administrativo.

O requisito motivação para o ato administrativo, como regra, não encontra diretamente amparo na Constituição Federal. É mais uma consequência lógica e necessária dos princípios da legalidade, moralidade e, especialmente, da publicidade.

Há, no entanto, no artigo 93, X, da CF, referência à necessidade de motivação quando se trata de decisões judiciais e administrativas, produzidas no âmbito do Poder Judiciário. De fato, para este órgão motivar suas decisões passa inclusive pela idéia de Estado Democrático de Direito, já que se trata de um órgão em que seus membros não eleitos pela população.

Para a administração pública em geral, no entanto, a motivação dos atos administrativos não pode ser vista como dogma inquebrantável. A agilidade, eficiência, enfim, a presteza muitas vezes que o serviço público deve ser realizado não permite que todo ato administrativo seja sequer escrito, quicá justificado expressamente.

Entretanto, mesmo não sendo razoável exigir para administração que todo ato seja motivado, também não é razoável permitir que todo ato seja imotivado. Assim, existem situações que, por sua natureza, é imprescindível que a administração justifique a medida tomada.

Corroborando este entendimento, a Lei 9.784, de 1999, em seu artigo 50, prescreve que:

- Art. 50 – Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:
- I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
 - II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
 - III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

- IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
 - V – decidam recursos administrativos;
 - VI – decorram de reexame de ofício;
 - VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;
 - VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.
- §1º 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.

Como se percebe do texto da lei, para casos que efetivamente tenham interesses individuais envolvidos, a administração pública federal está obrigada a motivar o ato administrativo. Há a necessidade de expor as razões que levaram o administrador a tomar esta ou aquela decisão. A lei em comento é simplesmente o corolário do princípio da publicidade e inclui, por via de consequência, a motivação como requisito essencial do ato administrativo.

4.3 INVALIDAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

Desde 1965, com a Lei da Ação Popular, ficou patente que os atos administrativos poderiam ser invalidados judicialmente. Assim, a Lei trouxe uma série de motivos que ensejariam a sua invalidação. A incompetência do agente prolator, caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou, o vício de forma, consistente na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato, a ilegalidade do objeto quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo, a inexistência dos motivos, verificada quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido e o desvio de finalidade, quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência. Deste modo, ficaram, com estes preceitos legais, abarcados todos os elementos do ato administrativo: competência, forma, objeto, motivo e finalidade.

Com base nestes elementos, chega-se à conclusão de que os atos administrativos válidos e inválidos se dissociam nas qualidades dos seus elementos, isto é, existência, validade e eficácia.

De maneira geral, os atos administrativos adquirem existência e eficácia, contudo a validade se dá quando o confrontamos com o ordenamento jurídico.

O jurista FERRAZ JÚNIOR (2004; 197), acerca desta questão, leciona:

“A validade da norma não é uma qualidade intrínseca, isto é, normas não são válidas em si: dependem do contexto, isto é, dependem da relação da norma com as demais normas do contexto. O contexto, como um todo, tem que ser reconhecido como uma relação ou conjunto de relações globais de autoridade. Tecnicamente diríamos então, que a validade de uma norma depende do ordenamento jurídico no qual está inserida”.

Em outras palavras, o respeitável jurista quer dizer que uma norma só pode ser considerada válida se conforme com o ordenamento jurídico, sob pena, de conforme coloca a Lei da Ação Popular, haver ilegalidade do objeto e conseqüentemente nulidade do ato administrativo.

Outro grande jus-filósofo que tratou desta questão da validade das normas foi Hans Kelsen. Em termos, dizia ele que para uma norma ser considerada válida a mesma tem que estar de acordo com a pirâmide do direito. A Constituição, as emendas constitucionais, as leis complementares, as leis ordinárias e todas as demais normas deveriam fazer um sistema uno e piramidal, de modo que, as normas inferiores se adequassem às superiores.

Para o presente objeto de estudo, verificamos o seguinte: a) o ato administrativo que dispensa o empregado público que não tem os requisitos exigidos em lei (motivo e motivação do ato), deve ser invalidado, porquanto contraria normas de hierarquia superior, quando se choca com os preceitos constitucionais da legalidade, da impessoalidade e especialmente da exigência de motivação dos atos administrativos.

Temos, desta forma, que o ato administrativo imotivado de dispensa do empregado público, coadunando-se ao arrazoado supra, existe e é eficaz, contudo, sua validade é inexistente. Isto porque, neste caso falamos de confronto entre o que prescreve a norma já comentada e a CF e o ato administrativo, norma inferior.

4.4 MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO E PROCESSO PARA DISPENSA

Para alguns, a colocação de que há necessidade de motivação do ato administrativo de dispensa, gera a idéia de que também deve haver um processo administrativo para prática de tal ato. Na realidade, isso não ocorre. A motivação e o processo administrativo apesar de convergentes não estão necessariamente ligados, havendo a possibilidade de existência de atos administrativos motivados, sem o devido processo administrativo.

Entendemos, dessa forma, que para dispensa do empregado público, diante das considerações sobre desburocratização, maior necessidade de eficiência para aqueles que atuam no âmbito privado, não há a necessidade de um processo administrativo formal, semelhante aquele feito para os funcionários públicos, isto porque, não havendo direito à estabilidade, o que se pretende preservar com a

motivação não é o emprego do empregado público (direito individual), mas sim os princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade (direito coletivo).

Com isso, a existência de motivação no ato administrativo já é suficiente para que o ato administrativo de dispensa seja válido.

5. DA MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO DE DISPENSA DO EMPREGADO PÚBLICO

5.1. ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO DE DISPENSA DO EMPREGADO PÚBLICO

O cerne da problemática que está sendo enfocada no presente estudo reside na incompatibilidade ou, digamos, ilegalidade, das demissões imotivadas de empregados públicos.

É de suma importância, portanto, deixar registrado que toda administração pública seja ela direta ou indireta é norteadada por princípios basilares que devem ser respeitados sob todos os aspectos. Não foi por acaso que o legislador constituinte procurou expressar por meio do artigo 37, caput, da Constituição Federal, os principais princípios aos quais a administração pública deve obediência: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A partir desses princípios surgem, via de conseqüência, vários outros que igualmente são imprescindíveis à boa ordem da sociedade, dentre eles está o princípio da motivação dos atos administrativos.

O inciso II, do artigo 37, da CF, é claro ao exigir a prestação do concurso público à investidura em cargo público, à exceção dos cargos em comissão. Mais adiante a Constituição Federal, em seu artigo 41, dispõe acerca da estabilidade a ser adquirida pelo servidor público após três anos de efetivo exercício. E, por fim, no que diz respeito ao assunto em questão, no artigo 173, da mesma carta, observamos o conteúdo do seu parágrafo 1º, inciso II, in verbis:

“§1º - A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I – omissis;

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”

O que se busca enfatizar é a conjugação sensata e integrada de todas essas normas. Não resta dúvida a respeito da exigência da prestação do concurso para contratação pela administração pública. Esta inclusive é uma das maiores evoluções pela qual nossa sociedade tem passado, enaltecendo cada vez mais um aspecto moralizador nas contratações realizadas pelo poder público.

Também não resta dúvida que o ato de dispensa do empregado público é, por sua natureza, eminentemente, discricionário.

Conforme já foi dito, o entendimento prevalente é de que o empregado público não goza do direito à estabilidade na função após três anos de exercício, como ocorre com os funcionários públicos.

No entanto, parece-nos também de fácil constatação que, por ter a administração pública direta e indireta padrões normativos semelhantes que estabelecem, por exemplo, a exigência de concurso público para contratação, não faz sentido que o ato de dispensa dos empregados públicos possa ser imotivado como ocorre na iniciativa privada.

A motivação do ato de dispensa trata-se, a nosso sentir, de um requisito que mesmo isoladamente faz com que sejam respeitados os princípios constitucionais da administração pública, principalmente no que diz respeito aos princípios da impessoalidade e moralidade, já que, em dias atuais, faz-se necessário cada vez mais a transparência dos atos realizados pelo poder público.

Nesse sentido, BANDEIRA DE MELO (1995; 150):

“Assim como a contratação de pessoal nas empresas públicas e sociedades de economia sofre o condicionamento aludido (o concurso público), também não é livre o desligamento de seus empregados. Cumpre que haja razões prestantes e demonstráveis para efetuar-lo, já que seus administradores não gerem negócio particular, onde prepondera o princípio da autonomia da vontade, mas conduzem assunto de interesse de toda a coletividade, cuja gestão sempre reclama adscrição à finalidade legal preestabelecida, exigindo, pois, transparência, respeito à isonomia e fundamentação satisfatória para os atos praticados.

O requisito da motivação do ato administrativo é primordial porquanto permite a fiscalização da aplicação de todos os princípios constitucionais tanto por parte do cidadão comum como, principalmente do Judiciário”.

Desta forma, pode se extrair claramente que a motivação deve estar presente no ato administrativo de dispensa, sob pena de invalidade, ante a ausência de elemento essencial.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do quadro panorâmico do trabalho é possível colocar como pontos para reflexão o seguinte:

Primeiro, a matéria precisa ser rediscutida por todo o corpo da Justiça do Trabalho e todos que atuam nesta área tendo em vista a constante e grande divergência jurisprudencial existente.

Há a necessidade de se rediscutir a questão da necessidade de motivação no ato de dispensa, fulcrado nos princípios constitucionais que norteiam à administração pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A idéia é que a administração pública indireta, especialmente as empresas públicas e sociedades de economia mista, pessoas jurídicas de direito privado, também estão submetidas ao julgo dos princípios que norteiam à administração pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, etc..), de uma forma proporcional, temperada, de modo que não se lhes imponham cânones burocráticos existem na administração pública nem tampouco flexibilizações exacerbadas próprias das empresas privadas, mesmo que para elas estejam reservados dois momentos normativos. O primeiro explicitado no artigo 37, da CF e o segundo, mais específico, no artigo 173, da mesma Carta.

Outro ponto de apoio importante para discussão foi extraído a partir da exigência constitucional da prestação do concurso público para o ingresso tanto para administração direta quanto para indireta. É um dos raciocínios norteadores do presente trabalho, o de que se para contratação de um empregado ou funcionário público a administração está obrigada à realizar concurso público para ingresso nos seus quadros, em obediência aos princípios da moralidade, impessoalidade, legalidade, por uma questão de coerência normativa, também estaria obrigada a motivar o ato de dispensa deste mesmo servidor público. A nosso sentir é uma conclusão lógica, pautada simplesmente em coerência normativa, que torna aplicável os princípios constitucionais tanto no ingresso quanto na saída dos quadros administrativos.

O requisito motivação para o ato administrativo não encontra diretamente amparo na Constituição Federal. É uma consequência lógica e necessária dos princípios da legalidade, moralidade e, especialmente, da publicidade.

A motivação é, em algumas situações, requisito de validade do ato administrativo. Assim, a administração não está obrigada a motivar expressamente todos os atos administrativos, no entanto, ao administrador também não está facultado realizar todos os atos administrativos imotivados. Há, nesse particular, para identificar quais são os atos administrativos que devem necessariamente ser motivados que se pautar primeiro pelo bom senso, atos que importem maiores consequências no mundo dos fatos, têm que necessariamente ser motivados.

Com isso, constata-se claramente que todo ato administrativo de dispensa deve ser motivado, já que importa uma séria consequência no mundo dos fatos: dispensa de um empregado público, admitido por meio de concurso. No entanto, tal constatação não pode levar a conclusão de que ao empregado público está garantida a estabilidade no emprego, já que apesar de a expressão servidor público, contida no art. 41, ser gênero do qual funcionário público e empregado público são espécies, não cabe, todavia, equipará-los neste aspecto, o primeiro é regido por um estatuto que já assegura a mencionada estabilidade enquanto o segundo encontra-se sob a égide da CLT, que nada dispõe acerca deste instituto.

Há ainda que se esclarecer a dispensa do empregado público, diante das considerações sobre desburocratização para aqueles que atuam no âmbito privado, não há a necessidade de um processo administrativo formal, já que não havendo direito à estabilidade, o que se preserva com a motivação do ato não é o emprego público (direito individual), mas sim os princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade (direito coletivo).

Entretanto, se o ato administrativo que dispensa o empregado público que não tem os requisitos exigidos em lei (motivo e motivação do ato), a sua invalidação é consequência lógica, porquanto há uma afronta a normas de hierarquia superior, preceitos constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e especialmente da exigência de motivação dos atos administrativos.

A idéia fulcral, portanto, é a de que a motivação do ato de dispensa trata-se de um requisito que, mesmo isoladamente, faz com que sejam respeitados os princípios constitucionais da administração pública.

7. REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito administrativo. 1. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lume Iuris, 2001

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **A estabilidade do artigo 41 da constituição Federal para o empregado público**. Disponível <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina>> Acesso em 17 de janeiro de 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FREITAS, Juarez. O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004

SILVA, Alexandre de Azevedo. **A despedida sem justa causa do empregado de empresa pública e de sociedade de economia mista e a exigência da motivação do ato administrativo**. Disponível <<http://www.infojus.com.br>> Acesso em 06 de março de 2006.

MELO, Celso Antônio Bandeira. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 1995.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1994.