

1 INTRODUÇÃO

Nos dias atuais a maioria das pessoas almeja pela garantia do emprego, em que muitos dedicam tempo e fazem investimentos em cursos e ainda, se isolam da família no intuito a realizar o sonho de ser um agente público, seja na esfera federal, estadual ou municipal.

Entretanto, a aprovação em concurso público é requisito previsto no art. 37, II, da Constituição Federal, de modo que impossibilita a contratação sem prévia aprovação, como também está fundamentado nos princípios da moralidade, publicidade, impessoalidade, legalidade e eficiência no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta, segundo art. 37, *caput* da carta magna.

Portanto, prestar concurso público é pré-requisito que garante a estabilidade, principalmente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 nos termos do art. 41 e da Súmula 390, I, TST, definindo como fundamental para o ingresso no serviço público.

Nessa perspectiva, a doutrina também entende que a investidura em cargos públicos ou contratação de empregados públicos apenas se fará mediante aprovação do candidato, para que ocorra um tratamento impessoal na escolha do pretendente a uma vaga.

Urge também, a perspectiva da aplicação destes institutos como meio de definição da garantia ao emprego público da Administração Direta Fundacional, apesar de regido pela CLT, razão esta que tem causado inúmeras discursões.

Com a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI nº. 2.135/DF pela suspensão da redação do art. 39 da carta magna dada pela EC 19/1998 que restaurou o texto original, trouxe a lacuna sobre a possibilidade ou impossibilidade da concessão do benefício à garantia do emprego público fundacional, fato este que provoca divergência para a doutrina quanto ao cabimento da estabilidade prevista no art. 41, da Constituição Federal/88.

Essa divergência acerca do entendimento da garantia do emprego público leva alguns doutrinadores a mitigarem como estabilidade relativa ou *sui generis*, sendo considerada incabível como prevê o art. 41 da CF/88 por se tratar de ocupantes de cargos, efetivos ou em comissão, função ou mesmo emprego público.

Ressalta-se que a criação de lei que disciplina o regime de emprego público de pessoal da Administração Federal Direta, autárquica e fundacional, Lei nº

9.962/2000, se apresenta como conjunto de normas diversa da garantia constitucional ao do servidor estatutário. Sendo que, tal garantia exclui do direito a tal estabilidade aos empregados públicos e isso tem causado dissenso aos trabalhadores concursados das entidades fundacionais.

Entretanto, a garantia do emprego público deve abolir quaisquer desigualdades que porventura existem entre os servidores estatutários e os empregados públicos, assim como, expurgar do Poder Público à possibilidade de violação aos princípios da legalidade, eficiência e, principalmente o princípio da isonomia, quando trata os iguais desigualmente.

Portanto, o tema explora de que maneira a Súmula 390, I, TST c/c art. 37, *caput* da CF/88, com base na principiologia garantem a manutenção do emprego público celetista na Administração Pública Direta Fundacional, considerando os princípios constitucionais da Administração Pública e ainda, as garantias trabalhistas.

Dentro dessa perspectiva, além do interesse pessoal pelo assunto, a pesquisa tem o intuito de contribuir com a sociedade acadêmica e empregados públicos fundacionais em geral, aprovado em concurso público, a garantia no emprego protegendo de dispensa arbitrária ou sem justa causa, para que promova um maior entendimento sobre o tema, possibilitando que, efetivamente, seja assegurada a manutenção da relação empregatícia vinculando as decisões da Administração Pública ao interesse público na prestação dos serviços.

Dessa forma, foram estabelecidos os seguintes objetivos para a realização da pesquisa, assim especificados: 1) analisar a principiologia do art. 37, *caput* da CF/88 quanto à garantia da manutenção do emprego celetista na Administração Pública Direta Fundacional c/c a Súmula 390, I, do TST; 2) verificar os institutos da garantia do emprego considerando os direitos fundamentais, do trabalho e da administração pública indireta; 3) determinar as diferenças trabalhistas entre o servidor estatutário e o empregado público fundacional, garantidas pelo concurso público; 4) discutir a violação do princípio da impessoalidade pela gestão pública, na perspectiva das diferenças entre trabalhadores estatutários e celetistas; e por fim 4) perceber a relação entre o emprego público celetista fundacional e os preceitos jurídicos no momento da dispensa do empregado.

Para alcançar tal intenção, buscou-se utilizar questões norteadoras, sendo as seguintes: 1) Como a Súmula 390, I, do TST c/c art. 37, CF/88 entende a garantia do

empregado público celetista da Administração Pública Direta Fundacional? 2) De que maneira os institutos da garantia do emprego público fundacional são contemplados nos direitos fundamentais, do trabalho e pela Administração Pública Direta? 3) Como funciona a independência da garantia do emprego público mediante concurso público quanto aos princípios constitucionais e da Administração Pública? 4) Em relação ao princípio da impessoalidade quais as diferenças de tratamento encontradas no serviço público entre trabalhadores estatutários e celetistas que realizam a mesma função? 5) Qual a relação entre a Súmula 390, I, do TST na garantia do emprego público celetista da Administração Pública Indireta Fundacional e os princípios do art. 37, *caput* da Constituição Federal/88 quanto à dispensa do empregado?

A metodologia abordou a temática com ênfase exploratória, analítica, descritiva e explicativa, com abordagem qualitativa, nesse campo, onde foi realizada a técnica de fichamento, contemplando quarenta e seis fontes secundárias impressas e digitais entre os anos de 2008 e 2015. Assim como, vale-se ao uso do método monográfico e análise de conteúdo, partiu-se da descrição e interpretação sistemática da construção de hipóteses para validação das hipóteses que possam ser aceitas ou refutadas como estabelece o método hipotético-dedutivo.

O conteúdo desta monografia é composto por cinco capítulos, assim distribuídos: Introdução, onde será explanada uma visão geral sobre o requisito da aprovação em concurso público para o ingresso na Administração Pública Indireta, demonstrando que a garantia no emprego é gênero para se alcançar a estabilidade nos termos do art. 41 da CF/88 e da Súmula 390, I, do TST, enfatizando a necessidade do cumprimento desses dispositivos na legislação vigente, para que assegurem o direito à garantia do emprego público fundacional e refutem a dispensa arbitrária do agente público.

No segundo capítulo, foi realizada uma análise principiológica sobre a influência dos princípios na garantia do emprego, tendo como norte os princípios constitucionais, da Administração Pública e do Direito do Trabalho na conquista para atingir a valorização do trabalho mediante a ideia de segurança, solidez e firmeza apesar de ir de encontro com a vontade do empregador até chegar ao reconhecimento da garantia no emprego e, dessa forma deve ser assegurado o interesse público na prestação dos serviços à população.

O capítulo terceiro aborda a influência dos princípios do Direito do Trabalho, no âmbito da proteção do empregado com intuito de alcançar a dignidade humana e a valorização do trabalho. Essa ideia urge mediante a aplicação dos princípios da condição mais benéfica, da continuidade da relação de emprego, da busca do valor social do trabalho, da dignidade da pessoa humana e da proteção do trabalho, de modo a assegurar garantia no emprego que, dessa forma deve conquistado pelo exercício pleno do seu labor.

O quarto capítulo trata das entidades públicas, fundações, que compreendem um conjunto de bens personalizados de utilidade pública. O Estado criou essas entidades por meio de lei no intuito de descentralizar atividades, além de possuírem personalidade jurídica, tanto de direito privado como pública, sujeita ao controle administrativo da Administração Direta nos limites estabelecidos por lei, fazendo com que o empregado público fique vinculado ao regime jurídico celetista e subordinado à regras de ordem pública, derogado em parte pelo direito privado e em parte pelo regime de direito público.

De acordo com o verificado, o quarto capítulo destaca o papel das fundações com a celeuma da garantia do emprego ao empregado público de que não é adaptável em sua totalidade às exigências do serviço público, por dever de obediência aos princípios fundamentais do regime administrativo, em particular o da indisponibilidade do interesse público, o da continuidade do serviço público e o da isonomia, a fim de demonstrar as restrições sofridas pelo agente público a acerca da garantia do emprego em que muitos a consideram como uma estabilidade relativa ou *sui generis*, em virtude da legislação.

Já no quinto capítulo, são apresentados os conceitos de garantia no emprego e estabilidade nas relações de emprego, como também são explanadas as considerações sobre as garantias de emprego advindas do Direito do Trabalho, analisando cada situação apresentada e por fim com enfoque no tema principal deste estudo a garantia do emprego público celetista através do reconhecimento do TST por meio da Súmula 390, inciso I.

Conforme pode ser analisado, o capítulo quinto destaca o papel do empregado público como instrumento de prestação do serviço público, no qual todo agente têm garantia no emprego e não deve sofrer restrições em virtude da inconstitucionalidade da sua legislação, observando a necessidade da correção da

redação do texto da emenda constitucional, a fim de evitar a flexibilidade da estabilidade fundacional num sistema que se encontra com diversas divergências.

2 PRINCÍPIOS

2.1 Princípios Constitucionais do Direito Administrativo

A nomeação para atuação em cargo público pelo empregado público celetista se faz necessária à aprovação por meio de concurso público de provas e títulos, sendo este ato fundamentado no art. 37, II, da Constituição Federal/88, regido pelos princípios que regulamentam a Administração Pública Direta e Indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O empregado público é definido por Rodrigues Júnior; Farina apud Justen Filho (2013, p. 526) como:

peessoa física que desempenha a função de órgão no âmbito de pessoa estatal com personalidade de direito público, submetida ao regime de direito do trabalho, com modificações próprias do regime de direito público.

Desse modo, os empregados públicos estão sujeitos ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), sendo espécie do gênero servidor público, e estão submetidos aos princípios constitucionais atinentes aos requisitos para a investidura, vencimentos, acumulação de cargos como previsto no art. 37 da CF/88.

Os princípios constitucionais estão disciplinados no vértice do ordenamento jurídico ao estabelecer regras voltadas a políticas públicas de valorização do trabalho realizado pelo homem e geração de emprego, portanto, tem como princípio basilar o do valor social do trabalho, art. 1º, IV, CF/88 e o princípio da busca do pleno emprego, art. 170, VIII, da CF/88.

Além destes princípios, a CF/88 introduziu alguns princípios a que submete a Administração Pública Direta e Indireta, a saber, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade administrativa, publicidade e eficiência, conforme art. 37, *caput* da Carta Magna. Assim como, foram introduzidos por meio do art. 2º da Lei 9.784/99, os princípios da finalidade, proporcionalidade, razoabilidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica e interesse público.

Destarte, a garantia no emprego confere ao obreiro direito fundamental para proteção da sua relação empregatícia contra a dispensa arbitrária e injusta submetida a processo administrativo em ação proposta pelo empregado. Logo, para

que a dispensa do empregado público ocorra é necessário à abertura de inquérito administrativo ou sindicância para apuração dos fatos, para que o empregado tenha o direito de defender-se por meio do contraditório e da ampla defesa, conforme preconiza o art. 3º da Lei 9.962/2000.

Esse procedimento não representa a exata dimensão da realidade, visto que não é lícito que os dirigentes do Poder Público dispensem seus empregados da mesma forma que o empregador de empresa privada, sendo imprescindível a apuração dos fatos através de inquérito administrativo e quando estes atos são violados, muitas das vezes a resolução deste assunto é realizada mediante a construção jurisprudencial (BARACHO, 2010; p. 2; MOTA, 2010; p. 360; FERREIRA, 2012, p. 150).

Ocorre que, as decisões motivadas por subjetivismo para o fim do contrato de trabalho deve cumprir o dispositivo de lei, ou seja, é exigível que o administrador público observe aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade, de modo que não utilize de arbítrio, nepotismo e satisfação de interesses pessoais.

2.1.1 Princípio da Legalidade

Como forma de determinar regras e contrapor quaisquer tendências de exacerbação personalística dos governantes, o princípio da legalidade se opõe ao poder monocrático, pois tem como base a ideia de soberania popular de exaltação da cidadania. Portanto, é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, sendo, contudo, fruto da submissão do Estado à lei.

Esta atividade subalterna do Estado à lei, conforme reza o art. 5º, II da CF/88, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”, isto é, a Administração Pública não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se embasado em lei que faculte proibir ou impor alguma coisa a qualquer que seja. Logo, administrar é prover os interesses públicos, caracterizados em lei, em conformidade com os meios e formas estabelecidos em suas disposições.

Por isso, a prática de ato em desconformidade com sua finalidade é nulo, sendo este vício denominado desvio de poder ou desvio de finalidade. Em regra, o princípio da legalidade é inerente ao princípio da finalidade e moralidade, pois se

justifica e explica que a norma se compreende a racionalidade que lhe presidiu (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 102; HELY LOPES, 2013, p. 91). Portanto, a finalidade da lei norteia a sua correta aplicação e confere competência aos agentes da Administração.

2.1.2 Princípio da Motivação

A administração tem o dever de justificar seus atos através dos fundamentos de direito e de fato para que se faça a correlação entre os eventos e situações que deu causa a motivação. Sendo que, o fundamento constitucional da motivação tem como escopo o direito político dos cidadãos ao esclarecimento das ações de quem gerencia negócios que lhes dizem respeito e quer como direito individual a não se submeter às decisões arbitrárias, visto que só deve se sujeitar às que forem definidas em leis (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 112-113, DI PIETRO, 2010, p. 81-82; HELY LOPES, 2013, p. 106-107).

Portanto, os atos administrativos realizados sem a tempestiva e suficiente motivação são ilegítimos e invalidáveis pelo Poder Judiciário, uma vez que depois de rejeitados em juízo não oferecem segurança e certeza de que os motivos efetivamente existiam ou foram aqueles que fundamentaram a contestação.

2.1.3 Princípio da Publicidade

Tal princípio é imprescindível para divulgação dos atos, leis e contratos administrativos, de modo que não é elemento formativo do ato, mas tem como requisito a eficiência e moralidade, consagrando nisto o dever administrativo de manter transparência e consequências jurídicas externa dos órgãos para que produzam validade perante as partes e terceiros, sendo portanto, de propagação oficial para conhecimento do público e início de seus efeitos externos.

Está previsto no art. 37, *caput*, da CF/88 como princípio da Administração Pública, uma vez que contempla toda atuação do Poder Público seja sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos, bem como traz ao conhecimento a conduta interna de seus agentes. Além disso, possui especificidade no direito à informação pelos interessados diretos e pelo povo em geral sobre temas públicos mediante os

remédios constitucionais, a exemplo de mandado de segurança art. 5º, LXIX, habeas data, art. 5º, LXII, ação popular, art. 5º, LXXIII todos da CF/88.

Esse princípio alcança todos os atos conclusos e em formação, pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, processos em andamento, despachos intermediários e finais, assim como os recibos de gastos e prestações de contas que passam pelo crivo dos órgãos competentes. Portanto, todo documento ou papel público pode ser verificado por qualquer interessado em repartição pública e dele adquirir cópia para os fins constitucionais, ressalvadas as hipóteses de sigilo estabelecidas em lei.

As repartições públicas que se refere à Constituição abrangem seguramente os estabelecimentos da Administração direta e indireta, mesmo separadas do serviço público, tem o dever legal de divulgar o público sobre suas atividades funcionais. Coaduna com a Magna Carta a Lei 12.527/2011 que estabelece os procedimentos a serem verificados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios de modo a garantir o acesso a informações, nos termos do art. 5º, XXXIII e art. 37, § 3º e art. 216, § 2º da CF.

Sujeitam-se a essa lei, com fundamento no inciso II as autarquias, fundações públicas, empresas públicas e demais entidades regidas direta ou indiretamente pelos entes federativos. Dessa forma, dispõe ainda que as entidades públicas e órgãos respondem pelos danos gerados por vinculação de informação não autorizada ou pelo má uso de informações sigilosas ou pessoais, sendo cabível a apuração de dolo ou culpa com respectivo direito de regresso, como também se aplica à entidade privada ou pessoa física de qualquer natureza de vínculo desde que tenham acesso a informação pessoal ou sigilosa.

Com efeitos, os atos administrativos que não respeitarem a publicidade sejam por omissão ou desacordo dos requisitos deixam de produzir seus efeitos e conseqüentemente sofrem invalidação por ausência de eficiência e moralidade. Portanto, sem publicação os prazos não fluem para impugnação administrativa ou anulação judicial quer por decadência ou quer por prescrição da demanda cabível.

2.1.4 Princípio da Eficiência

Esse princípio foi introduzido através da Emenda Constitucional (EC) nº19/98 entre os princípios da Administração Pública no rol do art. 37, *caput* da CF/88, bem como a Lei nº. 9.784/99, norma reguladora do processo administrativo no âmbito da

Administração Pública Federal, fez alusão ao princípio em comento no seu art. 2º, *caput*. Segundo Hely Lopes (2013, p. 102), o princípio da eficiência é definido como:

o mais moderno e o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional, já que não se contenta em desempenhar apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Tal princípio abrange uma dimensão tão favorável à boa gestão administrativa que faz necessário olvidar Di Pietro apud CARVALHO SIMAS (2010, p.83) por retribuir ao “dever da boa administração” da doutrina italiana, já experimentado entre nós após a instituição do Decreto-lei 200/67 pela Reforma Administrativa Federal (DI PIETRO, 2011, p. 83).

Isto ocorre a partir do momento em que toda atividade do Executivo se submete ao controle de resultado nos termos do arts. 13 e 25, V, sujeita a Administração indireta à supervisão ministerial quanto à eficiência administrativa, previsto no art. 26, III e, orienta a dispensa ou demissão do servidor após comprovação de desidioso ou ineficiente no cumprimento de seus deveres (art. 100) todos nos termos do Decreto-lei 200/67.

Porém, buscando a eficiência e racionalização, a Lei nº 9.784/99, em seu art. 50, § 2º, por controlar o processo administrativo possibilitou mecanismos para a solução de diversos assuntos, desde que da mesma natureza, a utilização de ferramentas que produzam decisões fundamentadas, conquanto que não viole garantias ou direitos das partes.

Para proporcionar mais prestígio ao princípio da eficiência, a EC nº. 45/2004 passou a imprimir direito com base constitucional no Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, assegurando a todos na esfera administrativa e judicial a razoável duração do processo e celeridade de sua tramitação, com fundamento no art. 5º, LXXVIII da CF/88.

Desse modo, o princípio da eficiência é caracterizado por dois aspectos conforme entendimento de Di Pietro (2011, p. 83) que são:

em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Assim, a eficiência trouxe a ideia da Reforma do Estado a partir da implantação do Plano Diretor da Reforma do Estado em 1995, cujo objetivo não era apenas melhorar a organização e o pessoal do Estado, como também seu sistema institucional-legal e suas finanças. Dessa forma, a reforma do Estado possibilitará a tomada de decisões mais efetivas e corretas e a prestação de serviços, seja exclusivos ou competitivos, estarão subordinados indiretamente na proporção de se tornarem em entidades públicas não estatais e conseqüentemente funcionem com maior eficácia.

Portanto, o princípio da eficiência não deve ser subestimado na Administração de um Estado de Direito, uma vez que prevalece a prestação de serviços adequados aos cidadãos, assim como sua posição de destaque na Carta Magna impõe a função administrativa à garantia dos interesses gerais da população. No entanto, a eficácia deve resguardar o princípio da legalidade, de modo a não desprezar o ordenamento jurídico através de medidas administrativas contrárias ao direito para atender às necessidades presentes ao desempenho eficaz da gestão.

2.1.5 Princípio da Impessoalidade

Como todos os cidadãos tem o direito ao esclarecimento das ações, assim como deve existir tratamento isonômico, conforme art. 5º, *caput* da Constituição Federal/88, “todos são iguais perante a lei”, há também a ideia de que a Administração tem que tratar todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimntosas. Assim como, esse princípio deve ser compreendido que não deve existir a promoção pessoal de servidores públicos ou autoridades acerca de suas atividades administrativas.

Vale salientar o que afirma Mota apud Ney José Freitas (2012, p. 25) sobre o poder potestativo do administrador público, na condição de gestor da *res publica*:

o administrador público não detém liberdade para agir de acordo com a sua vontade que, aliás, é irrelevante no que se refere aos empregados públicos, pois estes são servidores do Estado e não da pessoa do administrador público, como ocorreria numa relação de natureza privada.

Razões estas que faz imprescindível o princípio da impessoalidade e, senão o próprio princípio da igualdade como garantia constitucional em que não podem

existir favoritismo, perseguições, simpatias ou animosidade pessoais, políticas ou ideológicas, pois estas práticas não podem interferir na atuação administrativa, como também não existir interesses sectários, de facções ou grupo de qualquer espécie.

O princípio da impessoalidade disposto no art. 37, II, CF/88 é taxativo ao exigir que o ingresso de qualquer cidadão em cargo público, função ou emprego público depende de aprovação em concurso público. Essa é uma das formas de promover tratamento igualitário para que todos possam disputar uma vaga, assim como no art. 37, XXI da carga magna estabelece que os contratos com a Administração direta e indireta deverão se submeter a processo licitatório de modo a assegurar igualdade a todos os concorrentes.

Assim, a Administração direta e indireta utiliza o método de concurso público para seleção de pessoas com melhor qualificação ao ingresso no emprego público, em que deve respeitar o princípio da isonomia e seguir os princípios constitucionais ora discutidos para provimento de quaisquer cargos ou empregos, inclusive nas empresas públicas de pessoa jurídica de direito privado integrantes da administração indireta fundacional.

Ao tratar o princípio da isonomia como garantia constitucional, vale ressaltar que o Estado deve organizar e manter seus administrados seja qual for à natureza ou regime jurídico de modo a não contrariar as normas gerais obrigatórias pela Administração direta e indireta, conforme o caso, na organização de seu pessoal e dos respectivos regimes jurídicos, consoante (HELY LOPES, 2013, p. 95).

2.2 Princípios da Administração Pública

2.2.1 Princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Interesse Privado

É também denominado de princípio da finalidade pública, presente tanto no período da elaboração da lei como na sua execução em definitivo pela Administração Pública, sendo considerado o princípio geral de Direito ligado a qualquer sociedade. Possui importante influência para o legislador no que tange a criação da lei, visto que auxilia na distinção entre o direito público e o direito privado a partir do interesse em que se quer garantir, ou seja, o direito público contém normas de interesse público e o direito privado, normas de interesse particular.

Apesar de inúmeras críticas quanto à distinção entre direito público e privado esse princípio está intimamente relacionado ao da finalidade, pois este irá ser determinado pelo objetivo que se queira defender, não sendo, portanto, absoluto esse princípio. Além disso, a Lei 9.784/99 estabelece com um dos princípios de dever de análise pela Administração Pública, correspondendo de acordo com o art. 2º, parágrafo único, II que reza: “atendimento a fins de interesse geral vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competência, salvo autorização em lei”.

Sendo assim, o primado do interesse público sobre o privado é inerente à atuação do Estado que dela decorre na proporção de sua existência, pela qual se justifica pela busca do interesse coletivo, com o atendimento do bem-comum. Esse interesse público é extraído do ordenamento jurídico a partir de cada caso, em particular, de modo que devem ser analisados mesmo quando seus serviços públicos ou atividades foram determinados aos particulares.

Do princípio da supremacia do interesse público decorre o princípio da indisponibilidade do interesse público. Isso acontece, porque a Administração Pública não pode dispor desse interesse geral, nem abdicar de poderes definidos em lei, uma vez que a Administração Pública não é titular do interesse público, mas tão somente o Estado.

Logo, apenas o Estado pode atuar como representante do interesse coletivo, restando a Administração Pública através de seus representantes constituídos, mediante lei, tem o poder para autorizar a renúncia ou a disponibilidade (HELY LOPES, 2013, p. 111). O motivo dessa desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados na supremacia do interesse público advém de lei, que assim a define, bastando à observação no que aduz o art. 2º, parágrafo único, XIII da lei 9.784/99 “deve interpretar a norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige”.

2.2.2 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa

O surgimento de um conflito não importa qual seja a qualificação da pretensão resistida tem como consequência a lide e o processo jurisdicional, bastando somente que as partes do processo administrativo se confrontem face a face em posição contrária. Portanto, consoante entendimento doutrinário de Hely Lopes apud Ada Pellegrini Grinover, (2013, p. 109) “a Constituição não mais limita o

contraditório e a ampla defesa aos processos administrativos (punitivo) em que haja acusados, mas estende as garantias a todos os processos administrativos não punitivos e punitivos, ainda que neles não haja acusados, mas simplesmente litigantes”.

Para tanto o art. 5º, LV da CF/88 aduz que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes”. Também corrobora com todas essas indagações o art. 2º, VII a XI da Lei 9.784/99 que estabelece a “motivação” da sentença como característica indispensável para a prática do contraditório e da ampla defesa.

Dessa forma, resta resguardado o direito ao devido processo legal, nos termos do art. 5º, LIV da Carta Magna que reza “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” de quem quer que seja, sendo também necessário que a Administração Pública respeite esta norma antes de tomar qualquer decisão mais severa a um indivíduo sem que permita-lhe direito de resposta quando se tratar de direito de recorrer dos julgamentos adotados pela mesma.

O devido processo legal é requisito constitucional para qualquer procedimento na área do Direito na presença da perda de garantias individuais assegurados pela Constituição. Diante da sua elevada importância o Estado deve se subordinar as regras consagradas pelo ordenamento jurídico, a fim de não cometer atos descomedido ou desprezido e, assim o notável princípio proporciona a todos os membros da sociedade a garantia de que providências e ações serão adotadas para que a cautela da liberdade e da propriedade seja defendida de forma eficaz (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 118).

2.2.3 Princípio da Responsabilidade do Estado por Atos Administrativos

A responsabilidade do Estado pelos seus atos administrativos foi estabelecida por meio do art. 37, § 6º, da CF/88 aduz que: “As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” seguindo a linha doutrinária do Direito Privado da responsabilidade civil objetiva da

Administração, sob a forma do risco administrativo e com entendimento reiterado pela jurisprudência do não acolhimento do risco integral.

Esse dispositivo da Magna Carta demonstra que as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos estão obrigados a reparar o dano, independente da prova de culpa, causado a terceiros por seus agentes em caráter transitório ou permanente. O ato ou omissão administrativa independente de culpa do servidor não exige que tenha ocorrido na prática de suas funções, mas que seja na qualidade de agente público (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 121; HELY LOPES, 2013, p. 743).

Vale ressaltar que, o abuso do servidor no exercício de suas atribuições não exige a Administração de ser responsabilizada objetivamente, de modo que há maior severidade por presumir má indicação do agente público para a função a que fora designada, bem como a inexistência anônima do serviço assumindo o risco, a Administração, por eventual dano que possa advir ao indivíduo ou a coletividade acarreta ao Estado a responsabilização do mesmo.

2.2.4 Princípio da Razoabilidade e Proporcionalidade

O preceito da razoabilidade está implícito na Constituição, denominado de princípio da proibição de excesso, cujo objetivo é definido por Hely Lopes (2013, p. 96) “aferrir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais”.

Dessa forma, o princípio da razoabilidade aplicado ao Direito Administrativo possibilita mais alternativas de impor limitações aos atos discricionários administrativos e conseqüentemente amplia o campo de análise desses pelo Poder Judiciário ou até mesmo perante Tribunais de Contas (DI PIETRO, 2011, p. 79; HELY LOPES, 2013, p. 96-97).

Como visto o princípio da razoabilidade abrange a proporcionalidade e vice-versa e, deve ser esclarecida que a razoabilidade não pode ser utilizada como meio de substituição do disposto na norma pela vontade do intérprete ou do julgador, uma vez que cada lei tem azo para o qual foi determinada. Assim, de acordo com entendimento de Hely Lopes apud Diogo de Figueiredo Moreira Neto, 2013, p. 97) no que tange a atividade discricionária, a razoabilidade “atua como critério,

finalisticamente vinculado, quando se trata de valoração dos motivos e da escolha do objeto”, devendo haver relação entre a finalidade e os padrões de conveniência e oportunidade para um satisfatório atendimento dos interesses públicos.

A Lei nº. 9.784/99 também faz menção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade de forma separada, visto que constitui um ao outro e, por isso a Administração utiliza os meios e os fins para atingir a proporcionalidade. Esse preceito deve ser dosado de acordo com o comportamento em que vive a sociedade, não pela letra fria da lei e, não pelos julgamentos particulares do administrador, porém conforme cada caso em discussão (DI PIETRO, 2011, p. 80).

Vale salientar, que a norma legal deixa lacuna para julgamento administrativo, consoante os quesitos de oportunidade e conveniência, uma vez que a abertura para decisão possibilita ao administrador melhor solução ao caso. No entanto, se esta decisão for manifestamente imprópria para atingir o objetivo nos termos da lei, caberá ao Poder Judiciário retificar a ilegalidade, em virtude da Administração ter ultrapassado os limites da discricionariedade.

Com a EC nº 45/2004 se acrescentou ao art. 5º, o inciso LXXVIII da CF, garantindo a todos o direito “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, na seara judicial e administrativa. O objetivo desse princípio foi reduzir o prazo de tramitação dos processos administrativos e judiciais, mas encontra barreiras devido à falta de criação de meios adequados.

3 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

O Direito do Trabalho como forma de promover equilíbrio a relação entre empregador e empregado, por ser o obreiro hipossuficiente (mais fraco economicamente) constituiu como diretriz fundamental a proteção do trabalhador, em virtude da desigualdade jurídica deste, de modo que o objetivo do Direito do Trabalho é proteger a parte mais vulnerável desta relação, o empregado, através de um conjunto de regras centralizado no princípio da tutela “compensatória”.

3.1 Princípio da Proteção

Para corrigir essa desigualdade socioeconômica não favorável ao obreiro, o Direito do Trabalho estabeleceu o princípio da proteção consolidado na norma e na condição mais favorável, com o intuito de promover maior proteção jurídica diante da sua condição de hipossuficiente. Dessa forma, esse princípio se caracteriza pela forte intervenção estatal nas relações entre empregador e empregado, o que baliza sobremaneira a autonomia da vontade das partes (BARROS, 2012, p. 142; CASSAR, 2014, p. 169).

O entendimento doutrinário alude a este princípio como o fundamento da proteção ao trabalhador com a perspectiva de manter o equilíbrio nas relações entre empregado e patrão, isto é, o Estado limita a autonomia da vontade das partes para que sejam observadas as regras pelos agentes sociais. Logo, o ordenamento jurídico no ramo do Direito do Trabalho introduziu na sua estrutura mecanismos capazes de impedir a exploração do capital sobre a prestação do serviço humano, de modo a promover melhoria das condições de vida e bem-estar dos trabalhadores.

Sendo assim, o princípio protetivo desdobra-se em três outros princípios que são:

a) Norma mais favorável:

Aplicam-se as regras que não violem as normas gerais do Direito do Trabalho, no tocante aos seus princípios e costumes, para que não provoque prejuízos ao empregado, a partir de momentos diferentes, que ocorrem desde a elaboração da norma, hierarquização das normas jurídicas e na interpretação destas (DELGADO, 2010, p. 184-185; SARAIVA, 2010, p. 39; CASSAR, 204, p. 179).

Sendo assim, toda norma que for criada em momentos distintos que garanta condição mais favorável ao obreiro, em seus direitos e garantias, desde que não viole os direitos e princípios e, nem lhe cause prejuízos deverá ser adotada como norma de direito a proteção ao trabalhador.

b) Princípio *in dubio pro misero*:

Representa o corolário do princípio da proteção ao empregado por indicar ao intérprete a escolha da regra mais favorável quando este estiver diante de duas ou mais regras para analisar. É aplicado somente quando preencher os requisitos da existência de dúvida quanto ao alcance que a norma deve atingir e quando tiver conformidade com a previsão legal (SARAIVA, 2010, p. 38; CASSAR, 2014, p. 184).

Este princípio tem como fundamento a análise interpretativa da norma mais favorável na presença de duas ou mais regras com a finalidade de manter o equilíbrio da relação empregatícia no que diz respeito ao cumprimento da decisão da regra mais protetora para o empregado. Portanto, a decisão na escolha da norma obedecerá a condição que for mais favorável e segura para o obreiro.

c) Princípio da condição mais benéfica:

Esse princípio determina ao obreiro contemplado com condições mais vantajosas sobre a situação anterior, em decorrência de norma, do regimento interno, do contrato de trabalho ou norma coletiva, a incorporação destas independentemente de criação de regra posterior relacionada à mesma finalidade. Logo, tem aplicação inerente à norma do direito adquirido, prevista no art. 5º, XXXVI da CF/88 e a edição de regra jurídica nova, produzirá efeitos jurídicos para os contratos a serem pactuados após a sua criação (SARAIVA, 2010, p. 42-41; DELGADO, 2010, p. 187; CASSAR, 2014, p. 171).

Ademais, o princípio foi materializado pela jurisprudência trabalhista e legislação (art. 468 da CLT) de modo que, as cláusulas contratuais vantajosas não poderão ser eliminadas caso advenha cláusula ainda mais favorável superveniente, bem como tem que ser mantida as cláusulas ou regulamento interno garantidor dessa condição por se tratar de direito adquirido.

Assim, a aplicação desse princípio segundo CASSAR (2014, p. 171) requer o cumprimento dos requisitos da “existência de uma condição concreta anterior ou de uma norma anterior aplicável àquela situação concreta e situação ou norma nova, distinta da anterior e aplicada voluntariamente, de forma habitual pela empresa, e que seja mais vantajosa a anterior para aquele mesmo trabalhador, desde que

inexista lei proibindo a incorporação da benesse ou que não contrarie norma de ordem pública”.

Entretanto, em virtude da crise financeira que atravessa o país, o princípio da proteção ao obreiro tem passado por transformações no cenário do Direito do Trabalho, visto que o exagero de proteção tem ocasionado uma realidade de menor proteção ou desproteção ao empregado. Toda essa crise econômica enfrentada pela federação tem levado alguns doutrinadores a defenderem que o princípio nunca existiu ou acreditam na extinção deste com o passar do tempo, assim, entendem que isso está ocorrendo pela total ausência do Estado na relação entre os particulares.

Com efeito, a crise tem causado o enfraquecimento considerável do princípio da proteção ao obreiro, sendo observado com frequência pelas súmulas e jurisprudências nos tribunais trabalhistas, recentemente, com o intuito de não onerar a classe patronal e coibir o avanço na seara das conquistas sociais. Além disso, a ausência de defesa tem fortalecido o empregador a agir ferozmente contra o trabalhador, como ocorria no passado, a tal ponto por admitir a alteração *in pejus* ou a redução de seus direitos.

3.2 Princípio da Continuidade da Relação de Emprego

A natureza humana eleva o homem à procura do equilíbrio e da estabilidade de sua convivência entre as pessoas, como também deseja adquirir relação de emprego duradoura. Isso acontece, a partir do momento em que o trabalhador aceita um trabalho, pactua um contrato e neste pretende permanecer por tempo indeterminado com conseqüente inclusão no quadro da empresa.

Além disso, por conta da instabilidade econômica enfrentada pela população o desemprego já assusta a muitos, por isso o homem médio de contínuo tem buscado a estabilidade financeira e segurança de forma a presumir que todos buscam uma posição no mercado de trabalho que garanta a permanência neste.

Vale ressaltar que, o contrato de trabalho se caracteriza pelo trato sucessivo, ou seja, prolonga-se com o tempo, pois não depende da realização imediata de certo ato para findar e, portanto se conclui que a relação de emprego subentende vínculo prolongado. Dessa forma, esse princípio expõe resistência à dispensa arbitrária, como reza o art. 7º, I, da CF/88, apesar de não positivado, visto que

possibilita a manutenção do pacto laboral nas eventualidades de suspensão e interrupção do contrato e sucessão, assim como na presença de nulidades ocasionadas por não conformidade com o preceito legal (BARROS, 2012, p. 146; CASSAR, 2014, p. 191).

Ocorre que, o Direito do Trabalho tem sido norteado pelos novos padrões de flexibilização, no sentido de combate a estabilidade, em virtude do crescimento da contratação nos moldes por prazo determinado, visto que a estabilidade decenal foi abolida e as demais cada vez mais reduzidas, assim como os outros direitos trabalhistas. Outro ponto relevante diz respeito à discussão da dispensa arbitrária em questão a defesa da inibição ou proibição, diante da atual crise financeira enfrentada pelo Brasil pelo fato de incentivar a desregulamentação tanto defendida pelos legisladores.

3.3 Princípio da Busca do Pleno Emprego

O princípio da busca do pleno emprego norteia as relações socioeconômicas no Brasil no campo das atividades de políticas públicas, econômicas e dos sistemas de produção, razão esta de intensa preocupação por parte do Estado quando se trata de desenvolvimento e crescimento do país. Atrelado as atividades de políticas públicas e econômicas, esse princípio também é acompanhado pelo ordenamento jurídico através de incentivos ao setor privado para a manutenção, fiscalização e criação de empregos para que o empregado possa ter assegurado seus direitos.

Este princípio tem fundamento o art. 170, VIII da CF/88 com destaque importante de toda a estrutura principiológica da Carta Magna por remeter a relação de emprego, de modo a ensejar continuidade nas relações de trabalho. Tal princípio possui característica de norma programática de eficácia impeditiva ou negativa, determinando a positivação de tarefas e fins do Estado, como direitos subjetivos públicos na escolha de políticas públicas econômicas e salariais latentes, de modo a preservar o nível de emprego (LEITE, 2010, p. 48; BOTELHO; WINTER, 2014, p. 69-71).

Portanto, o título da ordem econômica que alude o artigo acima citado tem como intuito garantir a todos os indivíduos dignidade de acordo com a regra de justiça social atrelado a observância ao princípio em comento. Sendo assim, a composição do pleno emprego como um direito é a denotação de Estado Social, que

tem como propósito a intervenção estatal na ordem econômica ao suscitar os direitos sociais fundamentais de segunda geração.

Ademais, o poder público tem o dever de promover condições para que haja igualdade e liberdade na aquisição de um trabalho digno atrelado a remuneração real e justa, efetiva para todos os cidadãos e conseqüentemente o Estado deve ajustar seus gastos públicos e sopesamento da tributação a fim de retirar todas as barreiras que impedem ou dificultam a plenitude do pleno emprego, consoante Santos apud Baylos (2014, p. 5255).

O reconhecimento deste princípio após disposição em lei tem a finalidade de diminuir progressivamente e, de forma gradual a desigualdade econômica e social dos trabalhadores decorrente do alto desemprego na atualidade do país. Essa situação tem se agravado em virtude da ausência de políticas de proteção ao desempregado, pois este tem sofrido os reflexos da falta de gerenciamento e má administração do erário público.

Assim, o princípio da busca pelo pleno emprego compõe uma maneira de redução das desigualdades e do desequilíbrio na relação de trabalho, a partir do enfrentamento da classe operária contra a criação de medidas de coibição ou inibição das conquistas sociais com o favorecimento da classe patronal.

Com isso, esse princípio tem o condão de estimular a justiça social por meio da humanização das relações socioeconômicas laborais, orientando a sociedade para o cumprimento dos direitos sociais do art. 6º e trabalhistas do art. 7º da Magna Carta, bem como atua na proteção da dispensa arbitrária ou injusta e conseqüentemente na manutenção dos postos de trabalho nos termos do art. 7º, XXVII da CF/88 com a ideia de garantia a segurança econômica individual.

3.4 Princípio do Valor Social do Trabalho

Apesar de capitalista, a ordem econômica tem como fundamento constitucional a valorização do trabalho humano sobre os demais valores da economia, servindo como norte à intervenção do Estado no setor econômico, visto que o capital não é prioridade em razão do humano, segundo Schmitz apud Silva (2012, p.130).

Ocorre que, mediante a economia faz surgir às relações jurídicas dando forma ao Direito do Trabalho, pois o Estado estabelece a norma balizadora de intervenção

e atuação deste sobre o sistema financeiro com objetivo de preservar as regras mínimas para a proteção ao trabalho. No entanto, prevalece o valor social do trabalho sobre a livre iniciativa como base na ordem econômica como princípio constitucional nos termos do art. 1º, IV da CF/88 por meio da proteção humanística ao obreiro.

Assim, de acordo com Schmitz apud Marques (2012, p. 130) alude que:

[..] a valorização do trabalho humano não apenas importa em criar medidas de proteção ao trabalhador, como ocorreu no caso do Estado de Bem-Estar Social, mas sim admitir o trabalho e o trabalhador como principal agente de transformação da economia e meio de inserção social. Com isso o capital deixa de ser o centro de debates econômicos, devendo-se voltar para o aspecto, quem sabe subjetivo, da força produtiva humana.

Por isso, a eficácia dos direitos fundamentais determina a política protecionista do Estado ao princípio do valor social do trabalho e, para tal, esse deve assegurar ao trabalhador a preservação da sua dignidade a fim de impedir que seja mensurado apenas pelo aspecto econômico, como mais um ao processo de produção, mas como algo a ser resguardado na sociedade com objetivo primordial de proteger sua dignidade contra a exploração econômica.

3.5 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

É importante destacar que o princípio da dignidade da pessoa humana enquadra-se na ceara do Direito do Trabalho como objeto de proteção, pois o trabalho está ligado intimamente à dignidade e aos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal. Portanto, a dignidade da pessoa humana é o princípio nuclear na estrutura do Estado Democrático de Direito, cuja finalidade precípua é resguardar as qualidades e os atributos indispensáveis do trabalhador nas relações empregatícias (BARROS, 2012, p. 150; SCHMITZ, 2012, p. 122; GONÇALVES; LOPES, 2013, p. 132).

Assim, o próprio protecionismo do Direito do Trabalho permite a estreita relação com a dignidade humana, a tal ponto que se justifica a ordem econômica e social no sentido de proporcionar situações em que o homem se desenvolva em um ambiente capaz de favorecer a sua integração e evolução de sua dignidade.

Desse modo, a promoção desse ambiente se dá a partir do momento em que o ser humano dispõe de trabalho sob o qual firma o fundamento para ter condições à saúde, educação, lazer e direitos previdenciários, por meio do qual não poderiam vir à existência. Ademais, a essência do homem está relacionada com sua necessidade espiritual, pois aquele que não aproveita do labor, por exclusão ou por opção, é incompleto na sua dignidade.

Para tanto, esses direitos dos homens são imprescindíveis ao aprimoramento da pessoa humana, ao progresso social e da civilização, porém o fato de um homem desempregado compreende um homem sem auto-estima, sem honra, um pária social, sem dignidade. Isso reflete ao homem uma condição de inferioridade social, jurídica e moral para aqueles que desejam o exercício a cidadania.

Além de ser tutelada pela Magna Carta, a dignidade da pessoa humana e o direito ao trabalho também encontram fundamento na Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada em 1948 pelas Organizações das Nações Unidas que através do art. XXIII aduz:

1) Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha do emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. 2) Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. 3) Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

Também corrobora para esse prisma a Organização Internacional do Trabalho (OIT), estrutura de cunho internacional com a finalidade de promover a nível mundial melhoria das condições de trabalho, que se reveste de importância ao assegurar os princípios e direitos fundamentais no trabalho através da liberdade e igualdade de oportunidades para todos os indivíduos no que diz respeito à participação justa na distribuição de riqueza e no desenvolvimento do potencial pelo do homem, intimamente ligado à dignidade do ser humano.

Nesse cenário é importante destacar o papel de proteção aos direitos da personalidade dos trabalhadores, uma vez que muitos desses direitos são sucumbidos por interesses econômicos. Segundo Gonçalves; Lopes *apud* Amauri Mascavo Nascimento (2005, p. 131), os direitos da personalidade são prerrogativas de todo ser humano aos seus atributos, ou seja, são direitos absolutos,

indisponíveis, irrenunciáveis, intransmissíveis e de difícil mensuração econômica, de modo que implicam um dever geral de privação para sua salvaguarda e defesa.

Diante de tamanha relevância os direitos da personalidade e as relações de trabalho se destacam tendo em vista a proteção da dignidade do obreiro na relação de emprego. Tudo isso gira em torno do ser humano, ou seja, o próprio homem deve se defender, para que seja mantida íntegra a dignidade do mesmo enquanto contribui com o seu trabalho para o desenvolvimento do negócio e, conseqüentemente para sua vida digna.

4 ENTIDADES PÚBLICAS FUNDACIONAIS

As entidades públicas fundacionais compreendem universidade de bens personalizada ou como um patrimônio transfigurado destinado a servirem a fim de utilidade pública para prossecução de objetivos de interesse coletivo, seja social, educacional, cultural, assistencial, sem fins lucrativos e atípicas do Poder Público, e, merecedora sempre da égide estatal. São consideradas pessoas jurídicas de Direito Público e de Direito Privado, conforme Decreto Lei 200/67, art. 5º, IV, acrescentado pela Lei 7.596/87 (HELY LOPES, 2013, p. 420; DI PIETRO, 2010, p. 434; BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 186).

Este conjunto de bens ou patrimônio modificado com personalidade jurídica de direito público ou privado que constitui as fundações públicas foram criadas para suprir à prestação de serviços não alcançados pelo Estado, devido a sua extensão, complexidade e volume de relações existentes entre o particular e o governo. Sendo assim, a descentralização da Administração permitiu a outorga para outras pessoas jurídicas distintas do Estado por meio de lei à transferência da execução de serviços, a exemplo da saúde, assistência social e educação.

Assim, as fundações públicas fazem parte das entidades estatais que integram a estrutura constitucional do Estado com poderes políticos e administrativos com personificação de bens e fornecimento de subsídios orçamentários para sua manutenção. Logo, a partir desse tratamento, a Constituição Federal as transformou em entidades estatais, integrantes da Administração direta e indireta e, dessa forma colocando-as no mesmo patamar das autarquias e das empresas governamentais.

Até a Emenda Constitucional nº 19/1998, as fundações eram definidas como pessoas jurídicas de direito público e, portanto criadas diretamente por meio de lei à semelhança de autarquias. Logo, a partir dessa EC nº. 19/1998 se deu nova redação ao inciso XIX do art. 37 da CF, permitindo a implantação de fundação pública com personalidade jurídica de Direito Privado.

Destarte, as fundações públicas dos órgãos da Administração Pública possuíam apenas personalidade jurídica de Direito Público com todas as prerrogativas e subordinação inerente ao Poder Público. Mas, com a EC nº. 19/1998 foi oportunizado a criação de fundações de natureza jurídica tanto de direito público

como de direito privado, extraída por meio de lei ou estatuto para a consecução de um fim de utilidade pública.

A partir da nova redação dada pela EC ao citado artigo, a Lei nº. 7.596/87 também trouxe alteração na redação do art. 4º do Decreto-lei 200/67, inserindo o art. 5º, inc. IV do mesmo Decreto-lei a inclusão entre os órgãos da Administração as fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado, cabendo ao Poder Executivo providenciar os demais atos constitutivos para existência legal após sua inscrição no Registro competente, necessários à sua formação sob a égide do Direito Civil, porém não mais aplicando as demais normas do Código Civil.

Como referenciado anteriormente, às fundações possuíam apenas natureza jurídica de direito público, com a abertura para a criação destas de natureza jurídica de direito privado com distinção pela observância em sua estrutura ao Código Civil de 2002. Ou seja, todas as fundações governamentais, embora não fazendo parte da Administração Pública, submetem-se, sob uma ou outra característica do direito público.

Além de definir a fundação pública como entidade de personalidade jurídica de direito privado, o art. 5º, inc. IV do Decreto-lei 200/67, também determinou que estas fossem criadas por meio de autorização legislativa, para o desempenho de atividades que não exigisse execução por entidades ou órgãos de direito público, de modo que permite autonomia administrativa, gerenciamento do patrimônio próprio pelos respectivos órgãos de direção, assim como o custeio do funcionamento deve ser feito com recursos da União e outras fontes (DI PIETRO, 2010, p. 440).

Sendo assim, as fundações públicas foram colocadas ao lado das empresas governamentais (entidades de direito privado), com todas as prerrogativas e sujeições que lhes são próprias, subordinada em parte ao Código Civil, de modo que tanto a fundação com personalidade jurídica de direito público como a fundação de direito privado enquadram como patrimônio personalizado para a consecução de fins além do âmbito da própria entidade.

Logo, a lei não cria, apenas autoriza a sua criação, mas caberá à lei complementar definir as áreas onde as fundações com personalidade jurídica de Direito Privado irão atuar, no entanto, não de coexistir as duas espécies até que norma reguladora da matéria defina se possui natureza pública ou privada (DI PIETRO, 2010, p. 435; HELY LOPES, 2013, p. 421).

Diante dessas considerações, as fundações instituídas pelo poder público sejam estas de personalidade jurídica de direito público ou privado se caracterizam por realizar atividades, conforme determinação da finalidade, através de lei complementar, na ordem social, cultural, educacional e saúde de caráter descentralizado pelo fato de beneficiar terceiros estranhos à entidade. Por isso, possuem a capacidade de autoadministração e estão sujeitas ao controle administrativo da Administração Direta nos limites estabelecidos por lei.

Portanto, os contratos celebrados pelas fundações públicas, sejam estas de Direito Público ou de Direito Privado devem ser precedidos de licitação, com base no art. 37, XIX, da CF/88. Como também, o orçamento é idêntico ao das entidades estatais, estabelecido pela Lei 4.320/64, de modo a atender ao dispositivo do art. 165, § 5º, da CF/88.

Outra característica importante, diz respeito aos dirigentes das fundações, de Direito Público ou de Direito Privado, são investidos nos cargos correspondentes ou empregos públicos sob a forma que a lei ou estatuto prever e seu pessoal fica sujeito ao regime jurídico celetista ou estatutário, assim como aos planos de carreira implantados pela entidade, nos termos do art. 39 da CF/88 (HELY LOPES, 2013, p. 422).

Vale ressaltar, que os servidores das fundações públicas ou privadas são proibidos de acumularem função, cargo ou emprego remunerado, nos termos expressos dos incs. XVI e XVII do art. 37 da CF. Outro ponto importante, de acordo com o art. 327 do CPB diz respeito à nomenclatura desses agentes públicos como “funcionários públicos” para fins criminais, mandado de segurança e ação popular, bem como seus dirigentes, “autoridades”, no que concerne ao seu papel, conforme Lei 12.06/2009, art. 1º, § 1º e Lei 4.717/65, art.1º (HELY LOPES, 2013, p. 422)

4.1 Classificação das Fundações

4.1.1 Fundação de Direito Privado

As fundações apesar de serem instituídas com personalidade jurídica de direito privado nunca se sujeitam totalmente ao controle administrativo ou tutela por parte da Administração Direta a esse ramo do direito, ou seja, obedecem as regras de implantação das empresas de direito privado quando do registro dos atos

constitutivos, sendo que nesse caso é feito pelo Executivo, visto que possuem personalidade jurídica de Direito Privado, mas se submetem ao controle de fiscalização do Estado, no entanto, gozam de autonomia parcial.

Isto acontece, especialmente, no que tange à fiscalização financeira e orçamentária (controle externo) e ao controle interno pelo Poder Executivo, ou seja, possuem a mesma posição das sociedades de economia mista e empresas públicas, uma vez que são instrumentos de ação do Estado para a execução de seus fins. Desta forma, todas elas devem atender a vontade do ente público que as instituiu através da submissão ao controle estatal para alcançarem autonomia com base nos fundamentos da lei instituidora.

A instituição da fundação entre os órgãos da Administração Indireta gerou indagações, que segundo DI PIETRO (2010, p. 437), entende que o modelo do Código Civil não é adaptável em sua totalidade às exigências do serviço público, visto que sua execução sob qualquer forma impõe a verificação de alguns princípios fundamentais do regime administrativo, em particular o da indisponibilidade do interesse público, o da continuidade do serviço público e o da tutela.

Esses princípios são relevantes para a instituição da fundação, pois o instituidor, por ato de liberalidade, determina bens do seu patrimônio pessoal, os quais são especificados e declarados e, seu estatuto é feito pela pessoa por ele designada ou pelo Ministério Público. Desse modo, ocorre o desvio do interesse privado, com a finalidade do interesse de terceiros e o tipo de pessoa jurídica quando implantada pelo poder público, mais se afasta da figura definida pelo Código Civil.

Ademais, a criação das fundações públicas serve para descentralizar a execução de uma atividade do Estado, que por esta razão não adquire, em regra, vida própria, como se instituída por pessoa de direito privado. Além disso, a fundação governamental depende de verbas orçamentárias periódicas oriundas do Estado, como também o Poder Público pode implantar modificações na lei instituidora que da mesma forma acontece às empresas públicas e sociedades de economia mista.

Por outro lado, as fundações de direito privado adquirem vida própria, sem depender da vontade do instituidor, enquanto que a fundação governamental compreende instrumento de ação da Administração Pública, que se mantém,

extingue ou cria com base na atividade que se demonstrar adequada à consecução dos fins os quais foi proposto mediante lei.

Com efeito, a legalidade da fundação pública para consecução de sua finalidade com personalidade jurídica de direito privado atribui consequências compreendidas em: os seus bens são impenhoráveis; não terão juízo privativo; não se aplica o processo de execução contra a Fazenda Pública; com relação a responsabilidade civil por danos gerados por servidores, apenas se aplica a responsabilidade objetiva com fundamento no artigo 37, § 6º, da CF, na condição de prestadores de serviços públicos; o regime jurídico de seus obreiros será o da Consolidação das leis do trabalho (CLT) com equiparação aos funcionários públicos para determinados fins (DI PIETRO, 2010, p. 440-441).

É importante destacar, que a Administração Pública ao criar a fundação de direito privado, torna esta submissa ao direito comum em todas as normas de direito público que não foram expressamente derogadas, podendo constar na Carta Magna, em leis ordinárias e complementares federais e da própria lei que a implantou.

Dessa forma, a autonomia da entidade das fundações sejam públicas ou privadas é estabelecida pelo Poder Público, não se desvinculando totalmente dos elos que a prendem ao ente instituidor, pois este se responsabiliza por manter a vinculação por meio do controle interno (tutela) através dos órgãos da Administração Direta.

4.1.2 Fundação de Direito Público

O art. 5º, IV do Decreto-lei 7.596/87 definiu fundação com personalidade de direito público, como “entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes”.

O texto original da Constituição Federal fazia distinção entre fundações públicas e privadas, sendo que em alguns artigos descrevia de forma genérica em administração fundacional ou em fundação instituída ou mantida pelo Poder Público com fundamento nos arts. 22, XXVII, 37, *caput* e inc. XVII, 71, II e III, 150, VI, “a”, 163, II, 165, § 5º e 169, parágrafo único.

Ocorre que, o art. 39 previa o regime jurídico único para os servidores da Administração Direta, fundações e autarquias e a outorga da estabilidade dos servidores não concursados com cinco anos após a promulgação da CF com base no art. 19 das Disposições Transitórias. Assim como, após a EC nº 19/98 a expressão fundação pública não foi mais mencionada, porém continua a ser do Poder Público a outorga para instituição de fundação com personalidade de direito público igual à da autarquia ou de personalidade de direito particular.

A instituição das fundações públicas, como indica a própria denominação, são aplicadas as normas de direito público, sendo caracterizadas pela presunção de veracidade e executoriedade dos seus atos administrativos; inexigibilidade de inscrição de seus atos constitutivos no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, visto que a sua personalidade decorre da lei; não se submetem a fiscalização do Ministério Público; estão sujeitas ao processo especial de execução nos termos do art. 100 da CF/88; possui juízo privativo com fundamento no art. 109, I, da CF/88

Com isso, surgiram inúmeras pessoas designadas como “fundações” para obterem atribuições públicas, de modo a afastar-se dos controles moralizadores ou então, para conseguir alocar seus agentes mediante acumulação de cargos e empregos. Porém, isso lhe seria proibido se fossem reconhecidas como pessoa de regime jurídico de Direito Público.

Atualmente não suscita mais interrogações quando da especificidade dos servidores das fundações públicas, pois a Constituição tornou claro que tanto os agentes da Administração direta e autárquica ficariam submetidos ao mesmo patamar remuneratório, nos termos do art. 37, XI da CF/88, bem como igualdade de tratamento no exercício de cargo eletivo, conforme art. 37 do mesmo texto. Entretanto, não possibilitou o mesmo tratamento para os agentes formado pela Administração indireta das empresas públicas e sociedades de economia mista (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 184-185).

Portanto, as entidades fundacionais com personalidade de direito público são beneficiadas por privilégios e prerrogativas concernentes ao Poder Público e sujeitam-se às mesmas restrições que compõem o regime administrativo, conferidas às pessoas jurídicas de direito público.

4.2 Regime Jurídico-Administrativo

4.2.1 Regime Jurídico Estatutário

O regime jurídico de pessoal de acordo com Pereira apud Carvalho Filho (2009, p.2), “constitui o conjunto de regras de direito que regulam determinada relação jurídica”, assim como também é entendido como o conjunto de regras e princípios que regem a vida funcional do agente público.

Para melhor especificação do regime jurídico, a Constituição Federal/88 trouxe em seu texto dois regimes, a saber: o regime estatutário e o celetista que para fins de classificação dos agentes administrativos ou servidores estatais são servidores públicos e empregados públicos, respectivamente.

O vínculo que une a Administração Pública aos servidores estatais ocorre através de um sistema de normas que disciplinam a relação jurídica, composta por direitos e deveres a que esses agentes passam a se submeterem.

De acordo com o princípio constitucional da isonomia, a Constituição Federal de 1988 originariamente estabelecia a obrigatoriedade do regime jurídico único com base no art. 39, *caput* da alusiva Carta para todos os entes federativos, na esfera de sua competência para regime jurídico único e de planos de cargos e salários para os servidores da Administração Pública Direta, fundações públicas e autárquicas.

Contudo, a EC 19/98 trouxe modificações nessas diretrizes, visto que retirou a exigibilidade de regime jurídico único, assim como o regramento da isonomia de vencimentos para cargos de mesmas atribuições ou assemelhados do Poder ou entre os servidores dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Sendo assim, cada esfera de governo ficou livre para implantar regimes jurídicos distintos, seja sob a forma estatutária, seja contratual com ressalva para aquelas carreiras instituídas pela própria Constituição, em particular, o regime estatutário no que tange os cargos organizados em carreira, assim como aos agentes de cargos com atribuições de atividades exclusivas de Estado (DI PIETRO, 2010, p. 522).

A liberdade de escolha do regime jurídico no âmbito da Administração Pública trouxe divergências doutrinárias e entendimentos por alegarem que a Administração não poderia valer-se do regime celetista para contratar pessoal, assim como não seria capaz de atender ao interesse público, finalidade precípua da Administração.

Por fim, alguns doutrinadores entendiam que a Constituição instituiu um regime único, celetista, para a Administração Indireta e um regime jurídico único (indeterminado) para a Administração Direta, autárquica e fundacional.

Porém, a partir da EC 19/98 essas discussões foram encerradas com a implantação do regime jurídico único, obrigatório, com abertura para a contratação de pessoal pela Administração tanto por regime jurídico estatutário, como também regido pela legislação do Direito do Trabalho, celetista.

Assim, os servidores públicos segundo Rodrigues Júnior & Farina apud Gasparini (2013, p. 524) são definidos como:

os que se ligam, sob um regime de dependência, à Administração Pública direta, às autarquias e às fundações públicas, mediante um vínculo de natureza institucional para lhes prestar trabalho de natureza profissional e perene, titularizando cargos de provimento efetivo ou de provimento em comissão.

Para tanto, o servidor público está enquadrado no regime jurídico estatutário formado pelo agrupamento de normas e princípios, mediante estatuto, disposto em lei específica que regulam a relação de trabalho entre o Estado e o indivíduo ocupante de cargo efetivo. Assim o vínculo com a Administração Pública é institucional, ou seja, não contratual, de forma direta ou indireta (PEREIRA, 2009, p. 2-3; BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 185-187; MOTA, 2012, p. 347-349).

Portanto, o vínculo dos servidores com a Administração Pública direta, autárquica e fundações públicas é institucional, não sendo permitida qualquer possibilidade de alteração do estatuto, por se tratar de normas cogentes, de ordem pública e inderrogáveis pelas partes, como também a relação de emprego deve ser habitual e os agentes serão titulares como, empregados públicos ou em comissão. Os cargos podem ser vitalícios, efetivos, ou seja, devidamente aprovados em certame público ou em comissão, sendo estes últimos de livre exoneração e nomeação.

Assim, os servidores estatutários são subdivididos em servidor público civis e militares, ou ainda em servidores estatutários, empregados públicos e temporários. Logo, os servidores públicos dentro do gênero servidores estatais mantêm vínculo com a União, Estados, Distrito Federal, Municípios, como também com as respectivas autarquias e fundações de Direito Público com fundamento no art. 39, caput da Carta Magna.

Na esfera da União, os servidores públicos são regidos pela Lei nº. 8112/90, a qual dispõe sobre o regime jurídico dos agentes civis da União, das autarquias e fundações públicas federais, que em seu art. 2º conceitua servidor como “pessoa legalmente investida em cargo público”.

Dessa forma, para ser considerado servidor público estatutário com vínculo da Administração Pública Federal direta, suas fundações públicas e autarquias faz-se necessário à pessoa a investidura em cargo público.

As regras que determinam os direitos e deveres funcionais do servidor estatutário não resultam de simples acordo de vontades, mas derivam da vontade soberana do interesse público, diferentemente do que se verifica nas relações de emprego. Além disso, devem obedecer as prerrogativas constituídas em todos os atos administrativos, como a irredutibilidade de vencimentos, paridade entre as funções assemelhadas, regime próprio de previdência social e estabilidade no serviço público (PEREIRA, 2009, p. 3; BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 184-185).

Dessa forma, o servidor público também está sujeito às restrições impostas ao cargo público típicas do regime que diz respeito à proibição de acumulação de cargos públicos, limite remuneratório, conforme art. 37, XI da Carta Magna, sujeição à lei de improbidade administrativa, além de outras.

4.2.2 Regime Jurídico Celetista

No entanto, os empregados públicos vinculados ao regime celetista pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), integram a máquina estatal na condição de agentes públicos na forma aplicada aos empregados da iniciativa privada, no caso da autonomia da vontade, sendo, portanto, sua relação derivada de um contrato (PEREIRA, 2009, p. 3-4; RODRIGUES JÚNIOR; FARINA, 2013, p. 526; CASSAR, 2014, p. 1149).

A natureza contratual do vínculo jurídico do empregado público com o Estado é uma das características que distingue do servidor estatutário, além da unicidade normativa e da possibilidade de julgamento de eventuais processos decorrentes desta relação. Vale salientar que o regramento celetista, apesar de privado, é em parte alterado por regras de ordem pública e, por conseguinte classificado em regime privado derogado em parte pelo direito público.

O empregado público mesmo contratado pelo regime celetista sofre restrições advindas das normas de ordem pública como citado acima e que alcançam somente as relações de direito público. Diante destas restrições, pode-se citar a necessidade de passar pelo concurso público, não acumular cargos, empregos e funções públicas, de acordo com o art. 37, XVI da CF/88, assim como sujeição aos limites remuneratórios.

Essas diferenças do regime estatutário e celetista envolve uma celeuma, acerca da garantia do emprego em que muitos a consideram como uma estabilidade relativa ou *sui generis*. Isso ocorreu, devido a Lei nº. 9.962/2000 que disciplina o regime público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, por não instituir estabilidade ao empregado público.

A criação desta relativização da estabilidade instituída pela Lei nº. 9.962/2000, com destaque no seu art. 3º no âmbito da Administração Federal, aumentou sobremodo as possibilidades de perda do cargo, até o momento, restritas àquelas relatadas no art. 41 da CF/88. Logo, segundo Cassar (2014, p. 1153) esta lei suscitou duas correntes sobre o tema: a primeira ampliou as hipóteses de dispensa do servidor trabalhista e a segunda criou para os empregados públicos admitidos nestas entidades a hipótese da estabilidade relativa.

A dispensa do empregado público deve obediência ao princípio da motivação, expressamente previsto no art. 2º da Lei nº. 9.784/99 aplicado à Administração Pública Federal indireta, ainda presente no art. 50, caput e incisos I-III. Ou seja, os atos da administração devem ser motivados sob pena de nulidade, além disso é uma formalidade necessária para garantir o controle da legalidade dos atos administrativos.

Enfim, não há espaço para o exercício do poder potestativo do Estado, pois o que importa é a necessidade do processo administrativo para o desligamento do empregado por consequência ao interesse público. Portanto, a apuração das causas da dispensa requer a instauração de processo administrativo como instrumento processual que visa consolidar direitos e garantias antes mesmo de serem violados por meio do princípio do contraditório e da ampla defesa.

Convém destacar que após o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 2.135/2000 pela declaração da suspensão da eficácia do art. 39, caput da CF, alterando a redação da EC 19/98 (Lei nº. 9.962/2000), com a retomada do texto original através de efeitos *ex nunc*, promoveu

a exclusão do termo “regime jurídico único”, que acabou, na prática, com o regime jurídico único, assim como tornou possível a flexibilização da estabilidade no âmbito federal da Administração direta, fundacional e autárquica.

A consequência desta restauração do texto original do art. 39 da CF/88 trouxe novamente a exigência de um regime jurídico único para os servidores das entidades de personalidade jurídica de Direito Público da Administração Direta, Fundacional e Autárquica, sendo portanto, vedada a submissão dos servidores ao regime de “estabilidade relativa”.

Diante a inconstitucionalidade da Lei nº. 9.962/2000 e demais leis estaduais posteriores a EC nº 19/98, houve alteração da forma de contratação dos empregados públicos sob o regime jurídico celetista, ou seja, não poderá existir mais contratação sob este regime, como também indagação de futura infração ao direito adquirido ao regime celetista.

Por outro lado, a não ampliação do direito à estabilidade dos empregados públicos concursados revela, por via transversas, inquestionável frustração aos objetivos de impessoalidade, moralidade, transparência e democratização garantidos por meio do concurso público. Logo, a Lei 9.962/2000 foi desrazoável em não incluir a estabilidade ao empregado público.

O Tribunal Superior do Trabalho trouxe posicionamento intermediário com a edição da Súmula nº. 390 do TST, decorrente da conversão da Orientação Jurisprudencial (OJ) nº. 229 e 265 da SDI-1 e da OJ nº. 22 da SDI-2 no tocante, a estabilidade do empregado público celetista que aduz: “o servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/88”.

Esse posicionamento do TST não foi aceito pelos doutrinadores administrativistas, que de acordo com Rodrigues Júnior; Farina apud Justen Filho (2013, p.537), o provimento do cargo por meio de concurso público não dá ao empregado a garantia oferecida ao servidor público efetivo e estável. Sendo que, o certame assegura o direito à isonomia e a moralidade no preenchimento das vagas e a dispensa obedece as regras da CLT.

Como também Di Pietro (2010, p. 441) não admite a possibilidade da estabilidade aos empregados públicos, visto que a EC 19/98 trouxe expresso no art, 41, *caput* da CF que a estabilidade só alcança os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo.

Portanto, esclarece Delgado (2010, p.1155), que o instituto do FGTS criado pela Lei nº. 5.107/1966, trouxe a possibilidade de garantia como sistema alternativo, indenizatório ao estabilizatório da CLT. Assim, trata-se de instituto desenvolvido para substituir o instituto da estabilidade, sendo de plano, impossível a pretensão concomitante do empregado ao benefício de ambos os institutos.

5 GARANTIA DO EMPREGO

Com a atual crise econômica em que o país vem enfrentando, o risco ao desemprego é alarmante, sendo imprescindíveis implantações de medidas para que isto não afete a dignidade da pessoa humana, honra, moral e o valor social do trabalho. Dessa forma, toda medida exercida para diminuir o desemprego, incentivar a contratação, capacitar o obreiro no sentido de adequá-lo as novas transformações do mercado, desestimular a dispensa, onerar ou obstar a demissão arbitrária é denominada como garantia no emprego.

Essa medida compreende um instituto político-social-econômico que abarca não apenas a restrição ao direito potestativo de demissão, bem como a normatização de procedimentos criada pelos instrumentos jurídicos, de informações, reintegração do trabalhador, consultas entre empresas, sindicatos, funcionário, por meio de estímulos para coibir o desemprego.

Assim, de acordo com LEITE, 2010, a garantia de emprego “concerne aos valores eleitos no vértice do ordenamento jurídico ao estabelecer princípios voltados a políticas públicas, valorização do trabalho humano (CF, art. 1º, IV) e geração de empregos, como princípio da busca do pleno emprego (CF, art. 170, VIII). Portanto, depende de um direito fundamental para proteger o trabalhador contra a dispensa arbitrária ou imotivada, a relação de emprego, investigada mediante processo administrativo ou ação proposta pelo trabalhador em defesa de seus direitos (LEITE, 2010, p. 48; SARAIVA, 2010, p. 381).

Vale ressaltar que, segundo CASSAR, (2014) “a garantia de emprego é gênero do qual a estabilidade é espécie”, pois constituem institutos semelhantes, mas variados e, por isso não se confundem. A estabilidade de emprego se materializa, a partir do impedimento, temporário ou definitivo do empregador em realizar a dispensa sem justa causa do obreiro e tem como fundamento ser, o emprego a mais importante fonte de subsistência do trabalhador, assim como fator de manutenção emocional e mental que interfere com valores de personalidade.

Sendo assim, a estabilidade no emprego segundo Cassar (2014, p. 1112) “é a garantia que o empregado tem de não ser despedido senão nas hipóteses previstas em lei ou no contrato”. A estabilidade é classificada de acordo com LEITE (2010, p 49) e CASSAR (2014, p. 1114) em definitivas, sendo aquela que garante o emprego até a morte do empregado, sua aposentadoria, morte do empregador pessoa física,

extinção da empresa, justa causa ou pelas razões pertinentes no parágrafo único do art. 165 da CLT e culpa recíproca.

As estabilidades definitivas compreendem também consoante Cassar (2014, p. 1114), a decenal disposta no art. 492 da CLT, a do art. 41 da CF/88, a do art. 19 do ADCT (Atos das Disposições Constitucionais Transitórias), dos empregados públicos regidos pela Lei 9.962/2000 e aquelas oriundas de contrato se assim as partes pactuarem.

Por outro lado, as estabilidades também são classificadas em provisórias que se caracterizam pela duração por tempo determinado. Fazem parte das estabilidades provisórias no emprego o dirigente sindical, a empregada gestante, obreiro da CIPA e seus membros, cooperativas, acidente de trabalho, Conselho Curador do FGTS, Conselho Nacional da Previdência Social, aprendiz e etc.

5.1 Evolução Histórica da Garantia do Emprego

A garantia no emprego compreende uma forma de política socioeconômica que sofreu modificações através das Cartas Constitucionais que à luz da Constituição de 1988 trouxe mudanças importantes no que diz respeito ao tratamento jurídico da ruptura do contrato de trabalho. A primeira mudança trata da universalização do FGTS, ou seja, tornou um direito inerente a toda relação empregatícia mediante contrato de trabalho, inclusive recentemente aos empregados domésticos, bem como a segunda foi ocasionada pela eliminação do sistema estabilitário ao indenizatório celetista (DELGADO, 2010, p. 1155; BARROS, 2012, p. 768).

O regime do FGTS tornou-se obrigatório para a classe trabalhadora urbana celetista, eliminando assim do campo jurídico a estabilidade no emprego, exceto o direito adquirido daqueles que eram abrangidos com 10 (dez) anos de prestação de serviço perante o mesmo patrono, desde que não tenham optado pelo regime do FGTS.

As mudanças geradas com a universalização do FGTS e revogação do sistema de estabilidade e garantia por tempo de serviço enfraqueceu sobremaneira o princípio da continuidade da relação de emprego. Isso ocorreu pelo fato da CF/88 em seu preceito central em enfoque no art. 7º, garantir proteção aos trabalhadores

contra a dispensa arbitrária ou imotivada por meio de indenização compensatória (DELGADO, 2010, p. 1155; SARAIVA, 2010, p. 382).

Para melhor compreensão dessas mudanças sofridas no direito do trabalho utilizou-se dos princípios constitucionais, como os valores sociais do trabalho (art. 1º, IV), a ordem econômica que também tem embasamento na valorização do trabalho (art.170) e a ordem social com fundamento no primado do trabalho (art. 193). Como também, é bem verdade que a jurisprudência e a doutrina compreenderam os dispositivos dos incisos I e XXI do art. 7º da Carta Magna que os efeitos seriam produzidos a partir de normas programáticas de eficácia não imediata.

Dessa forma, a teoria constitucionalista moderna inclina para a compreensão dos doutrinadores e entendimentos jurisprudenciais sobre a possibilidade de certa eficácia às normas constitucionais, conferindo certo efeito jurídico no que tange a invalidar demissão baseada na atividade potestativa do empresário, devendo ter pelo menos o mínimo de justificativa técnica ou socioeconômica ou mesmo pessoal em face do obreiro envolvido.

5.2 Garantia Provisória do Emprego

5.2.1 Dirigente Sindical

Ao empregado representante sindical escolhido para o cargo de direção, titular ou suplente foi conferido pela CLT proteção especial, estabilidade no emprego, desde o registro de sua candidatura e, caso seja eleito, até um ano após o final do mandato, exceto se auferir falta grave apurado e comprovado por inquérito judicial nos termos do art. 543, da CLT c/c art, 8º, VIII da CF c/c Súmula 379 do TST (LEITE, 2010, p. 57; SARAIVA, 2010, p. 384, CASSAR, 2014, p. 1122).

A estabilidade sindical corresponde prerrogativa da categoria para o exercício da representação não sendo, portanto, garantia particular do obreiro. Essa só alcança os membros do conselho administrativo, sendo composta, a diretoria, por no máximo sete membros e no mínimo três, não abrangendo os membros do conselho fiscal, visto que limitam a fiscalizar o gerenciamento financeiro do sindicato, com fundamento no art. 522, § 2º da CLT, de modo que não incide sobre a defesa dos interesses diretamente da categoria, conforme OJ (orientação jurisprudencial) nº 365 da SDI-1 do TST.

Esse instituto objetiva proteger o representante das pressões que possam advir em consequência do exercício do mandato perante seu empregador, por isso a garantia de emprego se dá por representar sua categoria profissional, na base territorial, desde a comunicação por escrito à empresa a partir do registro da candidatura em 24 (vinte quatro) horas e se, eleito, posse e nomeação no mesmo tempo determinado (LEITE, 2010, p. 58; CASSAR, 2014, p. 1127).

O requisito para o reconhecimento da estabilidade provisória do dirigente sindical acontece a partir da publicidade do ato, ou seja, mediante a comunicação do registro da candidatura e da posse pela entidade sindical. Porém, o TST mudou o entendimento sobre o aceite e, permitiu também que a informação do registro pudesse ocorrer após as 24 horas, desde que promovida na vigência do contrato de trabalho, nos termos da Súmula n^o 369, I, TST.

As exceções pertinentes à perda da estabilidade ocorrem quando o obreiro registra sua candidatura no curso do aviso prévio, nos termos da Súmula n^o 369, V, sendo cediço pela jurisprudência como ato de má-fé. Além disso, há o fim da estabilidade no aceite de transferência do dirigente sindical para outra localidade diferente da base territorial, extinção da atividade empresarial onde se encontra a sede do sindicato e quando o empregado deixar de praticar, por qualquer razão, a profissão ou atividade que represente essa categoria sindical.

Para tanto, há entendimento que a estabilidade provisória do representante sindical só é assegurada quando esse representar sua categoria profissional no local, onde foi eleito, como aduz a Súmula n^o 369, III do TST, que:

ESTABILIDADE PROVISÓRIA. DIRIGENTE SINDICAL. A estabilidade provisória do dirigente sindical existe em função da representatividade dos demais colegas de trabalho. Uma vez eleito o empregado para ocupar o cargo de vice-presidente de entidade sindical diferenciada, sendo ainda diversa da categoria preponderante dos empregados da empresa-reclamada, torna-se indispensável a comunicação pela entidade sindical diferenciada ao empregador, na forma do § 5^o do art. 543 da CLT, prova essencial para assegurar ao dirigente sindical a sua estabilidade no emprego, como determina a Súmula n^o 369, do Colendo TST. TRT/MG – Processo n^o 00597.2005.107.03.00.1 – Rel. Designado: Juíz Júlio Bernardo do Carmo. DJ/MG 18/03/2006.

Portanto, é importante destacar que se o empregado não representa sua categoria perante seu patrão na base territorial a qual foi nomeado, não possuirá

estabilidade no emprego, sendo reconhecido como ameaça aos interesses para o empregador devido aos poderes sindicais para os quais foram concebidos.

5.2.2 Dirigente de Sociedade Cooperativa de Empregados

Os dirigentes dos representantes dos empregados de cooperativas possuem estabilidade por meio do que estabelece o art. 55 da Lei 5.764/71 que diz: “os empregados de empresas que sejam eleitos diretores de sociedades de cooperativas pelas mesmas criadas gozarão das garantias asseguradas aos dirigentes sindicais pelo art. 543 da CLT”.

De acordo com Barros (2012, p. 784), a garantia no emprego concebida aos dirigentes de cooperativas pelo legislador permitiu autonomia destas, bem como a preservação de sua existência. Sendo assim, o dirigente de cooperativa possui a mesma estabilidade do representante sindical, conforme OJ 253 da SDI-1 do TST, gozando dessa os membros da diretoria ou do conselho da administração da cooperativa e suplente, desde que de fato substitua o diretor.

Logo, confere ao dirigente de cooperativa os mesmos requisitos para reconhecimento da estabilidade dos dirigentes sindicais, em que fundamente a comunicação do registro da candidatura e eleição para o cargo, como também deve ser respeitado o número de dirigentes previsto no art. 522 da CLT e por fim a instauração de inquérito judicial para apuração de falta grave quando cometida pelo representante da cooperativa por analogia do art. 543 da CLT e Súmula nº 379 do TST.

5.2.3 Empregado Membro do Conselho Nacional de Previdência Social - CNPS

Essa estabilidade é definida pelo art. 3º, § 7º da Lei 8.213/91 que reza:

Aos membros do CNPS, enquanto representantes dos trabalhadores em atividade, titulares e suplentes, é assegurada estabilidade no emprego, da nomeação até um ano após o término do mandato de representação, somente podendo ser demitidos por motivo de falta grave, regularmente comprovada através de processo judicial.

Assim, segundo Cassar (2014, p. 1156) a estabilidade dos representantes do CNPS é altruísta, visto ter azo na proteção dos interesses do grupo. O CNPS é representado por três titulares e suplentes, sendo que as indicações são realizadas pela central sindical e pelas confederações nacionais, cujo mandato compreende dois anos com a permissão para recondução por mais uma vez com base nos arts. 295 a 301 do Decreto n.º 3.048/99 c/c art. 3º, § 7º da Lei 8.213/91.

5.2.4 Empregado Membro do Conselho Curador do FGTS

Os representantes do Conselho Curador possuem estabilidade, como disposto no art. 3º, § 9º da Lei nº 8.036/90:

Aos membros do Conselho Curador, enquanto representantes dos trabalhadores, efetivos e suplentes, é assegurada estabilidade no emprego, da nomeação até um ano após o término do mandato de representação, somente podendo ser demitidos por motivo de falta grave, regularmente comprovada através de processo sindical.

Dessa forma, o artigo supracitado garante aos representantes dos empregados, titulares e suplentes do Conselho Curador do FGTS iguais direitos concernentes aos dirigentes sindicais, conforme prevê o art. 8º, VIII da CF/88. Assim, os representantes dos trabalhadores são indicados pelas centrais sindicais ou confederações federais, para pleito de dois anos com recondução por apenas uma vez.

Ademais, a dispensa do obreiro membro do Conselho Curador exige, segundo previsão legal a instauração de inquérito judicial na ocorrência de falta grave, sendo determinado por inquérito sindical, o que não permite a demissão por ato voluntário do empregado.

5.2.5 Representantes dos Empregados nas Comissões de Conciliação Prévia

As Comissões de Conciliação Prévia compreendem órgãos extrajudiciais criadas para tornar mais econômica e célere a solução dos conflitos trabalhistas judiciais. Essas comissões foram criadas, por meio da Lei 9.958/2000 e compostas no âmbito da empresa por no mínimo dois e, no máximo dez membros, cuja indicação é feita pela divisão em que metade dos mesmos é escolhida pelo

empregador e a outra metade por voto secreto pelos trabalhadores e, fiscalizadas pelo sindicato da categoria profissional, nos termos do art. 625-B, caput da CLT (LEITE, 2010, p. 63; MONTEIRO, 2012, p. 784; CASSAR, 2014, p. 1156-1157).

Destarte, o art. 625-B, § 1º da CLT veda a dispensa dos representantes dos trabalhadores membros das comissões de conciliação prévia, suplentes e titulares, até um ano após o término do mandato, exceto nos casos de acometimento de falta grave. Sendo assim, os titulares ou suplentes, possuirão as mesmas garantias dos dirigentes sindicais no que se refere à proteção provisória no trabalho estabelecida no art. 8º, VIII da Carta Magna, como também a demissão está atrelada a apuração de falta grave mediante inquérito judicial com base nos arts. 494 e 853 da CLT.

5.2.6 Emprego da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes - CIPA

De acordo com a Portaria nº 3.214/78 c/c Decreto nº 97.995/89 c/c art. 163 da CLT c/c Norma Regulamentadora (NR) nº.5 os estabelecimentos que possuem mais de dezenove obreiros está obrigado a compor CIPAS, bem como aqueles estabelecimentos que a depender da atividade econômica estão sujeitos a constituir a comissão quando tiverem mais de 29, 50, 100 trabalhadores e etc. e, ainda os empregados terceirizados também entram na contagem, mesmo não sendo funcionários do tomador.

A comissão interna de prevenção de acidentes, segundo a NR nº. 5.1 do MTPS tem como objetivo “a prevenção de acidentes e doenças decorrentes do trabalho, de modo a tornar compatível permanentemente o trabalho com a preservação da vida e da promoção da saúde do trabalhador”. Logo, o dirigente da CIPA tem a função de apontar a área de risco de acidente e determinar as medidas imprescindíveis para recuperação, prevenção e manutenção de riscos, de forma a zelar por condições seguras de trabalho (BARROS, 2012, p. 781; CASSAR, 2014, p. 1136).

Contudo, essas medidas para redução ou eliminação de riscos de acidentes ou de doenças ocupacionais geram embate entre patrão e o dirigente da CIPA por onerar os custos para o empregador na promoção da melhoria da área de trabalho. Isso tem causado com frequência a ocorrência de represália ou intimidação no desempenho desse papel.

Assim, a CIPA deve ser constituída, conforme a NR nº. 5.2 do MTPS por:

estabelecimento e mantê-la em regular funcionamento as empresas privadas, públicas, sociedades de economia mista, órgãos de administração direta e indireta, instituições beneficentes, associações recreativas, cooperativas, bem como outras instituições que admitam trabalhadores como empregados.

Desse modo, aos representantes dos empregados na CIPA é assegurada a estabilidade provisória no emprego, a partir do registro da candidatura até um ano após o final do mandato com base no art. 10, II, 'a'. do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). A estabilidade é conferida ao vice-presidente e suplente, conforme o art. 10, II, a, do ADCT, Súmula nº 676 do STF e Súmula nº 339, I do TST, porém não alcança o presidente por ser este indicado pelo empregador.

A estabilidade se extingue quando a empresa ou estabelecimento forem extintos, consoante a Súmula nº 339, II do TST, como também quando o obreiro for dispensado por razão técnica, financeira e disciplinar nos termos do art. 165 da CLT, sendo nesse caso, a demissão motivada do tipo *ope iuris*, ou seja, por ato voluntário que dispensa demanda de inquérito judicial (SARAIVA, 2010, p. 393; CASSAR, 2014, p. 1139).

O cipeiro também perderá o mandato e, conseqüentemente a estabilidade quando aceitar ou pedir transferência para outro estabelecimento. Isso ocorre em virtude do representante da CIPA está vinculado ao estabelecimento para o qual foi eleito para exercer seu mister, como também na ocorrência de faltas imotivadas por mais de quatro reuniões, como disposto no item 4.30 da NR nº.5.

5.2.7 Empregada Gestante

A empregada gestante possui estabilidade e não pode ser dispensada desde a confirmação do seu estado gravídico até cinco meses após o parto, com fundamento no art. 10, II, b do ADCT. A legislação trabalhista já fazia menção a essa condição das mulheres, através do art. 391 da CLT pelo fato de evitar que a empregada gestante sofresse discriminação e dispensa no emprego num momento de relevante necessidade para sua renda.

A doutrina e jurisprudência são divergentes sobre a data do início da estabilidade para que se tenha garantia no emprego, apesar do art. 10, II, b, do

ADCT estabelecer que a estabilidade se inicia a partir da confirmação do estado de gravidez, sendo portanto, a gestação o fato jurídico que imprime o direito à estabilidade. Desse modo, o empregador não poderá demiti-la, uma vez que a responsabilidade é objetiva, ou seja, pouco interfere se o patrono tinha ou não conhecimento da gravidez (LEITE, 2010, p. 67; SARAIVA, 2010, p. 397; CASSAR, 2014, p. 1129).

O desconhecimento da gestação pelo empregador, segundo a Súmula 244, I do TST não afasta o direito à reintegração ou ao pagamento da indenização advinda da estabilidade. Também há correntes em posição contrária pelo fato do dever de comprovação ou comunicação ao empregador da gravidez, de modo a impedir o direito a estabilidade.

Porém, o empregador não poderá obrigar a obreira a realizar exame médico de gravidez ou de esterilização, pois é considerada prática criminosa nos termos do art. 2º da Lei 9.029/95 e defesa a prática pelo art. 373-A da CLT. Logo, a garantia no emprego de acordo com a Súmula 244, II do TST somente confere a reintegração se esta ocorrer no período de estabilidade, caso contrário a garantia se limita aos salários e demais direitos pertinentes ao momento de estabilidade.

Vale ressaltar que, a empregada que engravidar durante o contrato de experiência, contrato por tempo determinado, poderá ser extinta a relação de emprego, uma vez que não configura garantia no emprego, pois as partes já tinham conhecimento do termo final do contrato. Sendo assim, não representa dispensa imotivada ou arbitrária, como disposto na Súmula 244, III do TST.

Como também é importante frisar que caso a concepção da gravidez ocorra no período do aviso prévio dará direito a estabilidade mesmo que este seja trabalhado ou indenizado, com base no art. 391-A da CLT. Assim como, será assegurada a estabilidade independente da interrupção da gravidez por aborto espontâneo ou do nascimento com vida. (CASSAR, 2014, p. 1133).

Portanto, a empregada gestante possui estabilidade no emprego desde a concepção do feto até o quinto mês após o parto, na submissão de contrato por tempo indeterminado devendo o empregador não obrigar a mesma a realizar teste de gravidez ou esterilização, bem como não poderá dispensá-la até o cumprimento do quinto mês após o parto como disposto em lei. Além disso, a gestante que engravidar durante o período do aviso prévio ou na vigência do contrato de experiência não terá direito a estabilidade, podendo ser dispensada emotivamente.

5.2.8 Empregado Acidentado

A estabilidade do empregado acidentado está prevista no art. 118 da Lei nº. 8.213/91 que afirma:

O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de 12 meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário. Independente de percepção de auxílio-acidente.

Além disso, Cassar (2014, p. 1140) estabelece que os requisitos para aquisição da estabilidade, compreendem: a) ter ocorrido um acidente de trabalho ou doença a ele equiparado; b) ter o empregado recebido auxílio-doença; c) ter obtido alta médica, consoante a Súmula nº 378, I, do TST.

É importante frisar que acidente de trabalho é definido pelo art. 19 da Lei 8.213/91, como “o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa em que provoque lesão corporal ou perturbação funcional que cause morte, perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho”.

Dessa forma, o acidente de trabalho que ocorrer dentro da empresa em horário de serviço, no trajeto da residência para o trabalho e vice-versa ou o acidente ou doença ocupacional que esteja relacionada com a atividade desenvolvida, tipificada na Lei 8.213/91, será considerado acidente de trabalho. Assim, é necessário que o acidente ou infortúnio tenha ocorrido durante os intervalos, arredores ou no expediente, de modo que o nexo causal entre o acidente ou doença de trabalho compreenda íntima relação para o direito à estabilidade.

Para tanto, se faz necessário que o empregador comunique à Previdência Social ou mesmo o próprio empregado acidentado, parentes, entidade sindical e etc. sobre o acidente até o primeiro dia útil após o acidente, Centro de Atendimento ao Trabalhador (CAT). Além disso, a lesão provocada no trabalhador deve ser capaz de afastá-lo das atividades laborais por mais de quinze dias consecutivos, sendo que a partir do 16º dia receberá o auxílio doença pela previdência, conforme art. 59 da Lei 8.213/91 e Súmula nº 378, II do TST.

Logo, o gozo a estabilidade do empregado acidentado começa a fluir depois da cessação do benefício previdenciário, o contrato de trabalho ficará suspenso e o trabalhador nessa situação é considerado licenciado como estabelece a legislação da seguridade social. Diante da suspensão contratual do labor, o empregador

continuará a realizar os depósitos referentes ao FGTS, nos termos do art. 28 do Decreto nº 99.684/90, a contagem do tempo de serviço segue normalmente como reza o art. 4º da CLT e o obreiro terá direito a estabilidade após alta médica por um período de doze meses.

5.2.9 Garantia do Empregado Público

O art. 41 da Constituição Federal/88 reza que ao servidor público a estabilidade no emprego se dá mediante aprovação em concurso público para cargo efetivo, após decorrido três anos de exercício. A partir de então surgiu controvérsia sobre o tema no sentido de que a Administração Pública quando contrata o trabalhador disciplinado pela CLT equipara-se ao setor privado de modo que não lhe assegura estabilidade.

A primeira posição refere pelo fato de que até a EC 19/98 os servidores públicos se enquadravam no regime jurídico único (estatutário), como também o art. 41 da Carta Magna está dentro do Capítulo VII da Administração Pública, Seção II dos servidores públicos e, os §§ 1º e 2º do aludido artigo fazem referência a cargo e não a função.

A outra posição considera que a exigência de concurso público para o ingresso na Administração Pública não é motivo para garantir a estabilidade, visto que os atos da Administração Pública devem ser pautados nos princípios da motivação, legalidade, impessoalidade e moralidade, nos termos do art. 37 da CF/88 como forma de extinguir os privilégios e o nepotismo que assolava a Administração Pública (CASSAR, 2014, p. 1145).

Porém, apesar desses argumentos muitos doutrinadores e entendimentos jurisprudenciais questionavam sobre a violação da isonomia constitucional se a estabilidade não fosse abrangida aos empregados públicos, uma vez que foram concedidas aos estatutários admitidos há mais de cinco anos sem a aprovação em concurso público com fundamento no art. 19 do ADCT.

Assim, com a Lei nº. 9.962/2000 combinada com a permissão tácita do art. 39 da CF/88 através da nova redação advinda com a EC 19/98 foi autorizada na esfera federal da Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional, a contratação de empregados públicos sob um dos dois regimes jurídicos, celetista ou estatutário. Além disso, a EC 19/98 alterou o texto original do art. 41 da Carta de modo a

permitir a dispensa do cargo estável não somente por decisão transitada em julgado como também por meio de avaliação de desempenho periódica (FERREIRA, 2012, p. 140-141; RODRIGUES JÚNIOR; FARINA, 2013, p. 534-535; CASSAR, 2014, p. 1152).

Portanto, segundo entendimento jurisprudencial majoritário do TST através de interpretação teleológica ao art. 41 da CF/88, reconhece a estabilidade dos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, com exceção aos empregados de sociedade de economia mista e empresa pública, aprovado mediante concurso investido em emprego público quando contratado por pessoas jurídicas de direito público, com fundamento na Súmula 390, I, do TST que aduz:

Sum. 390, I. ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL. I – O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.

Sendo assim, a estabilidade do empregado público frente à Súmula nº 390, I, do TST é mitigada pela doutrina como relativa ou *sui generis* e para fins do Direito do Trabalho o agente público é regido pela legislação trabalhista, de maneira que a competência para as demandas propostas em face do empregador público na relação empregatícia é da Justiça do Trabalho.

Vale ressaltar que, a estabilidade do empregado público aprovado em certame nos termos da Súmula 390, II do TST não alcançou os trabalhadores da sociedade de economia mista e nem de empresa pública, inobstante o STF já ter decidido que os empregados desses tipos societários podem ser dispensados sem justa causa, ou seja, não necessita de apuração de falta grave por inquérito judicial e nem de motivação por parte do administrador público.

Ademais, argumenta a jurisprudência que os empregados celetistas não possuem estabilidade, em virtude da substituição pela CLT de forma definitiva do art. 492 pela indenização no valor de 40% da multa rescisória do FGTS por tempo de serviço. Logo, a partir desse entendimento a motivação para a dispensa seria desnecessária, por não possuírem estabilidade, bem como afastaria a instauração de procedimento administrativo, sendo observados os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (DELGADO, 2010, p. 1151; FERREIRA, 2012, p. 143).

Com efeito, se não houvesse justificativa para as restrições quanto à garantia da estabilidade surgiriam dois tipos de empregados regido pela CLT, a saber, o particular com direito ao FGTS, porém sem direito a estabilidade e o celetista, na posição de empregado público com direito a estabilidade e ao FGTS.

Diante o exposto, a garantia da estabilidade ao empregado público, é reconhecida pelo TST, como prevista no art. 41 da CF/88 ao agente investido em emprego público e aprovado em certame da Administração Direta, autárquica e fundacional, mas não considera como tal aos servidores concursados das empresas públicas e sociedades de economia mista.

Assim, vale-se colacionar o entendimento do STF segundo a jurisprudência:

Ementa. Agravo Regimental. Ofensa Indireta a Constituição não dá margem ao cabimento do recurso extraordinário. O art. 41 e seus parágrafos da Carta Magna só se aplicam aos servidores públicos civis, ou seja, aos servidores da Administração Pública Direta, não alcançando, portanto, os empregados das sociedades da economia mista. Agravo a que se nega provimento. STF, AG. REG. 232462; Rel. Min. Moreira Alves; DJ 06.08.1999).

Como também, a estabilidade alcançou os empregados da Administração direta, autárquica ou fundacional, em que os regimes foram alterados em estatutários de acordo com o art. 19 do ADCT. Pois considerou, o legislador como parâmetros os últimos cinco anos de tempo de serviço, visto que os servidores estavam sujeitos a dispensa *ad nutum*.

E por fim, de forma excepcional aos empregados das fundações privadas regidos pela CLT, desde que mantidas e subvencionadas pelo Poder Público, com desempenho de atividades típicas do Estado, nos termos da OJ nº. 364 da SDI-1 do TST foram estes assegurados a estabilidade do emprego.

6 CONCLUSÃO

De acordo com o exposto no presente trabalho, para atingir os objetivos que lhes foram propostos, ou seja, para alcançar o esclarecimento das divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da garantia do emprego público celetista fundacional, o Estado se vale dos agentes públicos contratados pela Administração Pública Indireta Fundacional para executar suas atividades no intuito de promover a satisfação do interesse público.

Os empregados públicos poderão estar vinculados ao Estado ou não a depender da classificação da entidade fundacional se de Direito Público ou de Direito Privado. Aqueles que se submetem a fundações de Direito Público aplicam-se as normas de direito público e sujeitam-se às mesmas restrições que compõe o regime administrativo de pessoas jurídicas de direito público.

Assim, as fundações de Direito Privado não se sujeitam totalmente ao controle administrativo da Administração Direta, de modo que os empregados públicos são subordinados as normas do Direito do Trabalho com equiparação aos funcionários públicos para determinados fins.

Diverge dessa afirmativa a OJ 364, SDI-1, que assegura a estabilidade do servidor público de fundação instituída por lei, regido pela CLT, quando realiza atividades de interesse do Estado, mesmo que tenha personalidade jurídica de Direito Privado, ou seja, possui natureza jurídica de fundação pública.

O fato das fundações de Direito Privado estarem vinculadas a Administração Indireta não é assegurado pelo Código Civil a total exigência do serviço público, pois necessita da verificação de alguns princípios administrativos fundamentais que são o da continuidade do serviço estatal, o da indisponibilidade do interesse público e o da tutela, além disso as fundações prestam serviços essenciais típicas e de dever legal do Estado, como saúde, educação, previdência social, por isso que devem ser assegurados a continuidade da relação de emprego a fim de que esses serviços não sejam prejudicados.

Por isso, abre precedentes para análise dos serviços executados por estas entidades fundacionais de Direito Privado na manutenção da garantia do emprego quando estes princípios não são postos em prática, pois o que temos visto é a falta de continuidade dos serviços pelo mau gerenciamento dessas entidades com consequências graves no atendimento do bem-comum, violando, portanto, o

princípio da supremacia do interesse público e, principalmente gerando incertezas aos empregados acerca da manutenção do labor.

Essas incertezas da garantia do emprego tem causado preocupação ao empregado público, pois se vê solitário nessa problemática assolada pela crise do poder público e pela falta de legislação que assegure a sua estabilidade. Pois o concurso público para o empregado público celetista não é garantia para a estabilidade prevista no art. 41 da CF, visto que o provimento da função não é de caráter efetivo, logo não fere os princípios da impessoalidade e da moralidade no âmbito da Administração Pública.

Apesar da exigência pela Administração do requisito a investidura ao cargo a aprovação no certame, o empregado público não possui a estabilidade do servidor do regime jurídico estatutário. No entanto, esta distinção de garantias provocada pela natureza jurídica do regime alcança desníveis remuneratórios e de vencimentos, ausência de planos de carreira, contribuição a regime jurídico único, além de não se submeterem à avaliação de desempenho.

Essas diferenças advindas do regime jurídico tem ocasionado atrito na relação de trabalho entre servidores estatutários e celetistas, uma vez que fere o princípio da dignidade da pessoa humana, por este se sentir inferior, desvalorizado, de forma que não há liberdade e igualdade de oportunidades para todos os servidores no que diz respeito à participação justa na distribuição de riqueza e no desenvolvimento do seu potencial pelo do homem, os quais estão ligados à dignidade do ser humano.

Desse modo, o empregado deve ter sua dignidade protegida contra a exploração econômica e sob este aspecto há de valer do princípio do valor social do trabalho, a fim de impedir que seja mensurado apenas pelo aspecto econômico. Logo, o Estado deve atuar de forma a estabelecer normas balizadoras que garantam proteção ao trabalho.

Como forma de assegurar a proteção do trabalho, o Estado deve intervir através do princípio da legalidade estabelecendo normas balizadoras capazes de manter o equilíbrio entre as políticas públicas, coibindo a exacerbação do comportamento dos governantes para salvaguardar os interesses públicos e, caso haja o descumprimento do princípio da proteção do trabalho, caberá ao Poder Judiciário ou a Justiça do Trabalho retificar a ilegalidade para melhor solução deste.

Essa submissão do Estado à lei é importante por ensejar que todo ato deve ser praticado conforme previsão legal, que em caso contrário ao estabelecido em lei torna-se nulo. Logo, se a criação do emprego público foi para suprir as necessidades setoriais do atendimento à coletividade, por que então dispensar esses trabalhadores que buscam o cumprimento da garantia do emprego?

A resposta para esse diapasão vem da não observância ao princípio da eficiência, pois o bom desempenho não deve ser cobrado apenas dos empregados públicos, mas também da gestão que administra a máquina estatal mediante a submissão do controle de resultados.

A ausência deste controle tem colocado em risco a prestação dos serviços pelo Estado e conseqüentemente o futuro da relação de emprego dos seus subordinados, por também não respeitar os princípios da razoabilidade. Esse princípio atua no sentido de proibir os excessos com o intuito de tornar compatível os meios e os fins na forma de proteger os direitos fundamentais.

Mas, o que se tem visto é o uso sem planejamento do erário em contratações de pessoal comissionado com altos salários, em que muitos nem se quer aparecem no local de trabalho, cumulação de cargos, desvio de verba pública e, dentre outras irregularidades que só trazem prejuízo ao empregado, violando, assim os princípios da busca do pleno emprego e da continuidade da relação empregatícia.

Logo, o mau gerenciamento da Administração no âmbito das entidades fundacionais sejam elas de Direito Público ou de Direito Privado tem conduzido estas instituições ao colapso financeiro, no sentido da falta de cumprimento das obrigações trabalhistas com conseqüente precariedade das condições de trabalho e, por fim tem gerado preocupação aos empregados quanto à garantia da manutenção do emprego.

Pelo exposto a garantia do emprego é um instituto que visa um sistema político-social-econômico com o objetivo de evitar o desemprego. Em consonância ao tema, foi apresentado que as garantias do emprego são asseguradas aos empregados que dispõe de estabilidade provisória, por meio de eleição com abrangência por mais um ano após a saída do cargo pelo qual representa a categoria.

Porém, ao empregado público a garantia do emprego só foi possível através da ADIN 2.135/2000 pela inconstitucionalidade da Lei nº. 9.962/2000 retomando o texto original do art. 39 da CF, ou seja, a manutenção do regime jurídico único para

as entidades da Administração Pública Direta. Como também colaciona o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho com a edição da Súmula nº. 390, I, que ratifica a estabilidade dos empregados de fundações privadas regidas pela CLT, quando subvencionadas e mantidas pelo Poder Público e assim, corroboram a OJ 364 da SDI-1 e julgado do SFT AG. REG. 232462.

Assim, resta considerar que o STF considera as fundações como espécies de autarquias, também denominadas de fundações autárquicas, de modo que trouxe evidência à consolidação do entendimento jurisprudencial do TST, a indubitável estabilidade das Fundações Públicas prevista no art. 41 do CF/88.

Ademais vale frisar que a estabilidade prevista no art. 41 da CF não alcança a todos, visto que a necessidade de aprovação em concurso público não é garantia para a estabilidade, assim como essa está restrita a pequena parcela do funcionalismo estatal.

Esta garantia tão desejada por aqueles que se esforçam para serem aprovados num concurso público, não é absoluta como demonstrado ao longo da pesquisa, mas é de conhecimento de todos que a dispensa do empregado público, segundo extenso entendimento jurisprudencial e doutrinário deve ser motivada.

Ante o exposto, ratifico e considero medida de equidade, perante o entendimento jurisprudencial já pacificado e por meio dos fundamentos principiológicos para a garantia da manutenção do emprego público fundacional apresentado no estudo, de modo que o presente trabalho não tem o condão de esgotar o tema em análise. Por isso, diante das divergências e da complexidade do tema que permeia incertezas a diversos empregados quanto a manutenção do seu mister, é que espera-se a consolidação da segurança da garantia do pleno emprego como política pública para o verdadeiro e efetivo cumprimento dos direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NR 5: Comissão Interna de Prevenção de Acidentes.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. B. **Curso de direito administrativo**. In: Princípios constitucionais do direito administrativo brasileiro. 28 ed. São Paulo. Malheiros, 2011.

BARACHO, A. A. T. A estabilidade é garantia do empregado público ou este poderá ser demitido sem qualquer fundamentação, mesmo quando tenha ingressado na Administração Pública por meio de concurso? Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2202251/a-estabilidade-e-garantia-do-empregado-publico-ou-este-podera-ser-demitido-sem-qualquer-fundamentacao-mesmo-quando-tenha-ingressado-na-administracao-publica-por-meio-de-concurso>>. Acesso em 15 mar. 2015.

BARROS, A. M. de. **Curso de Direito do Trabalho**. In: Princípios do Direito do Trabalho. Princípios Constitucionais do Direito do Trabalho. Distinção entre Princípios e Norma. 8 ed. São Paulo. LTr, 2012 p. 137-152.

BARROS, A. M. de. **Curso de Direito do Trabalho**. In: Estabilidade e Garantias Provisórias de Emprego. Fundamentos. Conceito. Caracterização e Distinções. Formas de Estabilidade. Renúncia à Estabilidade. Homologação. Despedida de Empregado Estável. Efeitos. 8 ed. São Paulo. LTr, 2012 p. 768-796.

BARROSO, D. ARAÚJO JÚNIOR, M. A. de. Decreto-Lei 5.764/71, de 16 de dezembro de 1971. Define a política nacional de cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá providências. **Vade Mecum legislação selecionada para OAB e concursos**. 7 ed. Ver., ampl. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2015. p. 1346-1355.

BARROSO, D. ARAÚJO JÚNIOR, M. A. de. Decreto-Lei 8.213/91, 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências. **Vade Mecum legislação selecionada para OAB e concursos**. 7 ed. Ver., ampl. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2015. p. 1558-1578.

BARROSO, D. ARAÚJO JÚNIOR, M. A. de. Constituição, de 5 de outubro de 1988. Aprova a constituição da república federativa do Brasil. **Vade Mecum legislação selecionada para OAB e concursos**. 7 ed. Ver., ampl. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2015. p. 65-135.

BARROSO, D. ARAÚJO JÚNIOR, M. A. de. Constituição. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias art. 10, II, a e b, de 5 de outubro de 1988. Aprova a constituição da república federativa do Brasil. **Vade Mecum legislação selecionada para OAB e concursos**. 7 ed. Ver., ampl. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2015. p. 136.

BARROSO, D. ARAÚJO JÚNIOR, M. A. de. Constituição. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias art. 19, de 5 de outubro de 1988. Aprova a constituição da república federativa do Brasil. **Vade Mecum legislação selecionada para OAB e concursos**. 7 ed. Ver., ampl. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2015. p. 138.

BARROSO, D. ARAÚJO JÚNIOR, M. A. de. Constituição. Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. **Vade Mecum legislação selecionada para OAB e concursos**. 7 ed. Ver., ampl. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2015. p. 155-157

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.135/2000, de 07 de março de 2008. Medida cautelar de ação de inconstitucionalidade. Diário da Justiça. Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF. 03 de mar. 2008. Tribunal Pleno, p. 81-145.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. **Lex**: coletânea de legislação: edição federal, São Paulo, v. 7, 1943. Suplemento.

BRASIL. Decreto-Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000. Aprova o regime de emprego de pessoal da Administração federal direta, autárquica, fundacional e dá outras providências. **Lex**: legislação federal, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 fev. 2000.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 390, I, In: 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 SBDI-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 20.09.2000). **Súmulas**. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nº 232462 (01957-11)-PE. Agravante: Bernadete Félix Aragão e outros. Agravado: Banco do Estado de Pernambuco S/A. Relator: Min. Moreira Alves. Pernambuco, 15 de junho de 1999. **Lex**: jurisprudência do STF, Brasília, n. 1957-11, p. 298-2301.

BELÉM, B. M. F. M. Empregados públicos das empresas estatais e estabilidade no emprego. Revista de Direito – Procuradoria Geral do Estado de Goiás. v.26, 2011. Disponível em: <<http://www.pge.go.gov.br/revista/index.php/revistapge/article/view/53/42>>. Acesso em 23 mar. 2015.

BOTELHO, M. M.; WINTER, L. A. C. O princípio constitucional da busca do pleno emprego: alguns apontamentos em direito econômico brasileiro. Revista Thesis Juris, São Paulo, V.3, N.1, p. 55-74, Janeiro/Julho. 2014. Disponível em: <<http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/view/144/pdf>>. Acesso em 10 out. 2015.

CASSAR, V. B. **DIREITO DO TRABALHO**. In: Princípios. 9 ed. São Paulo, Método: 2014. p. 171-200.

CASSAR, V. B. **DIREITO DO TRABALHO**. In: Estabilidade. 9 ed. São Paulo, Método: 2014. p. 1121-1157.

COSTA, M. B. C. da. Empregado Público tem direito a estabilidade diferenciada. *Âmbito Jurídico*. Rio Grande, XV, n. 96, jan/2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11060>. Acesso em 15 mar. 2015.

DELGADO, M. G. **Curso de Direito do Trabalho**. In: *Princípios do direito do trabalho*. 9 ed. São Paulo. LTr. 2010. p. 183-200.

DELGADO, M. G. **Curso de Direito do Trabalho**. In: *Estabilidade e garantias de emprego. Indenizações rescisórias-FGTS*. 9 ed. São Paulo, LTr. 2010. p. 1149-1176.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. In: *Regime jurídico administrativo*. 23 ed. São Paulo. Atlas, 2010. p. 62-84.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. In: *Administração indireta*. 23 ed. São Paulo. Atlas, 2010. p. 434-446.

FERREIRA, M. A. M. Aspectos da relação de emprego na Administração Pública: breves apontamentos a respeito da garantia constitucional ao processo administrativo. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*. Curitiba, n.2. 2012:139-156. Disponível em: <<http://apps.unibrasil.com.br/Revistaindex.phpdireitoarticleviewFile1044889a>>. Acesso em 09 abr.2015.

GONÇALVES, H. A.C.; LOPES, M. H. A dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*. Curitiba, v. 4, n. 2, p. 124-145, jul/dez. 2013. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/direitoeconomico-12781.pdf>>. Acesso em 20 out. 2015.

HELY LOPES, M., ALEIXO, D. B., BURLE FILHO, J. E. **Direito Administrativo Brasileiro**. In: *Administração Pública*. 40 ed. São Paulo. Malheiros, 2013. p. 89-110.

HELY LOPES, M., ALEIXO, D. B., BURLE FILHO, J. E. **Direito Administrativo Brasileiro**. In: *Serviços públicos*. 40 ed. São Paulo. Malheiros, 2013. p. 420-422

KAUSS, L. F. A estabilidade funcional e a eficiência no serviço público. *RSDA*, n. 68. Agosto. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20389/a-estabilidade-funcional-e-a-eficiencia-no-servico-publico>>. Acesso em 07 abr.2015.

LEITE, C. H. B. A garantia no emprego na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*. Vitória, n.7. 2010. Disponível em: <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/78/74>>. Acesso em 08 abr. 2015.

MOTA, R. B. C. da. Critérios para dispensa do empregado público. *Revista de Direito – Procuradoria Geral do Estado de Goiás*. v.25. 2010. Disponível em: <<http://www.pge.go.gov.br/revista/index.php/revistapge/article/view/32>>. Acesso em 08 abr. 2015.

NOGUEIRA JÚNIOR, A. Estabilidade e efetividade no Art. 19 do ADCT/88. *Ligeiros comentários sobre a jurisprudência do STF*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10122/estabilidade-e-efetividade-no-art-19-do-adct-88>>. Acesso em 08 abr. 2015.

OLIVEIRA, A. F. de; ANDRADE, F. S. Q. de; COSTA, M. B. L. C. da. Direito adquirido e natureza jurídica do regime estatutário. Revista CAAP, Minas Gerais, n.1, 2008. Disponível em: <<http://www2.direito.ufmg.br/revistadoacaap/index.php/revista/article/download/6/5>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

PEREIRA, J. C. N. Estabilidade para empregado público. Jus Navigandi. Teresina, ano 14, n. 2257, 5 set. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13455>>. Acesso em: 14 mar. 2015.

RODRIGUES JÚNIOR, J. A. FARINA, R. A estabilidade do empregado público frente à Súmula nº 390 do Tribunal Superior do Trabalho: Críticas da doutrina administrativa. Revista Eletrônica de Iniciação Científica. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v.4, n.3, p.521-541. 3º Trimestre. 2013. Disponível em: <<http://www.univali.br/ensino/graduacao/cejurps/cursos/direito/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/904/jose-e-rosemeri.pdf>>. Acesso em 07 abr. 2015.

SANTOS, R. R. O princípio da busca do pleno emprego como aplicação da função social da empresa na lei de falências e recuperação de empresas. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/roseli_rego_santos.pdf>. Acesso em 20 out. 2015.

SARAIVA, R. **Direito do Trabalho**. In: Direito individual do trabalho – Introdução. 3 ed. São Paulo. Método, 2010. p. 363.

SARAIVA, R. **Direito do Trabalho**. In: Estabilidade e FGTS. 3 ed. São Paulo. Método, 2010. p. 37-43.

SARAIVA, R. MANFREDINI, A. SOUTO, R. T. Decreto-Lei n.º 3.048/99, de 06 de maio de 1999. Aprova o regulamento da previdência social, e dá outras providências. **CLT: Consolidação das leis do trabalho**. 14 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo. MÉTODO. 2015. p. 779-851.

SARAIVA, R. MANFREDINI, A. SOUTO, R. T. Decreto-Lei 8.036/90, de 11 de maio de 1990. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. **CLT: Consolidação das leis do trabalho**. 14 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo. MÉTODO. 2015. p. 712

SARAIVA, R. MANFREDINI, A. SOUTO, R. T. Decreto-Lei 9.029/95, de 13 de abril de 1995. Dispõe sobre o fundo de garantia do tempo de serviço, e dá outras providências. **CLT: Consolidação das leis do trabalho**. 14 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo. MÉTODO. 2015. p. 592-599.

SARAIVA, R. MANFREDINI, A. SOUTO, R. T. Decreto-Lei 9.962/00, de 22 de fevereiro de 2000. Disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, e dá as providências. **CLT: Consolidação das leis do trabalho**. 14 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo. MÉTODO. 2015. p. 854.

SARAIVA, R. MANFREDINI, A. SOUTO, R. T. Decreto nº 99.684/90, de 08 de novembro de 1990. Consolida as normas regulamentares do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). **CLT: Consolidação das leis do trabalho**. 14 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo. MÉTODO. 2015. p. 599-607.

SCHMITZ, J. C. A dignidade humana, o valor social do trabalho e aplicação do princípio da proteção no direito do trabalho no Brasil. *Revista Jurídica – CCJ*. V. 16, n. 32, p. 121-138, ago/dez. 2012: Disponível em: <<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/3453/2166>>. Acesso em 20 out. 2015.

ANEXO A – FICHAMENTO BIBLIOGRÁFICO

FICHAMENTO BIBLIOGRÁFICO	
ASSUNTO TRATADO NA OBRA:	Nº
Referência da Obra (Ver a ABNT NBR 6023):	
RESUMO: (Descrever o conteúdo abordado destacando as ideias centrais, secundárias e pormenores importantes, utilizando o mínimo de 300 e o máximo de 600 palavras).	
CITAÇÕES: (Selecionar os parágrafos importantes e destacá-los entre aspas com a identificação das respectivas páginas).	
METODOLOGIA OU MATERIAIS E MÉTODOS (Descrever a metodologia utilizada no desenvolvimento do estudo ou pesquisa realizada).	
RESULTADOS APRESENTADOS (Descrever os resultados alcançados com o estudo ou a pesquisa realizada).	
CONCLUSÕES (Apresentação das conclusões alcançadas pelo autor com o estudo ou a pesquisa realizada).	
COMENTÁRIO: (Julgar a obra conforme o conteúdo abordado).	
IDEAÇÃO: (Pontuar as ideias surgidas com base na leitura crítica e reflexiva).	
Localização (Origem da obra ou veículo publicador):	
Indicação (Público alvo):	
Nome do(a) Aluno(a):	
Curso:	Período:

