

CONTRATAÇÃO E DISPENSA PELO EMPREGADOR: TRABALHADOR DA INICIATIVA PRIVADA. CONCURSOS PÚBLICOS: PROVIMENTO DE CARGOS PÚBLICOS E ESTABILIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO. ESTUDO COMPARADO ENTRE A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E AS LEGISLAÇÕES ESPANHOLA E FRANCESA.

Édison Vaccari¹

Resumo: O tema do presente estudo refere-se à admissão do servidor público e do trabalhador da iniciativa privada, bem como a estabilidade e dispensa imotivada. Teve como objetivo a comparação entre a legislação brasileira, desde a primeira, de 1924, espanhola e francesa, analisando essa evolução legislativa. Atualmente o provimento de cargo público se dá por meio de aprovação em concurso público e o servidor, após o período do estágio probatório tem direito à estabilidade. Já o trabalhador da iniciativa privada brasileira é admitido após a vaga oferecida pelo empregador, mas não detém a estabilidade. A Constituição Federal brasileira de 1988 estabeleceu a proteção à relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, cuja regra não foi regulamentada, havendo previsão, porém, do direito a quarenta por cento do saldo do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, caso essa dispensa imotivada ocorra. Apurou-se neste estudo que os servidores públicos brasileiros, espanhóis e franceses detêm a estabilidade, mas há necessidade de aperfeiçoamento da legislação brasileira a respeito dessa despedida imotivada, pois os trabalhadores dos países que tiveram sua legislação comparada mantêm os controles *a priori* e *a posteriori* da possibilidade de dispensa.

Palavras-chave: concurso, servidor público, estabilidade, empregado, dispensa imotivada.

Sumário: 1 Introdução; 2 Acesso aos cargos públicos e as Constituições brasileiras; 2.1 Constituições de 1824 a 1967; 2.2 Constituição de 1988; 2.3 Servidor Público e empregado da iniciativa privada; 3 Acesso aos cargos públicos e as legislações comparadas: espanhola e francesa. Empregados da iniciativa privada e dispensa sem justa causa; 3.1 Acesso aos cargos públicos na legislação espanhola; 3.2 Empregado da iniciativa privada espanhola e dispensa sem justa causa; 3.3 Acesso aos cargos públicos na legislação francesa; 3.4 Empregado da iniciativa privada francesa e dispensa sem justa causa; 4 Conclusão; 5 Bibliografia.

1 Introdução

Este estudo pretende examinar o regime de provimento de cargos públicos previsto na legislação brasileira, a estabilidade do servidor público, bem como as formas atuais de acesso previstas nas legislações espanhola e francesa.

Também fará um paralelo com o direito do trabalhador da iniciativa privada, no tocante à contratação e possibilidade de dispensa pelo empregador.

O estudo dessas formas de acesso na legislação comparada permitirá a maior reflexão acerca da evolução da legislação brasileira, com vistas ao aperfeiçoamento.

1. Juiz do Trabalho no TRT da 18ª Região.

mento do tema.

Importante destacar que a Constituição Federal brasileira de 1988 (CF/88) faz previsão expressa de que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos (artigo 37, II).

Desde já uma advertência se impõe em relação ao serviço público: trata-se da diferenciação entre, de um lado, vontade de burlar a lei de alguns administradores temporários que pretendem a contratação de qualquer pessoa, dentre elas os apaniguados, parentes e correligionários, e, de outro lado, a complacência do administrador com os servidores faltosos, situações que, todavia, não serão apuradas neste texto.

Felizmente os servidores públicos estão cada vez mais se profissionalizando, seja porque são vocacionados para a atividade, seja porque bons profissionais não conseguem trabalho por razões de mercado na iniciativa privada e se submetem ao concurso público, encontrando, aí seu caminho profissional.

Ademais, programas como o da GESPÚBLICA², para a melhoria da gestão pública e desburocratização, e o cumprimento da norma NBR ISO 9001/2000³, cada vez mais tornam o serviço público mais profissional e afim com a iniciativa privada, exigindo do servidor público conduta semelhante à do empregado.

Pois bem. O acesso ao serviço público é um direito fundamental, que, inclusive, está previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Artigo 21 - 2 – Toda pessoa tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país.”

Ser estável é a garantia de atuação firme do servidor contra possíveis interesses contrários ao Estado.

Cabe ao servidor público atuar no interesse público para o bem estar da comunidade, com neutralidade e imparcialidade no exercício das funções públicas.

De outra parte, a escolha das legislações comparadas, espanhola e francesa, deu-se em razão de que apresentam diferenças marcantes entre si, hábeis às pretensões deste estudo em razão da proximidade com a legislação brasileira, todas pertencentes à família romano-germânica do Direito.

Por fim, aqui não se tratará de outras formas de estabilidade provisória previstas para o trabalhador da iniciativa privada brasileira, bem como as correspondentes, também provisórias, aos trabalhadores da Espanha e França.

2 Acesso aos cargos públicos e as constituições brasileiras

2.1 Constituições de 1824 a 1967

Salvo a Constituição do Império, todas as demais, sem exceção, fizeram referência a critérios de acesso ao cargo público a serem estabelecidos por lei. Esses critérios foram elencados no regime jurídico dos servidores públicos, o que também se encontra na legislação comparada.

Estabelecia o inciso XIV do artigo 179 da Constituição de 1824 que para o cidadão ser admitido nos cargos públicos deveriam ser observados seus talentos e virtudes, não fazendo referência ao regime jurídico do servidor público.

Também, no inciso XXIX do referido artigo estabelecia a responsabilidade do servidor por abusos e omissões praticados no exercício de suas funções, ou por não fazer ele efetivamente responsável os seus subalternos.

A primeira Constituição Republicana (1891) estabeleceu em seu artigo 73 que os cargos públicos eram acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições

2. Vide em http://www.gespublica.gov.br/gespublica/index_html, acesso em 14.07.2007.

3. Vide em <http://www.trt18.gov.br:8888/pdf-uploads/pdf/certificadodoiso.pdf>, acesso em 14.07.2007

de capacidade especial que a lei estatuisse, sendo, porém, vedadas as acumulações remuneradas.

No âmbito federal, apesar da determinação constitucional, não foi editada lei estabelecendo as condições de capacidade especial para o acesso ao cargo público e nem suas garantias.

Já a Constituição de 1934 fez previsão de que os cargos públicos eram acessíveis a todos os brasileiros, sem distinção de sexo ou estado civil, observadas as condições que a lei estatuisse (artigo 168).

Interessante destacar que, não obstante também não ter havido a edição de lei prevendo as condições de acesso aos cargos público no período, essa Constituição foi mais cuidadosa com o funcionalismo, no tocante à possibilidade de destituição do cargo, pois houve distinção quanto ao tempo de nomeação, para fins de destituição do cargo (art. 169, *caput*, e parágrafo único).

Tratava-se da primeira previsão legal acerca da estabilidade do servidor público.

Até então, conforme acima de vê, não havia sido editada lei que tratasse das condições de acesso aos cargos públicos, não obstante a previsão já determinada desde a Constituição de 1891, ou seja, a primeira da República.

Porém, em relação à Constituição de 1937 ocorreu essa regulamentação do regime jurídico dos servidores, conforme adiante se verá.

Foi o artigo 122 da Constituição de 1937 que determinou que “os cargos públicos são igualmente acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade prescritas nas leis e regulamentos”.

E a edição de lei regulamentando o regime jurídico se deu por determinação da própria Constituição (artigo 156), situação que nas Constituições anteriores não se deu, imponde-se ao Poder Legislativo a organização do Estatuto dos Funcionários Públicos, que deveria, inclusive, obedecer aos preceitos tratados pela própria Constituição.

Assim, atendendo à determinação constitucional, em 28.10.1939 foi editado o Decreto-lei 1.713, que estabelecia o regime jurídico dos servidores públicos civis da União.

Dá para frente, todas as demais Constituições tiveram suas leis regulamentando o tema.

A Constituição de 1946 estabelecia em seus artigos 184 e 186 igualmente que os cargos públicos eram acessíveis a todos os brasileiros, observados os requisitos que a lei deveria estabelecer (artigo 184) e que a primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinasse efetuar-se-ia mediante concurso, precedendo inspeção de saúde.

Já o regime jurídico dos servidores públicos civis da União foi estabelecido pela Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952.

Igualmente dispôs a Constituição de 1967 que os cargos públicos eram acessíveis a todos os brasileiros, preenchidos os requisitos que a lei estabelecesse (artigo 95), bem como que a nomeação para cargo público exigia a aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos (§ 1º).

Coube ao Decreto-lei 200, de 05.02.1967, que dispunha sobre a Organização da Administração Federal, estabelecer diretrizes para a reforma.

Importante destacar que a Emenda Constitucional nº 1, de 1969 praticamente manteve a mesma redação do artigo 95 da Constituição Federal de 1967.

2.2 Constituição de 1988

Por fim, verifica-se que a CF/88, assim como as demais Republicanas, faz previsão de concurso público para acesso aos cargos públicos, efetua distinções entre cargo ou emprego público e cargo em comissão, estabelece o prazo de validade do concurso e remete à lei a fixação das condições de acesso, além de outras determinações.

Comentando esta obrigatoriedade, Meirelles⁴ disse:

A Carta de 1937, no artigo 122, outorgou expressamente ao Executivo competência para estabelecer requisitos de acessibilidade mediante ato próprio. Essa orientação foi rejeitada na Constituição Federal de 1946. Na vigência da Constituição Federal de 1988 e dando inteira aplicação ao seu art. 37, I, o colendo STF, Pleno, decidiu, com acerto, que, “em linha de princípio, impende entender que a Constituição reserva à lei estipular requisitos e condições de provimento de cargos públicos, por via de concurso, também no que concerne à qualificação profissional e inclusive idade” (ADI 10.040, RTJ 135/528 e 958 e RDA 189/222). A mesma orientação foi tomada em relação à exigência de avaliação ou teste psicotécnico (RT 678/243 e RDA 189/261). Dessa forma, embora revogado pelo STF (RTJ 68/463), hoje, em face da Constituição de 1988, a Súmula 14 tem plena aplicação.

Porém, a redação original da CF/88 sobre o tema foi alterada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.98, que dentre algumas novidades, extinguiu a obrigatoriedade do regime jurídico único.

A norma que regulamentava os incisos do artigo 37 da CF/88 é a Lei Federal 8.112/90.

É a Seção III, do Capítulo II, do Título I que trata do concurso público (artigos 11 e 12).

Segundo se percebe da evolução legislativo-constitucional brasileira, as diretrizes gerais de acesso aos cargos públicos atentam para o resguardo do direito fundamental, também previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, conforme acima citado.

Se já se sabe que para a admissão do servidor público é obrigatória a submissão a concurso público, necessário se torna tecer a distinção entre exoneração e demissão do mesmo.

A exoneração se dá pela inaptidão para o serviço público, apurável ao longo do estágio probatório, estágio este necessário para se confirmar as condições teóricas demonstradas ao longo do concurso público.

De outra parte, de acordo com a atual Constituição Federal, uma vez alcançada a estabilidade o servidor público somente poderá ser demitido por razões de infração disciplinar ou crime funcional, ambos regularmente apurados em processos administrativo ou judicial. Possível afirmar, com isso, que o servidor público não pode ser demitido pela simples vontade do administrador (demissão *ad nutum*).

Aliás, essa impossibilidade sumária de demissão situação se dá, inclusive, durante o estágio probatório, conforme a Súmula 21 do Supremo Tribunal Federal.⁵

É cediço que o servidor público, no exercício de suas funções, pode

4. DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO, Hely Lopes Meirelles, São Paulo: Malheiros Editores, 30ª ed., 2005, pág. 417.

5. “Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade” (STF, Súmula 21).

contrariar interesses ilícitos, inclusive de administradores atuais, futuros ou agentes influenciadores desses administradores. Para o próprio administrado, fim maior da Administração Pública, é importante que diante dessa garantia o servidor público não tema por sua atividade contrária aos interesses alheios.

2.3 Servidor público e empregado da iniciativa privada

Os trabalhadores da iniciativa privada brasileira são regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Trata-se do Decreto-lei 5.452, de 1º de maio de 1943, que em sua edição original fazia previsão da estabilidade decenal.

Segundo o artigo 492 da CLT, o empregado com mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderia ser demitido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior. A apuração dessas condições era feita por meio de inquérito judicial (CLT, artigos 853 e seguintes).

Porém, tal garantia foi revogada pelo inciso I, do artigo 7º, da Constituição Federal de 1988, sendo que a partir de então o trabalhador passou a integrar, obrigatoriamente, ao regime do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Aqueles trabalhadores que não eram optantes do FGTS e já detinham a condição de estáveis à época da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 mantiveram esse direito adquirido. Os que não eram estáveis não mais adquiriam tal condição, pela antiga regra da CLT.

A relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa está prevista no inciso I, do artigo 7º, da Constituição Federal.

Nenhuma lei complementar foi editada para dar efetividade a esse inciso I, de forma que não ocorresse a despedida arbitrária ou sem justa causa, ao nuto do empregador.

Assim, atualmente o empregador pode dispensar o trabalhador apenas mediante o pagamento da multa prevista no inciso I, do artigo 10, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Cabe ressaltar que o trabalhador mantém vínculo com seu empregador mediante o regime da CLT e a este se reporta, de forma que atenda exclusivamente seus interesses.

É certo, outrossim, que o empregador admite quem bem entende para seus serviços, mediante a oferta do emprego. Não há que se falar aí em interesse público.

Ressalte-se, porém, que a situação de possibilidade de dispensa é diversa nos países cuja comparação legislativa está sendo estabelecida neste estudo, conforme adiante se verá.

Diante do que acima se registrou o servidor público somente pode ser admitido após a aprovação em concurso público e detém estabilidade após o prazo do estágio probatório.

Já o empregado da iniciativa privada é admitido pelo empregador após a oferta da vaga, não detendo estabilidade ou a proteção legal contra a despedida arbitrária ou sem justa causa.

A seguir será examinada a forma de acesso aos cargos públicos nas legislações espanhola e francesa, bem como a proteção aos empregados da iniciativa privada.

3 Acesso aos cargos públicos e as legislações comparadas: espanhola e francesa. Empregados da iniciativa privada e dispensa sem justa causa.

3.1 Acesso aos cargos públicos na legislação espanhola

Dispõe a Constituição da Espanha, com vigência a partir de 29.12.1978, que o Estado tem competência exclusiva para as seguintes matérias (artigo 149)⁶:

As bases de sistema jurídico da Administração Pública e do regime estatutário de seus funcionários, em todo caso, que garantirão aos administrados um tratamento comum entre elas; o procedimento administrativo comum, sem prejuízo das especialidades derivadas da organização própria e das Comunidades Autônomas; legislação sobre expropriação forçada; legislação básica sobre contratos e concessões administrativas e o sistema de responsabilidade de todas as Administrações Públicas. (tradução livre deste autor).

Conforme se vê, o regime estatutário deve estar previsto em lei, tal como prevê a atual Constituição brasileira.

Por isso, a Espanha efetuou recentemente a alteração em seu “Estatuto Básico do Empregado Público”, entrando em vigor em 13 de maio de 2007, cujo projeto tramitava desde 2004.

Dispõe seu artigo 61 (tradução livre deste autor)⁷:

Os sistemas seletivos de funcionários de carreira serão os de seleção e concurso-seleção que deverão incluir, em todo caso, uma ou várias provas para determinar a capacidade dos aspirantes e estabelecer a ordem de classificação.

Somente em virtude de lei poderá aplicar-se, com caráter excepcional, o sistema de concurso que consistira unicamente em valoração de méritos.

Antes, porém, da entrada em vigor desse Estatuto Básico, já havia cealuma a respeito da relação do funcionário com a Administração Pública.

Oliver⁸ esclareceu bem essa distinção dos autores, ao afirmar que referida relação para uns era um contrato e para outros a origem de uma situação legal e regulamentar.

Prosegue o citado autor que, para os primeiros, a relação entre o funcionário e a Administração nasce de um acordo de vontades, após aquela solicitar pessoal para cobrir seus postos de trabalho e os que desejam entrar em seu serviço se oferecem para ser funcionários públicos, sendo submetidos à seleção:

Para os primeiros, a relação ente o funcionário e a Administração nasce

6. Artículo 149

1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

18. Las bases de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas.

7. [...] 6. Los sistemas selectivos de funcionarios de carrera serán los de oposición y concurso-oposición que deberán incluir, en todo caso, una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación.

Sólo en virtud de ley podrá aplicarse, con carácter excepcional, el sistema de concurso que consistirá únicamente en la valoración de méritos.

8. DERECHO ADMINISTRATIVO, Jose Maria Boquera Oliver, Madrid (Espana): Editorial Civitas, 9ª edición, 1992, páginas 295/296.

de um acordo de vontades. A Administração solicita o pessoal para cobrir seus postos de trabalho e aqueles que desejam entrar em seu serviço se oferecem para ser funcionários públicos. Quando a Administração, depois de selecionar aqueles que considera idôneos, aceita esta oferta, nasce a relação entre ela e o particular, que se converte assim em funcionário público.⁹

Disse, ainda, que aqueles que defendem a natureza estatutária da situação dos funcionários públicos crêem que os direitos e obrigações destes com respeito à Administração, e vice-versa, estão previstos e derivam das leis e dos regulamentos e não nascem, por conseguinte, das vontades de uns e outra. A Administração e o particular não se concertam para criarem-se reciprocamente consequências jurídicas, nem tampouco podem com suas vontades alterar os efeitos jurídicos queridos pelas leis e regulamentos para os funcionários¹⁰.

O funcionário público espanhol também detém estabilidade. Sobre isso, veja-se o que disse FABIANA DE MENEZES SOARES, Mestre em Direito Administrativo pela UFMG e Professora do Departamento de Direito – UFV:

O item 3 remete à lei ordinária o estatuto dos funcionários públicos, delimitando os princípios gerais, que devem ser obedecidos pelo legislador infraconstitucional:

“...acesso à função pública de acordo com os princípios de mérito e capacidade, as peculiaridades do exercício de seu direito de sindicalização, o sistema de incompatibilidades e as garantias de imparcialidade no exercício de suas funções”.

A Lei dos Funcionários (Decreto nº 315/64) dispõe no seu artigo 64 sobre o dever do Estado de proteger os funcionários no exercício de seus cargos. O item 2 assegura aos funcionários de carreira (conhecidos por nós como os efetivos) o direito ao cargo.¹¹

Ao que se vê, esse “direito ao cargo” nada mais é do que a estabilidade.

3.2 Empregado da iniciativa privada espanhola e dispensa sem justa causa

A Espanha mantém para os trabalhadores da iniciativa privada o Estatuto dos Trabalhadores.

Tal Estatuto faz previsão, em seu artigo 49, letras “k” e “l”, das hipóteses de despedida disciplinar (descumprimento grave e por culpa do empregado, como faltas

9. “Para los primeros, la relación entre el funcionario u la Administración nace de un acuerdo de voluntades. La Administración solicita personal para cubrir sus puestos de trabajo y los que desean entrar a su servicio se ofrecen para ser funcionarios públicos. Cuando la Administración, después de seleccionar a los que considera idôneos, acepta esta oferta, nac ella relación entre ella y el particular, que se convierte así em funcionario público. (In “DERECHO ADMINISTRATIVO, Jose Maria Boquera Oliver, Madrid (Espana): Editorial Civitas, 9ª edición, 1992, páginas 295/296”)

10. *Idem*: Los que defienden la naturaleza estatutária de la situación de los funcionarios públicos creen que los derechos y obligaciones de éstos com respecto a la Administración y viceversa, están previstos y derivan de las leyes y de los reglamentos, y no nacen, por consiguiente, de las voluntades de unos y outra. La Administración y el particular no se concertan para crear-se reciprocamente consecuencias jurídicas, ni tampoco pueden con sus voluntades alterar los efectos jurídicos queridos por las leyes y reglamentos para los funcionarios.

11. In “Função administrativa, estabilidade e princípio da neutralidade: alguns apontamentos sobre a reforma administrativa” - http://www.senado.gov.br/web/cegraf/riil/Pdf/pdf_136/r136-08.pdf, acessado em 13.07.2007).

repetidas e injustificadas, impontualidade, indisciplina e desobediência) e despedida por causas objetivas legalmente procedentes (por exemplo, em razão de extinção do posto de trabalho e não adaptação do empregado às mudanças técnicas efetivadas pelo empregador na empresa).

O Estatuto dos Trabalhadores prevê dois controles de despedida: o controle *a priori* e o *a posteriori*.

Para a despedida, estabelece o Estatuto dos Trabalhadores que o empregador deverá comunicar por escrito ao empregado o motivo da dispensa e o direito ao contraditório (artigos 53 e 55). Trata-se de um controle *a priori* de ordem formal e procedimental.

Uma vez mantida a dispensa, poderá o empregado se socorrer de ação judicial, de forma que seja declarada a despedida procedente, im procedente ou nula (artigo 53, 3). Assim, se completa o controle *a posteriori*.

Com isso se verifica que os trabalhadores espanhóis da iniciativa privada detêm a garantia de despedida imotivada, por meio dos controles *a priori* e *a posteriori*.

3.3 Acesso aos cargos públicos na legislação francesa

Segundo a Constituição Francesa, de 04 de outubro de 1958, cabe à lei regulamentar as garantias e princípios fundamentais, além, dentre outros, da administração das coletividades locais, das suas competências e dos seus recursos.

A Lei nº 84-16 de 11 de janeiro de 1984 é que rege os ocupantes de funções públicas do Estado. Já os funcionários das administrações locais, que correspondem às regiões, departamentos, comunas e municípios, são regidos pela Lei nº 84-53 de 26 de janeiro de 1984. E os funcionários da rede hospitalar pública regem-se pela Lei nº 86-33 de 9 de janeiro de 1986.

Ressalte-se que o acesso ao serviço público se dá por meio do concurso público (Lei nº 84-16, artigos 66-72).

Para explicitar o tema, veja-se o ensinamento de Laubadère, Venezia e Gaudemet¹², em tradução livre:

A CARREIRA DO FUNCIONÁRIO

§ 1. - RECRUTAMENTO

A) Condições gerais de acesso às funções públicas - Estas condições predominam desde a Revolução francesa pelos princípios do iguais acessos dos cidadãos (Décl. dos direitos 1789, art. 6). A nacionalidade francesa é requerida para o acesso à função pública. Contudo o direito comunitário exige de limitar esta condição aos únicos empregos públicos considerados tais pela jurisprudência comunitária (v. lei de 26 de Julho de 1991, alterando sobre este ponto a lei de 13 de Julho 1983; D.C, 23 de Julho de 1991, os Pequenos Cartazes, 6 de Setembro de 1991, nota Houteer). No que diz respeito às mulheres, têm acesso por princípio à função pública nas mesmas condições que os homens e podem ser afastadas de certas funções unicamente quando aquilo é justificado pelo caráter especial destas funções; estas restrições podem ser estabelecidas unicamente através das situações específicas.

B) *Métodos técnicos de recrutamento* - do ponto de vista da liberdade

12. DROIT ADMINISTRATIF, André de Laubadère, Jean-Claude Venezia, Yves Gaudemet, Paris: Librairie Générale et de Jurisprudence, 14^ª édition, 1992, p. 335/336.

de ação do chefe de serviço, de dois grandes métodos de recrutamento opõem-se: a escolha arbitrária (dito recrutamento) e o recrutamento ao concurso. O segundo limita o poder de chefe hierárquico; com efeito, dissocia a nomeação que reside entre as suas mãos e a escolha que, lhe é automática porque a autoridade de nomeação pode nomear apenas os candidatos propostos por um júri, autoridade independente da administração que recruta, e na ordem da classificação operada por este. A administração exerce contudo um controle sobre o estabelecimento da lista dos candidatos admitidos a concorrer. O direito administrativo francês evoluiu para a generalização do método do concurso. O estatuto fez a regra (artigos 6 do Título I), o recrutamento sobre títulos subsistente em princípio único: 1º para a constituição inicial de um novo corpo; 2º para a nomeação aos empregos superiores face aos quais a administração tem um poder arbitrário de nomeação; 3º para os funcionários das categorias C e D quando o estatuto específico prevê-o¹³.

O funcionário público francês detém a estabilidade. A respeito disso, torna-se importante trazer à baila parte da resposta à consulta enviada à Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, prestada por Lúcio Reiner, que é Consultor Legislativo da Área XIX Ciência Política, Sociologia Política, História e Relações Internacionais¹⁴:

Os funcionários públicos franceses só podem entrar no serviço público mediante concurso público de provas e títulos. Em função de pertencerem a uma das categorias acima descritas estão submetidos a regras e normas específicas. Destarte, os funcionários da função pública do estado gozam de estabilidade plena, só podendo ser demitidos por justa causa, após o devido processo administrativo (Artigos 66-72, Lei nº 84-16).

13. LA CARRIÈRE DU FONCTIONNAIRE

§ 1. - RECRUTEMENT

A) Conditions générales d'accès aux fonctions publiques - Ces conditions sont diminuées depuis la Révolution française par le principe de l'égal accès de tous les citoyens aux <<places et emplois publics >> (Décl. Des droits 1789, art. 6).

La nationalité française est requise pour l'accès à la fonction publique. Cependant le droit communautaire exige de limiter cette condition aux seuls emplois publics considérés comme tels par la jurisprudence communautaire (v. loi du 26 juillet 1991, modifiant sur ce point la loi du 13 juillet 1983; C.C., 23 juillet 1991, les Petites Affiches, 6 septembre 1991, note Houteer).

En ce qui concerne les femmes, elles ont accès par principe à la fonction publique dans les mêmes conditions que les hommes et ne peuvent être écartées de certaines fonctions que lorsque cela est justifié par le caractère propre de ces fonctions; ces restrictions ne peuvent être édictées que par la voie des status particuliers.

B) Procédés techniques de recrutement - Du point de vue de la liberté d'action du chef de service, deux grands procédés de recrutement s'opposent: le choix discrétionnaire (dit recrutement << su titres >>) et le recrutement au concours. Le second limite le pouvoir de chef hiérarchique; en effet, il dissocie la nomination qui demeure entre ses mains et le choix qui, lui, est automatique car l'autorité de nomination ne peut nommer que les candidats proposés par un jury, autorité indépendante de l'administration qui recroute, et dans l'ordre du classement opéré par celui-ci. L'administration exerce cependant un contrôle sur l'établissement de la liste des candidats admis à concourir.

Le droit administratif français a évolué vers la généralisation du procédé du concours. Le statut en a fait la règle (art. 6 du Titre I), le recrutement sur titres ne subsiste en principe que: 1º pour la constitution initiale d'un nouveau corps; 2º pour la nomination aux emplois supérieurs à l'égard desquels l'administration a un pouvoir discrétionnaire de nomination; 3º pour les fonctionnaires des catégories C et D lorsque le statut particulier le prévoit.

14. In "REGIMES JURÍDICOS DE FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS – FRANÇA, <http://www2.camara.gov.br/internet/publicacoes/estnottec/tema3/pdf/510859.pdf>, acesso em 13.07.2007

Os funcionários públicos das administrações locais podem ser demitidos por insuficiência profissional, ou seja, por desempenho insatisfatório de suas funções. O processo administrativo segue ritual jurídico, com direito de recurso perante conselho de disciplina presidido por magistrado e composto, em número idêntico, por representantes dos funcionários e da administração correspondente (Artigos 92-99, Lei nº 84-53).

Os funcionários da rede hospitalar pública podem ser demitidos por desempenho insatisfatório, nos moldes dos funcionários das administrações locais. Também, podem ser demitidos caso a administração reduza o número de funções em um estabelecimento da rede hospitalar pública. Nesse caso, é necessário o consentimento da Comissão Técnica Paritária, composta por representantes da administração e dos funcionários. Caso haja supressão de cargos ou funções, os funcionários afetados terão prioridade na readmissão que deverá ocorrer em prazos determinados por decreto do Conselho de Estado. Enquanto não é readmitido, o funcionário continua recebendo seus vencimentos básicos. (Artigos 85-95, lei nº86-33).

Em resumo, todos os funcionários públicos franceses, independentemente de sua categoria funcional, têm direito ao instituto da estabilidade, julgada inerente à função pública na França. A administração pública só pode demitir por justa causa; na rede hospitalar pública, existe a possibilidade de colocar funcionários em disponibilidade por tempo determinado.

Portanto, os funcionários públicos franceses são admitidos por concurso público, assim como os brasileiros, e detêm estabilidade.

3.4 Empregado da iniciativa privada francesa e dispensa sem justa causa

A França mantém um Código do Trabalho para as relações da iniciativa privada.

O artigo L. 122-14 faz previsão de que cabe ao empregador, antes de despedir o empregado, convocá-lo e indicar o motivo dessa despedida.

O Código do Trabalho francês indica a possibilidade de despedida por causa real e séria, que torne impossível a continuidade do contrato de trabalho.

Os autores franceses afirmam que a causa real refere-se, além de falta disciplinar do trabalhador, também à sua inaptidão profissional às modificações técnicas efetuadas na empresa, devendo ser séria e que torne impossível, sem prejuízo para o empregador, a continuidade do trabalho, implicando na necessidade da despedida.

Nessa convocação acima citada o empregador apresenta os motivos da despedida e recepciona as explicações do trabalhador. Esse é um controle *a priori* da garantia de despedida imotivada.

E se o empregado não concordar com a despedida efetivada, poderá se socorrer de ação judicial para o controle *a posteriori*, tal como estabelece o art. L. 122-14-4, do Código do Trabalho.

Sobre isso esses controles de despedida do trabalhador francês da iniciativa privada, cita ALMEIDA¹⁵:

15. ALMEIDA, Renato Rua de. O regime geral do direito do trabalho contemporâneo sobre a proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa – Estudo comparado entre a legislação brasileira e as legislações portuguesa, espanhola e francesa. São Paulo: Revista LTr, 71-03/336, 2007.

Jean Pélissier, Alain Supiot e Antonine Jeammaud afirmam ainda que a reforma de 1973 operada no Código do Trabalho francês, introduzindo os controles *a priori* e *a posteriori* na despedida individual, fez com que desaparecesse o direito abusivo (*le droit "non cause"*), e, por isso mesmo, potestativo de despedir, e surgisse a figura da despedida individual irregular ou ilícita, isto é, equiparada a ato irregular ou ilícito, quando mesmo respeitado o controle *a priori*, a despedida não se fundar em causa real e séria (*le droit "causé"*).

Portanto, os trabalhadores franceses da iniciativa privada detêm a garantia de despedida imotivada.

4 Conclusão

As Constituições Federais brasileiras evoluíram para exigir que a admissão do servidor público se desse por meio de concurso público. A estabilidade, por outro lado, foi estabelecida em Estatuto.

O primeiro Estatuto do Servidor Público foi editado somente depois da Constituição Federal de 1937, sendo que, porém, foi a Constituição de 1934 que se preocupou com a destituição do servidor do cargo.

O concurso público é uma garantia de admissão sem que ocorra qualquer proteção ou preferência do administrador público temporário a seus apaniguados, correligionários e parentes, estando o direito de acesso ao serviço público previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos (Artigo 21).

A Constituição Federal de 1988, bem como a Lei 8.112/90, que trata do Estatuto dos Servidores Públicos, fazem previsão da estabilidade, garantia de que o servidor pode atuar com neutralidade e imparcialidade.

De outra parte, os trabalhadores da iniciativa privada são selecionados e admitidos da forma como quer o empregador e detinham, por ocasião da Consolidação das Leis do Trabalho, a estabilidade após 10 (dez) anos de serviço para a mesma empresa.

Porém, com a Constituição Federal de 1988 houve a previsão de vedação de dispensa arbitrária ou sem justa causa a ser regulamentada por lei complementar, revogando, assim, a CLT no tocante à estabilidade decenal.

Trata-se, no Direito brasileiro, entre servidor público e empregado da iniciativa privada, de distinção no tocante à garantia de emprego (*lato sensu*).

Já no Direito Comparado (Espanha e França) verifica-se que tanto os trabalhadores do serviço público, que também são admitidos por meio de concurso público, quanto os da iniciativa privada mantêm a garantia de proibição de despedida arbitrária ou sem justa causa, sendo que os primeiros detêm a estabilidade e os segundos os controles *a priori* e *a posteriori* da referida despedida.

Houve, ao que se vê, regressão no direito do trabalhador da iniciativa privada no Direito brasileiro, ao passo que o servidor público manteve tal direito desde sua primeira regulamentação, sendo que tal situação não se coaduna com os direitos mantidos pelos trabalhadores dos países em que houve o estudo comparativo.

De *lege ferenda*, a lei complementar referida no inciso I, do artigo 7º, da Constituição Federal de 1988, deveria dar efetivação à proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, tal qual os trabalhadores do serviço público que mantêm tal direito, via estabilidade.

5 Bibliografia

ALMEIDA, Renato Rua de. **O regime geral do direito do trabalho contemporâneo sobre a proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa – Estudo comparado entre a legislação brasileira e as legislações portuguesa, espanhola e francesa.** São Paulo: Revista LTr, 71-03/336, 2007.

LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. **DROIT ADMINISTRATIF**, Paris: Librairie Générale et de Jurisprudence, 14^è édition, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. **DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**, São Paulo: Malheiros Editores, 30^ª ed., 2005.

OLIVER, Jose M. B. **DERECHO ADMINISTRATIVO**, Madrid (Espana): Editorial Civitas, 9^ª edición, 1992.

REINER, Lúcio. **REGIMES JURÍDICOS DE FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS – FRANÇA**, Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/internet/publicacoes/estnottec/tema3/pdf/510859.pdf>>, acesso em 13.07.2007.

SOARES, Fabiana de Menezes. **Função administrativa, estabilidade e princípio da neutralidade: alguns apontamentos sobre a reforma administrativa.** Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_136/r136-08.pdf>, acessado em 13.07.2007.