

OS REGIMES JURÍDICOS DOS SERVIDORES PÚBLICOS NO BRASIL E SUAS VICISSITUDES HISTÓRICAS

*Florivaldo Dutra de ARAÚJO**

RESUMO

Analisa-se o desenvolvimento do tratamento dado, em termos gerais, aos servidores públicos no direito brasileiro, desde o período monárquico até recentes alterações na Constituição de 1988. Verifica-se que, ao longo do tempo, várias foram as tentativas — todas malogradas — de racionalizar e sistematizar as normas relativas aos servidores públicos. Não obstante, alguns avanços paulatinos são observados nesse processo histórico, como, por exemplo, o crescente reconhecimento da obrigatoriedade de procedimentos impessoais de recrutamento dos agentes administrativos e a garantia do direito de livre organização pelos servidores.

ABSTRACT

The development of the public employment legal regulation in Brazil, at large, from monarchy to recent modifications in the Constitution of 1988, is discussed. During that time, there were a lot of failed attempts to rationalize and systematize the rules concerning the public employment. Nevertheless, some gradual advances took place in that historical process, for instance the increasingly acknowledgment of freedom of association and obligatory impersonal proceedings in order to recruit public employees.

SUMÁRIO: 1. Período monárquico. 2. Primeiros anos da República. 3. O Estatuto de 1939: orientação e legado. 4. A dicotomia estatutário/não estatutário e os extranumerários. 5. Sindicalização e greve no período anterior à CLT. 6. O advento da CLT e os servidores públicos. 7. A Constituição de 1946. 8. O Estatuto de 1952. 9. Expansão dos servidores de regime trabalhista nos anos cinquenta a setenta. 10. A Constituinte de 1987/1988 face à problemática dos servidores públicos. 11. A Constituição de 1988 e a polêmica em torno do

* Mestre e Doutor em Direito, Professor Adjunto de Direito Administrativo na UFMG.

regime jurídico único. 12. A EC 19/1998 e o fim da obrigatoriedade do regime único. 13. Desdobramentos da EC 19/1998. 14. A volta ao regime jurídico único. 15. Conclusão.

1. Período monárquico

O estudo da função pública durante a monarquia, fase inicial de organização do Estado brasileiro, é dificultado pela ausência de qualquer sistemática legal.

A Carta Constitucional outorgada em 1824 continha poucos dispositivos relacionados aos servidores públicos. Ao Poder Legislativo, por meio da Assembléia Geral (composta da Câmara dos Deputados e do Senado), cabia “*criar ou suprimir empregos públicos e estabelecer-lhes ordenados*” (art. 15, XVI).

Ao Imperador incumbia, no exercício do Poder Executivo, além de nomear agentes tais como bispos, magistrados e diplomatas, “*prover os mais empregos civis e políticos*” (art. 102, IV).

Observa, no entanto, *Domingos Carvalho da Silva*, que tal divisão de competências nem sempre foi respeitada, em função de exorbitância de poder cometida pelo Imperador.¹

O art. 179, XIV, estabelecia que: “*Todo cidadão pode ser admitido aos cargos públicos civis, políticos ou militares, sem outra diferença que não seja a dos seus talentos e virtudes*”. Além disto, o inc. XXIX do mesmo artigo estipulava a responsabilidade dos “*empregados públicos*” pelos “*abusos e omissões praticados no exercício das suas funções e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos*”.

Não se definiu, durante o Império, regulamentação geral para a função pública, o que punha o regime dos servidores à mercê da vontade das autoridades políticas, sobretudo do Imperador.

Carvalho da Silva relata-nos:

*“Cada vez que fosse necessário criar e prover um cargo, ou prover cargo já existente, era expedido o competente decreto, ou decisão, ou mesmo uma simples carta imperial. O cargo era criado e o provimento era feito como hoje habitualmente ocorre numa empresa privada: se há necessidade de um arquivista, manda-se admiti-lo e inclui-lo na folha de pagamento”.*²

¹ SILVA, O Servidor Público na Legislação do Primeiro Reinado, *Revista do Serviço Público*, v. 108, n.º 1, 1973, p. 188.

² SILVA, *op. cit.*, p. 187.

O autor registra ainda que essa falta de sistemática na criação e organização de cargos e carreiras era menor no Judiciário e no setor militar.

Apesar disso e da constante intromissão arbitrária do Imperador em assuntos da alçada parlamentar, logrou a Assembléia Geral, desde o Primeiro Reinado, estabelecer uma série de direitos e deveres relativos à função pública, por meio de diversos diplomas legais. Entre esses, podem ser citados os referentes à vitaliciedade, acumulação, aposentadoria, juramento de posse, responsabilidade e penalidades.

Ademais, muito embora a competência para provimento de cargos públicos fosse constitucionalmente atribuída ao Imperador, leis elaboradas pela Assembléia Geral no fim do Primeiro Reinado estenderam tal atribuição aos Presidentes das Províncias.

O casuísmo foi, no entanto, nota característica nessa incipiente regulamentação dos direitos e deveres dos servidores. Não eram estabelecidos com alcance geral, mas sim para beneficiar algumas categorias.³

Luiz Vicente B. de Ouro Preto observa que tal situação dificultava as relações entre a Administração e os servidores, ensejando injustas discriminações.⁴

A falta de sistematização legal refletiu-se também nas primeiras considerações doutrinárias que entre nós foram feitas sobre a função pública.

O *Visconde do Uruguai*, escrevendo sobre os “agentes administrativos” em 1862, ocupa-se de criticar a desorganização com que se apresentava, neste aspecto, a Administração do Império. Suas considerações, porém, são feitas bem mais sob a ótica da Ciência da Administração que do Direito Administrativo.⁵

Foi essa a situação herdada pela República, que nos seus primeiros anos também pouco avançou em termos de regulamentação sistemática da função pública.

2. Primeiros anos da República

A Constituição de 1891 não logrou contribuir para a sistematização, apesar de dedicar aos servidores públicos mais dispositivos que a Carta Imperial.⁶ Apesar disso, pode-se vislumbrar no período que abarca o Império e as primeiras quatro décadas da República a seguinte situação do pessoal administrativo, em linhas gerais.

³ A respeito, com exemplos legislativos, cf. SILVA, *op. cit.*, p. 191-199.

⁴ OURO PRETO, *Evolução do Regime Legal dos Funcionários*, *Revista de Direito Administrativo*, v. 1, 1945, p. 337.

⁵ URUGUAI, *Ensaio Sobre o Direito Administrativo*, 1960, p. 117-125.

⁶ Cf. seus arts. 73 a 77 e 83, localizados, os primeiros, no Título IV, referente à cidadania, e o último, nas Disposições Gerais.

Havia um grupo de servidores de caráter permanente e estável, e outro, precário e contingente. Os primeiros eram chamados *empregados públicos* ou *funcionários públicos*, firmando-se na época republicana a última designação.⁷ A estes tornou-se tradicional associar os *cargos públicos*, organizados em carreiras e quadros. Os agentes em situação precária eram os *extranumerários*, aos quais se associavam *funções*, sem cargos correspondentes, distribuídos em séries e tabelas.⁸

A distinção entre servidores permanentes e temporários remonta aos primeiros anos do Império. Os temporários são mencionados já em leis das décadas de vinte e trinta do século XIX. Inicialmente, surge a designação de *agentes auxiliares*. Mas em Decreto de 18.5.1825, relativo aos escriturários da Contadoria da Marinha, encontra-se a referência aos “Praticantes do número e *extranumerários* da mesma Contadoria”.⁹

Essas duas categorias de servidores públicos podem ser detectadas nos diversos textos legais que, casuisticamente, a eles faziam referência. Não existia, porém, norma que buscasse sistematizar tal quadro.

Conforme Melo¹⁰, as bases da sistematização dos dois grupos foram lançadas pelo Decreto Legislativo 5.426, de 7.1.1928, que, alterando o Código de Contabilidade Pública, definiu o funcionário em âmbito federal:

“Serão para todos os efeitos considerados funcionarios publicos federaes, além dos já nomeados em virtude de leis e regulamentos anteriores, todos aqueles que exercerem funções permanentes de cargos federaes criados por lei e forem nomeados nos termos dos regulamentos expedidos de accôrdo com o disposto neste artigo”. (Art. 8.º, Parágrafo Único.)

O *caput* desse artigo determinou que o provimento nos “cargos públicos” deveria ser feito pelo Presidente da República, admitindo-se exceções a essa regra em relação aos “*mensalistas, diaristas e empregados subalternos nos serviços da União*”, cuja situação seria definida “*nos respectivos regulamentos*”.

Nos primeiros anos da República foram feitas muitas tentativas, sem sucesso, de estabelecer, num corpo legislativo unitário, as normas regentes da função pública.¹¹

⁷ Sobre a nomenclatura, cf. CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, 1967, p. 89-102.

⁸ TÁCITO, O Estatuto de 1952 e suas Inovações, *Revista de Direito Administrativo*, v. 34, 1953, p. 6.

⁹ MELO, Extranumerário, *Revista de Direito Administrativo*, v. 1, 1945, p. 347. SILVA, *op. Cit.*, p. 192-193.

¹⁰ MELO, *op. cit.*, p. 351.

O Decreto 19.770, de 19.3.1931, dispôs no art. 11, parágrafo único, que não se incluíam “*na classe de empregados: a) os empregados ou funcionários públicos, para os quais, em virtude da natureza de suas funções, subordinados a princípios de hierarquia administrativa, decretará o Governo um estatuto legal*”.

A Constituição de 1934 também espelha esse esforço de sistematização, sendo a primeira no Brasil a dedicar específica parte aos “*funcionários públicos*” (Título VII, arts. 168 a 173). Destaca-se o art. 170, que determinou: “*O Poder Legislativo votará o Estatuto dos Funcionários Públicos*”, devendo obedecer às normas contidas nos dez dispositivos em que se desdobrava o mesmo artigo.

Entre essas, fez-se registrar que “*o quadro dos funcionários públicos compreenderá todos os que exerçam cargos públicos, seja qual for a forma do pagamento*” (1.º) e que “*a primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas, e nos demais que a lei determinar, efetuar-se-á depois de exame de sanidade e concurso de provas ou títulos*” (2.º). Tais dispositivos, aliados ao art. 169, que previu a estabilidade dos funcionários públicos “*depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em geral, depois de dez anos de efetivo exercício*”, deixavam entrever a não uniformidade do regime a ser implantado. Mas, inequivocamente, exigia a sistematização das normas da função pública.

A Constituição de 1934 representou impulso decisivo na elaboração de um corpo sistematizado de normas relativas à função pública, cujas tentativas malogradas remontavam a trinta anos. Esses ensaios, contudo, possibilitaram preparar o terreno para a futura sistematização, elucidando aspectos até então pouco tratados.

Complementou-se o impulso da Carta de 1934 pela Lei 284, de 28.10.1936, que reajustou os vencimentos do funcionalismo civil da União e estabeleceu providências visando à organização da função pública. Em seu art. 51, estabeleceu:

“Os serviços públicos em geral e, especialmente, de natureza industrial, deverão ser constituídos por um núcleo reduzido de funcionários de quadro, que ocuparão as funções de maior responsabilidade. As funções auxiliares deverão ser executadas por pessoal extranumerário”.

¹¹ Para um levantamento dos vários projetos, cf. CAVALCANTI, *O Funcionário Público e seu Regime Jurídico*, 1946, p. 79-81. O autor parte do Projeto de Justiniano Serpa, apresentado em 1907, indo até a confecção do primeiro Estatuto federal. Cf. também CARNEIRO, *O Estatuto dos Funcionários e a Legislação Posterior*, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 1, 1945, p. 331.

Ainda em 1936 foi criado o Conselho Federal do Serviço Público Civil, que levou à frente, de imediato, a tarefa de elaborar o anteprojeto do Estatuto que, conforme notícia *Almeida Carneiro*, “já ia ser remetido ao Congresso, quando adveio a Constituição de 10 de novembro de 1937”.¹²

3. O Estatuto de 1939: orientação e legado

Foi na vigência da Carta de 1937 que, enfim, se chegou, por via ditatorial, à expedição do Decreto-lei 1.713, de 28.10.1939, contendo o denominado *Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União*.

A Constituição de 1937 previu no art. 156 a expedição do “*Estatuto dos funcionários públicos*”, fixando alguns preceitos a serem por ele obedecidos. Entre esses, o de que “*o quadro dos funcionários públicos compreenderá todos os que exerçam cargos públicos criados em lei, seja qual fôr a forma de pagamento*”.

Almeida Carneiro observa que, embora a Constituição utilizasse a genérica expressão “funcionários públicos”, sem defini-la ou restringi-la, no Estatuto de 1939 os servidores extranumerários restaram excluídos, uma vez que “*a interpretação consagrada foi de que por ‘funcionário público’, no sentido constitucional, não se poderia compreender os extranumerários, aos quais faltava o elemento caracterizador primordial, que é a natureza permanente do serviço*”. Conclui que: “*A fixação do conceito de funcionário público e a repulsa definitiva da tese contratual são os dois elementos nucleares do Estatuto...*”.¹³

Esses traços característicos essenciais que, a respeito do exercício permanente da função pública, haviam se formado até os anos trinta, serviram de base à confecção do primeiro Estatuto e passaram a conduzir a elaboração teórica da doutrina e da jurisprudência.

A tendência ao abandono de expressões outras, como *empregado público*, para designar o servidor permanente do Estado, torna-se marcante com o Estatuto de 1939. O termo *funcionário público* passa, desde então, a granjear cada vez mais a preferência da doutrina, da jurisprudência e do legislador. Mas foi somente a partir da década de sessenta que o termo *empregado público* encontra seu ocaso como sinônimo de funcionário público (regido por Estatuto próprio). Passa, então, a designar quase exclusivamente o

¹² CARNEIRO, *op. cit.*, p. 332.

¹³ CARNEIRO, *op. cit.*, p. 332.

servidor público regido pelo direito do trabalho, fenômeno que se inseriria na função pública em anos posteriores ao Estatuto de 1939.

Mas é útil observar que, no final dos anos sessenta, a doutrina ainda registrava o uso de ambas as expressões — funcionário e empregado público — para designar todos os servidores permanentes do estado. Cretella Júnior, por exemplo, com apoio em minucioso levantamento legal, registra em seu *Tratado*, de um lado, o indistinto uso das expressões *função*, *cargo* e *emprego* públicos; de outro, dos termos *funcionário*, *empregado* e *servidor*.¹⁴

Majoritariamente, porém, designa-se por *funcionário público*, a partir de 1939, a “*pessoa legalmente investida em cargo público*” (Estatuto de 1939, art. 2.º). Os *cargos públicos*, por sua vez, são definidos como “*os criados por lei, em número certo, com denominação certa e pagos pelos cofres públicos*” (Estatuto, art. 3.º). As definições da Lei de 1939 viriam, assim, a marcar as futuras elaborações doutrinárias, jurisprudenciais e legislativas.

A doutrina não poupou críticas à deficiência técnica dessas definições, principalmente porque nelas não se contêm características básicas que, no final dos anos trinta, já se haviam consolidado na definição de funcionário público, principalmente as de *permanência* na ocupação do posto e *estabilidade*.¹⁵

O *funcionário público* foi associado à ocupação de *cargo*, nos termos acima referidos. E a referência legal ao funcionário como pessoa *legalmente* investida em cargo público foi majoritariamente interpretada como vedação ao regime contratual no exercício permanente da função pública. O cargo foi associado, pois, a esse regime legal, no sentido de vínculo unilateral entre o estado e o funcionário, face ao qual àquele incumbiria estabelecer e modificar imperativamente o rol de direitos e deveres do funcionário. Ademais, o poder de alteração unilateral das condições de prestação de serviços era visto como fator excludente da correspondência entre direitos e deveres, os quais poderiam ser concebidos em “*relação de concomitância, ou paralelismo*”, mas não como condicionantes uns dos outros, tal como se encontra na relação contratual.¹⁶

Esses traços registrados no Estatuto de 1939 e assim interpretados majoritariamente pelos juristas, conforme a orientação das teorias unilateralistas de direito público, permanecem até hoje a determinar a teoria da função pública entre nós, não obstante as transformações verificadas desde então.

¹⁴ CRETELLA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 89-102.

¹⁵ CAVALCANTI, *op. cit.*, p. 97.

¹⁶ CIRNE LIMA, *Princípios de Direito Administrativo*, 1987, p. 164.

O Estatuto de 1939, apesar de ser endereçado, em sua totalidade, aos servidores civis da União e dos Territórios, estabeleceu no art. 1.º a extensão de sua aplicabilidade, no que coubesse, aos funcionários civis “*da Prefeitura do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios*”.

Dentro do processo centralizador característico do Estado Novo, não se satisfez o Governo Getúlio Vargas com esta extensão segundo a fórmula “no que couber”. Assim, em 20.2.1941 foi expedido o Decreto-lei 3.070, estabelecendo as normas obrigatórias na regulação do funcionalismo estadual e municipal. A mesma lei fixou que os estatutos a serem elaborados por Estados e Municípios deveriam ter os respectivos projetos submetidos à aprovação do Presidente da República, a fim de se manter a uniformidade, consoante a legislação da União.

No mesmo ano de 1941 foram promulgados, simultaneamente, na data consagrada aos funcionários públicos (28 de outubro), os Estatutos do funcionalismo dos então 20 Estados brasileiros. Todos, como seria esperável, quase cópias do Estatuto da União.¹⁷

4. A dicotomia estatutário/não estatutário e os extranumerários

Introduzira-se, então, no Brasil, regime jurídico próprio para os servidores permanentes, contido em texto legislativo único — o “estatuto legal” a que se referira o Decreto 19.770/1931, consagrador da dicotomia *funcionário estatutário/servidor não estatutário*. Estes eram excluídos da aplicação do Estatuto e regidos por normas próprias, que se vinham editando ao longo dos anos, processo incrementado na década de trinta.¹⁸

Destacam-se duas normas anteriores ao Estatuto de 1939. A Lei 284, de 28.10.1936, estabeleceu no art. 19, parágrafo único, que: “*O pessoal extranumerário, classificado em contratado, mensalista, diarista e tarefeiro, será admitido na forma da legislação que vigorar de acordo com a natureza e necessidade dos serviços a serem executados e pelo prazo que for indispensável*”.

O Decreto-lei 240, de 4.2.1938, com 68 artigos, dispôs “sobre o pessoal extranumerário e o pessoal de obras”. Constituiu-se no primeiro diploma legal sistematizado para os extranumerários. No art. 2.º previu: “*O pessoal extranumerário será sempre admitido ou reconduzido a título precário, com funções determinadas e salário fixado dentro dos limites das dotações orçamentárias próprias da verba pessoal, parte variável*”.

¹⁷ Cf. OURO PRETO, *op. cit.*, p. 341-346.

¹⁸ Para um levantamento destas várias normas, cf. MELO, *op. cit.*, p. 347-355.

O art. 3.º estabeleceu as quatro modalidades de extranumerários: *contratado*, *mensalista*, *diarista* e *tarefeiro*. Nos Capítulos II a IV (arts. 8.º a 37), definiu-se e regulou-se cada uma destas figuras.

Contratado era “o admitido, mediante a assinatura de um contrato bilateral, registrado no Tribunal de Contas, para o desempenho de função reconhecidamente especializada, e para a qual, a critério da Comissão de Eficiência, não haja nos quadros do funcionalismo pessoa devidamente habilitada e disponível na respectiva lotação” (art. 8.º).

Mensalista era “o admitido mediante portaria do Ministro de Estado para suprir temporariamente deficiência dos quadros do funcionalismo” (art. 16, *caput*).

Diarista definiu-se como “o admitido pelo diretor da repartição para o desempenho de funções auxiliares ou transitórias” (art. 27).

Tarefeiro era “a pessoa admitida pelo diretor da repartição para o trabalho de determinadas funções e que percebe salário na base da produção por unidade” (art. 35).

Quanto ao *peçoal para obras*, definiu-se no art. 38 e parágrafo único que ele não estaria classificado entre os extranumerários e seu pagamento correria “à conta da verba de obras”.

Diplomas legais posteriores estabeleceram outros direitos em favor dos extranumerários, tais como a readmissão, reversão, licenças e férias para diaristas e tarefeiros.

A extensão de direitos resultava, em meados dos anos quarenta, grande similitude de regimes jurídicos dos funcionários permanentes e do *peçoal* extranumerário. Carvalho e Melo observava à época que: “Excluída a estabilidade, que é peculiar ao funcionário, (...) tudo mais, com as indispensáveis adaptações, vem sendo assegurado ao *peçoal* extranumerário”.¹⁹

5. Sindicalização e greve no período anterior à CLT

Quanto aos aspectos de direito sindical, o Decreto 24.694, de 7.7.1934, no art. 4.º, já havia proibido a sindicalização de funcionários públicos. O parágrafo único ressaltava não serem considerados funcionários públicos “os empregados manuais, intelectuais e técnicos de empresas agrícolas, industriais e de transporte, a cargo da União, dos Estados e dos Municípios”.

¹⁹MELO, *op. cit.*, p. 358. Cf. também p. 355-358.

A Constituição de 1934 não fez referência específica à sindicalização e à greve na função pública. Garantiu genericamente, porém, no capítulo referente aos direitos e garantias individuais, a “*liberdade de associação para fins lícitos*” (art. 113, n.º 12). No título relativo à ordem econômica e social, previu o reconhecimento dos sindicatos e associações profissionais, assegurando “*a pluralidade e a completa autonomia dos sindicatos*” (art. 120).

A Carta de 1937 declarou no art. 138 ser “livre” a associação profissional ou sindical, embora no mesmo dispositivo consagrasse o sindicato “*reconhecido pelo Estado*” como o único a ter o “*direito de representação legal*” das respectivas categorias. A greve foi declarada, juntamente com o *lock out*, como “*recursos anti-sociais*” e, portanto, ficaram ambos vedados, em relação a todos os setores profissionais e econômicos.

O Decreto-lei 240/1938 proibiu expressamente a sindicalização ao pessoal extranumerário (art. 62).

O Decreto-lei 1.402, de 5.7.1939 proibiu a sindicalização dos servidores do Estado e os das instituições paraestatais, indistintamente (art. 53).

O Estatuto de 1939 reafirmou a proibição de greve aos funcionários públicos (art. 226).

6. O advento da CLT e os servidores públicos

Em 1.5.1943 foi expedido o Decreto-lei 5.452, que aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Em sua redação original, excluiu de sua aplicação os “*servidores públicos do Estado e das entidades paraestatais*”, os “*servidores de autarquias administrativas cujos empregados estejam sujeitos a regime especial de trabalho, em virtude de lei*” e os “*empregados das empresas de propriedade da União Federal, quando por estas (sic) ou pelos Estados administradas, salvo em se tratando daquelas cuja propriedade ou administração resultem de circunstâncias transitórias*” (art. 7.º, c, d, e).

O texto original da CLT proibiu a sindicalização dos “*servidores do Estado e (...) das instituições paraestatais*” (art. 566).

Observe-se que, em função do disposto no art. 7.º, d, a CLT já admitia, *a fortiori*, a existência, nas autarquias, de empregados sujeitos ao regime não “especial” de trabalho, vale dizer, ao regime geral aplicável aos trabalhadores do setor privado.

O Decreto-lei 8.616, de 10.1.1946, cuidou de dispor “sobre o pessoal das autarquias e órgãos paraestatais”²⁰, que ficou sujeito à “legislação própria da autarquia ou órgão paraestatal, ou, quando omissa essa, pelas normas expedidas pelos órgãos controladores próprios” (art. 2.º).

O art. 3.º estabeleceu que, além do pessoal referido no art. 2.º, poderiam estas entidades “admitir, para serviços de natureza tipicamente privada, que funcionem sob sua direção, pessoal que ficará sujeito, no que couber, à legislação do trabalho...”.

7. A Constituição de 1946

A Constituição de 1946 dedicou o Título VIII (art. 184 a 194) aos “funcionários públicos”. Ao contrário das Cartas de 1934 e 1937, silenciou quanto à obrigatoriedade de se estabelecer o “estatuto dos funcionários”. Mas considerou-se que o Estatuto de 1939 foi recepcionado na nova ordem jurídica instaurada pelo Texto de 1946, bem como a figura dos extranumerários, tendo em vista a ausência de dispositivos constitucionais que lhes fossem contrários.

Quanto aos extranumerários, o art. 23 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determinou que os exercentes de funções de caráter permanente, que o faziam há mais de cinco anos ou em virtude de concurso ou prova de habilitação, ficavam “equiparados aos funcionários, para efeitos de estabilidade, aposentadoria, licença, disponibilidade e férias”. Essa determinação, na verdade, constitucionalizou tendência que se registrava havia alguns anos, ou seja, a da equiparação, em vários aspectos, entre o funcionário e o extranumerário. Anteriormente, haviam sido estendidos ao extranumerário a aposentadoria (Decreto-lei 3.768, de 28.10.1941); normas do Estatuto de 1939 atinentes aos deveres, à ação disciplinar, à transferência, à readmissão e à reversão (Decreto-lei 5.157, de 7.1.1943); concessão de licenças e férias (Decreto-lei 6.631, de 27.7.1944); concessão de diárias (Decreto-lei 7.502, de 30.4.1945); permissão de exercício de cargo

²⁰ O vocábulo *paraestatal*, difundido no Brasil a partir do Estado Novo, surgiu como neologismo da legislação italiana da época do fascismo (*paraestatale*). Nem na Itália, nem no Brasil, logrou-se alcançar entendimento pacífico sobre seu significado, o que a tornou de escassa utilização nos dias atuais. *Paraestatal* é expressão geralmente remetida às entidades da Administração Indireta ou que exerçam atividades de utilidade pública ou interesse social, vinculados em maior ou menor grau ao Estado. Por vezes, como o faz o Decreto-lei 8616/1946, excluem-se do seu espectro as autarquias. Segundo *Cretella Júnior*: “Para alguns, paraestatal é toda entidade de natureza privada que caminha paralelamente ao Estado, embora possa realizar serviços públicos ou de utilidade pública. Para outros, é sinônimo quase perfeito de autarquia: é autarquia que tem vinculação mais estreita com o Estado”. (*Dicionário de Direito Administrativo*, 1972, p. 224.)

de provimento em comissão (Decreto-lei 9.166, de 12.4.1946) e concessão de auxílio-funeral (Decreto-lei 9.400, de 21.7.1946).

O mesmo art. 23 do Ato das Disposições Transitórias da Carta de 1946 efetivou os interinos que, na data da promulgação desse Ato, contavam com, pelo menos, cinco anos de exercício.²¹

8. O Estatuto de 1952

Em 28.10.1952 foi promulgado o novo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Lei 1.711/1952).

A nova Lei definiu no art. 2.º o *funcionário* como “*pessoa legalmente investida em cargo público*” e *cargo público* como “*o criado por lei, com denominação própria, em número certo e pago pelos cofres da União*”. A nomeação para o cargo foi prevista nas modalidades “*em caráter vitalício*”, “*em caráter efetivo*”, “*em comissão*” ou “*interinamente*” (art. 12).

O regime jurídico do novo Estatuto foi estendido aos extranumerários amparados pelo art. 23 das Disposições Transitórias da Constituição de 1946 e “*aos demais extranumerários, aos servidores das autarquias e aos serventuários da Justiça, no que couber*” (art. 252).

Quanto aos abarcados pelo referido art. 23, suas funções passaram “*como cargos, a integrar quadros especiais extintos, suprimindo-se as funções correspondentes*” (art. 257, *caput*). Os demais extranumerários foram mantidos na situação em que se achavam, determinando-se, porém, ao Executivo, o dever de “*apresentar no prazo de 12 (doze) meses nova codificação, regulando as relações entre extranumerários e o Estado*” (art. 257, § 2.º, do Estatuto). A desejada codificação, porém, não veio.

9. Expansão dos servidores de regime trabalhista nos anos cinquenta a setenta

A Lei 1.890, de 13.6.1953, marcaria o primeiro passo na introdução da legislação trabalhista comum no âmbito da função pública. Essa lei determinou no art. 1.º a aplicação de diversos dispositivos da CLT aos “*mensalistas e diaristas da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios, dos Municípios e das entidades autárquicas, que trabalharem nas suas organizações econômicas comerciais ou*

²¹ *Interinos* eram os que, embora ocupando cargo público, não o faziam em caráter efetivo, sendo nomeados para preencher transitoriamente vagas ou em substituição ao seu titular, quando em férias ou licença. Cf. CAVALCANTI, *op. cit.*, p. 343.

industriais em forma de empresa e não forem funcionários públicos ou não gozarem de garantias especiais”.

Como observa *Pinto da Silveira*: “Obviamente, a Lei n.º 1.890, de 1953, não atingiu as suas finalidades no serviço federal, porque já encontrou o pessoal a que se destinava perfeitamente equiparado aos funcionários públicos”.²²

No mesmo ano, o Decreto 34.395, de 28.10, regulamentando o art. 252, II, da Lei 1.711/1952, estendeu aos extranumerários da União grande parte do regime jurídico dos funcionários públicos civis federais.

A Lei 3.483, de 8.12.1958, equiparou determinados empregados, admitidos à conta de certas dotações arroladas no seu art. 1.º, aos extranumerários mensalistas da União, desde que contassem ou viessem a contar cinco anos de exercício. Já o seu art. 3.º caminhou em orientação divergente, ao dispor que o pessoal de obras, destinado à execução de trabalho temporário, ficaria sujeito ao regime da CLT, estranhamente “inclusive para efeito de estabilidade no respectivo emprego”.

A Lei 3.780, de 12.7.1960, tentou sistematizar os servidores públicos em duas categorias: de um lado, os funcionários públicos, ocupantes de cargos de provimento efetivo ou em comissão (art. 2.º), regidos pelo Estatuto de 1952 e legislação complementar; de outro, o “pessoal temporário e de obras”, sujeito “ao regime de emprego” previsto na CLT e legislação peculiar a tal regime (art. 24). Previu ainda o provimento em caráter *interino* dos cargos efetivos, por “necessidade imperiosa de serviço”, fixando-se o prazo máximo de um ano para a interinidade.

Mais uma vez, no entanto, a tentativa de sistematizar o regime jurídico dos servidores públicos e dar fim aos abusos da Administração na área de pessoal não passou de intenção do legislador. Continuou a ocorrer a admissão ilegal de servidores, simplesmente pagos mediante recibo, mas sem se ater aos critérios da Lei 3.780/1960 e tampouco garantindo-se a esses servidores os direitos trabalhistas. Reiteradamente — e com acerto — a Justiça do Trabalho reconheceu na situação desses servidores “recibados” a relação de emprego, a eles determinando a aplicação da legislação trabalhista como forma de amparar-lhes minimamente.

O Decreto-lei 200, de 25.2.1967, previu a contratação, regida pela legislação trabalhista, de técnicos especializados, para prestar serviços à administração direta e autarquias (art. 96) e de consultores técnicos e especialistas, temporariamente (art. 97).

²² SILVEIRA, A Legislação Trabalhista Como Regime Jurídico do Funcionário Público, *Revista do Serviço Público*, a. XXI, v. 100, n.º 1-2, 1968, p. 43.

Permitiu, ainda, a contratação de trabalhadores eventuais, sem vínculo empregatício (art. 111).

Sobreveio então a Constituição de 24.1.1967, com Seção dedicada aos “funcionários públicos” (art. 95 a 106). Tal como a Carta de 1946, também não fez referência ao “estatuto” dos servidores ou funcionários, apenas fixando as normas básicas a estes aplicáveis. No art. 104 determinou aplicar-se “*a legislação trabalhista aos servidores admitidos temporariamente para obras, ou contratados para funções de natureza técnica ou especializada*”.

O Texto Constitucional outorgado em 1969 (chamado “Emenda Constitucional” n.º 1, de 17.10) pouco alterou as normas da Carta de 1967 relativas aos servidores. Uma das modificações foi excluir a determinação contida no art. 104 do Texto anterior, para estabelecer, no novo art. 106, a previsão de lei especial para os “*servidores de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada*”; lei que, como já registrado, jamais sobreveio na órbita federal e na generalidade dos Estados e Municípios.

Para a União, o Distrito Federal e os Territórios, o Texto de 1969 previu a definição, em lei federal, de iniciativa exclusiva do Presidente da República, do “*regime jurídico dos servidores públicos*” (art. 109, I). A mesma lei deveria estabelecer “*a forma e as condições de provimento dos cargos públicos*” e “*as condições para aquisição da estabilidade*” (art. 109, II e III), embora os parâmetros gerais já estivessem previstos no texto Constitucional. Também essa lei não foi elaborada e permaneceram em vigor a Lei 1.711/1952 e demais normas recepcionadas no novo ordenamento jurídico.

Em 1974 surgiu a Lei 6.185, de 11.12, dispondo “*sobre os servidores públicos civis da Administração Federal Direta e Autárquica, segundo a natureza jurídica do vínculo empregatício*”. Essa Lei representou clara opção pelo regime da legislação trabalhista na função pública federal, consagrando-se a tendência que, na prática, desde os anos cinquenta, vinha sendo desenhada.

Em seu art. 1.º, a Lei 6.185/1974 dispôs que: “*Os servidores públicos civis da Administração Federal Direta e Autárquica reger-se-ão por disposições estatutárias ou pela legislação trabalhista em vigor*”.

No art. 2.º determinou que as “disposições estatutárias” (“na forma do art. 109 da Constituição Federal”), seriam aplicáveis às “*atividades inerentes ao Estado como Poder Público, sem correspondência no setor privado, compreendidas nas áreas de Segurança*”

Pública, Diplomacia, Tributação, Arrecadação e Fiscalização de Tributos Federais e contribuições previdenciárias, e no Ministério Público”.

O art. 3.º prescreveu: “*Para as atividades não compreendidas no artigo precedente só se admitirão servidores regidos pela legislação trabalhista, sem os direitos de greve e sindicalização, aplicando-se-lhes as normas que disciplinam o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço*”.

Ademais, previu o art. 4.º a possibilidade de os “funcionários públicos estatutários” optarem pelo regime trabalhista, mas a “*juízo do Poder Executivo, nos casos e condições que especificar*”.

O efeito da Lei 6.185/1974 foi aumentar ainda mais o número de servidores regidos pela legislação trabalhista — os ditos “celetistas” —, que se tornaram muito mais numerosos que os regidos por Estatuto próprio — os chamados “estatutários”.

Tornou-se comum, então, a referência aos regimes *estatutário* e *celetista*, havendo ainda a previsão do regime da lei especial referida no art. 106 do Texto de 1969, que, para alguns, seria também norma de direito do trabalho, enquanto para outros, haveria a criação de um “terceiro regime”, que alguns sugeriram dever apresentar-se como *contrato administrativo de trabalho*.²³

10. A Constituinte de 1987/1988 face à problemática dos servidores públicos

Era essa, em linhas gerais, a situação com que se deparou o Legislador Constituinte de 1987/1988. Desde a década de sessenta o incremento do regime da legislação trabalhista na função pública levou a que a maioria dos servidores da Administração Pública direta e autárquica se tornasse composta de agentes regidos pelo direito do trabalho.

Um dos fatores que contribuíram para o grande aumento dos servidores “celetistas” foi o fato de que os administradores, ao contratarem sob regime trabalhista, ficavam — conforme o entendimento que se formou sobre o tema — isento de deveres tais como o de realização de prévio concurso para admissão, o de limitação numérica legal dos cargos, de fixação legal da remuneração e de reconhecimento da estabilidade.

Muito embora o afastamento de todos esses deveres da Administração fosse — como a alguns pareceu — incompatível com as noções de República e igualdade de todos perante a lei, o fato é que acabou por ser aceito, deixando os administradores de mãos

²³ A respeito, cf. DUTRA, Pedro Paulo de Almeida. Servidores Públicos não Funcionários. *Revista de Direito Público*, n. 31, p. 59-63, set./out. 1974.

livres para instaurar como hábitos o empreguismo no poder público e a sua transformação em instrumento de realização de interesses pessoais ou partidários.

Esse foi um dos males apontados contra o regime trabalhista e argumento em prol da sua extinção no setor público. O mal, no entanto, não estava no regime em si, mas na interpretação do sistema jurídico. Alegava-se — como ainda costuma se fazer hoje — que, ao contratar sob as normas do direito do trabalho, o estado “igualava-se ao particular” e que tais normas não previam o concurso público e nem outras limitações próprias do direito administrativo. Contudo, tal raciocínio parte da legislação trabalhista ordinária, olvidando a supremacia da Constituição e seus princípios. Conseqüentemente, subordina-se a leitura e a aplicação da Constituição ao disposto na lei ordinária, quando o contrário é que se deveria observar.

A Constituição de 1946 e mesmo os Textos de 1967 e 1969 — estes editados por regime ditatorial — diziam-se instituidores de um Estado de Direito e, mais ainda, republicano. A impessoalidade no exercício do poder deveria ser, portanto, princípio a guiar a inteligência e aplicação da legislação ordinária. Assim, o fato de a administração pública admitir servidores pelo regime trabalhista não transformava os empregos em “propriedades” dos exercentes do poder. Logo, a tese da exclusão do concurso público encontrava-se em dissonância com as normas constitucionais de então. Não obstante, foi o que prevaleceu.

Por outro lado, a existência de diferentes regimes jurídicos de pessoal levou à sua adoção assistemática e carente de critérios objetivos e racionais, o que não se deveu à legislação, pois esta buscou estabelecer perfil sistemático e racional na aplicação dos diversos regimes. Mais uma vez, neste aspecto, o que se verificou foi — com boas ou más intenções — a incorreta aplicação da lei, ou, simplesmente, a sua não aplicação.

Isto levou à existência, na função pública, de servidores que, exercendo funções idênticas ou assemelhadas, prestando serviços para a mesma pessoa ou no mesmo órgão, eram regidos por normas diferentes. A inobservância da isonomia acarretou a reivindicação das entidades representativas dos servidores, além do reclamo dos administradores públicos interessados em pôr fim à desorganização e à falta de critérios na regulação jurídica da função pública, no sentido de se implantar regime jurídico único para o pessoal do setor público, o que seria alcançado pela Constituição de 1988.

Antes, porém, foi feita no Governo Sarney a tentativa de estabelecer, no bojo de proposta de reforma administrativa mais ampla, nova regulamentação dos servidores públicos civis federais. Esta Reforma, instaurada por comando do Decreto 91.309, de

4.6.1985, e levada a efeito pela Comissão Geral da Reforma Administrativa, teve como um dos objetivos reordenar a função pública federal. Foi elaborado *Anteprojeto de Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União*, tendo como uma das suas diretrizes, fixadas pelo Plenário da Comissão Geral, o da *isonomia geral* entre os servidores.

O Anteprojeto, elaborado a partir de texto concebido pelo Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP), apresentava novo Estatuto, destinado a substituir o de 1952. Também os servidores trabalhistas seriam integrados ao novo diploma legal, mas o seu art. 177 projetava a remissão desse processo para lei especial, justificando-se esta decisão, conforme as palavras do então Ministro da Administração, Aluizio Alves, por se revelar o assunto de “*grande complexidade*” e pela “*correlação com as áreas de competência de outros órgãos e entidades públicas*”. Vale registrar, ainda, a inclusão expressa das autarquias no âmbito de aplicação do novo Estatuto projetado.²⁴

O texto do Anteprojeto, no entanto, não chegou a ser objeto de discussão parlamentar, eis que, com a instalação da Assembléia Nacional Constituinte em 1987, o tema passou a ser também matéria de deliberação nesse fórum.

11. A Constituição de 1988 e a polêmica em torno do regime jurídico único

Em sua redação originária, a Constituição de 1988²⁵ determinou, no art. 39, a instituição do chamado *regime jurídico único de pessoal*, nos seguintes termos:

“*A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas*”.

Promulgada a Constituição de 1988, verificou-se na doutrina o dissenso quanto à interpretação do art. 39, tornando-se polêmica a determinação da natureza do regime jurídico único a ser implantado.

As discussões tiveram por referência, em regra, os dois regimes que se desenvolveram na função pública brasileira a partir dos anos cinqüenta: os chamados *estatutário* e *celetista*. Há quem levante ainda a hipótese da adoção de um *terceiro regime*

²⁴ Cf. BOMFIM, *O Novo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União*, 1990, p. 5-62.

²⁵ As regras básicas da função pública encontram-se, na Constituição de 1988, concentradas nas Seções II (*Dos Servidores Públicos Civis*) e III (*Dos Servidores Públicos Militares*, na redação original; com a redação da Emenda Constitucional 18, de 5.2.1998, *Dos Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios*) do Capítulo VII (*Da Administração Pública*) do Título III (*Da Organização do Estado*). Em outras partes do Texto Constitucional, porém, principalmente nas *Disposições Gerais* (Seção I) do mesmo Capítulo relativo à Administração, encontram-se outras normas aplicáveis aos servidores públicos.

jurídico, mas sem esclarecer os seus traços básicos. *Rigolin*, por exemplo, menciona esta possibilidade, chamando a esse terceiro regime de “inédito”, tendo como limites os mesmos dos outros dois: a obediência às normas constitucionais, comuns a qualquer regime que se venha a elaborar.²⁶

Para alguns autores, o regime jurídico não teve sua natureza estabelecida pela Constituição. Deixou-se aos entes estatais, em todas as esferas de Governo, a determinação da natureza do regime, que poderia ser de direito público (estatutário) ou de direito privado (trabalhista) ou, ainda, para outros, um terceiro tipo.

Caso fosse adotado o regime estatutário, cada ente político (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) seria competente para estabelecer, por legislação própria, as normas aplicáveis aos seus respectivos servidores. A adoção do regime trabalhista implicaria, para Estados, Municípios e Distrito Federal, a sujeição às normas elaboradas pela União, uma vez que somente esta tem competência para legislar sobre direito do trabalho (art. 22, I, CF). Os demais entes políticos poderiam, portanto, *adotar* o regime trabalhista, mas seu *conteúdo* seria estabelecido por normas federais. Já o chamado *terceiro regime* seria também instituído por lei de cada ente estatal.²⁷

Entre os defensores da possibilidade de escolha do regime a ser adotado como único para os servidores públicos estavam, entre outros, além do já citado *Rigolin*, *Toshio Mukai*, *Di Pietro* e *Antônio Álvares da Silva*.²⁸

Na corrente contrária, defendendo a natureza exclusivamente estatutária do regime único, incluíam-se nomes como os de *Adilson Dallari*, *Lúcia Valle Figueiredo*, *Diogo de Figueiredo Moreira Neto*, *Antônio Augusto Anastasia* e *Carlos Motta*.²⁹

Gasparini, que antes defendera a tese da possibilidade de escolha da natureza do regime, aderiu em seguida à corrente estatutária.³⁰

Posição diferenciada foi defendida na doutrina por *Celso Antônio Bandeira de Mello*, que fez leitura mais flexível do art. 39 CF.

²⁶ RIGOLIN, *O Servidor Público na Constituição de 1988*, 1989, p. 120.

²⁷ RIGOLIN, *op. cit.* (n. 321), p. 120.

²⁸ MUKAI, *Administração Pública na Constituição de 1988*, 1989, p. 62. DI PIETRO, *Direito Administrativo*, 1990, p. 311. SILVA, *Os Servidores Públicos e o Direito do Trabalho*, 1993, p. 42-57.

²⁹ DALLARI, *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, 1990, p. 46-50. FIGUEIREDO, FIGUEIREDO, *Curso de Direito Administrativo*, 1994, 386-388. MOREIRA NETO, *Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos na Constituição de 1988*, 1990, p. 33-52. ANASTASIA, *Regime Jurídico Único do Servidor Público*, 1990, p. 56-76. MOTTA, *O Novo Servidor Público*, 1990, p. 35-41.

³⁰ GASPARINI, *Direito Administrativo*, 1992, p. 147-150.

Conforme seu pensamento, o regime jurídico não teria de ser necessariamente igual para todos os servidores de todas as pessoas componentes da administração direta, autárquica e fundacional. Poderia haver servidores regidos por normas estatutárias e outros, sujeitos à lei trabalhista, desde que, compondo esse conjunto de regras um regime, seja ele uniformemente aplicável em todos os entes mencionados no art. 39 CF, dentro de cada esfera política.³¹

Como fundamento, alegou o autor que as várias referências a “cargos e empregos” na parte permanente do Texto Constitucional impossibilitam que se chegue à conclusão de estar o regime trabalhista excluído da Administração Pública. Exemplos são os art. 51, IV e 52, XIII, que estabelecem a hipótese de “criação”, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado, de “empregos (...) de seus serviços”, e o art. 61, § 1.º, II, a, tratando da iniciativa privativa do Presidente da República quanto à leis que disponham sobre “criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração”.³²

Ao admitir, no entanto, a convivência de servidores regidos por estatuto próprio (que chama também de “regime de cargo”), ao lado de outros, destinatários de normas trabalhistas (ou “regime de emprego”), procurou o autor traçar limites à aplicação de um e outro tipo de normas conforme a natureza dos serviços a serem prestados.

O regime estatutário deveria ser o “regime normal dos servidores públicos civis”, pelo fundamento de que “este (ao contrário do regime trabalhista) é o concebido para atender peculiaridades de um vínculo no qual não estão em causa tão-só interesses laborais, mas onde avultam interesses públicos básicos, visto que os servidores são os próprios instrumentos da atuação do Estado”.³³

³¹ “Seu intento [do art. 39, CF] foi evitar que pudesse existir, na mesma esfera governamental, um regime de pessoal para a administração direta, outro para a autarquia tal, outro para a autarquia qual, outro ainda para a fundação ‘A’ e mais outro para a fundação ‘B’, como vinha ocorrendo. Assim, o que impôs foi que, em cada esfera de governo, a administração direta, as autarquias e fundações públicas tivessem, entre si, uma uniformidade no regime dispensado ao pessoal; um ‘regime único’ para as três, ou seja, um só, um mesmo, para quaisquer delas no que concerne ao pessoal, mas não necessariamente igual para todos os servidores”. BANDEIRA DE MELLO, C. A., *Curso de Direito Administrativo*, 1996, p. 156-157.

³² Nem se poderia argumentar — afirmou Bandeira de Mello — que tais empregos estariam ligados à hipótese de contratação temporária do art. 37, IX, prevista para suprir necessidade excepcional. Ocorre que esta contratação “visa atender a eventualidades, a situações imprevistas, emergenciais, que devem ser socorridas de imediato”, não fazendo sentido pensar-se em “criação”, por atos normativos ou legais, de tais “empregos” e aumento de sua remuneração, visto não se poder saber antecipadamente quais seriam necessários e em que quantidade. Cf. BANDEIRA DE MELLO, C. A., *Curso de Direito Administrativo*, 1996, p. 156-158.

³³ BANDEIRA DE MELLO, C. A., *Curso de Direito Administrativo*, 1996, p. 154-155.

A legislação trabalhista poderia ser aplicada aos servidores ocupados em atividades “que — mesmo desempenhadas sem as garantias específicas do regime de cargo — não comprometeriam os objetivos (já referidos) em vista dos quais se impõe o regime de cargo como sendo o normal, o prevalente”. Estas atividades correspondem “à prestação de serviços materiais subalternos, próprias dos serventes, motoristas, artífices, jardineiros etc., pois o modesto âmbito da atuação destes agentes não introduz riscos para a impessoalidade da ação do Estado em relação aos administrados, caso lhes faltem as garantias inerentes ao regime de cargo”.³⁴

A concepção de Bandeira de Mello ganharia adeptos junto ao Supremo Tribunal Federal. O tema foi ali discutido quando do julgamento da Ação de Inconstitucionalidade (ADI) 492-DF, proposta pelo Procurador Geral da República contra o art. 240, alíneas *d* e *e*, da Lei 8112, de 11.12.1990, instituidora do regime único dos servidores federais.

Para fundamentar seu entendimento de que a natureza necessariamente estatutária do regime único, acolhida pela Lei, implicava na inconstitucionalidade dos referidos dispositivos, que previam os direitos de negociação coletiva e de ajuizamento de dissídios na Justiça do Trabalho, e ao mesmo tempo coaduná-la com as várias referências a *empregos públicos* do Texto Constitucional, os Ministros *Carlos Mário Velloso* (relator)³⁵ e *Ilmar Galvão* externaram suas posturas com base em *Bandeira de Mello*. Essa linha de fundamentação não foi expressamente abordada, mas também não foi contestada por qualquer dos demais julgadores, à exceção do Ministro *Marco Aurélio*, que defendeu a tese de que o regime estatutário, em sua concepção tradicional, fora afastado pela Constituição de 1988, em prol de regime necessariamente bilateral.

12. A EC 19/1998 e o fim da obrigatoriedade do regime único

³⁴ Em conseqüência, afirma: “*União, Estados, Distrito Federal e Municípios, adstritos apenas às disposições constitucionais sobre servidores públicos, legislarão cada qual para os servidores das respectivas órbitas e decidirão, livremente, se pretendem adotar exclusivamente o regime de cargos ou se instituirão empregos para as atividades materiais subalternas. O que não poderão fazer, sem afrontar a Lei Magna, é deixar de acolher o regime de cargos como regra geral ou instituir o regime de emprego para atividades que não o comportem*”. BANDEIRA DE MELLO, C. A., *Curso de Direito Administrativo*, 1996, p. 156.

³⁵ O relator assim se expressou “... *os servidores que podem ser admitidos pela Consolidação das Leis do Trabalho — e o Professor Celso Antônio chama a atenção para esse caso — evidentemente não estarão no Regime Único. São os contratados para obras públicas, os que exercem funções puramente materiais; serão servidores da União Federal, das autarquias, das fundações públicas federais sob regime contratual, que terão seus dissídios julgados, evidentemente, pela Justiça do Trabalho*”. Disponível em: <http://stf.gov.br>, acesso em 28.5.2007.

Eleito em 1994, o Governo Fernando Henrique Cardoso enviou ao Congresso Nacional a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 173-A/1995, conhecida como “Emenda da Reforma Administrativa”, pela qual se pretendia, entre outras mudanças, extinguir o regime único dos servidores públicos.

A PEC sofreu alterações que, ao final, resultaram na Emenda Constitucional 19, de 4.6.1998, a qual deu ao art. 39 a redação hoje vigente:

“A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes”.

O fim da obrigatoriedade do regime único insere-se na chamada *reforma do aparelho do Estado*, segundo o jargão adotado à época pelo Governo Federal. Em termos gerais, um dos vetores básicos da reforma é afastar, em grande parte, a *administração burocrática*, tida como fortemente prestigiada pela redação original da Constituição de 1988 e caracterizada por *“controles rígidos dos processos, como por exemplo na administração de pessoal, nas compras e no atendimento a demandas”*. Em seu lugar, a proposta é a de instituir a *administração gerencial* que, inspirada no setor privado, tem como traços essenciais a definição de metas para o administrador público; a autonomia do administrador na gestão dos recursos humanos, materiais e financeiros que lhe foram colocados à disposição e, em contrapartida, o controle ou cobrança *a posteriori* dos resultados.³⁶

A reforma afirmou inserir-se no caminho pretendido pelo Decreto-lei 200/1967, que, se na prática não logrou todos os seus objetivos, *“constitui um marco na tentativa de superação da rigidez burocrática, podendo ser considerada como um primeiro momento da administração gerencial no Brasil”*. Diante dele, a Constituição de 1988 é qualificada como *“um retrocesso burocrático sem precedentes”*, do qual a obrigatoriedade de regime jurídico único para os servidores civis é considerada um dos elementos básicos. Entre outros problemas, *“retirou da administração indireta a sua flexibilidade operacional, ao atribuir às fundações e autarquias públicas normas de funcionamento idênticas às que regem a administração direta”*.³⁷

Por isto, propôs-se *“o fim da obrigatoriedade do regime único, permitindo-se a volta de contratação de servidores celetistas”*. Para a escolha do regime, poder-se-á

³⁶ BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*, 1995, p. 20-23.

³⁷ BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, *op. cit.*, p. 26-28.

atentar para a natureza das carreiras: “... elas podem ser classificadas em carreiras de Estado, formadas principalmente por servidores estatutários no núcleo estratégico do Estado, e carreiras de empregados celetistas, utilizadas na administração indireta e nos serviços operacionais, inclusive no núcleo estratégico”. O núcleo estratégico é definido da seguinte forma: “Corresponde ao governo, em sentido lato. É o setor que define as leis e as políticas públicas, e cobra o seu cumprimento. É portanto o setor onde as decisões estratégicas são tomadas. Corresponde aos Poderes Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público e, no Poder Executivo, ao Presidente da República, aos ministros e aos seus auxiliares e assessores diretos, responsáveis pelo planejamento e formulação das políticas públicas”.³⁸

13. Desdobramentos da EC 19/1998

Alterada a redação do art. 39 CF, tratou-se, no plano federal, de reintroduzir o regime trabalhista, com a aprovação da Lei 9.962, de 22.2.2000.

Importante salientar que, diferentemente do que ocorrera na vigência de Constituições pretéritas, marca-se no Brasil, a partir da Carta de 1988, concepção do emprego público mais adequada ao Estado de Direito. Isso se deve, em parte, ao prestígio alcançado pelos princípios constitucionais da administração pública, tais como a impessoalidade e a moralidade. Mas, por outra parte, foi necessária a explicitação de certas regras, como a exigência do concurso público para provimento de “emprego público”, previsto no art. 37, II, CF.

Em consequência, a Lei 9.962/2000 reflete essa renovada concepção, ao prescrever a criação dos empregos públicos por leis específicas (art. 1.º, § 1.º) e a necessidade de observância de critérios impessoais para desfazimento do vínculo empregatício (art. 3.º). Infelizmente, o parágrafo único do art. 3.º destoou nesse aspecto, ao prever que os procedimentos impessoais de rescisão unilateral dos contratos de trabalho podem ser excluídos “nas contratações de pessoal decorrentes da autonomia de gestão de que trata o § 8.º do art. 37 da Constituição Federal”. A inconstitucionalidade desse dispositivo é patente, na medida em que supõe que os contratos de gestão objeto do § 8.º do art. 37 CF teriam o superpoder de afastar até mesmo a aplicação dos princípios constitucionais da administração pública, entre eles, os de legalidade, impessoalidade e moralidade. Mas o referido § 8.º, tal como as demais normas constitucionais, não tem esse condão de apresentar-se como “supernorma”. Ademais, trata-se de regra oriunda do poder

³⁸ BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, *op. cit.*, p. 63 e segs.

constituente derivado, que não pode, portanto, pretender afastar normas que — tais como os princípios do art. 37, *caput* — constituem, para os cidadãos, direitos ou garantias fundamentais (CF, art. 60, § 4.º, IV).

Aspecto problemático é que a Lei 9.962/2000 não apontou as espécies de atividades para as quais se adotaria o regime trabalhista, tampouco estabeleceu qualquer critério geral para tanto.

Sobreveio a Lei Federal 9.986, de 17.7.2000, dispondo sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras. No art. 1.º, previa: “*As Agências Reguladoras terão suas relações de trabalho regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e legislação trabalhista correlata, em regime de emprego público*”.

Contra vários dispositivos dessa Lei, inclusive o art. 1.º, foi proposta a ADI 2310-DF, pela qual se alegava a incompatibilidade entre o regime de emprego público e diversas atribuições por elas exercidas, tais como as afetadas aos empregos de Regulador e de Analista de Suporte à Regulação, os quais envolviam o exercício do poder de polícia.

Trata-se da referida tese de *Celso Antônio Bandeira de Mello*, defendida em face da redação originária da Constituição de 1988 e mantida pelo mestre paulista após as alterações supervenientes, inclusive aquelas da EC 19/1998.

O relator da ADI 2310 foi o Ministro *Marco Aurélio*, que em despacho monocrático suspendeu a eficácia de diversos dispositivos impugnados, incluindo o art. 1.º. Na fundamentação, adotou a tese da preeminência do regime estatutário para o exercício de atribuições típicas do poder público, na mesma senda de *Bandeira de Mello*.³⁹

³⁹ Na decisão, o *Min. Marco Aurélio* raciocina de maneira diversa daquela registrada na ADI 492-DF, pois associa o termo *cargo* a *regime estatutário*, distinguindo-o do *emprego público* conforme a visão tradicional que se fixara antes da Carta de 1988 e que, por ocasião da ADI 492-DF, aquele julgador afirmara ser concepção ultrapassada pela nova Constituição. Confira-se trecho essencial de seu despacho: “*Ninguém coloca em dúvida o objetivo maior das agências reguladoras, no que ligado à proteção do consumidor, sob os mais diversos aspectos negativos — ineficiência, domínio do mercado, concentração econômica, concorrência desleal e aumento arbitrário dos lucros. Não de estar as decisões desses órgãos imunes a aspectos políticos, devendo fazer-se presente, sempre, o contorno técnico. É isso o exigível não só dos respectivos dirigentes — detentores de mandato —, mas também dos servidores — reguladores, analistas de suporte à regulação, procuradores, técnicos em regulação e técnicos em suporte à regulação — Anexo I da Lei n.º 9.986/2000 — que, juntamente com os primeiros, não de corporificar o próprio Estado nesse mister da mais alta importância, para a efetiva regulação dos serviços. Prescindir, no caso, da ocupação de cargos públicos, com os direitos e garantias a eles inerentes, é adotar flexibilidade incompatível com a natureza dos serviços a serem prestados, igualizando os servidores das agências a prestadores de serviços subalternos, dos quais não se exige, até mesmo, escolaridade maior, como são serventes, artífices, mecânicos, entre outros.*”

O processo relativo à ADI 2310 foi extinto sem julgamento de mérito, em face da superveniente revogação do art. 1.º da Lei 9.986/2000 pela Lei 10.871, de 20.5.2004.

14. A volta ao regime jurídico único

Aspecto complicador do panorama da função pública no Brasil é que a alteração trazida ao art. 39 CF pela EC 19/1998 encontra-se *sub judice*. Por meio da ADI 2135-DF, impugna-se a nova redação do *caput* desse artigo.

O relator, Min. *Néri da Silveira*, acolheu um dos fundamentos da petição inicial, relativo a vício no processo legislativo de que resultou o novo texto, deferindo liminar para suspender a sua eficácia e conseqüente retorno à vigência do antigo *caput* do art. 39.

Após sucessivos pedidos de vista, oito ministros acompanharam o relator e apenas três votaram pelo indeferimento da liminar.⁴⁰

Assim, o regime jurídico único volta a ser obrigatório, em todas as esferas políticas da Federação, para os servidores da administração direta, das autarquias e das fundações públicas. Como a decisão do STF tem efeitos *ex nunc*, os servidores que ingressaram por diferentes regimes a partir da EC 19/1998 permanecem submetidos àquele em que foram admitidos.

Contudo, como a própria natureza do regime único não fora pacificada antes da EC 19/1998, as polêmicas em torno dessa matéria retornarão à cena.

Atente-se para a espécie. Está-se diante de atividade na qual o poder de fiscalização, o poder de polícia fazem-se com envergadura ímpar, exigindo, por isso mesmo, que aquele que a desempenhe sinta-se seguro, atue sem receios outros, e isso pressupõe a ocupação de cargo público, a estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição Federal. Aliás, o artigo 247 da Lei Maior sinaliza a conclusão sobre a necessária adoção do regime de cargo público relativamente aos servidores das agências reguladoras. Refere-se o preceito àqueles que desenvolvam atividades exclusivas de Estado, e a de fiscalização o é. Em suma, não se coaduna com os objetivos precípuos das agências reguladoras, verdadeiras autarquias, embora de caráter especial, a flexibilidade inerente aos empregos públicos, impondo-se a adoção da regra que é a revelada pelo regime de cargo público, tal como ocorre em relação a outras atividades fiscalizadoras - fiscais do trabalho, de renda, servidores do Banco Central, dos Tribunais de Conta, etc.” (Disponível em <http://stf.gov.br>, acesso em 28.5.2007.)

⁴⁰ Segundo a notícia da decisão publicada no DJ de 17/08/2007: “O Tribunal, por maioria, vencidos os Senhores Ministros Nelson Jobim, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa, deferiu parcialmente a medida cautelar para suspender a eficácia do artigo 39, *caput*, da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, tudo nos termos do voto do relator originário, Ministro Néri da Silveira, esclarecido, nesta assentada, que a decisão – como é próprio das medidas cautelares – terá efeitos *ex nunc*, subsistindo a legislação editada nos termos da emenda declarada suspensa. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie, que lavrará o acórdão. Não participaram da votação a Senhora Ministra Cármen Lúcia e o Senhor Ministro Gilmar Mendes por sucederem, respectivamente, aos Senhores Ministros Nelson Jobim e Néri da Silveira. Plenário, 02.08.2007”. Cf. <http://stf.gov.br/dj>. Acesso em 17.9.2007 (íntegra do acórdão não disponível nessa data).

15. Conclusão

Verifica-se a grande dificuldade enfrentada no Brasil para a organização racional e sistemática do tratamento constitucional e legal dos servidores públicos.

Seja em vista da implantação de regime único, seja quanto à fixação de critérios razoáveis e isonômicos para adoção de diferentes regimes, tem-se sempre esbarrado nos casuísmos próprios de conveniências políticas menores, ou na falta de continuidade político-administrativa, problemas que afligem o Estado brasileiro desde suas origens.

BIBLIOGRAFIA

- ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. *Regime Jurídico Único do Servidor Público*, Belo Horizonte: Del Rey, 1990.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Apontamentos sobre os Agentes e Órgãos Públicos*. 1.^a ed. 5.^a tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*. 2.^a ed. rev., at., amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 8.^a ed. rev. at. e amp. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BOMFIM, José Calheiros. *O Novo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1990. 110p + 91 p. (adendo).
- BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.
- CAMMAROSANO, Márcio. Servidores Públicos. *In: Direito Administrativo na Constituição de 1988*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. 205 p. p. 169-198.
- CARNEIRO, Alaim de Almeida. O Estatuto dos Funcionários e a Legislação Posterior. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro-São Paulo, vol. 1, p. 330-336, jan. 1945.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. O Funcionário Público e seu Regime Jurídico, 2.^a ed. do Funcionário Público e o seu Estatuto (*sic*), Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos, 1946.

- CIRNE LIMA, Rui. *Princípios de Direito Administrativo*. 6.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- CRETELLA JÚNIOR, *Dicionário de Direito Administrativo*. 2.^a ed. São Paulo: José Bushatsky, 1972.
- CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*. Vol. IV. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1967.
- DALLARI, Adílson Abreu. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*. 2.^a ed. rev. e at. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1990.
- DUTRA, Pedro Paulo de Almeida. Servidores Públicos não Funcionários. *Revista de Direito Público*, São Paulo, Ano VII, N.º 31, p. 59-63, set./out. 1974.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 2.^a ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva, 1992.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 17.^a ed. at. São Paulo: Malheiros, 1992.
- MELO, José Augusto de Carvalho e. Extranumerário. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro-São Paulo, vol. 1, p. 347-358, jan. 1945.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1990.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *O Novo Servidor Público; Regime Jurídico Único*. Belo Horizonte: Lê, 1990.
- MUKAI, Toshio. *Administração Pública na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- OURO PRETO, Luiz Vicente B. de. Evolução do Regime Legal dos Funcionários Públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro-São Paulo, v. 1, p. 336-346, jan. 1945.
- RIGOLIN, Ivan Barbosa. *O Servidor Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis*, São Paulo: Saraiva, 1992.
- ROCHA, João Batista de Oliveira. O Regime Jurídico Especial dos Servidores Públicos. *Revista de Direito Público*, ano VII, n.º 37-38, p. 129-133, jan./jun. 1976.

- ROCHA, João Batista de Oliveira. Contrato Administrativo de Trabalho. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano XX, n.º 82, p. 127-131, abr./jun. 1987.
- SILVA, Antônio Álvares da. *Os Servidores Públicos e o Direito do Trabalho*, São Paulo: LTr, 1993.
- SILVA, Domingos Carvalho da. O Servidor Público na Legislação do Primeiro Reinado. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 108, n.º 1, p. 187-199, jan./abr. 1973.
- SILVEIRA, Philadelpho Pinto da. A Legislação Trabalhista Como Regime Jurídico do Funcionário Público. *Revista do Serviço Público*, Brasília, a. XXI, v. 100, n.º 1-2, p. 42-47, jan./jun. 1968.
- TÁCITO, Caio. O Estatuto de 1952 e suas Inovações. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 34, Rio de Janeiro-São Paulo, vol. 34, p. 1-13, out./dez. 1953.
- URUGUAI, Visconde do. *Ensaio Sobre o Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1960.