

# Constituição de 1988 — Servidor Público “Celetista” Concursado e Estabilidade

PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA  
Juiz do TRT da 3ª Região. Aposentado.  
Professor da UFMG. Aposentado. Advogado  
em Belo Horizonte

1. Afigura-se-nos a hipótese da admissão de um empregado, por pessoa jurídica de direito público interno (Estado ou Município), pelo regime celetista, optante pelo FGTS e em que não se tenha ainda implantado o regime único. Tal servidor não alcançara cinco anos de serviço, ao tempo da promulgação da Constituição de 1988, porém dois anos ou três e até ininterruptos.

A questão, aparentemente e a “vol d’oiseaux” presta-se a enganos, o que impõe se proceda a ser examinada mais circunstancialmente.

2. Embora nós estejamos sob o quadro jurídico da Constituição Federal de 1988, o tratamento da hipótese não se abriga sob outros pressupostos que os anteriores, lineados na Carta de 1967, com a Emenda Constitucional de 17 de outubro de 1969.

Em realidade, e em última análise, o problema acaba por redundar-se na conceituação e eficácia do que se entenda por servidor público e sua bipartição ou não em funcionário: o regido pelo sistema estatutário e o contratado, ou seja, o chamado “celetista”.

Para que se situe a hipótese em sua correta exegese, a conduta do intérprete não poderá ser outra senão partir do princípio sistemático, por onde se desvendará (não apenas se *vislumbrará*) a realidade jurídica exposta na regra constitucional.

5. Como se advertiu, acima, cabe insistir, *a priori*, em que se o ente público não acionou ainda a previsão contida no art. 39, *caput*, da Carta de 1988, isto é, não instituiu o ali chamado *regime único*, há que se atentar, curialmente, que o preceito maior não é auto-aplicável nem o poderia ser,

dado o feixe de relações jurídicas que tal sistema pressupõe, entre direitos e deveres e — evidentemente —, seus efeitos vinculantes, formais e materiais.

Se não adotado o *regime único* — e nada há na Carta que o desautorize — observando-se, contudo, a quase irreal possibilidade exposta abaixo no n.º 3, prevalece, intocada, a chamada duplicidade de regimes, o *celetista* e o estatutário. E, a nível de sempre correta apreciação da hipótese, a própria Constituição continua abrigo-os, como se vê do art. 37, I, II e XVII, em que nitidamente se dá a dicotomia *cargo* e *emprego*, tomando-se a função como a inexistência de impositação específica ou específica conotação a um e outro, mas o suposto de exercício de atividade pessoal pública, vinculada à administração, com eficácia distribuída a nível seja de legitimação, seja de vedação (exemplifiquem-se: acumulação remunerada, competência, etc.). (Consultem-se as hipóteses abertas nos n.ºs II *in fine* e V, do citado art. 37).

Ao cuidar do instituto da estabilidade, a Constituição de 1988 alude, é verdade, a servidores, o que, para o leque dos efeitos em cada preceito contidos, já vem muito claramente exposto, p. ex., nos n.ºs V e VI (seja a preferibilidade, seja a associabilidade), do art. 37, no título da Seção II, do Capítulo VII (que provê a administração pública a nível operacional, em leque amplo), abarcando, descompromissadamente, os seus arts. 39, 40 e 41. Tal descompromisso depreende-se, com toda a perceptível lucidez, da Seção III, que trata dos militares, chamando-lhes, pelo art. 42, os “integrantes”, seja das Forças Armadas, seja das Polícias Militares dos Estados e dos Territórios. E o *quantum satis*.

4. Desde o instante em que a Constituição Federal previu e determinou a instituição de um regime único e planos de carreira para os servidores da administração pública, é curial que ela pressupôs a existência anterior de mais de um regime, o que é cediça verdade.

De fato, no sistema brasileiro, até então, eram correntes os regimes *estatutário* (funcionários públicos), o *celetista* (contratados) e o *tertium genus*, de voga em alguns Estados e até em Municípios, como feixe excepcional de relações jurídicas, segundo o Supremo Tribunal Federal, na fosca esteira do art. 106 da Carta de 1967, com a Emenda n.º 1, de 17 de outubro de 1969.

Ora, como o Município ou Estado não tenham ainda implantado o regime único, continuam eles mantendo a dualidade de regimes, a do estatu-

tário e a do "celetista", o que importa se situe, em um ou em outro, o servidor que para ele trabalhe.

Dentro da mesma perspectiva expandida do art. 59, *caput*, da Constituição Federal de 1988, cabe obtemperar que o preceito de seu art. 41 ou se dirige aos servidores agrupados já no regime único (hoje, predominantemente qualificados como *estatutários* ou *funcionários* e não contratados ou *celetistas* — cf. v. g. o excelente ANASTASIA, *Regime Jurídico Único do Servidor Público*. Belo Horizonte, Livraria Del Rey, 1990, esp. p. 87, n.º 5.1) ou, se não aprovado este, há de compatibilizar-se com as situações jurídicas anteriores, ainda não enfeixadas em um só sistema. E isto, a despeito do comando do art. 24, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias à Constituição da República, o qual como quê torna *automático* tal enfeixamento, a partir de 5 de abril de 1990 (Cf. ANASTASIA, *ob. cit.*, p. 86).

Sob tal e multifacetada ótica, cabe se estabeleçam certas premissas básicas, a fim de que se possa trazer uma conclusão à exposição ora desenvolvida e isto, porque a admissão de um *regime único* sem um corpo de normas que o preveja e o regulamente, acaba por induzir em cada unidade autônoma de administração pública, um difuso e incompleto e por dizer-se quase meramente principiológico conjunto de preceitos extraídos das normas básicas delimitadas na Constituição Federal (arts. 37 a 41).

A admitir tal inoculação ou regência direta de preceito constitucional como se estrutura fosse de regime de pessoal de um município — manifesto absurdo jurídico dado o princípio da contenção e o da não-aplicabilidade imediata da norma constitucional e o da competência e o da autonomia residual do Município, tudo preservado na própria Constituição (por exemplo, art. 29, art. 30, art. 37, I, V, VII, VIII, IX, XXI, §§ 2.º e 3.º, art. 39, § 1.º, *et alii*) — se aprovado o servidor em concurso público (para os não-estabilizados) e tenha mais de dois anos de exercício e aprovado em concurso interno (para os estabilizados), convir-se-lhes-á na estabilidade (ANASTASIA, *ob. cit.*, p. 20).

Mas, aqui, já se argumenta sob o crivo do absurdo, como se o Constituinte se substituísse ao legislador municipal, em toda a regulação da relação jurídica com o servidor e até se pressupusessem direitos e deveres que não foram previstos na Constituição e, ao arbítrio de outrem, fossem tidos como existentes (cfr., em termos de atualidade e de terminologia aceitável, SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 2.ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1982, pp. 54 e segs.).

Veja-se, mais e em aras à preservação constitucional da duplicidade de regimes, mesmo depois de outubro de 1988, o disposto no art. 38, I, II e III, que se obstina em distinguir, como vínculos admissivelmente vigorantes, os decorrentes de *cargo, emprego ou função*, o que ocorre, da mesma maneira, com o contido no art. 37, XVI (que cuida do instituto da acumulação remunerada), o qual timbra por acentuar o específico centro de vinculação jurídica nos *cargos públicos* com claramente extremá-los de *empregos e funções*, logo abaixo no n.º XVII.

5. Voltemos, todavia, ao campo de uma maior e mais precisa compatibilização jurídica, considerando-se ainda em vigor a duplicidade de regimes — o *estatutário* e o *celetista* —, para situar-se o servidor (ou os servidores), a que se refere a hipótese.

5.1. A interpretação, que neste tópico se perfilha, a gramatical e a lógica, torna-se, no caso, de uma relevância quase decisiva, dada a conotação termo-e-posição-jurídica (cfr. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 10.ª edição. Rio de Janeiro. 1988, pp. 121 e segs.).

Não há qualquer especiosidade ou mero e artificial preciosismo formal de argumentação, em sublinhar-se que, de início, o art. 41 da Constituição Federal menciona os servidores públicos *nomeados*, o que já implica, *ipso facto*, a existência de um instituto jurídico definido como forma de ingresso na Administração Pública, a que vai referenciar-se, logo de imediato, o *cargo*, estruturalmente implantado no sistema organizacional da entidade pública, de que advêm legitimações, competências, poderes e deveres previamente enunciados na lei que o previu e criou.

O princípio da formalidade e o da publicidade cobram, na *nomeação*, nitidez e exteriorização, onde se resguardam, com ênfase maior e inequivocamente, os princípios abrigados no art. 37, *caput*, em especial, os da *legalidade e da publicidade*, atentando-se a que a *impessoalidade* e a *moralidade* compatibilizam-se também no regime “celetista”, conquanto o ato de *contratar* (reservados densos respingos nos chamados contratos de adesão) afasta a força predominantemente unilateral e impessoal do *nomear*, como aquela que faz descer por sobre o sujeito nomeado uma estrutura imposta de direitos e deveres, a que a posse faz desencadear.

No admitir, que é a abertura da relação contratual, acha-se pressuposta, no momento da formação do contrato, a paridade negocial, a autonomia privada — a que desce a Administração Pública, embora se intercale na nego-

ciabilidade e em grande escala um quadro legal mínimo preenchendo os direitos e as obrigações básicas das partes. Leiam-se os arts. 1.º e especialmente 2.º da CLT, para que se corrobore o entendimento exposto.

A relevância emprestada, no plano da relação administrativa, seja ao ato da *nomeação*, seja à qualificação do posto a ser ocupado pelo *nomeado*, que é o *cargo*, explica-se no fato de situá-los, a ambos, (*nomeação e cargo*), o art. 41, *caput*, e seu § 1.º, como os pólos referenciais e identificadores da espécie de vínculo que faz gerar a estabilidade do servidor concursado e com mais de dois anos de exercício: o *estatutário*.

5.2. O aporte doutrinário, em torno das questões até aqui expostas, é de bastante significação para o que também contribuirão as decisões judiciais cimentadas, apanhadas por amostragem.

Não há a menor dúvida de que tanto o *cargo* quanto a *nomeação* atuam como os dois fluxos centrais para a qualificação do servidor como *funcionário*, já que ambos pressupõem uma rede de atos formais e operacionais que são os componentes do conjunto de direitos e deveres intitulado *estatuto* e que define o regime jurídico a que aquele funcionário público pertence.

Elucidativas são as passagens de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO:

“A noção de funcionário público, como delineada no direito brasileiro, é tributária da noção de cargo público. Não se pode entender o que é nem saber quem é funcionário sem antes compreender o que é cargo público.” (cf. *Apontamentos sobre agentes e órgãos públicos*, 1.ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1981, p. 15.)

E à frente, como natural seqüência, conceitua o *cargo*:

“E, pois, um complexo (ou um ponto, ou um termo), unitário e indivisível de competências, criado por lei, com número certo e designação própria concernente a funções da organização central do Estado.” (Ob. cit., p. 17.)

São unidades simples, indivisíveis e abstratas, criadas por lei, “com denominação própria e número certo” (ob. e pág. *supra* cits.), ao que insiste o ilustre administrativista:

“Menciona-se o requisito da criação por lei, dado que só o Legislativo tem poderes para criá-los, falecendo ao Executivo esta possibilidade” (idem, pág. 18).

Quando, acima, trouxemos o fundamento exegético da regra constitucional, em suas enunciações verbais e lógicas (ato de nomeação e ocupação de *cargo*), quiséramos significar que, no Direito brasileiro, os supostos de conceituação do que se deva entender por funcionário público hão de partir da fonte e da direção aberta na lei, no direito positivo. E mais autorizada lei que a constitucional não há.

Aliás, a tônica da captação da conformação legislativa ou do direito positivo para chegar-se à conceituação do que seja *funcionário público* — e isto em razão da diversidade de elaborações doutrinárias, especialmente as estrangeiras — não deixa de ser o melhor e mais seguro critério para dissociar o prestador de serviço público de qualquer outra figura congênere, o que, aliás, vem muito bem timbrado por CRETELLA JÚNIOR, que, depois de enunciar várias correntes colhidas ao direito alienígena, não chega a outra conclusão senão à por nós acima exposta (cf. JÚNIOR, José Cretella. *Tratado de Direito Administrativo*. 1.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1967. Vol. IV, pp. 88, n.º 42 e 89 e segs.).

Se a verdade é o que o funcionário público tem como supostos *sine qua non* a ocupação de um *cargo público criado por lei* e a *nomeação* pela autoridade competente (cf. CRETELLA JÚNIOR, com escora forte em TITO PRATES DA FONSECA, ob. e vols. cit., p. 87), essa *nomeação*, como ato formal de investidura, é, no dizer de MARCELLO CAETANO, o “mais importante modo de provimento” (cf. *Manual de Direito Administrativo*. 7.<sup>a</sup> ed., Lisboa. Coimbra Editora Ltda. 1965, p. 474, n.º 232), inclusive quanto à competência para efetuar-la, que “há de ser expressamente conferida em lei” (ob. e p. cit.. Veja-se também MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 13.<sup>a</sup> ed., São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1987, pp 339/40).

Não discrepa, da abalizada opinião do tratadista português, a doutrina germânica, quando aponta a *nomeação* como um dos pressupostos da condição de *funcionários*, através da qual se legitima a pessoa-órgão para o exercício e a ocupação de um cargo público (cf. TUREGG, Kurt Egon von & KRAUS, Erwin. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*. 4. Auflage. Berlin. W. Gruyter. 1962, s. 528-532).

WOLF, depois de minuciosamente expor a evolução da prestação do serviço público na Alemanha, sintoniza a bipartição de regimes na virada do século passado (*Jahrhundertwende*), quando principiaram a surgir, ao

lado dos funcionários de carreira (*die Berufsbeamten*), os empregados e os trabalhadores (*Angestellten und Arbeitern*) estatais (cfr. WOLF, Hans J. *Verwaltungsrecht*. 2. Auflage. München u. Berlin. C. H. Bech sche Verlansbuchhandlung. 1967. II Band, S. 375. ff. e ainda a p. 383, letra G.

Em perfeita consonância com os autores antes citados, insiste WOLF em acrescentar que a situação do funcionário somente pode ser modificada por pressupostos legais e formas legais (*darf nur unter gesetzlichen Voraussetzungen und in gesetzlichen Formen (...) vor verändert werden* — ob. vol. e p. cit., D). Disto decorre uma rede de direitos, deveres, legitimações e competências que compõem a especial relação jurídica do funcionário representada pelo chamado estatuto e que é o seu peculiar regime jurídico (cf., ademais, VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Contrato de Trabalho com o Estado*. São Paulo. Edições Ltr. 1975, pp. 137 a 144 e, apoiado em BIELSA, FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. México. Editorial Porrúa SA. 1958, pp. 208/9.

Vê-se, sem outro e maior esforço, que o servidor municipal se não investido, em forma legal, de cargo público, *por nomeação e posse*, se não inserido em uma especial rede de relações jurídico-públicas configuradas em um estatuto, o estatuto do funcionário público, não será ele senão um empregado contratado, cuja situação jurídica se rege pela CLT e legislação complementar, mormente a nível de demissibilidade, pelo sub-regime do FGTS que regula a espécie e os efeitos da rescisão do contrato de trabalho.

5.3. O que parece intrigar, em certa e insustentável corrente doutrinária (escassa) e jurisprudencial (salpicada) é que o fato de o servidor haver sido admitido através de *concurso público*, tal fato, apenas, e por si, induziria a natureza do vínculo, como se esta natureza decorresse da forma de recrutamento de pessoal em situações jurídicas para as quais, embora obrigatoriamente imposta a nível constitucional, não se atribui a força definidora da natureza do regime jurídico.

Ora, ainda que admitido por concurso público, mas, notoriamente, pelo regime contratual, e sob os efeitos rescisórios previstos na lei do FGTS, tal servidor não goza de estabilidade e a sua dispensa independe do tempo de casa ou de *exercício* de trabalho público e isto, porque o simples meio de recrutamento ou de seleção não tem o condão de ditar o regime jurídico a que será adscrito o prestador de serviços.

Como roteiro seguro, robustecida a tese aqui adotada, apontam-se arestos inúmeros, entre eles:

“A admissão sem concurso público revela irregularidade administrativa, não atraindo necessariamente a incidência das normas da Consolidação das Leis do Trabalho. *Não é o concurso, ou a falta dele, que atribui ao servidor o “status” de empregado ou de funcionário, mas sim o regime jurídico próprio que norteia a vida do trabalhador.* Em sendo a reclamante funcionário municipal estatutária, é incompetente a Justiça do Trabalho em razão da matéria. Por haver sido formulada a inicial com base na CLT, extingue-se o processo, sem julgamento do mérito.” — Proc. TRT-RO-4240/89. Rel. Juiz AROLDO PLÍNIO GONÇALVES. IN DJ-MG-4-5-90, pág. 57. (Grifo nosso.)

\* \* \*

“Regime estatutário. Prova. O regime estatutário prova-se pelo provimento do cargo público através da nomeação, posse e exercício feitos na forma da lei que o criou. Não satisfeitos tais requisitos aplica-se a Lei trabalhista. Ac. TRT 3.<sup>a</sup> Reg. 3.<sup>a</sup> T. (RO 5029/89), Rel. Juiz Antônio Alvares da Silva, DJ/MG 3-8-90, p. 88, “In BOMFIM, B. Calheiros & SANTOS, Silvério dos. Dicionário de Decisões Trabalhistas. 22.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro. Eds. Trabalhista, s/d, p. 683, Ementa n.º 4.780. No mesmo sentido, Ementa n.º 2.274, ob. cit., p. 315.

\* \* \*

“SERVIDOR CELETISTA ADMITIDO MEDIANTE CONCURSO. DISPENSA SEM JUSTA CAUSA. “O reclamado se reveste da forma de autarquia estadual, podendo adotar para regime do seu pessoal o da legislação trabalhista, em que o vínculo empregatício é de natureza contratual, equiparando-se a Administração ao empregador comum, sem quaisquer prerrogativas especiais.” (HELY LOPES MEIRELLES). Se tal acontece de um lado, por outro, como qualquer empregador comum, lhe é assegurado o direito de se valer das vantagens que o regime jurídico adotado possa lhe oferecer. E uma delas é justamente a de exercer o direito de rescisão unilateral do contrato, fazendo-o através de uma declaração de vontade, e isento de justificar o



ato. Sua motivação única é a vontade. E sequer arranha o princípio da legalidade, pois trata-se de faculdade peculiar ao regime jurídico adotado." (Juíza DENISE ALVES HORTA). TRT-3.<sup>a</sup> Reg. Proc. RO-4499/89. 4.<sup>a</sup> T. Rel. Juiz Nilo Álvaro Soares. In *DJ-MG* 4-5-90, pág. 70.

\* \* \*

"O funcionário público rege-se por estatuto próprio, sendo a relação jurídica de direito administrativo, atuado o Estado com a *majestas*, que lhe é própria, quando trata com seus súditos.

O *status* de funcionário público só é adquirido se preenchidos os requisitos constitucionais e legais, dentre os quais a investidura mediante aprovação prévia em concurso público em *cargo público* criado por lei.

Já o servidor celetista é admitido para ocupar um *emprego público*, inexistindo-se maiores formalidades, mesmo porque a relação jurídica de emprego se configura desde que preenchidos os requisitos previstos na Consolidação das Leis do Trabalho, independentemente da forma de contratação.

Nada obsta, todavia, que a admissão de servidor celetista se faça mediante concurso público, como ocorreu *in casu*. Ao contrário, a atitude da autarquia é louvável, devendo ser incentivada, pois atende ao princípio constitucional da moralidade administrativa, além de tornar transparente a administração pública, objetivo que deve ser buscado.

*Não será, porém, a admissão por concurso público que determinará o regime jurídico do servidor público. Tampouco se transmutará em funcionário público o servidor desta forma admitido, se claro está que o seu regime jurídico é o celetista."*

TRT RO-5029/90, 4.<sup>a</sup> T. pelo Juiz Nilo Álvaro Soares. *DJ-MG*, 8-11-91. (Ressaltamos trecho em grifo.)

\* \* \*

"Tratando-se de servidor sem a garantia da estabilidade, porquanto admitido sob o regime do FGTS, a dispensa é ato de livre *alvedrio* da administração, que responde, apenas, pelos encargos da mesma. *Sequer altera este posicionamento o fato de*

*o ingresso ter ocorrido por meio de concurso. Recurso provido. Reclamatória improcedente.* — TFR. 2.<sup>a</sup> T. RO 6320. Rel. Min. WILLIAM PATTERSON. In BOMFIM, B. CALHEIROS & SANTOS, SILVÉRIO dos. Dicionário de Decisões Trabalhistas. 21.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro. Eds. Trabalhista, s/d, p. 248, Ementa n.º 1.708. (Ressaltamos trecho em grifo.)

\* \* \*

“Servidores públicos. Distinção entre funcionário público e empregado celetista do serviço público. Diferentes são as situações dos funcionários públicos e dos empregados em serviço público. Enquanto a relação que se estabelece para aquele é regida por um estatuto, que afasta qualquer acordo de vontades, esta nasce de um contrato com as limitações peculiares às relações com o Poder Público, mas com prevalência do seu caráter consensual. Os funcionários gozam da estabilidade prevista no art. 100 da Constituição, os empregados são amparados pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.” TFR-Proc. AMS-0095581. 3.<sup>a</sup> T. Rel. Min. CARLOS MADEIRA. In *DJU* 1.º-12-1985.

\* \* \*

“O art. 16 da Lei n.º 5.107/66 não assegura a concomitância da estabilidade e do regime do FGTS” — TST 2.<sup>a</sup> T. Proc. RR-2052/82. Rel. Min. PEDRO NATALI. In BOMFIM, B. CALHEIROS & SANTOS, SILVÉRIO dos. Dicionário de Decisões Trabalhistas. 19.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro. Eds. Trabalhista, s/d. p. 224, Ementa n.º 1.890.

6. Pelos fundamentos e subsídios acima expostos, concluímos que os servidores contratados pelo Poder Público, cuja situação se rege pela legislação trabalhista e são optantes pelo FGTS, ainda que admitidos por concurso, não gozam de estabilidade, mesmo com mais de dois anos de emprego, salvo tão-somente a hipótese do art. 19 do ADCT da Carta de 1988.

7. Com a regência do art. 39, da Constituição Federal de 1988, a duplicidade de regimes perdeu, prática e teoricamente o sentido, pois o que visou a Nova Carta foi exatamente eliminar qualquer forma ou espécie de exploração do trabalho humano pela administração pública. A igualização não foi o objetivo imediato e principal do preceito, o objetivo foi, isto sim, asse-

gurar a tutela jurídica a todos os trabalhadores estatais, que qualificamos, acima, como *servidores públicos*. O meio encontrado tomou a feição de uniformidade, ou seja, de igualdade de regimes.

Atendido o intento constitucional, pode parecer estejam tranqüilizadas as posições e as situações jurídicas relativas aos servidores estatais.

Todavia, há resíduos e desdobramentos, que abrigam abordagem, embora sucinta.

Sob o plano das relações materiais, o ingresso no serviço público está condicionado à submissão a concurso público, salvo para os cargos em comissão, como predispõe o art. 37, em seu n.º II, da Constituição Federal de 1988.

Há a considerar os servidores transeuntes, quais sejam, os que não tenham sido portadores dos pressupostos para a aquisição de estabilidade, nos termos do citado art. 19, do ADCT, mas que mantiveram o vínculo da prestação de serviços com a Administração quando da entrada em vigor da Constituição e na Administração permanecem.

O que se quer ressaltar que os servidores acima apontados, os transeuntes, não adquirem, por isto só, a estabilidade, mas para obterem-na devem sujeitar-se a concurso público e a sua subsunção no Regime Único passa a ser uma verdadeira *contradictio in adjectis* e se tornam ou funcionários *de fato* ou manifestamente irregulares. Pelo princípio da formalidade, que preside a formação da relação pública de trabalho, como a unificou o Direito Brasileiro — e pela Constituição Federal — a prática do “fato consumado” ou do “deixa estar para ver como é que fica” não tem a menor virtude de converter uma situação ilícita em uma relação jurídica regular. Tal prática pode, perfeitamente, ensejar uma ação popular, nos pressupostos da lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965 (cf. ROSAS, ROBERTO. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 1983, pp. 129-130), para responsabilizar os agentes públicos coniventes.

8. Uma questão em aberto no sistema judiciário brasileiro diz respeito à competência para instruir e julgar as ações ou os dissídios entre funcionários públicos e a Administração.

Quer-se admitir que, com referência aos servidores estaduais e aos servidores municipais, a competência é da Justiça Comum, aplicando-se *a contrario* ou, melhor, especificamente, por exclusão, o art. 114, da Cons-

tuição Federal, pelo qual se colhe que a competência da Justiça do Trabalho está adscrita aos conflitos entre empregados e empregadores e aos conflitos coletivos armados entre as respectivas categorias.

Estranhamente, em seu art. 240, letra *e*, a Lei n.º 8.162, de 8 de janeiro de 1991 — que já modificou, em parte, a Lei n.º 8.112, de 11-12-1990, instituidora do regime único dos servidores federais — atribui à Justiça do Trabalho a competência para julgar os dissídios fundados em seus dispositivos, inclusive os coletivos.

Sucedê que a competência da Justiça do Trabalho está regulada, em termos estritos, pela Constituição, competência esta que não foi delegada a outra norma qualquer de hierarquia inferior, como a lei ordinária.

Como não podia deixar de acontecer, lavrou-se a dissensão e a ponto de dar-se plena vigência ao citado art. 240, letra *e* e não só contrariamente à própria regra contida no art. 114, da Constituição mas em franca ruptura com a harmonia e a estrutura do ordenamento jurídico brasileiro, em distonia com a incompetência da Justiça do Trabalho relativamente aos servidores estaduais e municipais.

Talvez o impacto sofrido pelo legislador federal, que se emborcou no paradoxo, se deva ao problema dos dissídios coletivos, que atuam como *vis atractiva* ou polo de atração dos dissídios individuais, de servidores, dado o desaparelhamento orgânico da Justiça Federal para instruí-los e julgá-los, conflitos competencial este já objeto de decisões do então Tribunal Federal de Recursos, quando se afirmara que os sindicatos eram parte legítima para proporem dissídios coletivos, mas faltava à Justiça Federal competência (o então TRF) para conhecê-los e processá-los, sendo contraparte a União, as Autarquias Federais e as Empresas Públicas Federais.

Não se perfilha qualquer posição ideológica ou preconceitual contrária à competência da Justiça do Trabalho, em tais casos. O que causa a estranheza apontada é que a regra competencial que regula a hipótese está retida na Constituição e não é susceptível de alteração por lei ordinária. Salvo se perseverar-se em nomear o Estado *empregador* e, o servidor, *empregado*.

Continuamos com a mesma e anterior opinião já manifestada e segundo a qual a verdadeira e vigente Constituição Federal será aquela *construída* pelos Tribunais, mormente o Supremo Tribunal Federal.