

O REGIME JURÍDICO DO EMPREGADO
PÚBLICO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

Moacyr Motta da Silva

DISSERTAÇÃO APRESENTADA AO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
COMO REQUISITO À OBTENÇÃO DO TÍTULO
DE MESTRE EM CIÊNCIAS HUMANAS-ESPECIALIDADE DIREITO

Orientador: Prof. Dr. Paulo Henrique Blasi

FLORIANÓPOLIS

1986

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

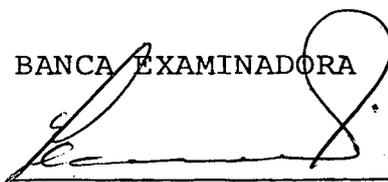
A dissertação O REGIME JURÍDICO DO EMPREGADO
PÚBLICO E A ADMINISTRAÇÃO FEDERAL

Elaborada por MOACYR MOTTA DA SILVA

e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora,
foi julgada adequada para a obtenção do título de
MESTRE EM CIÊNCIAS HUMANAS-ESPECIALIDADE DIREITO

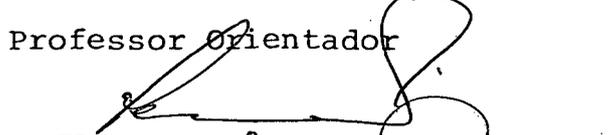
Florianópolis, 30 de outubro de 1986

BANCA EXAMINADORA

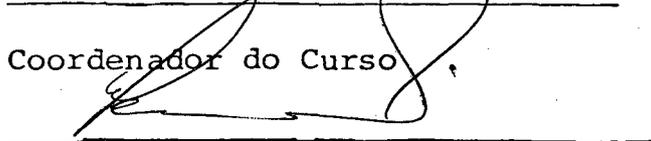


Olga Maria de Aquino Minella
Florianópolis

Professor Orientador



Coordenador do Curso



À minha esposa

Maria,

Aos filhos

Maria Tereza, Maria de Fátima e João Batista

minha mãe

Ira,

a Deus, um momento de gratidão.

Agradecimentos especiais

Ao Professor CESAR LUIZ PASOLD pelo inestimável apoio e amizade que sempre me dispensou.

Ao Professor PAULO HENRIQUE BLASI, que me orientou e incentivou ao longo deste trabalho.

Aos demais professores do Curso de Pós-Graduação pelos ensinamentos.

Aos funcionários, pela atenção.

R E S U M O

Esta dissertação tem por objetivo pesquisar a natureza do regime jurídico do empregado na Administração Pública Federal. O trabalho procura investigar, inicialmente, alguns componentes do Estado contemporâneo, passando a seguir, ao estudo da Administração Pública e o Serviço Público. Segue a pesquisa bibliográfica em torno das tendências doutrinárias da função pública. Tomando-se por referência a organização do Serviço Público a nível federal, passa-se a estudar os regimes jurídicos da relação entre os agentes públicos e o Estado, notadamente o regime jurídico do empregado público.

Neste sentido, procura-se refletir sobre a atual posição jurídica do empregado público frente a organização administrativa a nível federal.

Semelhante investigação é realizada no âmbito do social previdenciário, comparando algumas posturas legislativas entre o empregado público e o funcionário público na organização administrativa federal.

ABSTRACT

It is the objective of this paper to research the nature of the juridical system of a worker who is part of the Federal Public Administration. The paper tried to investigate, at first, some components of the contemporary state, followed by a study of the Public Administration and Services.

The bibliography follows on some doctrinary tendencies of public functions. Then we took as references the organization of Public Services on a Federal level compared with the juridical system of the relation between the public agents and the state, taking under consideration the juridical system of public services. This way, we tried to get to some conclusions on the juridical position of the public employer when faced with the administrative organization on the federal level.

A similar investigation is processed on the social realm of the employer under the social security regulations comparing some legal procedures of the public servant and the public employer as far as the Federal Administrative Organization is concerned.

S U M Á R I O

RESUMO	
INTRODUÇÃO	
CAPÍTULO I - DO ESTADO	
CAPÍTULO II - A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O SERVIÇO PÚBLICO	25
2.1. Aspectos gerais	
2.2. Serviço público-noção jurídica	32
CAPÍTULO III- ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA NO BRASIL	
3.1. Evolução	53
3.2. Órgãos Públicos	64
3.3. Agentes Públicos	67
3.4. Descentralização e Desconcentração	70
3.5. Serviços Públicos e Concessão	73
CAPÍTULO IV- FUNÇÃO PÚBLICA. TENDÊNCIAS DOUTRINÁRIAS	75
CAPÍTULO V- OS REGIMES JURÍDICOS DA RELAÇÃO ENTRE OS AGENTES POLÍTICOS E O ESTADO	104
CAPÍTULO VI- CARGO PÚBLICO.O CONCEITO NO DIREITO POSITIVO	112
6.1.Cargo Público - algumas observações	113
6.2.O cargo na lei de diretrizes para a classificação no Serviço Civil da União -lei 5645/70	117
6.3.Alguns aspectos da estabilidade	127
6.4.Efetividade e estabilidade	128
6.5.O cargo público - provimento	129
CAPÍTULO VII- O REGIME JURÍDICO DO EMPREGADO PÚBLICO	135
7.1.Uma breve resenha legislativa do servi - dor contratado perante o Estado	139
7.2.O empregado público e o direito sindical	151
7.3. O empregado público e o direito de greve	154
7.4. O empregado público perante o Judiciário	155
7.5. O empregado público - provimento	159
7.6. O Estado, o empregado público e a organi - zação internacional do trabalho	161
7.7. A terceira reforma administrativa	164
CONCLUSÃO	167
BIBLIOGRAFIA	169

INTRODUÇÃO

Por opção metodológica, dividimos o trabalho em dois focos de pesquisa que, embora pareçam isolados em seus conteúdos, são interdependentes entre si.

Os instantes iniciais da dissertação são dedicados a uma proposta de investigação do Estado contemporâneo.

Nesse plano de estudos, realizamos uma breve pesquisa bibliográfica sobre reflexões de filósofos políticos da Idade Antiga, passando por pensadores políticos, sociólogos e juristas da Idade Moderna e Contemporânea.

Objetivando identificar alguns componentes do Estado contemporâneo, tomamos por referência determinadas posturas encontradas nas leis básicas de organização política de alguns países, entre eles o México, com a constituição de 1917 e, na Alemanha, a constituição de Weimar, de 1919.

Os textos constitucionais referidos distinguem-se de outras constituições, notadamente pelo nível de obrigatoriedade legal de participação do Estado no campo social, econômico e cultural.

O critério utilizado para identificar o Estado contemporâneo, embora possa oferecer outras variáveis, de

corre de um modelo teórico do Estado, cujas instituições político-jurídicas se acham comprometidas com o bem-estar social.

Nesse nível, o Estado participa, ativamente, das relações sociais.

Como corolário, dirigimos a atenção do trabalho para o universo da organização administrativa no Brasil, cuja delimitação espacial e temporal diz respeito ao questionamento do vínculo jurídico que une o empregado público ao Estado.

A pesquisa utilizada na dissertação cinge-se às obras citadas em rodapé.

Entre outros objetivos da dissertação, podemos ressaltar a preocupação por:

exercitar, metodologicamente, a atividade de pesquisa científica, na área do saber do direito público, procurando desenvolver uma redação objetiva, clara e simples, tomando como parâmetro o raciocínio lógico.

Embora tenhamos o cuidado de identificar o conteúdo da dissertação, delimitando, inclusive, o espaço cronológico da pesquisa - A Administração Pública Federal a partir da década de 30, sentimos a necessidade de

um documento legislativo, uma espécie de código ou mesmo uma consolidação, que reunisse o direito positivo aplicável ao pessoal civil que presta serviços junto ao Poder Executivo, Judiciário e Legislativo.

Em virtude da carência de alguns dados técnicos sobre a estrutura da Organização Administrativa Federal, recorreremos ao Centro de Informática e Processamento de Dados do Senado Federal, o que nos possibilitou um avanço na pesquisa.

No que se refere ao material bibliográfico pesquisado, localizamos na biblioteca da UFSC um considerável volume de obras especializadas, na área de saber da filosofia, e das ciências sociais, notadamente.

Finalmente, devemos ressaltar que o questionamento da natureza jurídica que preside as relações entre o agente público e o Estado, a nível da presente dissertação, tem sua fundamentação teórica na doutrina dos publicistas, e está comprometida, por escolha de pesquisa, com o universo do direito positivo existente na Organização Pública Federal Brasileira.

CAPÍTULO I

DO ESTADO

O Estado contemporâneo vem adquirindo contornos políticos mais definidos, a partir do término do Primeiro Conflito Mundial. Na América do Norte, o México editava no ano de 1917, a constituição política para os Estados Unidos Mexicanos, que se caracterizou pelo nível de intervenção do Estado no domínio econômico e social⁽¹⁾. Na Europa, a Alemanha tornava-se pioneira ao proclamar no ano de 1919, a Constituição de Weimar, igualmente de feição social, onde o Estado assume uma posição ativa nas relações sociais⁽²⁾.

¹CONSTITUCION política de los Estados Unidos Mexico, Secretaria de la Presidència, 1972. p.168.

²LA CONSTITUCION allemande du 11 aont, 1919. Trad. René Brunet, Paris, Payok, 1921.

Até então, o Estado Moderno apresentava um discurso enfatizando a liberdade dos homens, a igualdade, a fraternidade.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁽³⁾, resultante da Assêmblea Nacional Francesa de 1789, demonstrava a preocupação pelo Estado, com a garantia dos direitos individuais, o direito ao trabalho, a igualdade política social. Sobre a linguagem das constituições, destaca Dallari⁽⁴⁾ "Entre as principais aspirações e conquistas do Estado Moderno acha-se a redução das diferenças jurídicas entre os indivíduos. Evidentemente, a afirmação de absoluta igualdade jurídica, encontrada em quase todas as constituições, é um exagero desmentido pelos fatos e mesmo por outras normas jurídicas, havendo muitas situações que revelam patente desigualdade."

3: DECLARATION des droits de l'homme et du citoyen de la révolution française. Paris. Giorgio del Vecchio, 1968.p.38-41.

4: DALLARI, Dalmo de Abreu. O renascer do direito. São Paulo, Saraiva, 1980. p.136

Entre o dever ser e o ser há um espaço de relativa dimensão, separando a proposta de vida e a "praxis".

A linguagem escrita da norma, como regra de conduta da sociedade, não raro perde a credibilidade, em virtude das limitações político-econômicas do Estado. O elenco de direitos enunciados nos textos legais apresenta-se em dissonância com a realidade social.

No plano político, pensadores de formação filosófica, científica, religiosa, preocupam-se com a postura do Estado, ora investigando as relações entre o poder e o direito, ora refletindo sobre as relações de obediência entre governante e governados.

Russel⁽⁵⁾, ao definir o poder como sendo " a produção dos resultados pretendidos", demonstra através de exemplos históricos que existem homens com inclinação para terem o poder sobre os seres humanos, e que o poder está para o social, assim como a energia está para a física.

⁵RUSSEL, Bertrand. O poder, uma nova análise social.

Trad. de Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro, Zahar, 1979. p.24.

No mundo contemporâneo, parece-nos que o Estado de Direito vem se caracterizando pela submissão de todas as atividades do Estado, ao império da Lei. O direito e o poder constituem combinações, que a nível de organização político-jurídico, modelam o Estado de Direito.

O poder político é conceituado pelo Professor Osvaldo Ferreira de Melo⁽⁶⁾ como:

"Faculdade, respaldada por mecanismos de coação, de regulamentar e controlar a conduta social. Para que se exerça o Poder Político é necessário que, além da capacidade de mando por parte dos governantes, haja disposição de obedecer por parte dos governados. O Poder Político é inerente ao Estado e tem nos princípios de autoridade e legitimidade a sua principal fonte".

6;MELO, Osvaldo Ferreira de. Dicionário de direito político. Rio de Janeiro, Forense, 1978. p.101

Sob esse prisma o poder político acha-se ligado à legitimidade, ao princípio de identidade entre a autoridade e o consenso social. O exercício do poder pelo Estado deve estar assentado sobre as regras de direito.

Direito e poder, como categorias jurídico-político, constituem tema de extrema profundidade e complexidade, tendo em vista as várias formas que assumem, a nível de Estado.

Galbraith⁽⁷⁾ ao desenvolver estudos sobre o poder, cita Max Weber : " Poder é a possibilidade de alguém impor a sua vontade sobre o comportamento dos outros."

A partir desse pensamento, Galbraith passa a indagar, a refletir por que umas pessoas têm a capacidade de impor sua vontade sobre as outras. Que mecanismos ocorrem quando o homem abandona suas próprias idéias para aceitar a determinação de outro ?

Na dialética do poder, a sociedade oferece um ponderável equilíbrio entre os que exercem o poder e os que lhes oferecem resistência.

7. GALBRAITH, John Kennet. Anatomia do Poder. Trad. Hilário Torloni. São Paulo. Ed. Pioneira. 1984. p2

O autor entende que é difícil estabelecer-se um julgamento uniforme para todas as espécies de poder. Reconhece que o poder é socialmente maligno, porém, impossível a coexistência dos homens sem o exercício do poder.

Ferraz Júnior⁽⁸⁾ elabora um exercício de reflexão sobre o poder, no qual cita um trecho de Michel Foucault:

"Portanto, estes são dois esquemas de análise do poder. O esquema contrato-opressão, que é o jurídico, e o esquema dominação-repressão ou guerra-repressão, em que a oposição pertinente não é entre legítimo-ilegítimo como no precedente, mas entre luta e submissão".

Ferraz Júnior diz que existem várias tentativas para definir o fenômeno do poder. Para uns o poder é analisado na sua essência, outros descrevendo-o simplesmente. Às vezes o poder já é identificado a partir da

8: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Notas sobre o poder e comunicação. Revista Brasileira de Filosofia. São Paulo, 34 (40):333-56, out/dez, 1985.

manifestação da vontade ou pelo exercício de forças, ou então, pela obediência. O autor esclarece que a comunicação significa uma troca de mensagens entre os comunicantes. Para ele, a escolha entre o sim e o não representa, também, uma comunicação, e quanto maior for o sistema social, mais complexidade ocorre nas comunicações. Acima do código linguístico, surgem os códigos reguladores da sociedade. Neste sentido, o poder é comunicação regulada por um código. Sob esta ótica, o poder não constitui força, mas controle.

O Professor Cesar Luiz Pasold⁽⁹⁾, ao refletir sobre o poder, a correlação entre o direito e o poder, conceitua:

"o poder entendido como a produção dos resultados pretendidos é legítimo quando os meios utilizados e os efeitos obtidos pelo detentor do poder correspondem aos valores dos que lhe conferiram o poder".

9: PASOLD, Cesar Luiz. Função social do estado contemporâneo. Florianópolis, LADESC, 1984. p.36

Reale⁽¹⁰⁾, ao conceituar o Estado como uma sociedade juridicamente organizada, cita:

"é a institucionalização do poder para a realização do bem comum."

Para Krader⁽¹¹⁾, o

"Estado é o órgão fundamental do Poder em qualquer sociedade em que se encontre."

O Estado contemporâneo, ao lançar mãos de regras de conduta, entre outros mecanismos, político-jurídicos, procura manter a sociedade em equilíbrio. Nesse sentido, tenta resguardar os direitos individuais, coletivos, e a própria vida humana.

Numa visão político-jurídica do Estado, Heller⁽¹²⁾ entende que o poder do Estado apresenta-se como um poder político juridicamente organizado.

¹⁰ REALE, Miguel. O bem como fundamento da soberania e do direito. Brasília, Martins, 1972. p.6.

¹¹ KRADER, Lawrence. A formação do estado. Trad. de Regina Lúcia M. Morel. Rio de Janeiro, Zahar, 1970. p.50.

¹² HELLER, Hermann. Teoria do estado. Trad. de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo, Mestre Jou, 1968. p.288.

Gablentz⁽¹³⁾ distingue a expressão direito, sob dois prismas. O direito na acepção política é representado pelo que é reto, o que está em equilíbrio, em ordem.

O direito, visto no sentido da norma de conduta, adquire um sentido subjetivo, do justo, do imparcial.

O direito deveria ser um dos instrumentos utilizados pelo Estado, para o homem alcançar o bem comum. O direito, na sua visão modeladora da conduta humana adquire feição subjetiva de justiça.

Se compararmos textos políticos de pensadores da Grécia Antiga, com estudos realizados por pesquisadores da Idade Moderna e Contemporânea, encontraremos reflexões nas quais é reconhecida uma identidade de preocupações de natureza política, jurídica e filosófica sobre a postura do Estado.

¹³GABLENTZ, Otto Heinrich von der. Introducción a la ciencia política. Trad. de Victor Bazterrica. Barcelona, Herder, 1974. p.509.

Em quase todos, nota-se a preocupação por uma sociedade politicamente estruturada, com propostas para reduzir os fatores que propiciam o arbítrio, a discórdia entre os homens. Naturalmente, que um estudo deste porte, recomenda que olhemos o passado, dotados de conhecimentos históricos, políticos, culturais, econômicos, semânticos, do próprio passado, para obtermos uma compreensão aproximada do elemento pesquisado.

(14)

Friedrich assinala que o conceito de liberdade existente na Antiga Grécia não era o mesmo do mundo ocidental.

Ser livre para os gregos significava o direito de participar da vida política da "polis". O conceito de liberdade estava associado ao grau de integração política da cidade.

Para os romanos da antiguidade, liberdade representava o direito de possuir uma religião, de professá-la sem restrições. Observa, ainda, Friedrich,⁽¹⁵⁾ que a Carta Magna de 1215, foi uma conquista do povo inglês, do clero e dos barões, contra o poder absoluto do rei. A questão da liberdade foi também lembrada na "Bill Of Rights", em 1628, quando o povo teve o direito de ser julgado por um corpo de jurados.

¹⁴ FRIEDRICH, Carl J. Uma introdução à teoria política. Trad. de Leonidas Xausa e Luiz Corção. Rio de Janeiro, Zahar, 1970.

¹⁵ op. cit.

Teve início, então a instituição do "Habeas-Corpus", assegurando ao homem, o direito de andar livremente, sem restrições.

O autor ora referido nos dá uma idéia de que a "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão", de 1789, ao lado da "Declaração Universal dos Direitos do Homem", de 1948, representam um esforço do homem no sentido de que a liberdade se constitui num patrimônio do ser humano. E destaca que⁽¹⁶⁾:

"Os seres humanos insistem no reconhecimento de que existe uma esfera pessoal que o governo não pode invadir. Esta é a dimensão de liberdade com independência".

Embora o Estado apresente um discurso em torno do equilíbrio social, da redução da fome, da eliminação do analfabetismo, da submissão dos interesses pessoais em favor dos coletivos, a realidade demonstra um quadro exatamente ao contrário.

Sobre a problemática do Estado, observa Zippe - lius⁽¹⁷⁾:

"Vai uma distância tamanha entre a maneira como se vive e aquela outra maneira como se deveria viver, que aquele que toma por real e verdadeiro aquilo que sem dúvida alguma o deveria ser mas infelizmente não é, corre uma ruina inevitável."

¹⁶ op. cit. p.10-11.

¹⁷ ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria geral do estado. Trad. de Antônio Cabral de Moutada. Lisboa, Fundação Colouste Gulbenkian, 1971. 2.ed. p.3.

Vejamos, a seguir, alguns fragmentos de obras de pensadores políticos, que se detiveram no exame da postura do Estado. Na antiga Grécia, entre outros, destacam-se Platão e Aristóteles. O primeiro escreveu a República, cujo tema central era a justiça. Dedicou-se à ordem, aos preceitos aplicáveis aos cidadãos em comunidade. Platão entendia que a finalidade do Estado era tornar os homens felizes e moralmente elevados. Eis um trecho do pensamento de Platão⁽¹⁸⁾:

"E é aí bem aventurado amigo, que é como do procurar uma constituição. Por que? Porque aí se encontram todas, graças à liberdade reinante, e parece que quem pretende fundar uma cidade, o que fazíamos há pouco, é obrigado a dirigir-se a Estado democrático, como a um lazer de constituições, para escolher a que prefere e, a partir desse modelo, realizar em seguida o seu projeto".

⁽¹⁹⁾
Aristóteles tem em sua obra A Política, uma grandiosa fonte de ensinamentos políticos, notadamente sobre formas de governo. Demonstra toda a sua preocupação em torno das comunidades, o nível de relacionamento dos cidadãos. No Livro I Aristóteles cuida da origem do Estado.

¹⁸ PLATÃO. A república. Trad. de Sampaio Marinho. Portugal, Publicações Europa-América, 1975. p.279.

¹⁹ ARISTÓTELES. A política. Trad. de Nestor Silveira Chaves. São Paulo, 1960.

Para o autor, o homem é um animal social, político civilizado, que necessita viver em sociedade. O homem sai do estado de natureza e passa a compor um estado social. Em sociedade, propunha que todos os homens devessem participar ativamente da vida política. Tal qual o pensador contemporâneo, Aristóteles escreveu:

"Empreendemos a tarefa de procurar entre as sociedades políticas, a melhor para os homens, os quais têm, aliás, todos os meios de viver segundo a sua vontade⁽²⁰⁾".

Há que se recordar que na Grécia Antiga o termo "polis" significava cidade, uma forma de organização política representada por Estado-cidade. Uma cidade era considerada um Estado, autônomo um do outro. Cada Estado-cidade tinha sua constituição.

Já na antiga Roma, as organizações políticas eram denominadas "civitas" ou cidades-Estados. Com as conquistas dos romanos, o território adquiriu uma dimensão colossal, passando a chamar-se "imperium" para representar uma grande organização política. Os romanos usavam a expressão, coisa pública, para designar a organização política do Estado.

20: op. cit p.41

No ano de 1513, Maquiavel publica o Príncipe⁽²¹⁾, obra que o notabiliza pelo nível de reflexão política. A expressão Príncipe quer significar um organismo político, um complexo de vontades e não uma pessoa humana. Embora alguns pesquisadores citem que o nome Estado foi empregado pela primeira vez por Maquiavel, numa acepção política, tal registro merece ser compreendido no seu contexto histórico. Nesse sentido, a categoria Estado na linguagem de Maquiavel está mais próxima da concepção de "polis" cidade Estado da Antiga Grecia, como também da "civitas", da Roma Antiga, do que o Estado na visão política contemporânea.

Morus⁽²²⁾, 1514, na UTOPIA transmite ao leitor o seu descontentamento, a insatisfação pela qual a propriedade, a justiça, a organização política de sua época eram conduzidas pelos soberanos. O Estado idealizado por

²¹ MAQUIÁVEL, Nicolau. O príncipe. Trad. de Fernanda Pinto Rodrigues e M. Antonieta Mendonça. Portugal, Publicações Europa-América, 1976.

²² MORUS, Thomas. A utopia. Trad. de Luiz de Andrade, 5.ed. São Paulo, Atena, 1960.

Morus, representava, talvez, um anseio de seu povo, por uma sociedade política organizada, equilibrada. Eis um trecho de seu trabalho:

(23)

"Agora, caro Morus, vou revelar-vos do fundo de minha alma, e dizer-vos os meus pensamentos mais íntimos. Em toda a parte onde a propriedade for direito individual, onde todas as coisas se medirem pelo dinheiro, não se poderá organizar nem a justiça nem a prosperidade, a menos que domineis justa a sociedade em que o que há de melhor é a partilha dos piores, e que considereis perfeitamente feliz o Estado no qual a fortuna pública é a presa dum punhado de indivíduos insaciáveis de prazeres, enquanto a massa é devorada pela miséria".

Hobbes, em 1651 escreveu Leviathan⁽²⁴⁾, no qual é simbolizado um monstro gigantesco, onde o poder absoluto é a alma. Para o autor, o homem vive em sociedade a

²³ op. cit. p.67-68.

²⁴ HOBBS, Thomas de Malmesburg. "Leviatã". In: Os pensadores. Trad. de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo, 14, 1974. p.103.

partir de um contrato com os outros homens, confiando a um soberano, uma assembléia, o destino da organização social; Hobbes via na monarquia, a mais segura forma de governo. O Estado nasce de um pacto que os homens assumem entre si, com o propósito de alcançar a segurança da vida, todos subordinados a um poder único.

Quase um século mais tarde, em 1761 Rousseau publica "O Contrato Social"⁽²⁵⁾, obra pela qual elabora um projeto de organização social onde os homens, levados pela necessidade de viver em sociedade, concordam em desistir de sua liberdade em benefício de uma vida comunitária. Argumenta que o homem é mais livre no condicionamento social, do que no estado de natureza.

Cada homem perde a totalidade de seus direitos em favor de toda a comunidade.

Cada associado acha-se co-obrigado aos demais, de tal forma a gerar uma cadeia de solidariedade, onde cada um aliena seus direitos a todos. Por isso, entende que a vontade geral não deve representar a vontade de uma

²⁵ ROUSSEAU, Jean Jacques. O contrato social. Trad. de Leandro Manoel Ferreira Brus. Portugal, Publicações Europa-América, 1974.

maioria, nem mesmo a vontade de todos. É o interesse comum. Rousseau⁽²⁶⁾ ao refletir sobre o grau de expansão do Estado, escreveu:

"Donde se conclui que quanto mais o Estado cresce, mas diminui a liberdade".

Um influente colaborador dos ideais da Revolução Francesa foi o abade Sieyès. De origem humilde, cedo ingressou na vida religiosa, tornando-se sacerdote.

Insatisfeito com a monarquia francesa, Sieyès passou a dedicar-se à liberdade do povo francês. A monarquia absoluta cedia lugar a uma forma de governo democrático, com alternância do poder político. A sociedade civil precisava de um novo modelo de organização, onde não houvesse a separação de classe. Foi, então, que em 1789 Sieyès lançou um manifesto denominado "Que é o Terceiro Estado"⁽²⁷⁾. Inspirado nas idéias de Montesquieu e Rousseau, Sieyès demonstra que o Terceiro Estado só tinha como significativo a força de trabalho e nada mais.

²⁶ op. cit. p.61.

²⁷ SEYÈS, Emmanuel Joseph. Qu'est-ce le tiers etat. Paris, Presses Universitaires de France, 1982.

(28) Bobbio ao estudar o pensamento político de Hegel escreve: " Quando Hegel aborda o problema do Estado, depois de expor suas ideias a respeito da família e da sociedade civil, o Estado a que se refere é a monarquia constitucional- a forma por excelência do Estado moderno é a monarquia constitucional."

O Estado é para Hegel não apenas uma concepção natural, mas também um fator de moralidade. O Estado com os poderes da lei, dos costumes, modela o comportamento dos homens.

O filósofo procura unir o acontecimento histórico ao fator político e à História à Filosofia. Com esta observação Hegel introduz o leitor à História da Filosofia (29):

" Assim, por exemplo, pode acontecer que um leitor, tendo formado uma concepção acerca do que é verdadeiramente um Estado, não consiga descortiná-la verificada na história política de um país."

No ano de 1748 Montesquieu publica o Espírito das Leis (30) , obra que envolve reflexão de natureza jurídica, permeabilizada com aspectos políticos. Dentro os capítulos . .

28:BOBBIO, Norberto. A Teoria das formas de governo. Brasília, Fundação Universidade de Brasília, 1980. p.144.

29:HEGEL, Jorge Guilherme Frederico. Introdução à filosofia.4.ed.Coimbra, 1980.p.33.

30:MONTESEQUIEU. Do espírito das leis. In: _____ Os pensadores. São Paulo, 21. 1973.

pesquisados, sobressai o Livro XI, Capítulo VI, com o seguinte pensamento: (31)

"Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tirânicamente. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não "estiver separado do poder legislativo e do executivo". Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e os de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos".

31 op. cit. p.149.

Tocqueville^(32.), em 1856 escreveu "O Antigo Regime e a Revolução". O trabalho nos remete aos momentos históricos, políticos, administrativos vividos na França, até a eclosão da Revolução Francesa.

Meditemos sobre um trecho de sua obra:

"E foi do seio de costumes tão doces que sairia a revolução mais desumana"... "o contraste entre a brandura das teorias e a violência dos atos, que foi uma das mais estranhas características da Revolução Francesa, não surpreenderá a quem se lembrar que esta revolução foi preparada pelas classes mais civilizadas da nação e executada pelas classes mais incultas e rudes".

³² TOCQUEVILLE, Alexis de. O antigo regime e a revolução. Trad. de Yvone Jean. 2.ed. Brasília, UnB, 1979. p.186.

Entre outros pensadores contemporâneos que estudaram aspectos sociológicos e políticos do Estado, aparecem Marx e Engels. Na obra ⁽³³⁾ *A Origem da Família, da Propriedade Privada*, Engels realizou valiosos estudos sobre as diversas organizações políticas, desde o Estado Selvagem, da barbarie, passando pela Antiguidade, onde escreveu sobre as cidades-estados da Antiga Grécia e as cidades do Império Romano. Analisa também, o Estado Feudal já na Idade Média e culmina na Idade contemporânea, com uma reflexão crítica sobre o Estado, a que Bobbio ⁽³⁴⁾ denomina uma concepção negativa do Estado.

Zippelius ⁽³⁵⁾, em torno do pensamento político de Marx, escreveu: "A teoria marxista da extinção do Estado funda-se na idéia de que este seria o instrumento de supremacia política da classe economicamente dominante para suprimir a explorada." Sobre a concepção da extinção do Estado, referida por Engels, parece-nos que mais tarde o próprio Marx passou a refletir sobre o assunto quando escreveu ⁽³⁶⁾ *Estado, Sociedade Civil e Religião*, em cuja obra desenvolve reflexões sobre a questão judaica. Segundo ele, na Alemanha a relação judeu-Estado torna-o um Estado teólogo, ao invés de Estado-político. Na França a questão judaica é vista pelo que denomina Estado-constitucional. Nos Estados Unidos da América do Norte, o enfoque judaico é secular, pelo que chama de Estados livres. Em certo momento de sua obra parece recuperar o sentido finalístico do Estado, quando escreve: "Estado político acabado ou perfeito, por sua essência, é a vida genérica do Homem, por oposição à sua vida material."

33 ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Trad. de Leandro Konder. Rio de Janeiro. 8. ed. 1982.

34 BOBBIO, Norberto. *Teoria das formas de governo*. Trad. de Sérgio Bath. Brasília, UnB, 1980. p.154.

35 ZIPPELUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. Trad. de António Cabral de Moutada. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1971. 2.ed. p.281.

36 MARX, Karl. "Estado e Sociedade". In: *Sociologia*. Trad. de Maria Elisa Mascarenhas. São Paulo, Ática, 1970. p.183-209.

Duverger⁽³⁷⁾, 1980, tomando por tema o insucesso de uma decisão ideológica que resultou na morte de milhares de pés de laranja, mandados plantar às margens do Lago Balaton, dá início a uma reflexão crítica sobre o nível de cientificidade do materialismo histórico de Marx e Engels. Trata-se da obra "Os Laranjais do Lago Balaton", onde o autor questiona até que ponto pode ser atribuído caráter de cientificidade ao socialismo científico, proposto por Marx e Engels. O marxismo como método científico ou marxismo como dogmatismo. O discurso sugere uma nova proposta de sociedade ou totalitarismo.

Enquanto uma proposição científica pode e deve ser reformulada, o dogmatismo não admite discussão. Trata-se de reflexão filosófica sobre o determinismo histórico ou uma ideologia mascarada de filosofia. O estudo de Duverger apresenta uma nova visão do pensamento de Marx e Engels.

³⁷ DUVERGER, Maurice. Os laranjais do Lago Balaton. Trad. de Edgard de Brito Chaves Júnior. Brasília, UnB, 1980.p.226.

A Leitura de obras especializadas sobre Teoria do Estado permitiu-nos compreender, ainda, que de forma in ciente, as áreas do saber da Filosofia Política e de Ciência Política⁽³⁸⁾. Enquanto a primeira se ocupa com as construções racionais sobre um estado ideal, o estudo de ontológico, as primeiras causas das formas de organizações políticas, a nível do ideal, a Ciência Política, a partir da constatação do fato político, do dado empírico, procura investigar, interpretar, o fenômeno político das organizações sociais. Mesmo assim, nos parece difícil distinguir o que pertence à Ciência Política e à Filosofia Política.

Lemos que Aristóteles, já na Antiga Grécia realizava estudos políticos, comparando a constituição de uma cidade-Estado, com outra.

Montesquieu também comparou regiões políticas de diversas partes do mundo.

Atualmente, os cientistas políticos, utilizam o método experimental, o histórico e o comparativo na realização de suas pesquisas.

³⁸ BOBBIO, Norberto et alii. Dicionário de política. Tradução de Raúl Crisafio, Alfonso García, Mariano Martins e Jorge Tula. España, Siglo Veinteuno, 1981. p.225.

O Estado contemporâneo apresenta tendências cada vez mais voltadas para a economia de mercado; estabilidade da moeda; a proteção ao trabalho; o seguro contra o desemprego; os riscos decorrentes de acidentes do trabalho; a expansão da previdência social; a política sanitária, habitacional e até mesmo contra os danos causados pela natureza.

Dentro deste universo político-jurídico, procuraremos investigar, a partir dos capítulos que se seguem, os aspectos jurídico-institucionais do pessoal vinculado à Administração Pública Federal, na condição de empregado público.

CAPITULO II

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O SERVIÇO PÚBLICO

2.1 Aspectos Gerais

A Administração Pública no Brasil acha-se estruturada em correspondência com a forma de Estado e de governo . Como forma de Estado adotamos o modelo federativo. Quanto à forma de governo vigora a modalidade de república, com o regime presidencialista, no qual o presidente da república é, simultaneamente, Chefe do Governo e Chefe do Estado.

Assim, enquanto a organização político-jurídica do Estado decorre do modelo constitucional, a organização jurídico-administrativa tem no Direito Administrativo sua fonte básica.

O conceito de Administração Pública não é uniforme na área do Direito Público, no entanto, julgo oportuno que se ofereça alguns delineamentos para melhor compreensão do assunto tratado neste capítulo. Caetano⁽¹⁾ a define:

"Administração Pública é o conjunto de decisões e operações mediante as quais o Estado e outras entidades públicas procuram, dentro das orientações gerais traçadas pela Política, directamente ou mediante estímulo, coordenação e orientação das atividades privadas, assegurar a satisfação regular das necessidades colectivas de segurança e de bem estar dos individuos, obtendo e empregando racionalmente para esse efeito os recursos adequados."

1: CAETANO, Marcelo. Manual de direito administrativo, Rio de Janeiro t.1 1970. p.266

Antes de examinarmos a natureza jurídica dos serviços públicos, a nível da organização federal, afigura-se-nos oportuna uma análise a nível doutrinário, sobre o entendimento, os limites da expressão serviços públicos, na ótica do Direito Administrativo.

A doutrina não oferece um conceito único, acaba - do, para o serviço público, variando o seu entendimento segundo o momento, a época, o espaço, o grau de desenvolvi - mento do Estado.

Quanto maior o avanço científico, a amplitude dos recursos técnicos, maior será o conceito de serviço públi - co. Em outras palavras, a noção de serviço público guarda uma correspondência com o modelo jurídico-administrativo de cada Estado.

Na França, Duguit⁽²⁾ entende que a expressão serviço público acha-se amalgamada no conceito de soberania do Estado.

No mesmo diapasão, encontramos Jêze⁽³⁾, para o qual o serviço público representa o cerne, a espinha dor - sal do Direito Administrativo, pois é através dele que o Estado se manifesta.

2: DUGUIT, Leon. Traité de droit constitucional. 2.ed. Paris, 1923, v.2. p.55

3: JEZE, Gaston. Principios generales del derecho administra - tivo. Buenos Aires. Editorial de Palma. 1949. t.3.p.24

Ainda na França, Hariou⁽⁴⁾, ao tratar do serviço público, parece discordar da teoria esposada por Duguit, sustentando que o Estado no momento que realiza uma atividade pública, está desempenhando uma prestação de serviço considerada técnica. O autor vê no serviço público uma especificidade regular e contínua na satisfação da ordem pública.

Caetano⁽⁵⁾ entende que a expressão "Serviços Públicos", permite interpretações múltiplas, em razão do emprego que se lhe dá, para designar uma atividade que não esteja no âmbito privado. Procurando evitar imprecisões terminológicas, propõe o emprego "Serviços do Setor Público" e "Serviços do Setor Privado", cada um abrangendo a respectiva área de ação.

4: HAURIU, Maurice. Précis de droit administratif. 10 ed. Paris, 1921. p.25.

5: CAETANO, Marcelo. Princípios fundamentais de direito administrativo. Rio de Janeiro, Forense, 1977, p.226

Bandeira de Mello⁽⁶⁾ define:

"Serviço Público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administradores, prestada pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público. Portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e restrições especiais instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo".

Cretella Júnior⁽⁷⁾ oferece um entendimento amplo, dizendo que:

"Serviço público é toda atividade exercida pelo Estado, direta ou indiretamente, para a consecução de seus fins".

6: MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta. Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro, 1973. p.1

7: CRETELLA JÚNIOR, José. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. Forense. 1975.p. 187

Para Bielsa⁽⁸⁾, a noção de serviço público passa, necessariamente, pelo entendimento do serviço de interesse público:

" toda actividade pública o privada, regulada por la ley (ley, decreto, ordenanza, siempre que el órgano que la regula sea competente) con el objeto de satisfacer necesidades colectivas. Pero esta noción de serviço público debe desecharse por insuficiente, pués comprende servicios de interés público, y no precisamente "servicios públicos",

Meirelles⁽⁹⁾ conceitua o serviço público como:

"Todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado".

8: BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo. 6. ed. Buenos Aires, La Ley 1964. t.1. p. 458

9: MEIRELLES, Helly Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1986. p.274

O professor Themistocles Brandão Cavalcanti (10) observa que a conceituação de serviço público acha-se identificada com o modelo político em que ele é visto. A respeito escreve:

"Em um regime liberal, de livre concorrência, a intervenção do Estado é restrita e limitada a um certo número de atividades, ficando as demais entregues à iniciativa particular.

O mesmo não ocorre, porém, naqueles países em que o controle e a direção do Estado se tornam mais notáveis, por uma tendência mais acentuadamente socializante".

Por conseguinte, parece-nos que o serviço público representa toda a atividade administrativa realizada pelo Estado, quer através dos órgãos de Administração Direta, quer por entes personificados da Administração Indireta, ou por serviços autônomos do gênero paraestatal, ou até mesmo entes privados, na condição de delegatários, que satisfazem necessidades públicas tanto em caráter coletivo como privado.

¹⁰:CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Curso de direito administrativo. 8. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1967. p.161

O serviço público e a função pública têm um traço característico, a atividade pública exercida por um agente.

A função pública e o serviço público são no ções que se completam.

É válido dizer que a função pública é o abstra to e o serviço público o particular, o concreto. O servi ço público concretiza a função pública.

A noção de função pública, em sentido restrito, está ligada ao funcionário público, porém em sentido la to representa toda função exercida por qualquer pessoa, que detenha, ainda que transitoriamente, uma parcela de poder do Estado.

Embora a noção de serviço público não permita uma classificação definitiva, podemos identificá-lo quan to ao aspecto da centralização e da descentralização.

2.2 Serviço Público - Noção Jurídica

O traço característico que designa a noção jurídica do serviço público é a subordinação de seu conceito, aos preceitos existentes no Direito Público.

Quando o Estado realiza uma atividade, um serviço, o faz em cumprimento a determinados preceitos jurídicos, caracterizando assim, a condição de soberania.

Neste sentido, a ação do serviço público está subordinada a todo um ordenamento político-jurídico, prevalecendo o interesse coletivo sobre o individual.

No direito positivo brasileiro, o serviço público tem na Constituição Federal suas linhas básicas. O serviço público se acha repartido nos três níveis da Administração Pública: União; Estados Membros e os Municípios.

Os serviços públicos reservados à União são os fixados na Constituição Federal, art. 8º, entre os quais constam: Polícia Marítima, aérea e a de fronteiras; repressão ao tráfico de entorpecentes e drogas, segurança nacional; censura de diversões públicas; serviço postal; correio aéreo nacional; defesa contra as calamidades públicas; telecomunicações em geral; energia elétrica de qualquer natureza ou origem; navegação aérea, transporte marítimo ou fluvial internacional ou interestadual;

assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva; previdência social nos casos de doença, velhice, invalidez, morte, seguro desemprego; seguro contra os riscos de acidentes do trabalho; proteção à maternidade, educação. A competência da prestação de serviços públicos atribuída aos Estados-membros e aos Municípios não se acha detalhada na Constituição Federal, cabendo aos mesmos, os serviços remanescentes da União. Ainda que não se possa especificar os serviços públicos da competência dos Estados-membros, é certo afirmar que os serviços não reservados à União e nem aos Municípios por peculiar interesse, recaem aos Estados-membros. Todavia, há determinadas espécies de serviços públicos que em razão do peculiar interesse, cabem, simultaneamente, à União, Estados-membros e Municípios. Entre outros, citam-se: serviços de saúde pública, serviços de urbanismo, serviços de higiene e segurança, etc.

A seguir, examinaremos algumas características das autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, na condição de entes descentralizados, cujo estudo nos auxiliará na compreensão do regime jurídico que preside a relação Estado-Servidor, "lato sensu".

Bandeira de Mello⁽¹¹⁾ ao pesquisar a origem da palavra autarquia, demonstra que o vocábulo é composto por dois elementos justapostos: "autos" para designar próprio e "arquia" para representar comando, direção, governo.

Portanto, autarquia quer significar na linguagem do Direito Administrativo, uma atividade autônoma, própria.

11: MELLO, Osvaldo Aranha Bandeira de. Princípios gerais de direito administrativo. Rio de Janeiro, Forense, 1969. p.186.

A doutrina do Direito Administrativo não é uniforme sobre a classificação das autarquias.

Cavalcanti⁽¹²⁾ as agrupa da seguinte forma:

- a - quanto ao controle e a disciplina de profissionais, exemplo: A Ordem dos Advogados do Brasil; o Conselho Regional de Engenharia; Conselho Regional de Medicina e etc.
- b - de natureza econômica: Instituto do Açúcar e do Alcool; Instituto Nacional do Mate e etc.
- c - de crédito: Caixas Econômicas;
- d - industriais: Estrada de Ferro Central do Brasil etc.
- e - de previdência e assistência social: Institutos de Previdência Social.
- f - culturais: as Universidades;
- g - atividades de vários setores da administração: I.B.G.E. "

12: MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Classificação das autarquias. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968. p.357-358.

Outros publicistas agrupam as autarquias segundo as finalidades, ao tipo e à procedência.

Bandeira de Mello⁽¹³⁾ afirma que ao Direito interessa a natureza jurídica das autarquias, sendo irrelevantes outras classificações de conteúdo econômico, finalístico, etc.

Cretella Júnior⁽¹⁴⁾ entende que a corporação é um fenômeno associativo, universal, de solidariedade entre os homens e que o Estado, "lato sensu" se constitui na mais complexa de todas as organizações para o autor, a corporação pública é uma espécie do gênero autarquia.

13:MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Classificação das Autarquias. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968.p.359

14:CRETELLA JÚNIOR, José. Dicionário de direito administrativo. Rio de Janeiro, Forense, 1978.p. 157

Assim, enquanto a União, os Estados Membros, os Municípios e os Territórios, o Distrito Federal são pesoas jurídicas públicas, com capacidade genérica, as autarquias, as sociedades de economia mista, as empresas e as fundações são pessoas administrativas, todas portadoras de competência específica.

A empresa pública, a exemplo das autarquias, encontra-se definida no direito positivo brasileiro ⁽¹⁵⁾ como pessoa jurídica de direito privado, com patrimônio próprio exclusivo da União, criada por lei, com a finalidade de desempenhar uma atividade econômica do Poder Público, podendo revestir-se de qualquer forma prevista pelo direito.

Bandeira de Mello ⁽¹⁶⁾ ensina que as empresas públicas podem ser constituídas "ex-novo" pelo Estado, ou, então, resultam da estatização de empresas particulares, por ato legislativo.

15: BRASIL. Leis, Decretos, etc. Dec. lei nº 200, de 25.02.67. D.O. U., de 08.03.67. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e da outras providências. D.O.U., de 30.03.67. Seção I, Parte I, p. 3627.

16: MELLO, Osvaldo Aranha Bandeira de. Princípios gerais de direito administrativo. Rio de Janeiro, Forense, 1969. p. 244

Tanto podem visar lucros como desempenhar atividades industriais para o próprio Estado. Como exemplo citam-se as indústrias de material bélico do Estado.

Meirelles⁽¹⁷⁾ cita que as empresas públicas se constituem nas mais modernas formas de instituições para estatais, destinadas à realização de atividades econômicas que o Estado julgue conveniente ao interesse público ou de interesse coletivo.

Revela o autor que nos Estados Unidos da América do Norte, Canadá, França, Itália e Alemanha, com pequenas alterações regionais, as empresas públicas vêm se caracterizando como uma das formas mais funcionais da atividade do Estado, dentre as mais variadas, através das quais atua o Poder Público. Em todas as legislações, o traço comum é o capital exclusivamente público.

Por outra parte, a sociedade de economia mista é mais uma das espécies do serviço público descentralizado da Administração Federal.

17: MEIRELLES, Helly Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1986. p.302

A exemplo das anteriores, acha-se definida no art. 5º do Dec. Lei nº 200/67. As sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de direito privado, criadas por lei, para a exploração de atividade econômica. Na composição das sociedades de economia mista participam o Poder Público e particular tanto no capital quanto na administração. É da essência desses entes personificados a atividade econômica ou a realização de um serviço de interesse da coletividade delegado pelo Estado.

As sociedades de economia mista realizam por sua conta e risco, atividades de natureza técnica, industrial e econômica, com a possibilidade de auferir lucros, onde o Estado admite desenvolver tais atividades e por isso os delega a tais entes personificados.

Bandeira de Mello⁽¹⁸⁾ refere que a mais antiga instituição em forma de sociedade de economia mista no Brasil é o Banco do Brasil S.A., criado pelo Alvará de 12 de outubro de 1808, com força de lei.

18. MELLO, Osvaldo Aranha Bandeira de. Princípios gerais de direito administrativo, Rio de Janeiro. Forense. 1969. p.251

Embora as Fundações instituídas pelo Poder Público Federal não constem mais do rol dos entes que compõem a Administração Indireta⁽¹⁹⁾, julgamos oportuno alinhá-las ao estudo do presente trabalho, em virtude de alguns pontos de contato com o regime jurídico do servidor público, já referido.

A norma que as retirou da órbita da Administração Indireta, impôs que as novas fundações obedeam determinados requisitos para funcionamento, como entes privados, sujeitos à supervisão ministerial.

Determinadas atividades desenvolvidas pelo Estado necessitam mais flexibilidade de funcionamento, menor dependência burocrática para alcançar o interesse público.

O Estado, então, opta pela criação de um ente que embora dotado de personalidade jurídica de Direito Privado, do tipo fundação, possa desempenhar tarefas sem caráter lucrativo na área da educação, cultura, saúde, pesquisa científica, assistência social e etc.

19: BRASIL. *Leis, Decretos, etc. Dec. Lei nº 900, de 29.9.69. Altera disposições do Dec. Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967 e da outras providências. D.O.U. de 30.9.69, republicado em 02.10.69. Seção. Parte I. p. 8201.*

Entendemos que as fundações instituídas pelo Poder Público podem ser criadas pelos Estados-Membros e os Municípios, desde que sujeitas às formalidades dos arts. 24 a 30 do Código Civil e o disposto no artigo 2º do Dec. Lei 900/67.

Por isto, a fundação se constitui numa pessoa jurídica de tipo especial.

Para Meirelles⁽²⁰⁾ as fundações estabelecidas pelo Poder Público constituem entes de cooperação, do gênero paraestatal.

Franco Sobrinho⁽²¹⁾ denomina de fundações públicas aquelas criadas pelo Estado, sob o regime pessoas jurídicas de direito privado. E vê que a afetação de um patrimônio a um serviço determinado revela uma adaptação do Direito Administrativo ao Direito Civil.

20: MEIRELLES, Helly Lopes. Direito administrativo Brasileiro. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968. p. 316

21: FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Fundações e empresas públicas. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1972. p. 101-104.

Cretella Junior⁽²²⁾ distingue:

"A melhor doutrina italiana, sem exceção, desde o início do século, ressalta que "as pessoas jurídicas de direito se distinguem em corporações e fundações. As corporações são as "universitates personarum", as quais podem ter ou não caráter territorial. As fundações são "universitates bonorum" (Salandra, A. Legioni di Diritto Administrativo, 1909-1910, parte IV p. 135)".

Assim, admite-se que as fundações públicas, embora detentoras de personalidade jurídica de direito privado, podem estar compreendidas entre os órgãos denominados paraestatais, já que detêm um feixe de atribuições a eles inerentes. Nestas circunstâncias, os atos praticados pelos dirigentes das fundações quando violarem direito

22: CRETELLA JÚNIOR, José. Regime Jurídico das corporações públicas no Brasil. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 98: 1-16, out/dez. 1969. p.7.

individual, líquido e certo, não amparado por "Habeas Corpus", podem ser atacados por mandado de segurança⁽²³⁾.

Igualmente, os contratos celebrados por tais entes podem ser invalidados quando eivados de ilegalidade e lesivos ao patrimônio público, mediante ação popular⁽²⁴⁾.

Até o momento em que as fundações eram instituídas apenas por particulares, podia-se afirmar que a personalidade jurídica de tais entes não oferecia dúvidas sob o ponto de vista jurídico.

A questão tornou-se polêmica, quando o Estado teve necessidade de realizar determinados serviços visando aliviar a carga dos órgãos da Administração Direta, criando, para tal fim, entes fundacionais.

23 : BRASIL. *Leis, Decretos, etc. Lei 1.533, de 31.12.51, D.O.U. de 31.12.51. Altera disposições do Código de Processo Civil, relativas ao Mandado de Segurança. Seção I Parte I p. 8969.*

24 . BRASIL. *Leis, Decretos etc. Lei nº 4.717, de 29.6.65. D.O.U. de 05.7.65. Regula a ação popular.*

Parece-nos coerente o caráter público das fundações, posto que se o Poder Público as institucionaliza, ainda que dentro dos padrões do direito privado, passam a integrar o elenco dos entes paraestatais e devem subordinar-se aos princípios do Direito Público. Devemos nos recordar que face ao previsto no art. 33 do Dec. Lei nº 199/67, combinado com os arts. 7º e 8º da lei nº 6.223/75, as Fundações estão sujeitas ao Tribunal de Contas da União. Por outro lado, a nível administrativo, as contas das fundações públicas estão sujeitas ao controle do Ministério Público. A polêmica em torno das fundações continuará na ordem do dia.

Dentre os publicistas brasileiros, alguns se posicionam pela característica de entidade de direito público enquanto outros pela de direito privado.

Celso Antonio Bandeira de Mello⁽²⁵⁾, admite que as fundações públicas podem ser de caráter público ou privado, porém se elas são constituídas pelo Poder Públi

25: MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Prestação de serviços públicos e administração indireta. Rio de Janeiro, Revista dos Tribunais, 1973.

co, enquadram-se no regime jurídico das autarquias. Eis o pensamento do autor⁽²⁶⁾:

"as autarquias podem ter base corporativa ou fundacional, isto é, que sua intimidade estrutural pode reproduzir o modelo de uma corporação agremiação de pessoas ou o de uma fundação afetação de um patrimônio a um fim. Daí se segue que certas autarquias são, em sua essência, "fundações de direito público" ou, dito pelo reverso, que certas fundações, por serem de direito público, são autarquias. Contudo, assim como o Estado pode criar pessoas (que retracem o modelo jurídico "fundação") com capacidade de direito público - e seriam, então, autarquias - também pode, como é notório, criar pessoas de direito privado cujo figurino jurídico seja o de fundação. Eis, pois, que da vontade - estatal tanto podem nascer fundações de direito público como fundações de direito privado".

26 : op. cit p. 146

Para dissipar dúvidas sobre a natureza jurídica das fundações públicas, o Professor Celso Antonio⁽²⁷⁾ retoma o assunto, na seguinte posição:

"Deve ser, em princípio, havida como pessoa de direito público toda pessoa jurídica criada pelo Estado e que tenha por finalidade desempenhar uma atividade de interesse público. Isto porque, de regra, o Estado só cria pessoas jurídicas para perseguir objetivos que lhe são próprios e, de outro lado, a atividade de interesse público, de regra e em princípio incumbe ao Estado. Assim, qualquer pessoa jurídica criada pelo Estado e que persiga um objetivo de interesse público deverá ser imediatamente havida como pública, salvo se o Estado expressamente negar-lhe tal caráter".

27: MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Fundações públicas; natureza jurídica da fundação de amparo e pesquisa; forma de constituição das fundações públicas. Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro, 52(338): 62, dez. 1963.

Adotando idêntica linha de pensamento, Cretella Júnior, também entende que as fundações instituídas pelo Estado integram o ordenamento jurídico do Direito Público. Em seu livro "Fundações de Direito Público"⁽²⁸⁾ doutrina:

"No campo do direito administrativo interessam as fundações públicas e as corporações públicas, verdadeiras espécies do gênero "autarquia".

Igualmente, o Professor Miguel Reale⁽²⁹⁾ posiciona-se pela natureza jurídica de Direito Público às fundações governamentais. Expressa o seu entendimento no teor:

28: CRETILLA JÚNIOR, José. Fundações de direito público. Rio de Janeiro, Forense, 1975. p. 20.

29: REALE, Miguel. Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Forense. 1969. p. 11/20.

"tem dado lugar, ultimamente, a algumas dúvidas e equívocos que, infelizmente, já repercutiram em decisões do Poder Judiciário. Tão forte e natural é a tendência para resolver-se a questão da natureza jurídica de tais entes à luz do direito privado que as soluções de cunho civilista têm encontrado guarida até mesmo entre cultores do direito constitucional e administrativo. Por tais motivos, o assunto não pode ser considerado tranquilo, embora já tenha a prevalecer o entendimento acertado de que, uma vez assente o caráter público do "patrimônio personalizado", deve este reger-se por normas próprias, inadequadas que se revelam os preceitos da lei civil".

O jurista Pontes de Miranda⁽³⁰⁾ oferece sua contribuição à corrente que admite a natureza pública das fundações instituídas pelo Estado. Vejamos parte de seu pensamento:

30: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado. 2. ed. Rio de Janeiro. Borsoi, 1970. v.1.p.468

"As fundações de direito público podem ser criadas por lei, ou por ato administrativo, que a lei permita, ou por decreto que confira a natureza de fundação de direito público para algum patrimônio que seja dotação fundacional de alguém".

Oscar Saraiva⁽³¹⁾ num trabalho em torno da Fundação Brasil Central, já admitia no ano de 1944, a possibilidade de celeuma em torno das fundações públicas, cujo pensamento transcrevemos em parte:

"A leitura da lei institucional dessa nova fundação evidencia, porém, que, embora a mesma se traduza num patrimônio personalizado, regido por estatutos aprovados pelo Presidente da República e, portanto, sob esse aspecto uma verdadeira fundação, nela existem, entretanto, características próprias das autarquias
Acho-nos, pois, em face de nova modalidade

31: SARAIVA. Oscar. Novas formas de delegação administrativa do estado. Rio de Janeiro, 1944.p.252

de delegação administrativa, com a revivescência das fundações, às quais foram acrescentadas características da administração autárquica, constituindo um tipo de administração que, desde logo, poderemos qualificar de fundações públicas, instituídas pelo próprio Estado e em oposição às fundações civis, que seguem as regras do Código Civil sem qualquer alteração."

Orlando Gomes⁽³²⁾, ao estudar as fundações públicas a partir da afetação de seus bens, vê na pessoa do instituidor, o elemento característico para ajustá-las ao regime jurídico de direito privado ou público. Assim se manifesta:

"A despeito do seu modo de constituição, que normalmente decorre de ato de iniciativa privada, nada impede, substancialmente, que a fundação seja pessoa jurídica de direito privado, se instituída pelo Estado".

32: GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. 5.ed., Rio de Janeiro, Forense, 1977, v. 1, p.217.

Ruy Cirne Lima⁽³³⁾ entende que as fundações públicas não pertencem com exclusividade ao Direito Privado ou ao Direito Público.

Tanto pode integrar a atividade privada como serviço público. Assim se expressa o autor: "A fundação é comum ao direito privado e ao direito público."

Em posição diametralmente oposta à natureza jurídica das fundações públicas, vamos encontrar em Helly Lopes Meirelles⁽³⁴⁾ a seguinte opinião:

"Não obstante a expressividade da lei e a clareza da doutrina, alguns ilustres autores pátrios vêm sustentando a existência de fundações públicas" em "autarquias fundacionais" ou autarquias potenciais", ou "autarquias do tipo privado". Ora, na expressão fundações públi -

33 LIMA, Ruy Cirne. Princípios de direito administrativo. 4. ed. Porto Alegre, Silveira, 1964.p.66

34: MEIRELLES, Helly Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986. p.317

cas traz uma "contradictio in terminis", por que se é fundação está insita a sua personalidade privada; se é autarquia é personalidade pública. As demais locuções são eufemismos com que se pretende dissimular o ente apelidado de "fundação".

Identificado com o caráter privado das fundações públicas, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho⁽³⁵⁾ diz:

"A pessoa jurídica chamada fundação, não há como forçar argumentos que se perdem na abstração, sejam quais sejam os seus fins específicos, somente poderão ser de direito privado, porque assim está institucionalizada e consagrada pelo direito positivo".

35: FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Fundações e empresas públicas. São Paulo, Revistas dos Tribunais, 1972. p. 8-15.

O Professor Luiz Fernando Coelho⁽³⁶⁾ sustentando a tese do rigor científico que preside a ciência do direito, é de opinião que as fundações públicas constituem entes de direito privado. Eis parte de seu trabalho:

"O elemento prevalecente na determinação da natureza do Instituto não é o maior ou menor controle exercido pelo Estado, mas é a conceituação que a ciência do Direito desenvolve em função de sua gênese histórica e que o coloca nas estruturas normativas do direito privado. Considerar as fundações instituídas pelo Poder Público pessoas jurídicas de Direito Público equivale reconhecer que o Estado errou ao elegê-las como meio de realizar os respectivos fins, seja pela insuficiência do patrimônio, seja pela inadequação da forma de administrá-la e, por isso, pretende autarquizá-la com o intuito de ilidir o seu próprio erro".

Pelo que é dado observar, nem mesmo entre os publicistas há um consenso em torno da natureza jurídica das fundações instituídas pelo Poder Público.

36: COELHO, Luiz Fernando. Fundações públicas. São Paulo, Forense, 1978. p.103/104

CAPÍTULO III

ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA NO BRASIL

3.1 Evolução

A Organização Administrativa no Brasil, em sua curva de evolução, parece não fugir à regra de Estados politicamente desenvolvidos, para os quais a expansão, a modernização das atividades administrativas do Poder Público guardam certa correspondência com o aperfeiçoamento da separação dos Poderes.

Em nosso país, a história político-jurídica registra as seguintes constituições: 1824 Imperial; 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e a Emenda nº 01/69, todas republicanas.

Embora a primeira constituição da república já tivesse instituído uma forma de governo com a separação de funções entre o Poder Executivo, o Legislativo e o Judiciário, devemos registrar que foi a partir dos anos 30 que a Administração Pública Federal adquiriu posturas tendentes ao aperfeiçoamento e à modernização dos Serviços Públicos.

Segundo Garcia⁽¹⁾ o Brasil nunca conheceu em sua história, o instituto da descentralização. A Adminis

1: GARCIA, Fernando Coutinho. Modernização e reforma administrativa no Brasil. Brasília. Instituto de Planejamento Econômico e Social, 1978.

tração Pública já nasceu centralizada. Cita o autor, que a "República Velha - 1889 - 1930, se caracterizou, principalmente, pelo federalismo, mas um federalismo aparente, pois ele representava para as novas classes rurais dominantes uma solução, ainda que rude e despida do espírito de solidariedade do nacionalismo".

O autor⁽²⁾ lembra a observação feita por Vieira da Cunha no seguinte trecho:

"Se a Velha República confundia a sua pregação com a defesa do liberalismo, atendendo deste modo ao domínio econômico dos senhores rurais e das nascentes oligarquias estaduais da época, a nova República opunha ao federalismo e ao separatismo a centralização política exercida pelo Governo Federal".

Embora se reconheça a presença marcante do centralismo no Governo Provisório, temos a admitir que também foi a partir dele que a Administração Federal passou

2: op cit p.16

a adquirir contornos de natureza organizacional. Neste capítulo tentaremos traçar um perfil da Administração Federal a partir dos anos 30. Localizamos⁽³⁾ a criação do Ministério do Trabalho Indústria e Comércio, desdobrado do Ministério da Agricultura Indústria e Comércio. Oriundo do Ministério da Justiça e Negócios Interiores tem lugar o Ministério de Educação e Saúde. É instituída a Organização do Departamento Nacional do Trabalho. São criados Institutos de Aposentadoria e Pensões da Previdência Social vinculados ao Ministério do Trabalho Indústria e Comércio. São instituídas as Juntas de Conciliação e Julgamento, que embora ainda não integrassem o Poder Judiciário, eram consideradas relevantes e obrigatórias.

3: SUSSEKIND, Arnaldo et alli. Instituições de direito do trabalho. Rio de Janeiro. Freitas Bastos, 1963.p.53

A preocupação do governo federal em estabelecer uma lei básica para o serviço público, talvez tenha iniciado na década de 30, pois no ano de 1936 era criado o Conselho Federal do Serviço Público Civil⁽⁴⁾.

Foi estabelecido, então, um critério de classificação de cargos, mediante a formação de carreiras para os funcionários públicos civis federais. Ao Conselho Federal do Serviço Público Civil - C.F.S.P.C. competia o encaminhamento da política do pessoal civil da União.

A Constituição de 1937⁽⁵⁾ previu a existência de um Departamento Administrativo destinado ao aprimoramento, à modernização das atividades administrativas do Estado, cujo órgão ficaria subordinado diretamente à Presidência da República.

No ano de 1938, foi então criado o Departamento Administrativo do Serviço Público - D.A.S.P.⁽⁶⁾ absorvendo as atribuições do Conselho Federal do Serviço Público Civil.

4: BRASIL. Leis, Decretos, etc. Lei nº 284, de 28.10.36.

Reajusta os Quadros e os vencimentos do funcionalismo público civil da União e estabelece diversas providências. Suplemento do D.O.U. nº 252, de 30.10.36, p. 1 a 7.

5: BRASIL. Leis, Decretos. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. 10.11.37. Editora Atlas. São Paulo 1980. pg. 416.

6: BRASIL, Leis Decretos, etc. Decreto-Lei nº 579, de 30.07.38. D.O.U. de 30.07.38. Organiza o Departamento Administrativo do Serviço Público, reorganiza Comissões de Eficiência dos Ministérios e dá outras providências. Seção I - Parte I - p.15.168.

Já em 1939, por decreto-lei, era expedido o primeiro Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União⁽⁷⁾, cujo evento se constitui num marco da política da modernização administrativa.

A partir de então, foi instalada a escola de administração pública, denominada Escola Brasileira de Administração Pública - E.B.A.P. - 1948. Vale registrar que a EBAP integra a Fundação Getúlio Vargas, entidade de caráter técnico-administrativo, cujo objetivo é o de prover a formação, a especialização e o aperfeiçoamento de pessoal para empreendimentos públicos e privados.

Assim, enquanto o DASP acha-se voltado para a política de pessoal dos servidores Públicos da União, a EBAP dirige a ação de ensino superior à área de Administração Pública.

Dentre a legislação pesquisada, que antecedeu ao Dec.Lei 200/67, não encontramos a partir dos anos 30, nenhuma norma criada com a exclusiva finalidade de organizar a estrutura da Administração Federal. Identifica

7: BRASIL, *Leis, Decretos, etc. Decreto-Lei nº 1.713, de 28.10.39, D.O.U. de 01.11.39. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União. Departamento de Imprensa Nacional. Rio de Janeiro. 1950. p. 97.*

mos, pela referência bibliográfica, textos normativos disciplinando o regime de pessoal do Funcionário Público da União; a criação de órgãos e de escola de Administração Pública; o desenvolvimento de ministérios com a criação de outros, etc.

Além da pesquisa bibliográfica, consultamos a Secretaria de Pessoal Civil do DASP, em Brasília, na tentativa de obter esclarecimentos sobre a existência de lei que tenha tratado da reforma administrativa, anterior ao Dec.Lei 200/67. Fomos informados que apenas em textos esparsos, resoluções, decretos, Leis ordinárias, são encontrados fragmentos de reforma administrativa.

A Professora Marina Brandão Machado⁽⁸⁾ lembra que entre outras medidas adotadas pelo governo federal, para a mudança da feição do Serviço Público no Brasil, foi a criação de Escolas Superiores de Administração Pública.

8: MACHADO, Marina Brandão. O ensino de administração pública no Brasil, Rio de Janeiro, FGV, 1966. p.4

Decorridas quase três décadas do primeiro movimento da Reforma Administrativa Federal, 1937, igualmente em regime político de exceção, tem lugar a segunda, desta vez mais abrangente que a anterior.

A partir da implantação da Reforma Administrativa, prevista no Dec.Lei 200/67 e atualizada pela legislação complementar e especial (com destaque o Dec.Lei 900/69) a Administração Pública Federal foi estruturada, basicamente, em duas formas distintas: Administração Direta e Indireta.

A primeira é constituída dos serviços integridos da Presidência da República e dos Ministérios. A segunda compreende entes personificados, sob o regime jurídico de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista.

A política de descentralização foi adotada pela Administração Federal, entre outros motivos, com o de aliviar, a carga dos órgãos centrais, deslocando do núcleo para a periferia, a prática da execução e decisão.

A expressão administração indireta é empregada na atual Constituição Federal, em duas oportunidades, uma

quando trata da fiscalização pelo Congresso Nacional, dos atos do Poder Executivo. (art. 45), e a segunda quando disciplina o orçamento dos entes que compõem a Administração Federal indireta. (art. 62. par. 1º).

Franco Sobrinho⁽⁹⁾, ao comentar a lei de Reforma Administrativa Federal (Dec.Lei 200/67), observa:

"Não há na legislação atual, nem na história da organização administrativa brasileira, nada que se assemelhe ou seja semelhante. De acordo com a experiência, consolida princípios orgânicos sensíveis à realidade mecânica estatal".

Meirelles⁽¹⁰⁾ examinando o Dec.Lei nº 200/67 observa que não se trata de uma norma de natureza orgânica em seu aspecto formal, porém, no tocante ao conteúdo, os Princípios do Planejamento; Coordenação; Descentralização, Delegação de Competência e Controle, parecem encaminhar a Administração Pública para a racionalização, a simplificação e o aperfeiçoamento do Serviço Público. Todavia, dois dos princípios fundamentais, citados na Refor

9: FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Comentários à reforma administrativa federal. São Paulo . 1975. p.641

10: MEIRELLES, Helly Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986. p.640.

ma Administrativa Federal, a "descentralização" e a "delegação de competência", acham-se em desarmonia com a realidade administrativa, pois enquanto o Estado assume novas funções, a máquina administrativa continua centralizando decisões.

Examinando as atribuições outorgadas ao Presidente da República constatamos o grau de concentração do poder político e administrativo, entregue ao Chefe do Poder Executivo. E neste sentido, com apoio no art. 55, inciso III da Constituição Federal, combinado com o disposto no art. 39 do Dec. Lei 200/67, o Presidente da República tem poderes para expedir decretos-leis, influenciando, pois, decisivamente, na política de pessoal da Administração Federal.

Embora o instituto do "decreto-lei" se constitua numa prática utilizada em regimes de exceção, nos casos especificados pela norma fundamental, a realidade brasileira demonstra um quadro atípico.

A estrutura do Serviço Público Federal da década de 30 é muito diferente da existente nos dias de hoje, como também o foi na implantação da Reforma Administrativa nos anos 60-70.

O DASP foi alterado tanto na denominação, quanto no conteúdo. Manteve a mesma sigla, embora passando a denominar-se Departamento Administrativo do Pessoal Civil. Retornou à originária denominação - Departamento Administrativo do Serviço Público e foi limitado à coordenação, à supervisão e ao controle da administração do pessoal civil da União.

O plano de classificação de cargos originário da lei nº 3.780-60, instituiu um novo modelo de classificação, voltado para a pessoa do servidor, no qual enfatiza a carreira, sobre o cargo; os critérios de promoção; de igualdade de oportunidade para o ingresso no serviço público. Foram criadas carreiras administrativas com o objetivo de proporcionar ao servidor público, uma concepção de ascensão dentro do serviço público, de tal forma a estimulá-lo a progredir profissionalmente a exemplo do que acontece nas Forças Armadas e no serviço diplomático.

Já vimos que a estrutura administrativa, a nível federal, se constitui de pessoas jurídicas e de órgãos públicos. As pessoas jurídicas são dotadas, por disposição de lei, de vontade, com capacidade para contratar e contrair obrigações. Já os órgãos públicos são cen

tros de competência e têm, por prioridade, o desempenho de determinadas funções do Estado.

Neste sentido, o Estado projeta para fora de si, antes de direito, aos quais atribui personalidade jurídica. São entes menores. Entre eles têm-se: os Estados Membros, os Territórios, Distrito Federal e os Municípios, etc.

São regiões administrativas, com personalidade jurídica, de âmbito interno. No interior dessas estruturas setorializadas, gravitam órgãos da Administração do Estado. A regionalização é o desmembramento do Poder Público, tendo em vista o território.

A nível de setorialização, pois, o Estado cria entes personificados, com os recursos da técnica jurídica, para desempenhar com mais eficiência, algumas atividades que lhe são próprias.

A setorialização é o desmembramento do Poder Público em razão da competência social. Uma autarquia, portanto, como ente tipicamente setorial, atua no espaço que lhe foi confiado, como se fosse o próprio Estado, em razão de sua personalidade jurídica de Direito Público.

3.2 Órgãos Públicos

Cretella Júnior⁽¹¹⁾ afirma que a expressão órgão é tomada por empréstimo da linguagem das Ciências Médicas. O Estado pode ser entendido como um organismo complexo, dotado de órgãos e de aparelhos, executando cada um função própria. Portanto, denominam-se órgãos públicos, centros de competência para a realização de uma função do Estado.

Como centro de atividades, os órgãos públicos têm competência definida. O Estado compreende um mosaico de centros de competência. Dentro de sua estrutura, os órgãos podem ser classificados em independentes, superiores, subalternos e unitários, são independentes aqueles previstos na Constituição. Entre eles, órgãos do Poder Executivo, do Legislativo e do Judiciário. Estes órgãos não estão sujeitos, entre si, a qualquer subordinação hierárquica, salvo nos casos de controle previstos na própria norma básica.

A função de tais órgãos é de natureza política e as pessoas que os dirigem são denominadas agentes políticos, distinguindo-se dos demais servidores, que são agentes administrativos.

11: CRETELLA JÚNIOR, José. Dicionário de direito administrativo. 3.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978. p.200.

Os órgãos superiores caracterizam-se pela liberdade de ação. Compete-lhes as soluções técnicas com responsabilidade por sua execução. Citam-se, entre eles, as Secretarias Gerais, os Gabinetes, as Procuradorias Administrativas e Judiciárias, os Departamentos.

Em grau inferior, encontramos os órgãos subalternos, que se destinam às linhas de execução. Via de regra são as repartições que atendem ao público em geral.

Finalmente, encontramos os órgãos unitários ou simples, constituídos de apenas um centro de competência. Nessa modalidade não existe outra espécie de órgão. O número de cargos no órgão unitário não lhes retira essa condição. São exemplos de órgãos simples, os servidores de portaria.

O Estado, para desempenhar suas funções age, ora em nome de governo, ora em nome da administração. Embora pareçam sinônimas as expressões governo e administração, entre uma e outra existem peculiaridades. Os atos de governo emanam da competência institucional, por isso são considerados de natureza política e discricionária.

Os atos de administração, além de não se confundirem com atos de governo, se constituem em atos de execu

ção, e a maior ou menor autonomia depende do limite de competência do órgão e dos respectivos agentes. O ato de administração obedece às regras estabelecidas em lei, das quais o agente não pode se afastar.

O Estado representa o mais complexo conglomerado de órgãos. A cada órgão, a lei prevê uma carga, uma soma de atribuições, num sentido amplo. Os órgãos, por sua vez, dispõem de número certo e definido de cargos, para serem providos por seus titulares. Assim, o órgão repassa a cada cargo, parte de sua função para ser exercida individualmente pelo agente.

Num sentido amplo, denomina-se agente público, as pessoas que, de uma forma ou de outra, prestam serviços ao Poder Público.

O agente público é, por conseguinte, gênero do qual podem ser indicadas as seguintes espécies: Agente Administrativos; Agente Honorífico e Agente Delegado. Esta tipologia é oferecida por Meirelles⁽¹²⁾, porém, Bandeira

12: MEIRELLES, Helly Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986, p.54.

de Mello⁽¹³⁾ classifica o agente público em: a) agentes políticos; b) servidores públicos; c) particulares em atuação colaboradora com o Poder Público.

Em todas elas verifica-se um traço comum, a circunstância, a natureza, o caráter público da função. A esse fator, soma-se a investidura da função, outorgada pelo Estado.

O detalhamento das principais formas de função pública, nos permitirá identificar em que momento está a mesma sendo exercida sob o regime jurídico do emprego público.

3. 3 Agentes Públicos

Vejamos, pois, as espécies do gênero agente público. São agentes políticos as pessoas que ocupam cargos, funções, mandatos, comissões em nome do Estado e cuja linha de atividades encontram-se determinadas; via de re -

13; MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1984. p.6.

gra, na constituição. Entre outros, citam-se como exemplo de agentes políticos: o Presidente da República; os Governadores; os Prefeitos; os Ministros de Estado; os Secretários de Estado; os Senadores; os Deputados; os Vereadores; os Magistrados em geral; os Membros dos Tribunais de Contas; os Representantes Diplomáticos; etc. Esta categoria de agentes tem liberdade mais ampla para o exercício de suas atribuições, com competência e responsabilidade estabelecidas na própria Constituição ou em normas especiais.

Por agentes administrativos classificam-se os servidores em geral. Sua vinculação jurídica ao Estado é de natureza hierárquica. Distinguem-se os Agentes políticos, dos Agentes Administrativos, pelo fato dos primeiros exercerem função de governo, "política" enquanto os últimos desempenharem funções de "administração".

Nessa categoria estão os servidores da Administração Direta e Indireta, tais como funcionários públicos estatutários; os servidores de serviço temporário; os contratados em regime especial para funções técnicas e especializadas; os servidores admitidos, sob regime da Consolidação das Leis do Trabalho, os funcionários estatu

tários das autarquias; os empregados das empresas públicas, das sociedades de economia mista, das Fundações instituídas pelo Poder Público.

Por Agente honorífico entende-se as pessoas convocadas ou designadas para realizarem, transitoriamente, determinadas atividades para o Estado.

Os agentes honoríficos não mantêm vínculo de caráter empregatício com o Poder Público, embora possam contar como tempo de serviço, o período que estiverem exercendo função.

Embora não sendo servidores públicos, estão sujeitos, enquanto em exercício, às regras disciplinares e à hierarquia funcional. Inclusive para fins de Direito Penal, a função de agente honorífico se nivela à de funcionário público.

Finalmente, os Agentes Delegados se constituem em particulares que realizam, em seu próprio nome, uma atividade ou serviço, autorizado pelo Estado. Entre outros, citam-se os cartórios não estatizados, os serventuários de ofícios particulares, os leiloeiros, intérpretes públicos, etc.

O Brasil, a partir da implantação da Reforma

Administrativa reorganizou a Administração Pública Federal em Direta e Indireta. Sob a denominação Administração Direta estão compreendidos os serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios. Compreende a Administração Indireta as autarquias, as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Com efeito, serviços públicos centralizados são todos aqueles que a Administração executa através dos órgãos públicos. No âmbito federal, os Ministérios constituem os órgãos integrantes do Poder Executivo, realizando os serviços pública, por intermédio de seus departamentos, diretorias, divisões, secretarias e etc.

3.4 Descentralização e desconcentração

Entre os princípios fundamentais da lei da Reforma parece haver certa confusão entre descentralização e desconcentração administrativa.

A descentralização administrativa ocorre quando o Poder Público transfere, por outorça ou delegação, a realização de serviços a autarquias, entidades paraestatais ou a empresas privadas e particulares.

Já na desconcentração não existem entes personificados, os quais são representados por órgãos públicos do próprio poder central, em cujos centros de competência

são repartidas funções entre uns e outros, sem constituir fracionamento da hierarquia.

Na realidade brasileira o que vem sucedendo é a repartição de funções entre os vários órgãos da Administração, o que na verdade é desconcentração.

Ao lado da descentralização autárquica encontra-se a descentralização paraestatal, representada por entidades criadas pelo Estado, dotadas de personalidade jurídica de direito privado.

São entidades paraestatais as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações instituídas pelo Poder Público e os serviços autônomos.

Entende-se por serviços sociais autônomos, os entes instituídos por lei, com personalidade jurídica de direito privado e se destinam às atividades de ensino, de natureza social, cultural.

Tais entidades não integram a Administração Direta nem Indireta. Os Serviços Sociais Autônomos são também denominados entes de cooperação, do gênero paraestatal.

Os entes autônomos não gozam dos privilégios fiscais, administrativos, nem processuais. O regime de

pessoal de tais entes vincula-se à Consolidação das Leis do Trabalho.

Entre outros, citam-se os seguintes entes autônomos: Serviço Social da Indústria - SESI; Serviço Social do Comércio - SESC; Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - SENAI e o Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial - SESC.

Como tivemos a ocasião de ver, o Poder Público realiza, de forma centralizada, os serviços que lhes são próprios, através de órgãos que compõem a Administração Direta. Pode desempenhá-lo, igualmente, pelo processo da descentralização, por intermédio de entidades autárquicas e paraestatais: sociedades de economia mista e empresas públicas, ou por entes paraestatais de cooperação não compreendidas na Administração Direta ou Indireta: fundações instituídas pelo Poder Público e serviços sociais autônomos. Por derradeiro, o Poder Público tem a prerrogativa de cometer a entidades privadas do domínio particular, a execução de determinados serviços. Neste caso, utiliza-se da concessão, permissão ou autorização dos serviços.

3,5 Serviços Públicos e Concessão

Na concessão através de contrato administrativo, o Poder Público concede ao particular a execução de determinado serviço de utilidade pública.

O ato administrativo de concessão de serviço não transfere ao concessionário nenhuma prerrogativa do Poder Público. A delegação é apenas da execução do serviço. A concessão do serviço pode ser estipulada com o caráter de exclusividade ou não. A Constituição Federal, em art. 167, "caput", dispõe:

"A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo:

- I - obrigação de manter serviço adequado;
- II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato;
- III - fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas ainda que estipuladas em contrato anterior".

Serviços permitidos, como o próprio título sugere, ocorrem quando a Administração permite que o particular preste determinada modalidade de serviço de utilidade pública. Como exemplo, cita-se o transporte coletivo. O ato de permissão é unilateral, sem maiores formalidades.

Nesses casos, o serviço permitido é executado em nome do permissionário, por sua conta e risco, sujeito, porém ao controle da Administração e às normas de direito público.

Finalmente, a modalidade dos serviços autorizados, onde o Poder Público, por ato unilateral, precário e discricionário coerente que o particular preste serviços de interesse coletivo. Entre outros, citam-se como exemplo, os serviços de taxis, de despachantes e etc.

CAPÍTULO IV

Função Pública. Tendências doutrinárias.

Buscamos neste capítulo, escólios doutrinários de autores brasileiros e estrangeiros sobre os problemas jurídicos que se originam do exercício da função pública.

Não nos preocupamos em realizar uma investigação mais profunda sobre os sistemas em Direito Comparado, mas tão somente enumerar as opiniões e tendências doutrinárias sobre o assunto.

Sintetizamos abaixo, o pensamento de alguns publicistas sobre o tema.

O termo função provém do latim, "functione" , para designar cargo, serviço, ofício: a função pública⁽¹⁾.

Na doutrina, a expressão função, como atividade inerente ao Estado, permite vários ângulos de visão.

Otto Mayer⁽²⁾ define _ " A função é um círculo de assuntos do Estado que uma pessoa, ligada pela obrigação do Direito Público de servir ao Estado, deve agir".

¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. Novo dicionário Aurélio. São Paulo, Nova Fronteira, s.d. p.661.

² MAYER, Otto. Derecho Administrativo Alemán. Trad. de Horácio M. Heredia y Ernesto Krotoschin. Buenos Aires, Editorial de Palma, 1949. t.1 part. gen.

A "função pública" e o "serviço público" para Cretella Júnior⁽³⁾, têm uma característica comum, a atividade pública. E observa o autor: "Tal nota, se bem que necessária, não é contudo suficiente para identificar, a ponto de confundí-las estas duas importantes instituições de direito público".

Enquanto a função pública se constitui num conceito institucional, geral, o serviço público se situa no lado concreto, particular. O serviço público materializa a função pública.

Para Bielsa⁽⁴⁾ o regime jurídico da função pública não deve ser estudado, ordenado, apenas nos limites e interesses da administração pública, ou, igualmente, em proveito do funcionário. Comporta ser examinado num sentido mais amplo, um sentido constitucional.

3: CRETILLA JÚNIOR. O pessoal de administração pública. In: Tratado de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 1967, v.4. p.65.

4: BIELSA, Rafael. La Función Pública. Buenos Aires, Roque de Palma, 1960. p.99

Meirelles⁽⁵⁾ refere que a função pública se constitui numa atribuição, ou um conjunto de atribuições conferidas pela Administração Pública, a uma pessoa ou a uma categoria profissional, para o desempenho de atividade do Estado. Lembra, ainda, o autor que todos os cargos públicos têm função, mas pode haver função sem cargo.

A função pública alcança maior destaque, na medida que o Estado passa a exercitar um controle mais rígido sobre a sociedade.

Modernamente, o Estado passa a intervir nos meios de produção da riqueza, ora estimulando a atividade privada, ora criando áreas de incentivo a novos comportamentos sociais, e até mesmo supletivamente no domínio econômico.

No cenário social, o Estado deixa a figura de protagonista, mero coadjuvante, para assumir uma postura ativa.

5: MEIRELLES, Helly Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986. p.353.

O Professor Paulo Henrique Blasi⁽⁶⁾ observa: "A multiplicação das necessidades sociais e econômicas acarretam o obrigatório desenvolvimento do Estado, com o conseqüente aumento do número de órgãos do poder. Os negócios públicos são devidos em razão da matéria".

Franco Sobrinho⁽⁷⁾, ao interpretar a expressão função pública, mencionada no art. 94 do Dec. Lei 200/67, diz:

"Destarte, pode o legislador, no Decreto-Lei nº 200, oferecer à Administração dois regimes diferentes para o exercício da função pública:

6: BLASI, Paulo Henrique. O contencioso administrativo no texto constitucional. Revista Sequência: estudos jurídicos e políticos, Florianópolis, 1 (1): 59-65. 1980

7: FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Comentários à reforma administrativa federal. São Paulo, 1975. p.221

" a) o estatutário com todas as suas explicações legais e constitucionais; b) o da legislação trabalhista para efeito de contratação na base conveniente de especialização.

Ambas as formas aceitáveis tendo em conta a natureza da função ou do trabalho a executar. "

Cretella Júnior⁽⁸⁾ cita uma definição de Henry

Nézar:

"a palavra função designa, de maneira geral e objetiva, o conjunto de atos que alguém deve executar para desempenhar obrigação que lhe é imposta. "Função", portanto, noção de significado eminentemente dinâmico, que obriga, em si, a idéia de movimento, vida, atividade: que é o círculo de assuntos do Estado que uma pessoa, ligada pela obrigação de direito público de servir o Estado, deve agir".

A função pública, no estudo do Direito Administrativo, deve ser compreendida no sentido de legalidade.

8: CRETILLA JÚNIOR, José. Dicionário de direito administrativo. Rio de Janeiro, Forense, 1978. p.260.

Por isso, a função pública decorre de uma conceituação jurídica que se concretiza no serviço público. É em decorrência da soberania do Estado que a função pública dinamiza o serviço público e lhe dá impulso. A atividade administrativa do Estado se constitui no desdobramento de funções.

A função pública é melhor compreendida, a partir do conceito de serviço público.

O Estado amplia suas funções, intervém na saúde, educação, previdência social. O Estado persegue a redução da miséria. Procura reduzir os índices de mortalidade infantil. Esforça-se por tornar toleráveis as desigualdades sociais.

A luta pelos direitos políticos cede lugar ãs conquistas na área social.

A realização dos serviços públicos, entendida como a prestação de um trabalho, uma tarefa típica do Estado, se corporifica através da função administrativa. Significa, o Estado a serviço da sociedade.

Trevijano Fos⁽⁹⁾ consegue reunir a opinião de juristas que se detiveram em torno da relação jurídica entre o Estado e o particular.

Vejamos, a seguir, nas palavras do próprio Trevijano Fos, como os publicistas vêem a função pública:

França - Berthelèmy:

"Se debe a este autor la distinción entre funcionarios de autoridad y de gestión. Llega a ella al plantearse el problema de la naturaleza de la relación entre el funcionario y el Estado. Quando se ejerce una autoridad de mando, no hay lazo contractual, lo que sí ocurre cuando se ejercen otras actividades....."

O pesquisador cita que esta tese acha-se quase abandonada, inclusive na França. Todavia, outros juristas a seguem, entre eles, Bielsa.

9: TREVIJANO FOS, José Antônio Garcia. Tratado de derecho administrativo. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado.1970, v.1. t.3. p.383

Duguit (10)

"Distingue los agentes y los órganos representativos y políticos. Aquéllos son funcionarios o agentes públicos nos funcionarios. Los primeros son retribuidos por la Administración, entra al servicio de ella con caracter profesional y permanente y forma parte de los cuadros orgánicos. Los segundos, en cambio, son transitorios. La situación de Los primeros es unilateral y dependiente de la ley material del servicio, la de los segundos es subjetiva, contractual e individual".

Hauriou: (11)

"Distingue autoridad administrativa y agente de ejecución, la primera caracterizada por tener potestad de tomar decisiones jurídicas, mientras que el segundo por limitarse a preparar las o ejecutarlas los funcionarios vienen caracterizados por las siguientes notas:

- a) Pertenencia a cuadros administrativos permanentes y estables;
- b) ocupación de un empleo público permanente y regular".

10 : op. cit | p. 383

11 : op. cit | p. 383

Gastón Jèze⁽¹²⁾

"Realiza un notable esfuerzo por clasificar el problema que nos ocupa. Es el autor francés que más ha influido en la problemática funcionarial, si bien sus apreciaciones deban ser corrigidas a la vista de las realidades actuales.

.....
Los funcionarios públicos. Se caracterizan por desarrollar sus funciones de manera permanente, ordinaria. La permanencia debe predicar-se de la función y no del empleo (como destino)".

Para Charles Debbasch⁽¹³⁾ a natureza jurídica do

funcionário público na França é a seguinte:

"En Francia, la condición de agente público, aunque haya sufrido los efectos de la transformación de la actividad del Estado, continúa siempre siendo con mucho, distinta de la de los empleados privados".

12: op. cit p.385

13: DEBBASCH, Charles. Ciência administrativa; administración pública. Madrid, Estudios Administrativos, 1975.p.320

Itália - Santi Romano⁽¹⁴⁾ tem na função pública o desdobramento do funcionário público e o empregado público. Os primeiros ao desempenharem uma função pública, representam o Poder Público, enquanto que os segundos, os empregados públicos, embora desempenhem uma atividade permanente e remunerada, não representam o ente público.

Vejamos a interessante observação feita pelo autor:

"Pueden coincidir ambas categorias en la misma persona: funcionario-empleado, o no coincidir: funcionario no empleado. Cuando estos últimos no son forzosos, se denominam funcionarios honorarios".

14: TREVIJANO FOS, José Antônio Garcia. Tratado de derecho administrativo, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1970, v.1 t.3 p.394

Orlando⁽¹⁵⁾ vê na índole de relação jurídica entre o empregado público e o Estado, a partir de:

"Aqui entendemos por empleado del Estado cualquiera que haya assumido obligación de prestar su oha en servicio del Estado, mediante una retribución con cargo al presupuesto, y haciendo del servicio público su profesión es decir dedicandole permanentemente su actividade física y intelectual a fim de obtener los medios de subsistencia económica."

Interessante observar que esta definição do jurista italiano supra citado, de muito se aproxima à conceituação de empregado no direito positivo brasileiro.

(art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho).

15 : ORLANDO, V.E. Princípios de derecho administrativo. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública. P.71.

Alemanha - Segundo Trevijano Fos⁽¹⁶⁾, na Alemanha a função pública acha-se representada entre Beamten (funcionários), Angestellten (empregados) e Arbeitern (operários). E a respeito dessa distinção recomenda o autor⁽¹⁷⁾:

"Debemos advertir que estas categorias no pueden trasladarse a nuestro ordenamiento en bloque, y cuando se hayan por partes, hay que tener cauteloso cuidado, tanto en la traducción como en su alcance y contenido". (grifamos).

Para Forsthoff⁽¹⁸⁾ a concepção de funcionário traz em si, uma tendência de extensão de responsabilidade do Estado, e neste sentido, são considerados funcionários não apenas os agentes que se dedicam às atividades da Administração Pública, mas também os demais empregados a quem o direito positivo haja confiado determinada função pública.

Mayer⁽¹⁹⁾ vê na natureza jurídica da função pública, algo mais que as regras do direito comum e por isso, a sua aplicação no direito público exige certas adaptações.

¹⁶ op. cit. p.428.

¹⁷ op. cit. p.428.

¹⁸ FORSTHOFF, Ernest. Tratado de derecho administrativo. Trad. de Legaz Lacambra, Garrido Falla y Gomez Ortega y Tunge. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958. p.420.

¹⁹ MAYER, Otto. Derecho administrativo alemán. Trad. de Horacio M. Heredia y Ernesto Krotoschin. Buenos Aires, Editorial de Palma, 1949. p.303-4.

Ainda sobre a Alemanha Federal, Debbasch⁽²⁰⁾ refere que os funcionários acham-se subordinados aos princípios do direito público, pois na condição de agentes, exercem atribuições em caráter permanente, dependentes das decisões do poder público, e em razão da soberania do Estado o regime jurídico de tais funcionários não pode estar submetido às regras do direito privado.

A respeito dos empregados do Estado o autor escreve⁽²¹⁾:

"Los funcionarios regidos por el derecho público y los empleados sometidos al régimen de convenios colectivos de derecho privado". (grifamos)

Sobre a natureza jurídica da Convenção Coletiva no Direito Alemão, escreve Álvares da Silva⁽²²⁾: "Porém, não podendo o Estado disciplinar de modo absoluto todas as condutas, - nem seria esta atitude conveniente e adequada à relação de seus fins -, permite sua diversificação pelos particulares naquelas questões que digam respeito aos seus interesses, quando estejam colocados no mesmo pé de igualdade."

Neste sentido, o Estado empregador estabelece convenção coletiva de trabalho com seus empregados, em cuja relação jurídica se nivela ao particular.

20: DEBASCH, Charles. Ciência Administrativa. Administración Pública, Madrid, 1975

21: op. cit p. 332.

22: SILVA, Antonio Alvares da. Convenção coletiva do trabalho perante o direito alemão. Rio de Janeiro, Forense, 1981. p.46/47.

Inglaterra - No sistema da "Common law, os funcionários do Estado são regidos pelo direito comum, muito embora possuam certas normas especiais. A função pública se constitui numa atividade consagrada à coroa britânica, por isso o serviço público é denominado representativo.

Em torno da natureza jurídica da função pública na Inglaterra, Debbasch⁽²³⁾, emite a seguinte opinião:

"El concepto Ingles.

El - civil servant - servidor civil.

El concepto ingles de funcionario es sensiblemente diferente del que prevalece en la mayoria de los paises de Europa Continental. No existe un critério preciso sobre el "civil servant". Según diferentes decisiones de justicia, resulta que el "civil servant" es un "servidor de la corona" ...

Esta dificultad de definición proviene, en parte, de que en Gran Bretaña no hay, como en Francia, un estatuto general de funcionarios". (grifamos).

Pelo que é dado observar, o regime jurídico da função pública na Inglaterra não adota um código, um conjunto de normas especialmente criado para regular as relações de trabalho entre o servidor público e o Estado.

23 : op. cit pg.332

União Soviética - Em torno da função pública na União Soviética, Debbasch escreve que não existe uma concepção desta categoria, tal qual é entendida nos países ocidentais-

No regime soviético os serviços administrativos se desenvolvem em todos os sentidos, de tal sorte que tudo se converte em serviço público. Não há um estatuto disciplinando a função pública. Segundo o Debbasch⁽²⁴⁾, o único texto capaz de identificar o funcionário público na União Soviética é o Código Penal, cujo artigo 170 traz uma nota, na redação:

"toda persona que ejerce de una manera permanente o temporal funciones administrativas de representación de poder o que ocupa en la instituciones del Estado, o en las organizaciones sociales funciones de administración o de organización o funciones administrativas".

24: op.cit p.333

Espanha - O publicista Oviedo⁽²⁵⁾, tomando por núcleo as relações jurídicas que se estabelecem entre o Poder Público e o agente, oferece a seguinte tipologia:

- Teoria Contratual;
- Teoria Unilateral;
- Teoria da relação de emprego na doutrina Alemã;
- Teoria Contratual "sui generis";
- Teoria do ato administrativo bilateral.

E ao comentar cada uma das correntes doutrinárias, parece estar identificado com o pensamento da Doutrina do Direito Público quando afirma:

"Zanobini estima que relación de empleo es de Derecho Público por la personalidad, por el fin y por la naturaleza de la prestación, caracter que no obsta a la bilaterabilidad de las relaciones jurídicas que determina (obcit. vol. iii, pg. 19).

E em torno da natureza jurídica da função pública, Oviedo entende tratar-se de uma questão controvertida, a análise das relações existentes entre o Estado e o funcionário, na medida em que este exerce a função pública, em caráter profissional.

25: OVIEDO, Carlos Garcia. Derecho administrativo. 6. ed. Madrid, Use-ros, 1957, p.36.

Rafael Entrena Cuesta⁽²⁶⁾, investigando o con
ceito do funcionário público no direito positivo espanhol
escreve:

"Los funcionarios en régimen estatutario pueden ser de carrera o de empleo. Aquéllos reúnen las características antes consignadas, mientras que a los de empleo les falta la permanencia en el servicio que desarrollan".

Informa ainda o autor, que os funcionários empregados se diferenciam dos funcionários de carreira, princi
palmente pelo grau de liberdade que dispõe que a Adminis
tração Pública, para nomear, livremente, tais agentes sem as exigências previstas para os funcionários de carreira. Os funcionários empregados podem, inclusive, serem admiti
dos no serviço público, em caráter eventual.

26: CUESTA, Rafael Entrena. Curso de derecho administrativo. 5. ed. Madrid, Tecnos, s.d. p. 378- 379.

Bielsa⁽²⁷⁾ vê no regime jurídico que liga o empregado ao Estado, a natureza contratual, pois é com a aceitação, o consentimento das partes que se estabelece o vínculo jurídico. Eis, um trecho do pensamento do autor:

"451. RÉGIMEN CONTRACTUAL. - La relación jurídica que existe entre los empleados y la Nación es contractual, pues tiene los caracteres esenciales del contrato que por la forma de expresarse el consentimiento es contrato de "adhesión". En efecto, la Administración pública establece el régimen legal del contrato y el funcionario o empleado acepta ese régimen, es decir, una manifestación de voluntad de adhesión. El contrato es de derecho público, pues es público por su objeto (función pública), su finalidad (servicio e interés público) y el carácter que la Administración inviste al formarlos (persona de derecho público). Pero por todo ello, precisamente, se trata de un contrato de derecho público."

27: BIELSA, Rafael. Derecho administrativo. 6. ed. Buenos Aires. La Ley, 1964. t.1 p.87.

O autor⁽²⁸⁾ aponta alguns critérios capazes de identificar o regime jurídico do funcionário público e do empregado público: a) segundo a esfera de direito em que nasce a relação jurídica do serviço; b) para outros a característica está no poder que o funcionário possui em decidir as questões do Estado; c) outra corrente vê o sentido profissional do serviço público.

E conclui que:

"Nuestra opinión. ha diferencia esencial entre función y empleo público está en lo siguiente:

La función supone un encargo especial, una delegación, transmitida en principio por ley; el servicio sólo concurre a formar a la función pública. Respecto del empleado sólo hay una vinculación interna con el Estado; la del funcionário es una relación externa, que atribuye a este cierto carácter representativo, por poco que signifique la representación que ejerza."

28: op. cit. 34

Agustin Gordillo⁽²⁹⁾ comentando as situações jurídicas emergentes da relação de trabalho entre o Estado e o agente, cita que no direito positivo da Argentina não há tratamento diferenciado para o empregado e o funcionário público:

"En suma el derecho positivo argentino no hace diferenciación entre "funcionários" y "empleados" y por el contrario establece que todos los agentes de la administración tienen la misma calificación jurídica".

Considerando que os Estados contemporâneos acham-se estruturados, politicamente, a partir da teoria da separação dos poderes, de Montesquieu⁽³⁰⁾, é correto distinguir funções do Poder Executivo, do Poder Judiciário e do Poder Legislativo.

²⁹GORDILLO, Augustin A. Tratado de derecho administrativo. Buenos Aires, t.1. 1974. p.X4.

³⁰MONTESQUIEU. "Do espírito das leis". In: Os pensadores. Trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo, 1973. v.21.

Estados Unidos

John Clarke Adams⁽³¹⁾, a respeito da função pública nos Estados Unidos da América do Norte, escreve:

"Não existe, no direito administrativo norte-americano, lugar de destaque para o regime da função pública. O Funcionário não goza de uma condição essencialmente diversa daquela do empregado privado e não tem, em relação a este, uma situação privilegiada, jurídica ou social.

.....,

Dessa forma, assim como o funcionário norte-americano não pode fazer valer um direito subjetivo para conservar a sua colocação, não goza ele da mesma proteção dada aos sindicatos profissionais aos trabalhadores da indústria, os quais podem ser dispensados, por "justa causa". grifamos.

Refere ainda o autor que o Direito Administrativo nos Estados Unidos se constitui de uma das mais novas disciplinas jurídicas, com pouco mais de meio século, e dada a tradição histórica da "Common Law", trazida da

³¹ADAMS, John Clarke. Breve exposição sobre o direito administrativo norte americano. Trad. promovida pelo Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas, do original francês publicado na Revista Internacional de Ciências Administrativas, Vol. XXIII. Revista de Direito Administrativo, 53, jul/set. 1958.

Inglaterra, não há nem mesmo uma Doutrina de Direito Administrativo. À falta de um direito positivo, sobressaem as decisões dos juizes dos tribunais.

Vale citar novamente o autor:⁽³²⁾

"Os conceitos da "rule of law" na Inglaterra e os da Judicial Supremacy ou due process of law nos Estados Unidos conferem aos tribunais anglo-americanos um controle sobre os órgãos da administração pública que não se distingue do que eles exercem sobre os atos das pessoas de direito privado. Daí resulta que o direito enunciado por ocasião de uma sentença relativa à administração pública não difere, essencialmente, do que decorre de uma decisão sobre uma disputa entre pessoas de direito privado. grifamos.

32: op. cit. 58.

Segundo François Gazier⁽³³⁾, na obra "La Fonction Publique dans le Monde", por mais paradoxal que pareça, os Estados Unidos jamais instituíram um estatuto geral sobre a função pública. Certas leis existem em torno do recrutamento, da formação e da aposentadoria, porém sem constituir um conjunto equilibrado de preceitos em torno da função pública. A questão se torna mais complexa em virtude da quase independência que gozam os cinquenta estados que compõem a nação norte-americana.

México - Jorge Oliveira Toro⁽³⁴⁾, ao tratar sobre a função pública em sentido doutrinário, passa a manifestar-se sobre o direito positivo mexicano:

33:GAZIER, François. La función publique dans le monde. Paris. Bibliothèque de l'Institut International D'Administration Publique.s.d. p.48/57.

34:TORO, Jorge Oliveira. Manual de derecho administrativo. 3.ed. México. Porrúa, 1972. p.336.

"En la legislación positiva mexicana encontramos una grau confusión terminológica, lo cual agudiza el problema de determinación conceptual. Así, la constitución general de La República hace referên - cia a funcionarios y empleados (artículos 80,89, 108,114)".

Refere o autor que sobre a função pública, o di reito positivo mexicano possui algumas leis conceituais, sobre as quais destaca: a lei de responsabilidade dos funcionários e empregados do Estado; A lei federal dos Trabalhadores a serviço do Estado; A lei do Instituto de segnidade e serviços sociais dos Trabalhadores do Estado. Também a jurisprudência dos Tribunais mexicano vêm contribuindo para a conceituação da função pública.

Brasil - O mestre Osvaldo Aranha Bandeira de Mello⁽³⁵⁾ adotan do postura semelhante a de outros tratadistas do Direito Administrativo, comenta sobre a natureza jurídica da função pública. Para o autor, duas teorias distintas procuram explicar o elo jurídico que liga o Estado ao agente público:

35: MELLO, Osvaldo Aranha Bandeira de. Princípios gerais de direito administrativo. Rio de Janeiro, Forense, 1969. p.351.

I - Teorias do ato unilateral:

- a) Concepção política ou coação legal;
- b) Concepção jurídica ou ato unilateral;

II - Teorias do ato contratual:

- a) Teoria do Contrato de direito privado;
- b) Teoria do Contrato de direito misto;
- c) Teoria do Contrato de direito público.

Sob a ótica do Direito Social, o jurista Cesarino Júnior ⁽³⁶⁾ oferece a classificação:

- I - Teoria do contrato realidade;
- II - Teoria do ato condição;
- III - Teoria Estatutária;
- IV - Teoria de Instituição,

Chamou-nos atenção a observação feita pelo mestre sobre o que se pode distinguir entre o contrato, como sendo o ajuste, a identificação de vontade entre duas partes distintas, da regulamentação das obrigações.

36: CESARINO JÚNIOR, A.F. Direito social. São Paulo, L.T.R., 1980.
p.119-125

Enquanto a anuência, a vontade existe no contrato, porque é de sua essência, o segundo elemento, o regulamento, via de regra, não resulta da soma da vontade das partes, podendo inclusive ser de autoria de uma terceira pessoa. O regulamento prevê cláusulas acidentais, sem constituir a quebra da vontade principal.

Explica-se pela Teoria Contratual que a relação jurídica que vincula uma pessoa a outra, pressupõe um ato-convenção ou ato-contrato. No entanto, o ato-convenção não ultrapassa seus efeitos ao conteúdo do contrato. A convenção, a liberdade de agir entre as partes não invade o conteúdo da relação jurídica. Este espaço pertence à norma jurídica que é superior e anterior à vontade das partes. A respeito desse detalhe observa Bandeira de Mello⁽³⁷⁾:

37: MELLO, Osvaldo Aranha Bandeira de. Princípios gerais de direito administrativo. Rio de Janeiro, Forense. 1969.

"Demais,⁽³⁸⁾ desde o fim do século passado a doutrina vem demonstrando, a começar por Gierke na Alemanha, e transplantada por Duguit na França, que há atos convencionais que não são contratos. São justamente, aqueles que se fazem por acordo de vontades, mas cujo regime jurídico se rege por disposições legais e regulamentares, e, por isso, considerado de caráter estatutário. Esses atos jurídicos receberam na Alemanha a denominação de Vereinbarung, na França ato-união e na Itália ato-acordo. Têm natureza institucional, em oposição ao contrato, que, cria a favor das partes situação subjetiva, individual e conduta (cf. vol I. nº 45.5)".

Por conseguinte, o regime jurídico que enlaça o funcionário público ao Estado, é o ato-união, e cuja eficácia decorre da manifestação da vontade do servidor, ao aceitar o cargo público.

38: op. cit p.354

Sob a natureza jurídica da função pública, Cavalcanti⁽³⁹⁾ enumera três correntes doutrinárias principais:

- Teoria Contratual;
- Teoria do ato unilateral;
- Teoria do Estatuto.

Pela Teoria Contratual as relações entre o Estado e o agente decorrem de um ato bilateral, contratual. Na concepção contratual pode a sua natureza ser administrativa, de Direito Público ou de âmbito privado. No Interior desta Teoria, gravitam correntes doutrinárias que se distinguem uma das outras segundo a forma de justificar a função pública.

- contrato "sui generis"; contrato inominado;
- contrato de adesão.

Já a Teoria do Ato Unilateral, segundo a qual são defensores Jèze, Otto Mayer, Alcides Cruz, onde o ato de nomeação, por si só se constitui incompleto, necessitando a aceitação por parte do agente. Não ocorrendo a condor

39: CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1977, p.247-255.

dância formal do agente, tem-se por inexistente o ato.

Finalmente, a Teoria do Estatuto, abandona os princípios civilistas para a interpretação da natureza jurídica da função pública.

O ato de aceitação do funcionário não interfere nas relações jurídicas entre o Estado e o agente. O traço distintivo desta teoria, reside na circunstância de que as relações entre o Estado e o Agente são determinadas em leis, regulamentos, estatutos.

Pelo que nos é dado observar, o conceito da função pública tem correspondência com o grau de evolução do Estado. Parece-nos que a natureza jurídica da função pública, reflete o modelo político-jurídico do Estado.

A nível doutrinário, as teorias que tentam explicar a relação jurídica Estado-agente público, da mesma forma, parecem não partir de um modelo teórico da função pública, a interpretação decorre do caso concreto analisado, daí a diversidade de interpretações.

CAPÍTULO V

Os Regimes Jurídicos da Relação entre os
Agentes Públicos e o Estado.

A Constituição Federal contempla três espécies de regimes jurídicos pelos quais o Estado realiza a política de pessoal junto à Administração Pública Federal. O regime estatutário⁽¹⁾, o da Consolidação das Leis do Trabalho⁽²⁾ e o Regime Especial⁽³⁾.

O Regime Estatutário decorre de lei criada com apoio em norma constitucional e visa a regular as relações jurídicas entre o Estado e o funcionário público. Nesse sentido, o funcionário público não estabelece contrato com a Administração Pública, pois o exercício, os deveres e direitos são previstos, unilateralmente, pelo Estado.

Desde que sejam resguardados os preceitos constitucionais assegurados nos arts. 97 a 111 da Constituição Federal, o Poder Público pode alterar cargos, vencimentos, direitos e vantagens dos funcionários, sem que se configure quebra de relações de trabalho entre as partes.

1: BRASIL. Constituições. Constituição da República Federativa do Brasil. 1967. Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969. 24ª Edição. São Paulo. Saraiva. 1982. art. 97. p. 42.

2: op.cit p.79

3: op. cit p.45

Todavia, o princípio da liberdade que goza o Po
der Público, na sua condição de ente soberano, não pode
invadir um direito adquirido, amparado pela Constitui
ção, conforme prevê o art. 153, parágrafo 3º.

Como regime trabalhista se entende o vínculo ju
rídico que enlaça as relações de trabalho entre a Admi
nistração Pública e os servidores contratados sob o regi
me de Consolidação das Leis do Trabalho, respeitadas as
limitações contidas na Constituição Federal ⁽⁴⁾.

Portanto, dentro do gênero servidores, denomi
nam-se empregados públicos aqueles vinculados ao regime
jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho.

No tocante às garantias de natureza social, o
empregado público tem assegurados os benefícios da Pre
vidência Social, sem distinção dos demais segurados do
sistema previdenciário. (lei nº 3.807, de 26.08.1960).

4: BRASIL. Constituições. Constituição da República do
Brasil. 1967. Emenda Constitucional nº 01, de 17
de outubro de 1969. 24ª Edição. São Paulo. Sarai
va. 1982. art. 162. p. 98.

Nas hipóteses de incapacidade resultante de acidente de trabalho, dispõe o empregado público dos benefícios e serviços constantes da lei nº 6.367, de 19.10.76, nas mesmas condições aplicadas aos trabalhadores empregados da atividade urbana e segurados avulsos da Previdência Social.

Como, neste caso, o Poder Público se nivela aos demais empregadores, está sujeito ao recolhimento do depósito de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, em nome dos empregados.

A Constituição Federal, em seu art. 106, prevê um "tertius" regime jurídico de pessoal, destinado a regular a prestação de serviços de caráter temporário ou contratado, para o exercício de funções de natureza técnica especializada, entre o Estado e o particular.

Este terceiro gênero não estaria compreendido nos limites do funcionário público, nem no âmbito do empregado público.

Meirelles⁽⁵⁾ vê na modalidade especial de contrato uma forma de melhor o Poder Público atender às conve

5: MEIRELLES, Helly Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo, Revista dos Tribunais. 1986. p.347.

niências da administração, quando necessita desincumbir-se de tarefas para as quais são recrutados serviços temporários e funções técnicas especializadas.

O regime especial representaria uma nova politica de pessoal, nos casos definidos em lei, onde requeira a temporariedade e a função técnica especializada, na atividade pública.

O jurista Themistocles Brandão Cavalcanti⁽⁶⁾ entende que o regime especial, instituído na constituição federal, depende de lei especial a ser criada para atender a demanda de funções temporárias e a situação de pessoal técnico especializado em cargo do poder público.

Para o Professor Martins Catharino⁽⁷⁾, a figura do regime especial, capitulada na Constituição, representa uma espécie de contrato de emprego administrativo, no qual a pessoa contratada adere às cláusulas estipuladas pelo Poder Público, constituindo-se numa modalidade de negócio jurídico público.

6: CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1977, p.254.

7: CATHARINO, José Martins. Servidor não estatutário e a legislação trabalhista. Revista de Legislação Trabalhista. São Paulo, 41(1); 149-57, 1977.

Já Oliveira Rocha⁽⁸⁾, em trabalho denominado "O regime Jurídico Especial do Servidor Público", parece entender que entre o regime jurídico estatutário e o da Consolidação das Leis do Trabalho, a forma intermediária, que chama de "contrato administrativo do trabalho", evitaria as inconveniências e defeitos que os dois regimes atuais possuem. Para tanto, dever-se-iam aproveitar os benefícios existentes no regime estatutário e no celetista.

O regime especial, como o próprio nome sugere, decorre de preceito constitucional, o qual prevê a existência de norma especialmente criada para este fim, com o objetivo de disciplinar os contratos a serem celebrados entre o Poder Público e o particular, para atender serviços de natureza temporária ou funções técnicas especializadas.

O regime especial, de que trata o art. 106 da Constituição Federal, não seria nem o regime jurídico estatutário, nem o da Consolidação das Leis do Trabalho.

8: ROCHA, João Batista Oliveira. O regime jurídico especial do servidor público. Revista de direito público. (37/38): 67/83.

Como até o momento o Poder Público ainda não ultimou, através de lei, um documento que discipline o regime especial para atender os serviços de natureza temporária ou funções técnicas especializadas, o ingresso no serviço público se dá por concurso público, mediante nomeação para o provimento de cargos públicos ou contratação de empregos públicos.

A respeito da matéria, Helly Lopes Meirelles⁽⁹⁾ transcreve um acórdão do Supremo Tribunal Federal:

"Em se tratando de servidor admitido por Estado-Membro, em serviços de caráter temporário, ou por ele contratado para funções de natureza técnica especializada, a lei especial que estabelece o seu regime jurídico (art. 106 da Emenda Constitucional 1-69) é a estadual, em consequência a relação jurídica existente entre o Estado-Membro e o servidor é de natureza administrativa, não trabalhista". "STFRE nº 90.060.8-SP., DJU de 24.11.1978, p. 9.475". (grifamos).

9: MEIRELLES, Helly Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968. p.346.

Tratamento que nos parece semelhante ao do Estado de São Paulo, que ensejou a manifestação da Excelsa Corte, localizamos em Santa Catarina⁽¹⁰⁾, através da Secretaria de Educação, quando admite no magistério público estadual o regime jurídico de caráter temporário, nos casos de excesso à capacidade dos professores efetivos.

Neste sentido, o regime jurídico do magistério público estadual, segundo o entendimento da Suprema Corte, é de natureza jurídico-administrativa.

10: BRASIL. Leis, Decretos, etc. Lei nº 4.886, de 04.7.73, D.O.E. de 01.8.73. "Regula na parte referente ao exercício do magistério para regência de aulas das 5ªs, 6ªs 7ªs e 8ªs Series do 1º grau e para as do 2º grau, artigo 122 da Constituição do Estado". nº 9.795. p. 1.

BRASIL. Leis, Decretos, etc. Lei nº 5.294, de 30.11.76, D.O.E. de 15.12.76. "Altera os artigos 4º da lei nº 4.886, de 04 de julho de 1973 e 11 da lei nº 4.983, de 10 de dezembro de 1973." nº 10.631. p. 7.

BRASIL. Leis, Decretos, etc. Lei nº 6.032, de 27.2.82. D.O.E. de 19.01.82. "Altera o regime jurídico dos servidores admitidos em serviço de caráter temporário no âmbito do Magisterio Publico Estadual. (art. 106. da C.F.)." nº 11.913, p.3.

Por outra, estamos de acordo com a observação de Bandeira de Mello⁽¹¹⁾, quando diz:

"Não há um regime jurídico uniforme para todos os funcionários públicos da União, dos Estados e dos Municípios".

De certa forma é justificável a desigualdade doutrinária em torno do regime especial para as atividades temporárias e/ou técnico especializadas sob a responsabilidade do poder público, em virtude de atração que o regime celetista do trabalho oferece.

Nos capítulos que se seguem, procuraremos examinar o regime jurídico dos cargos, empregos e funções públicas.

11: MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984. p.41.

CARGO PÚBLICO

CONCEITO NO DIREITO POSITIVO

O Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, Dec. Lei nº 1.713/39, pela primeira vez definiu cargo público da seguinte forma:

"cargo público criado por lei, em número certo, com pagamento pelos cofres da União".

O segundo momento é encontrado no atual Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, lei nº 1.711/52, no teor:

"cargo público é o criado por lei, com denominação própria, em número certo e pago pelos cofres da União".

A definição real de cargo público, no entanto, só veio a ser adotada no Plano de classificação de cargos, art. 4º da lei nº 3.780/60:

"cargo é o conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas a um funcionário, mantidas as características de criação por lei, denominação própria, número certo e pagamento pelos cofres da União".

Cargo público -

6.1. Algumas Observações

A Constituição Federal destina um capítulo próprio ao regime jurídico dos cargos públicos - art. 97 a 111.

Embora o texto constitucional não conceitue o cargo público, situa-o nos limites do funcionalismo público, sugerindo-se concluir que cargo público é inerente ao regime jurídico do funcionário público. Por conseguinte, a linguagem do texto constitucional é de natureza restritiva, entendendo-se como titular de cargo público apenas o servidor público regido por estatuto próprio. Nesse sentido, os demais servidores, não abrangidos pelo regime jurídico estatutário, encontram-se fora do preceito constitucional.

Esta regra abre uma exceção, quando proíbe a acumulação de cargos, funções e empregos em autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista. (art. 99 par. 2º).

Embora se trate de questão polêmica, a acessibilidade aos cargos públicos é privativa dos brasileiros, para cuja condição de cidadania a Constituição classifica duas modalidades: brasileiros natos e brasileiros naturalizados.

Na mesma linha de pensamento, o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, lei nº 1.711, de 28.10.52, em seu art. 22, diz que é condição, para tomar posse em cargo público, entre outras exigências, ser brasileiro.

A própria Constituição Federal preceitua que são privativos de brasileiros natos os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Superior Militar, do Tribunal Superior Eleitoral, do Tribunal Superior do Trabalho, do Tribunal Federal de Recursos, do Tribunal de Contas da União, Procurador Geral da República, Senador, Deputado Federal, Governador do Distrito Federal, Governador e Vice-Governador de Estado e de Território e seus substitutos, os de Embaixador e os das carreiras de Diplomata, de Oficial da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.

Cargo público designa um centro de competências, com função definida, para ser exercido por um servidor público. Necessita de denominação própria, encargo correspondente e criado a través de processo legislativo.

Cargo público é inerente ao funcionário público, que desempenha atividades públicas, em nome do Estado. O regime jurídico que preside as relações Estado-funcionário é de natureza estatutária ou proveniente de lei especialmente criada para este fim.

Admitindo-se o conceito de cargo público previsto no Estatuto dos Funcionários Civis da União, e bem assim igual tratamento dado no anterior plano de Classificação de Cargos - Lei nº 3.780/60, apenas seriam considerados funcionários aqueles investidos em cargos públicos, criados por lei, com denominação certa e suportados pelos cofres da União.

Todavia, o conceito deve ser amplo, entendendo-se como funcionários públicos os criados por lei, com denominação certa e suportados pelos cofres do Poder Público.

O cargo público segundo alguns doutrinadores, entre eles Bandeira de Mello⁽¹⁾ define:

"Cargos como os mais simples e indivisíveis unidades abstratas criadas por lei, com denominação."

1: MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984. p.17.

ção própria e número certo, que sintetizam um centro de competências públicas de alçada da organização central a serem exercidas por um agente".

Helly Lopes Meirelles⁽²⁾ afirma que:

"cargo público é o lugar instituído na organização do funcionalismo, com denominação própria, atribuições específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei".

Segundo Cretella Júnior⁽³⁾

"cargo público é o lugar e o conjunto de atribuições a ele inerentes, confiado pelo Estado a uma pessoa física que, agindo em nome deste, desenvolve atividades de interesse coletivo".

Da leitura acima, pode-se constatar que nenhum dos mestres do Direito Administrativo apresenta identidade de visão, de caracteres, que possam evidenciar a natureza jurídica do cargo público.

2: MEIRELLES, Helly Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986. p.352-353.

3: CRETELLA JÚNIOR, José. Dicionário de direito administrativo. Rio de Janeiro, Forense, 1978. p.117.

Embora a linguagem da doutrina gravite numa órbita diferente da legislativa, temos para nós que a realidade do mundo que nos cerca não pode ser dissociada do pensamento lógico, para cujo enfoque a ciência do direito deve considerar uma forma unitária de estudo.

6.2. O cargo na lei de diretrizes para a classifica-
ção de cargos no Serviço Civil da União. Lei nº
5645/70.

Em virtude da política de modernização administrativa, implantada com a lei de Reforma Administrativa (Dec. Lei 200/67), veio a lume a lei nº 5.645, de 10.12.70, estabelecendo diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União.

Na realidade, não podemos atribuir a esse documento legislativo, a denominação de plano de classificação de cargos, pois ele apenas fornece as diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União.

É oportuno transcrever o art. 7º da norma em apreço:

" O poder Executivo elaborará e expedirá

o novo Plano de Classificação de Cargos, total ou parcialmente, mediante decreto, observadas as disposições desta lei".

Portanto, a lei de diretrizes para a classificação de cargos previu duas modalidades de cargos: de provimento em comissão e provimento efetivo. Os primeiros para o desempenho de atividades de direção e assessoramento superiores. Os de caráter efetivo classificou em:

- I - Pesquisa Científica e Tecnológica;
- II - Diplomacia;
- III - Magistério;
- IV - Polícia Federal;
- V - Tributação, Arrecadação e Fiscalização;
- VI - Artesanato;
- VII - Serviços Auxiliares;
- VIII - Outras atividades de nível superior;
- IX - Outras atividades de nível médio.

A lei que estamos comentando dispõe em seu artigo 12, "caput":

"O novo Plano de Classificação de Cargos a ser instituído em aberto, de acordo com as diretrizes expressas nesta lei, estabelecerá, para ca

da Ministério, órgão integrante da Presidência da República ou autarquia, um número de cargos inferior, em relação a cada grupo, aos atualmente existentes".

A partir desse momento, o Poder Executivo passou a criar Planos de Classificação de Cargos por decretos.

Denomina-se estatutário o funcionário ocupante de cargo público, de provimento efetivo, instituído por lei e pago pelos cofres Públicos.

O liame jurídico que une o funcionário público ao Estado não é contratual, sendo neste caso estatutário.

Bandeira de Mello⁽⁴⁾ ensina que:

"são funcionários unicamente os que respondem à definição acima, pelo que, desde logo, se circunscrevem a um tipo de servidores da organização central da União, dos Estados e dos Municípios. Os funcionários das autarquias não são funcionários públicos, ainda que a eles possam ser equiparados".

4: MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984. p.16.

Se o funcionário nomeado não tomar posse no prazo fixado em lei, será tornada sem efeito a nomeação, desfazendo-se a relação jurídica Estado-funcionário.

O ato de desfazimento da nomeação para o cargo público, em decorrência do não cumprimento do prazo de lei para a posse, não deve ser confundido com a figura do abandono de cargo, prevista no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União⁽⁵⁾, caracterizada pela ausência do serviço, sem justa causa, por trinta dias consecutivos, ou sessenta dias interpolados, no período de doze meses.

O direito positivo brasileiro vem distinguindo o regime jurídico dos servidores públicos civis da Administração Federal, direta e indireta, em dois campos nitidamente distintos.

5: BRASIL. *Leis, Decretos, etc. Lei nº 1.711, de 28.10.52. D.O.U. de 01.11.52. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União. Seção I, Parte 1, p. 16.866.*

Quando se tratar de atividade típica do Poder Público⁽⁶⁾, o regime jurídico será o estatutário, definindo-se o agente como funcionário.

Quando a atividade do Estado não estiver compreendida naquela categoria, o regime jurídico poderá ser o da C. L.T., e nesse caso o servidor receberá o título de empregado público.

Por atividade típica do Poder Público entende-se a capacidade de mandar, decidir, segundo a ordem juridicamente estabelecida, e cujos limites devem atender aos princípios da autoridade e da legitimidade. No caso do direito positivo que ora estudamos, compreende atividades inerentes ao Estado como Poder Público, as seguintes: Serviço de Segurança Pública, Diplomacia, Tributação, Arrecadação e Fiscalização, Ministério Público.

6: BRASIL. Leis, Decretos, etc. Lei nº 6.185, de 11.12.74. Dispõe sobre os servidores civis da Administração Federal Direta e Autarquia, segundo a natureza jurídica do vínculo empregatício, e das outras providências. D.O.U., de 13.12.74, Seção I, Parte I, p. 1164.

Em face da nova redação dada pela lei nº 6.335, de 31.5.76, o cargo de Procurador da Fazenda Nacional passou a integrar o rol de atividades inerentes ao poder público.

Considerando que às atividades do Estado, inerentes ao poder público, definidas na lei nº 6.185, de 11/12/74, a norma manda aplicar o regime jurídico estatutário, cujas regras básicas acham-se disciplinadas no art. 109 da Constituição Federal, entendemos que igual tratamento jurídico deve ser estendido ao pessoal que presta serviços junto às Secretarias dos Poderes Legislativo e Judiciário, uma vez que tais atividades,, igualmente, estão compreendidas no âmbito do poder público do Estado.

Esta linha de raciocínio parece estar em harmonia com a lei que instituiu as diretrizes do Plano de Classificação de Cargos do Serviço Civil da União⁽⁷⁾ lei complementar⁽⁸⁾, e, inclusive, a própria Constituição Federal⁽⁹⁾.

7: BRASIL. Leis, Decretos, etc.. Lei nº 5.645, de 10.12.70. D.O.U., de 11.12.70. Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências. Seção I. Parte I. p. 10.537.

8: BRASIL. Leis, Decretos, etc. Lei Complementar nº 10, de 6 de maio de 1971, D.O.U., de 7.5.71. Fixa normas para o cumprimento do disposto nos artigos 98 e 108, pst. 1º da Constituição; Ceção 7, Parte I, p. 694.

9: BRASIL. Leis Decretos, etc. Constituição da República Federativa do Brasil. 1967. Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969, 24a. Edição. São Paulo. Saraiva. 1982.

Portanto, o direito positivo traçou duas formas de regime jurídico para seus servidores, segundo o campo de atuação do Estado.

Por exclusão, constata-se que as atividades estatais que se encontram fora da tipicidade de atuação do Estado como Poder Público, ou seja, as não mencionadas expressamente, terão o regime jurídico de pessoal vinculado à C.L.T.

Para Gordillo⁽¹⁰⁾, Poder Público é assim uma faculdade de mandar, porém distinto e inferior ao poder soberano: não existe por si mesmo, mas enquanto e na medida em que o poder soberano o cria; seus limites são os que o povo lhe impõe na Constituição.

A atuação do Estado no campo econômico é, nos dias atuais, uma realidade incontestável. Para o cumprimento das tarefas que lhe são impostas, à vista desse novo quadro, o Estado procura utilizar-se de meios mais flexíveis, identificando-se em muitos pontos com as atividades do domínio privado. Neste sentido, o Estado assume a condição ativa, como titular no domínio econômico.

10 GORDILLO; Agustin. Princípios gerais do direito público. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977. p.90.

Estatui a Constituição Federal⁽¹¹⁾ que é da exclusiva competência do Presidente da República, a iniciativa de lei federal que disponha sobre o regime jurídico dos servidores públicos da União, do Distrito Federal e dos Territórios.

Ora, são poderes da União, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário⁽¹²⁾.

Logo são servidores públicos da União todos aqueles que prestam serviços junto ao Poder Legislativo, ao Executivo e ao Judiciário.

E neste caso, a iniciativa da política de pessoal dos servidores da União, encontra-se centrada nas mãos do Presidente da República.

Relativamente ao domínio econômico, a norma constitucional⁽¹³⁾ reservou ao Estado, a participação supletiva na exploração de atividade econômica. Neste sentido, o poder público não concorre com o particular no mercado produtor, ele apenas ocupa os espaços deixados pelo primeiro.

11: BRASIL. Leis, Decretos, etc. Constituição da República Federativa do Brasil. 1967. Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969. 24a. Edição. São Paulo. Saraiva. 1982. art. 109.

12: BRASIL. Leis, Decretos, etc. Obra citada, "artigo 6º. São poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e Judiciário. Parágrafo Único. Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos poderes delegar atribuições; quem foi investido na função de um deles não pode exercer a de outro".

13: BRASIL. Leis, Decretos, etc. Constituição da República Federativa do Brasil. 1967. Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969. 24a. Edição. São Paulo. Saraiva. 1982. art. 170.

Em obediência a esta política de estímulo à produção, o Estado se organiza mediante a criação de empresas públicas e sociedades de economia mista, para cujo regime jurídico de pessoal aplicam-se os preceitos da Consolidação das Leis do Trabalho.

Assim, o funcionário nomeado por concurso, após dois anos de exercício, adquire estabilidade. Denomina-se estágio probatório o espaço de tempo do exercício do cargo, correspondente aos dois anos iniciais, contados do provimento.

A estabilidade representa o direito do funcionário não ser demitido do cargo, salvo em virtude de sentença judiciária ou de processo administrativo que lhe garanta ampla defesa.

Deve-se entender que o funcionário admitido em caráter efetivo adquire tal condição de imediato. Todavia, após ultrapassar o período de 2 anos de nomeação efetiva, adquire estabilidade, somente podendo ser demitido mediante sentença judiciária ou inquérito administrativo com ampla defesa. Os cargos de juizes do primeiro grau são vitalícios, depois de ultrapassados dois anos de exercício. Deve-se enfatizar que a estabilidade não é no cargo, mas no serviço público.

Como corolário, pode-se afirmar que a estabilidade não representa direito adquirido ao exercício do car
go.

Denomina-se estágio probatório o espaço de tem
po fixado em lei, durante o qual a Administração verifica o grau de assiduidade, disciplina, eficiência, a conduta moral, revelado pelo funcionário.

Se durante a fase probatória a Administração julgar que o agente não preenche a capacidade para o ser
viço público, pode exonerá-lo. Sobre a questão, o Supre
mo Tribunal Federal sumulou a seguinte jurisprudência:

"Súmula 21 - Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquê
rito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade".

A estabilidade gera, para o funcionário que a adquire, a garantia de manter inalterado o regime jurídi
co existente com o Poder Público. Todavia, o Estado pode extinguir, modificar, alterar a competência do cargo pú
blico, sem constituir ofensa ao vínculo jurídico que o une ao Estado.

A Administração Pública, quando utiliza o poder discricionário, o faz ante as soluções abstratas que

melhor atendam o interesse público, respeitados os limites permitidos em lei.

6.3. Alguns aspectos da estabilidade

Pessoa Sobrinho⁽¹⁴⁾ escreve sobre o instituto da estabilidade:

"Não há confundir estabilidade com efetivação. É a própria Constituição faz a distinção.

O funcionário estável há de ser efetivo. Mas nem todo o efetivo é estável. A estabilidade é um atributo de efetividade e deriva da fluência de determinado interstício".

Em caráter excepcional, a Constituição Federal⁽¹⁵⁾ atribui a estabilidade, independente do tempo de serviço público, ao servidor que detinha a condição de ex-combatente da segunda Guerra Mundial, que tenha participado em operações de guerra das Forças Expedicionárias.

14: PESSOA SOBRINHO, Eduardo Pinto. Manual dos servidores do estado. 13.ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1985. p.416.

15: BRASIL, Leis, Decretos, etc. Constituição da República Federativa do Brasil, 1967. Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969. 24a. Edição. São Paulo. Saraiva. art.197. letra a - Ao civil ex-combatente da segunda Guerra Mundial, que tenha participado efetivamente em operações públicas da Força Expedicionária Brasileira, da Marinha, da Força Aérea Brasileira, da Marinha Mercante ou de Força de Exército, são assegurados os seguintes direitos:

- a) - estabilidade, se funcionário público.
- b) -
- c) - (grifamos)

6.4. Efetividade e Estabilidade

Os cargos públicos são de provimento em comissão ou efetivo. Os primeiros exigem que o seu titular goze de confiança da autoridade para provê-los, sendo de livre nomeação e exoneração.

Os cargos de provimento efetivo, ao contrário, em sua primeira investidura, dependerão de aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos ressalvados os casos definidos em lei. Para os cargos de provimento efetivo, a norma constitucional⁽¹⁶⁾ defere a seus titulares, o direito à estabilidade. Por conseguinte, a figura da estabilidade após cinco anos de exercício no

16: BRASIL. Leis, Decretos, etc. Constituição da República Federativa do Brasil. 1967. Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969. 24ª Edição. São Paulo. Saraiva. art. 100. Serão estáveis, após dois anos de exercício, os funcionários nomeados por concurso.

Parágrafo único. Extinto o cargo ou declaração pelo Poder Executivo a sua desnecessidade, o funcionário estável ficará em disponibilidade remunerada, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço".

serviço público federal, constante do Estatuto dos Funcionários Públicos Federais⁽¹⁷⁾, - Lei nº 1.711/52, não tem mais aplicação, em virtude de obediência à hierarquia das leis.

6.5.0 cargo público - provimento.

Na órbita federal, a competência para o provimento dos cargos é do Presidente da República, nos termos do disposto no art. 81, item VIII, da Constituição Federal.

Esta regra tem aplicação no âmbito da organização administrativa do Poder Executivo, pois os demais cargos públicos que integram os órgãos do Poder Legislativo⁽¹⁸⁾ e do Judiciário⁽¹⁹⁾, são providos pelos dirigentes dos mesmos.

17 BRASIL, Leis, Decretos, etc. Lei nº 1.711, de 28.10.1952, D.O.U. de 01.11.52. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União. Seção I, Parte I, p.16.866.

18 BRASIL, Leis, Decretos, etc. Constituição da República Federativa do Brasil. Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969. 24.ed. São Paulo, Saraiva, art. 30.

19 op.cit.art.115.

Todavia, a Constituição Federal reservou, privativamente ao Presidente da República, a competência para prover os cargos do Ministério Público Federal, Juizes Federais, Ministro do Tribunal de Contas da União e Ministros do Poder Judiciário, respectivamente artigos nºs 95; 123; 72 par. 3º; 118; 121; 128; 131; 133 e 141.

Helly Lopes Mirelles⁽²⁰⁾ assim escreve sobre a matéria:

"Provimento é o ato pelo qual se efetua o preenchimento do cargo público, com a designação de seu titular".

O Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, em seu art. 11, embora não conceitue a expressão provimento, a utiliza nas hipótese: "Os cargos públicos são providos por: I Nomeação; II Promoção; III Transferência; IV Reintegração; V Readmissão; VI Aproveitamento; VII - Reversão". (grifamos).

20: MEIRELLES, Helly Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986. p.357.

Brandão Cavalcanti⁽²¹⁾ observa que a palavra provimento, referida no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, é tomada num sentido amplo, posto que prover significa preencher, satisfazer as necessidades. E neste último significado o vocábulo prover deve ser entendido.

Já Celso Antônio Bandeira de Mello⁽²²⁾ desdobra o provimento dos cargos públicos em duas modalidades. O provimento inicial ou autônomo e o provimento derivado.

E assim define o provimento inicial:

"A - Provimento inicial ou autônomo. É a modalidade de provimento em que o preenchimento do cargo se faz de modo autônomo, isto é, independentemente de anteriores relações entre o provimento no cargo e o serviço público. A única forma de provimento inicial é a nomeação. A nomeação se define como o provimento inicial autônomo e originário do cargo público".

Por provimento derivado Bandeira de Mello define:

"B - Provimento derivado. É a forma de provimento em que o preenchimento do cargo se liga a uma anterior relação existente entre o provido e o serviço público. Como o próprio nome declara é derivado, pois deriva, procede, de um vínculo anterior, ao contrário do provimento inicial em que o preenchimento é originário e autônomo sem derivação alguma."

21: CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Curso de direito administrativo. 10 ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1977. p.270.

22: MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984.p.29.

A expressão investidura, constante da redação contida na constituição federal⁽²³⁾, deve significar nomeação para o exercício de cargo de provimento efetivo. A investidura em cargo público a que nos referimos não deve ser compreendida como investidura para mandatos legislativos.

Portanto, prover um cargo público significa preenchê-lo, dar-lhe titularidade.

Só aquele que satisfaz os requisitos exigidos em lei pode investir-se num cargo público. O provimento e a investidura do cargo constituem eventos que ocorrem no mesmo instante.

O provimento constitui ato jurídico, a investidura representa procedimento administrativo.

Portanto, quer sob a ótica do provimento ou da investidura no cargo, a relação jurídica que enlaça o seu titular perante o Poder Público torna-se acabada com a posse.

23: BRASIL. Leis, Decretos. etc. Constituição da República Federativa do Brasil. 1967. Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969. 24ª Edição São Paulo. Saraiva. art. 97: par. 1º "A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia em concurso público de provas ou provas e títulos, salvo os casos indicados em lei".



O vocábulo posse, segundo o Novo Dicionário da Língua Portuguesa⁽²⁴⁾, quer significar: 1 - "detenção de uma coisa com o objetivo de tirar dela qualquer utilidade econômica; 2 - Estado de quem frui uma coisa ou a tem em seu poder; 3 - Investidura em cargo público ou função gratificada ou posto".

Embora o termo posse admita vários tipos de interpretação, aquela a que nos referimos diz respeito ao cargo público.

A posse, então, vem traduzir a vontade, a manifestação, o interesse da pessoa nomeada para o cargo, com o compromisso de assumi-lo e bem servir ao Estado.

Marcelo Caetano⁽²⁵⁾ define:

"A posse é o ato solene pelo qual a pessoa investida na qualidade de funcionário ocupa o cargo em que foi provida, iniciando juridicamente o exercício das respectivas funções".

24: FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. Novo dicionário da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, s.d., p.1121.

25: CAETANO, Marcelo. Manual de direito administrativo. 4.ed.Lisboa,1969. t.2. p.462.

Com o termo de posse, quer simples ou solene, se completa o vínculo jurídico entre o funcionário e o Estado.

Uma vez nomeado o funcionário, tem o prazo de trinta dias para tomar posse, segundo prevê o art. 27 do Estatuto⁽²⁶⁾ dos Funcionários Públicos Civis da União. Esse prazo pode ser prorrogado até sessenta dias ou tempo maior, a critério da autoridade pública, quando for o caso de funcionário nomeado para território.

Com a posse no cargo ou emprego, o titular estabelece a relação jurídica com o Estado. No ato de posse o servidor faz uma declaração de seus bens. Após a posse o agente entra no exercício do cargo ou emprego, passando a desempenhar as atividades inerentes à sua nomeação ou contratação.

26: BRASIL. Leis, Decretos, etc. Lei nº 1.711. de 28.10.52. D.O.U. de 01.11.52. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União. Seção I, Parte I. p. 16.866.

CAPITULO VII

O Regime Jurídico do Empregado Público

Pesquisar o regime jurídico institucional do empregado público no direito positivo brasileiro, equivale a indagar a natureza, o conjunto de normas, regras e preceitos aplicáveis a esta categoria de servidor público; a tentar localizar as amarras legais que distinguem o empregado público do funcionário público; a precisar se a distinção conceitual decorre do tipo de atividade desenvolvida pelo empregado, ou se a configuração legal tem por consequência determinadas funções do Estado; a questionar até que ponto o funcionário público possui deveres e vantagens em desigualdade com o empregado público; a auscultar se o regime jurídico do empregado do Estado é uniforme em toda a Administração Federal, ou se algumas categorias de agentes dessa natureza usufruem prerrogativas semelhantes aos demais empregados do domínio privado.

Para Magalhães⁽¹⁾:

"Empregado público é aquele que presta serviços a pessoa jurídica de direito público; servidor das pessoas jurídicas de direito público, que não é funcionário público, estando sujeito ao sistema de proteção da Consolidação das Leis do Trabalho e legislação trabalhista complementar."

1: MAGALHÃES, Humberto Piragibe et alli. Dicionário jurídico. 2. ed. São Paulo, ABA-JUS, s.d.v.1.

Weill⁽²⁾ observa que a noção de serviço público há de corresponder o aproveitamento de alguns institutos do direito privado que, integrados ao direito público, criem um universo jurídico que permita responder às questões emergentes do Poder Público. Cita que a tendência do Direito Administrativo moderno é a de aceitar o saber criado pelo Direito Privado, já que o critério único adotado por alguns doutrinadores está fadado ao insucesso.

Cretella Junior⁽³⁾ observa que:

"Delinear o regime jurídico é fixar-lhe uma a uma as características para integrá-lo de maneira precisa no sistema de direito a que pertence, estabelecendo-lhe um a um os pontos máximos e mínimos, de maneira científica, até configurar-lhe o lugar geométrico, ponto de partida para as respectivas implicações ulteriores".

Considerando-se que as relações de trabalho entre o empregado e o Estado são regidas, em parte, pelas normas da Consolidação das Leis do Trabalho, indago sobre se às mesmas se aplicam os princípios de direito privado ou de direito público.

²WEILL, Prosper. O direito administrativo. Trad. de Maria da Glória Ferreira Pinto. Coimbra, Almedina, 1977. p.90-103.

³CRETELLA JÚNIOR, José. Direito administrativo comparado. São Paulo, USP, 1972. p.30.

Tomando-se por ponto de partida o ensinamento do professor Themistocles Brandão Cavalcanti⁽⁴⁾, o que distingue o direito privado do direito público é a natureza de interesses que cada um protege.

Nesse sentido, o direito público se caracteriza pelo grau de intervenção direta que o Estado realiza em nome da sociedade.

Todavia, se torna difícil distinguir a zona de fronteira entre o direito público e o privado, pois na vida jurídica estas duas áreas se interpenetram e se completam.

A crescente expansão do Estado contemporâneo, notadamente com a intervenção do direito público (Trabalhista - Tributário - Social) sobre as instituições de direito privado - em particular na liberdade dos contratos em geral, das pessoas jurídicas, etc, parece concluir que no futuro o direito será quase essencialmente público.

4: CAVALCANTI, Themistocles Brandão . Princípios gerais de direito público. Rio de Janeiro. 2.ed. Borsoi, 1964, p.6.

A expressão "empregado é própria do regime consolidado do trabalho. Encontramo-la no art.442 da C.L.T., no seguinte teor: " Contrato individual do trabalho é o a cordo tácito ou expreso, correspondente à relação de em prego".

Como se vê, "relação de emprego" significa o liame jurídico que une, de um lado, a figura do empregador e, de outro, a pessoa do empregado.

Russomano⁽⁵⁾ entende que "relação de trabalho" não se confunde com "relação de emprego", pois tanto os trabalhadores autônomos quanto os funcionários públicos prestam serviços por força de uma relação de trabalho. E conclui que a expressão "relação de emprego" emerge da livre iniciativa das partes.

Para Meirelles⁽⁶⁾ o " regime trabalhista é o modo pelo qual se estabelecem as relações jurídicas entre a Administração Pública e os servidores contratados nos termos da CLT (Decreto-Lei federal 5.452, de 1º.5.1943".

Observa ainda o autor que os empregados públicos acham-se vinculados ao regime jurídico da Previdência Social, inclusive a proteção contra os riscos decorrentes de a cidentes do trabalho.

5: RUSSOMANO, Victor Mozart. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 11 ed. Rio de Janeiro, Forense, 1985. p.403.

6: MEIRELLES, Helly Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1986. p.349.

137

Ao analisar a temática do contrato individual do trabalho frente ao que dispõe a legislação constitucional e ordinária no direito positivo brasileiro, Teixeira da Costa⁽⁷⁾ observa: "Assim entendemos porque hodiernamente, no Brasil, o contrato individual do trabalho não serve apenas para regular as relações entre empregados e empregadores tipicamente privados, mas, também as relações entre trabalhadores e entidades centralizadas ou descentralizadas do poder público em todas as órbitas de atuação."

Com efeito, em qualquer nível do poder público, seja federal, estadual ou municipal, seja por intermédio de órgãos da administração direta ou entes personificados representados por autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista ou até mesmo as fundações públicas, desde que respeitadas as restrições da legislação constitucional e ordinária, pode ser admitido o servidor na modalidade do regime trabalhista.

7.1. Uma Breve Resenha Legislativa do Servidor Contratado Perante o Estado.

Se é certo afirmar que o Poder Público na década de 40 já possuía um Estatuto destinado aos Funcionários Públicos Civis da União⁽⁸⁾, também é correto dizer que, ao lado dessa espécie de agentes públicos, outro regime jurídico regulava a prestação de serviços de servidores não abrangidos por aquele estatuto, a categoria do extranumerário. O vocábulo "empregado" não era conhecido com a significação conceitual que temos hoje, porque, à época, não existia a Consolidação das Leis do Trabalho.

7: TEIXEIRA DA COSTA, Orlando. A destinação do contrato de trabalho. Revista Legislação Trabalhista, São Paulo, 49(9), 1.037.

8: BRASIL, Leis, Decretos, etc. Decreto-Lei nº 1.713, de 28.10.39. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União. Rio de Janeiro, Departamento de Imprensa Nacional, 1950, p.97.

A modernização administrativa implantada fragmentariamente a partir dos anos 30, o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, os Planos de Classificação de Cargos, a Reforma Administrativa, a legislação complementar e específica, não retiraram do mundo jurídico a figura do servidor não funcionário público.

Ao contrário, parece-nos que o Estado, atualmente, se constitui no maior empregador público, na órbita do Direito Administrativo e do Trabalho.

Vejamos alguns apontamentos a respeito do assunto. No ano de 1938, pelo Dec.Lei nº 240, de 4.2.38, o Poder Público Federal previu a existência de duas categorias de servidores públicos:

"art. 1º Além dos funcionários públicos civis, regularmente investidos de cargos públicos criados por lei, poderá haver, nos serviços públicos federais, peçoal extranumerário".

"art. 3º - O peçoal extranumerário se divide em:

- I - contratado;
- II - mensalista;
- III - diaristas;
- IV - tarefeiro"

A natureza jurídica do pessoal extranumerário não era a mesma dos funcionários públicos federais, pois, embora exercendo função pública, não eram detentores de cargo público.

A categoria extranumerário compreendia: os servidores contratados; os mensalistas, os diaristas e os tarefeiros. Por não usufruírem a condição de funcionários públicos, eram denominados interinos, com limitadas prerogativas nas relações de trabalho.

Segundo o Professor José Martins Catharino⁽⁹⁾, o texto original da Consolidação das Leis do Trabalho excluiu de sua competência "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"(art.7º, letras "c" a "e").

Embora a constituição de 1946 tenha efetivado os funcionários interinos com cinco ou mais anos de serviço, e equiparado os extranumerários à condição de funcio

9: CATHARINO, José Martins. Servidor não estatutário e a legislação trabalhista. São Paulo, Revista de Legislação Trabalhista, 41 (1): 149-57, 1977.

nários públicos, art. 23 das disposições transitórias manteve a contratação de pessoal, ao lado do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União.

Nem bem acabara de entrar em vigor o atual Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, uma nova lei⁽¹⁰⁾ passava a regular o regime jurídico do pessoal contratado pelo Poder Público, mediante a forma de mensalistas e diaristas, vinculando-os ao regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho.

Com efeito, o pessoal extranumerário beneficiado pela Constituição Federal de 1946, passou a gozer das prerrogativas do regime estatutário, por força do disposto no art. 252 da lei nº 1711/52. Trata-se, portanto, de uma simbiose do regime estatutário e o da Consolidação das Leis do Trabalho.

Na legislação de pessoal contemporânea, e respeitadas as peculiaridades do regime estatutário e o celetista, não há suporte jurídico que se aplique os preceitos estatutários sobre o celetista e vice-versa. Cada regime jurídico de pessoal deve aplicar o preceito do seu sistema:

10 BRASIL, Leis, Decretos, etc. Lei nº 1.980, de 13.6.53. D.O.U de 20.6.53. Aplica dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho aos mensalistas e diaristas da União, dos Estados do Distrito Federal, dos Territórios, dos Municípios e das entidades autárquicas. Seção I, Part L, p.10.986, art.1º-

Catharino⁽¹¹⁾ observa que, com a edição da lei nº 1.890/53, daria início a uma tendência para intensificar a aplicação do regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho ao pessoal da Administração Pública Federal.

A norma que instituiu o primeiro e grande Plano de Classificação de Cargos da Administração Federal⁽¹²⁾, reconhecendo a existência de dois regimes jurídicos distintos no âmbito do Estado, de cuja modalidade de emprego o Poder Público não pode prescindir, assim encaminhou a questão:

"art. 23 - O servidor civil do Poder Executivo será atendido:

I - Quando se trata de atividade permanente da Administração, por funcionário;

11: CATHARINO, José Martins. Servidor não estatutário e a legislação trabalhista. Revista de Legislação Trabalhista, São Paulo, 41(1): 149-57, 1977.

12: BRASIL. Leis, Decretos, etc. Lei nº 3.780, de 12.07.60.D.O.U. de 12.07.60. Dispõe sobre a classificação de cargos do Serviço Público Civil do Poder Executivo, estabelece os vencimentos correspondentes e dá outras providências. Seção I, Parte I, p.10.101

II - Quando se trata de atividade transitória ou eventual:

- a) por pessoal temporário, atendido à conta de dotação global, recurso próprio do serviço do fundo especial criado por lei.
- b) por pessoal de obras, admitido para realização de obras públicas, durante sua execução". (grifamos).

E o artigo seguinte prevê o regime jurídico do servidor não estatutário, vinculando-o aos preceitos da Consolidação das Leis do Trabalho:

"art. 24 - O pessoal temporário e o pessoal de obras ficarão sujeitos ao regime de emprego da Consolidação das Leis do Trabalho e da legislação vigente, peculiar àquele regime de emprego". (grifamos).

Com a norma que instituiu a Reforma Administrativa Federal, o Poder Público reconheceu a possibilidade de serem contratados especialistas para atender as exigências de trabalho técnico, em institutos, órgãos de pesquisa e outras entidades especializadas da Administração

direta e das autarquias, sob o regime jurídico trabalhista⁽¹³⁾.

No mesmo período, o Dec.Lei nº 225, de 28.2.67, ao tratar sobre a administração do Instituto Nacional da Previdência Social, dispôs:

"art. 6º - O regime jurídico de pessoal do INPS será o da legislação trabalhista".

A lei nº 5.540, de 28.11.68, que fixou normas de organização e funcionamento do ensino superior, instituiu:

"art. 37 - Ao pessoal do magistério superior, admitido mediante contrato de trabalho, aplica-se exclusivamente a legislação trabalhista, observada as seguintes regras especiais:

13 : BRASIL. Leis, Decretos, etc. Decreto-Lei nº 200, de 25.02.67. D.O.U. de 27.02.67 Seção I, Parte I. p. 864

" I - a aquisição de estabilidade é condicionada à natureza efetiva da admissão, não ocorrendo nos casos de interinidade ou substituição, ou quando a permanência no emprego depender da satisfação dos requisitos especiais de capacidade apurados segundo as normas próprias do ensino;

II - a aposentadoria compulsória, por implemento de idade, extingue a relação de emprego, independente de indenização, cabendo à instituição completar os proventos da aposentadoria concedida pela instituição de Previdência Social, se estes não forem integrais.

Nos casos dos incisos II e III do art. 5º e no do inciso I do mesmo artigo, quando se tratar de serviços industriais, o regime do pessoal será o da Consolidação das Leis do Trabalho; nos demais casos o regime jurídico do pessoal será fixado pelo Poder Executivo".

Vimos, no capítulo anterior, alguns aspectos jurídicos em torno dos ocupantes de cargos de provimento efetivo e a repercussão sobre a estabilidade e/ou a vitaliciedade.

É nosso propósito, agora, estudar o instituto de estabilidade, indagando sobre a sua aplicação aos ocupantes de empregos públicos.

Salvo exceções previstas em lei, o regime jurídico das relações de trabalho entre o Estado e o empregado público é o da Consolidação das Leis do Trabalho.

A estabilidade é também encontrada na C.L.T., com a seguinte redação:

"art. 492 - O empregado que conta mais de dez anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovada. Parágrafo Único. Considera-se como de serviço todo o tempo em que o empregado esteja à disposição do empregador".

Segundo a doutrina do Direito do Trabalho, a estabilidade prevista na Consolidação das Leis do Trabalho representa uma conquista dos trabalhadores, que lhes garante o direito não serem despedidos do emprego, após terem alcançado determinado tempo de serviço na mesma empresa, salvo por motivo de falta grave ou de força maior.

Guardados as peculiaridades conceituais sobre a estabilidade existente no Direito Administrativo e no Direito do Trabalho, um ponto comum ressalta dos institutos afins - a garantia da permanência no emprego.

Em face da instituição do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, com o critério de opção por este novo regime indenizatório, a estabilidade da C.L.T. passou a se constituir em exceção.

No serviço público, as funções que exigem o regime jurídico celetista adotam, como regra, a opção pelo Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Com o objetivo de resguardar o direito à estabilidade, conquistada pelos trabalhadores, a carta constitucional vigente, em seu art. 165, manteve os dois regimes: a estabilidade ou a opção pelo fundo de garantia. A escolha por um regime exclui o outro, pois é incompatíveis a simultaneidade da estabilidade com o fundo de garantia.

Eis a redação do texto constitucional:

"Artigo 165:

"XIII - estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido ou fundo de garantia equiva

lente".

Em virtude de uma pletora de ações reclamatórias, postulando a equivalência de valores entre a estabilidade com indenização e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, o Tribunal Superior do Trabalho expediu o enunciado nº 98, no teor:

"A equivalência entre os regimes do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e da estabilidade da Consolidação das Leis do Trabalho é meramente jurídica e não econômica, sendo indevidos quaisquer valores a título de reposição de diferença".

Portanto, o empregado, tanto vinculado a atividade privada quanto pública, uma vez optante do fundo de garantia, não faz juz à estabilidade prevista na Consolidação das Leis do Trabalho.

Com relação ao empregado público, ainda que tenha sido admitido mediante concurso público, não lhe é dado postular a estabilidade prevista no art. 100 da Constituição Federal, uma vez que essa vantagem é própria dos ocupantes de cargos de provimento efetivo, do regime jurídico estatutário.

Em caráter excepcional, a carta constitucional de 1967⁽¹⁴⁾ assegurou estabilidade ao servidor que, à data da promulgação daquele documento, contava, pelo menos, cinco anos de serviço público.

Na legislação ordinária, localizamos uma forma incipiente de estabilidade. Trata-se de um mecanismo legal que procura evitar os excessos de liberdade, nos casos de rescisão de contrato de trabalho dos ocupantes de emprego do magistério superior, junto às autarquias federais de ensino. Essa forma de estabilidade, embora não exija prazo de estágio probatório, como é previsto para os ocupantes de cargos públicos, constitui um freio legal para os casos de rescisão imotivada, mediante a aplicação pura e simples do F.G.T.S.

A seguir, transcrevemos a íntegra do art. 33 do Dec. nº 85.487, de 11.12.80, que regulamenta o art. 9º do Dec.Lei nº 1820, de 11.12.1980, na redação:

14: BRASIL. Leis, Decretos, etc. Constituição da República Federativa do Brasil, 1967. Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969. São Paulo, Saraiva, 1982, 24.ed. art.167, par. 2º.

"art. 33 - A dispensa ou a exoneração do professor, exceto voluntária, dependerá de aprovação do colegiado do departamento a que esteja vinculado, ouvida a Comissão Permanente".

A expressão dispensa é típica dos ocupantes de empregos, cujo regime jurídico é o da C.L.T. e tem sentido punitivo. A dispensa pode ocorrer por justa causa, sem justa causa, falta grave, culpa recíproca. O termo exoneração é empregado para os ocupantes de cargos públicos de provimento em comissão ou efetivo. A exoneração não sugere a idéia de punição, de sanção.

7.2. O empregado público e o direito sindical.

O suporte legal que autoriza a formação de associações das categorias econômicas e profissionais é encontrado no texto constitucional:

"art. 166. É livre a associação profissional ou sindical; a sua constituição, a representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas do poder público serão reguladas em lei".

E no mesmo capítulo concernente aos "Direitos e Garantias Individuais", a carta constitucional reforça o

discurso da liberdade, com os dizeres:

" É assegurada a liberdade de associação para fins lícitos. Nenhuma associação poderá ser dissolvida, senão em virtude de decisão judicial" (art. 153. par. 28).

Contrariamente ao que acabamos de ler, a lei ordinária⁽¹⁵⁾ veda o direito de reunião em sindicato aos servidores públicos da administração direta, das empresas públicas, das autarquias, dos Estados Membros e dos Municípios.

A redação restritiva não é total, pois permite aos empregados das sociedades de economia mista e das fundações instituídas pelo poder público a prerrogativa de criarem sindicatos, para a defesa da categoria profissional correspondente.

Retomemos a leitura da regra prevista no art 566 da Consolidação das Leis do Trabalho:

15: BRASIL. Leis, Decretos, etc. Consolidação das Leis do Trabalho. 17. ed. São Paulo, LTR, 1986, art. 566.

"Art.566 - Não podem sindicalizar-se os servidores do Estado e das instituições paraestatais. Par.único.Ex - cluem-se da proibição deste artigo os empregados das sociedades de economia mista e das fundações criadas ou mantidas pelo Poder Público da União, dos Estados e Municípios."

Analisemos este assunto sob a ótica da lógica jurídica. A ciência do direito, como as demais áreas do saber, necessita da construção de proposições gramaticalmente bem formadas.

Por isso, os enunciados da ciência não podem ser contraditórios, incoerentes, falsos.

E o direito positivo, que representa um conjunto de prescrições, deve oferecer proposições coerentes, dedutíveis, pois suas normas são dirigidas à sociedade e destinadas a provocar certo comportamento dos indivíduos.

As prescrições localizadas na Constituição Federal e na Consolidação das Leis do Trabalho exigem, respectivamente, a seguinte conduta:

"art. 166 - É livre a associação profissional ou sindical.....".

"art. 566 - Não podem sindicalizar-se os servidores do Estado e das instituições paraestatais".

No primeiro caso, o modal deôntico "é livre a associação profissional" está significando que não é proibida a associação sindical e, não sendo proibida, é facultada. Assim, tanto fazer, como deixar de fazer, não constitui quebra do preceito legal.

Na segunda espécie, o modal traz uma proibição de fazer. A prescrição da norma de direito é de ação negativa e, a partir do momento que ela for positiva, invade a regra de conduta, o não fazer.

Ora, as duas regras estão dirigidas a um só regime jurídico - o da Consolidação das Leis do Trabalho. A esta circunstância acrescenta-se o fato de acharem-se dirigidas aos empregados públicos.

Por conseguinte, uma regra não pode ser ao mesmo tempo proibitiva e permissiva, sob pena de estar-se diante de uma incoerência.

7.3.0 Empregado público e o Direito de greve.

A greve, esse instrumento de coalização da força de trabalho contra os excessos do domínio econômico empresarial, acha-se assegurada na carta constitucional⁽¹⁶⁾.

¹⁶ : BRASIL. *Leis, Decretos, etc. Constituição da República Federativa do Brasil. 1967. Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969. 24ª Edição. Saraiva. São Paulo. 1982. art. 165. XXI.*

A lei ordinária⁽¹⁷⁾, ao regular o livre exercí-
cio do direito de greve, tornando-a excessivamente buro-
crática, mantém-na proibida aos funcionários e servidores
públicos, a níveis federal, estadual, de territórios, de
Municípios e de autarquias. Por conseguinte, os emprega-
dos da administração direta, autarquias federais, estão
proibidos do exercício de greve. Ao contrário, os emprega-
dos das empresas públicas federais, sociedades de econo-
mia mista e fundações públicas têm assegurado o exercí-
cio da greve.

7.4. O empregado público perante o Judiciário.

Embora a legislação ordinária estabeleça a apli-
cação do regime jurídico da Consolidação das Leis do Tra-
balho aos ocupantes de empregos públicos da administra-
ção federal, uma leitura apressada poderia conduzir ao
raciocínio de que tais servidores, por serem integrantes
da Administração Federal direta e indireta, gozariam dos
mesmos direitos e vantagens. Não haveria tratamento dife-
renciado, comparando os empregados do domínio privado com
os do domínio público. Igualmente, não ocorreria distin-

¹⁷ : BRASIL. *Leis, Decretos, etc. Lei nº 4.330, de 01.6.64, D.O.U. de 03.6.64. Regula o direito de greve, na forma do art. 158 da Constituição Federal. Seção I. Parte I. p. 4.713.*

ção entre os empregados da administração direta, das autarquias e empresas públicas, com os das sociedades mista, nem mesmo com fundações públicas, supervisionadas pelos respectivos ministérios, posto que o regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho possui uma só linguagem.

A este pensamento acrescentar-se-ia a garantia constitucional, segundo o qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicção política⁽¹⁸⁾.

No entanto, o discurso da igualdade jurídica, prevista na carta constitucional, é por ele mesma modificado, quando assevera:

"art. 110. Os litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União, inclusive autarquias, e as empresas públicas federais, qualquer que seja o seu regime jurídico, processar-se-ão e julgar-se-ão perante os juizes federais, devendo ser interposto recurso, se couber, para o Tribunal Federal de Recursos".

18 : BRASIL. *Leis, Decretos, etc. Constituição da República Federativa do Brasil. 1967. Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969. 24ª Edição. São Paulo. Saraiva. 1982. art. 153. par. 1º.*

Esse dado localizado na carta constitucional se constitui num referente para algumas observações que pretendemos desenvolver, tendo como ponto nuclear o regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho, aplicado ao ocupante de emprego, no serviço público federal.

Ora, a lei maior dispõe em seu art. 142 "caput" que: "competem à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores e, mediante lei, outras controvérsias oriundas de relação de trabalho".

Todavia, essa regra também não se aplica ao empregado público da administração direta, das autarquias federais e empresas públicas do mesmo nível, posto que a própria carta constitucional retirou da competência da Justiça do Trabalho os poderes para julgar os dissídios individuais, em que forem partes a União, as autarquias federais e empresas públicas.

Todavia, a competência retorna ao seu curso normal, ou seja, à Justiça do Trabalho, se o empregado integrar o quadro de pessoal de sociedade de economia mista federal ou fundação pública, supervisionada por órgão da administração federal direta.

Observe-se ainda que, enquanto o empregado em geral tem os prazos processuais contados de forma simples, a União, as autarquias federais e as empresas públicas gozam dos prazos em dobro, para recorrer, e em quádruplo, para contestar⁽¹⁹⁾. Nos casos de decisões de natureza trabalhista, cujo valor da condenação exceder a dez vezes o valor de referência, só se admitirá recurso, mediante prévio depósito da respectiva importância⁽²⁰⁾. Essa regra igualmente não se aplica às pessoas jurídicas de direito público, inclusive ao prévio pagamento de custas⁽²¹⁾.

Enquanto os empregados das sociedades de economia mista, das fundações públicas e outros entes paraestatais têm assegurado o direito de promover ação reclusatõ

19: BRASIL. Lei, Decretos, etc. Dec-Lei nº 779, de 21.8.69. Dispõe sobre a aplicação de normas processuais trabalhistas a União Federal, aos Estados, Municípios, Distrito Federal e Autarquias e Fundações de Direito Público que não explorem atividade econômica. D.O.U. de 25.8.69. Seção I, Parte. p. 11.78.

20: BRASIL. Lei, Decretos, etc. Súmula nº 4 do Tribunal Superior do Trabalho. As pessoas jurídicas de direito público não estão sujeitas a prévio pagamento de custas, nem a depósito da importância da condenação para o processamento de recurso à Justiça do Trabalho.

21: BRASIL. Leis, Decretos, etc. Lei nº 5.584, de 26.6.70. Dispõe sobre normas de Direito Processual do Trabalho, altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, disciplina a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça do Trabalho, e dá outras providências. D.O.U. de 29.6.70. Seção I, Parte I, pag. 578

ria na Justiça do Trabalho, com possibilidade de recurso para o Tribunal Regional do Trabalho, ou até mesmo para o Tribunal Superior do Trabalho, os demais empregados vinculados à administração direta, autarquias e empresas públicas federais somente podem ajuizar ação re^{cl}amatória perante a Seção Judiciária da Justiça Federal na Capital do Estado ou no Distrito Federal, a nível de primeiro grau.

Em tais casos, o órgão de jurisdição de segundo grau é o Tribunal Federal de Recursos, desde que o valor de alçada seja igual ou superior a cinquenta Obrigações do Tesouro Nacional.

Se a causa não alcançar valor equivalente a 50 O.T.N., o recurso voluntário é apreciado pelo mesmo órgão de primeiro grau que prolatou a sentença. Apenas as questões que envolvem matéria de natureza constitucional não estão sujeitas aos limites de alçada.

7.5. O Empregado Público - Provimento.

Consoante acabamos de ver, não há na Organização da Administração Pública Federal uma consolidação de normas, regulamentos, em torno das relações de emprego entre o Estado e o agente, a exemplo do que ocorre com o

funcionário público federal.

Ao contrário, o direito positivo aplicável a essa categoria de servidores assemelha-se a um mosaico de leis, decreto-leis e resoluções administrativas. Quanto à fonte do direito que alimenta o regime jurídico do pesoal junto à Administração Pública Federal, na condição de empregado, encontramos preceitos tangenciais no Direito Constitucional, no Direito Administrativo, no Direito Processual do Trabalho, no Direito Social Previdenciário, no Direito Penal, no Direito Internacional Público e, principalmente, no Direito do Trabalho.

No que se refere ao provimento do candidato a emprego no serviço público federal, localizamos uma norma ^(22.) que, embora seja anterior à implantação da Reforma Administrativa e à própria carta constitucional, ainda se encontra em vigor.

Dispõe a mesma que a nomeação de funcionário público ou a contratação do empregado público para o preenchimento de vagas nas classes singulares ou iniciais de

22: BRASIL. Leis, Decretos. etc. Lei nº 5.117, de 27.9.66. Dispõe sobre a nomeação de servidores empregados da União, das Autarquias e de outras entidades, e de outras providências. D.O.U. de 28.9.66. Parte I, Seção, p. 1323.

séries de classes, ou para os cargos isolados de provimento efetivo do "Pessoal da União", Órgãos Autônomos e Autarquias Federais, somente serão processados mediante concurso público de provas ou de provas e títulos.

Por "Pessoal da União", a que a lei se refere, entendemos devam ser abrangidos os servidores integrantes do Poder Executivo, inclusive da Administração Indireta, das Secretarias do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, em virtude de expressa disposição constitucional nesse sentido⁽²³⁾.

7.6.0 Estado, o empregado público e a Organização Internacional do Trabalho.

Consoante tivemos oportunidade de ver, a partir do momento em que o Poder Público Federal admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços de seus empregados, considera-se empregador, para os efeitos da Consolidação das Leis do Trabalho.

23: BRASIL. Leis, Decretos etc. Constituição da República Federativa do Brasil. 1967. Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969. 24. ed. São Paulo. 1982. art. 108.

O liame jurídico que une, de um lado, o Estado na condição de empregador público, e, de outro, o empregado público. extravasa os limites da administração direta, alcançando, inclusive, os entes que integram a administração indireta.

O que distingue o Estado empregador não é a natureza pública ou privada da atividade estatal, mas o regime jurídico do agente que o vincula aos preceitos da Consolidação das Leis do Trabalho. Portanto, são empregadores em nome do Estado as autarquias federais, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, ainda que essas duas modalidades de entes sejam detentoras de regime jurídico de direito privado, sob a forma de sociedade anônima. São empregadores, ainda, em nome do Estado, as fundações instituídas pelo poder público. Embora alguns desses entes operem no mundo econômico como empresas governamentais, não perdem o vínculo público.

O Estado, na sua acepção política, cede lugar ao Estado-empregador, onde a figura do "Jus Imperi" deve ser compreendida na igualdade jurídica de tratamento.

Nesse sentido, o Brasil, na condição de signatário da Organização Internacional do Trabalho, ao apro

var a Convenção nº 94, comprometeu-se⁽²⁴⁾, perante aquele organismo internacional, a observar que os contratos de trabalho firmados por qualquer "autoridade pública", interna, contenham cláusulas garantindo aos trabalhadores intervalos, salários, inclusive abonos, em horário de trabalho e outras condições de trabalho que não sejam menos favoráveis do que as condições estabelecidas para um trabalho da mesma natureza, na profissão ou indústria interessada, na mesma região.

Como se vê, a expressão "autoridade pública", referida pela O.I.T., parece denotar um sentido amplo que, adequada ao direito positivo brasileiro, alcance não só órgãos da administração direta, mas também os entes da administração indireta, as fundações públicas, os entes de cooperação do serviço público.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁽²⁵⁾ define autoridade pública como:

"são autoridades públicas, umas permanentes ou tras transitórias, mas, em dada oportunidade, exercem parcela do poder público, seja por integradas no Estado, seja por prestarem a ele, como particulares, colaboração ao seu desideratum, na consecução do serviço público".

24 BRASIL. Leis, Decretos, etc. Dec. nº 58.818, de 14.7.66. Pro-mulga a Convenção nº 94 - sobre as cláusulas de trabalho nos contratos firmados por Autoridade Pública. D.O.U. de 19.7.66. Seção I, Parte I. p.1050.

25: MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de, Princípios Gerais do Direito Administrativo. vol. II Forense. Rio de Janeiro.1969. p.371.

Ora, basta confrontarmos o rol de direitos e vantagens do empregado público da administração direta e das autarquias federais com os demais empregados das empresas públicas, sociedades de economia mista e das próprias fundações instituídas pelo poder público federal, para logo concluir-se que nem mesmo no Serviço Público Federal, o empregado público goza dos direitos previstos na C.L.T.

Se compararmos, então, o tratamento jurídico entre o empregado público e o funcionário público, o espaço entre essas duas categorias de servidores se torna mais acentuado, aí envolvendo a ótica do social previdenciário.

7.7. A terceira reforma administrativa

A terceira reforma administrativa, cujo início foi marcado com a assinatura de oito decretos emitidos pelo Presidente da República, em 03,09,86, enfatiza os seguintes temas:

a - extinção do DASP e criação da Secretaria de Administração da Presidência da República, em substituição ao Ministério Extraordinário da Administração;

b - criação do Grupo Executivo da Reforma da Administração Pública (GERAP), composto por cinco ministros, com poderes para decidir sobre as mudanças nos órgãos públicos da Administração direta e indireta;

c - prazo de noventa dias para que as empresas estatais apresentem um estudo de sua estrutura financeira e proponham alterações à Secretaria de Controle das Empresas Estatais;

d - a Secretaria do Tesouro Nacional passa a controlar os gastos da Administração Federal com pessoal civil ativo, permitindo que sejam detectados os múltiplos salários;

e - realização de auditorias de pessoal em órgãos da administração direta e autarquias , sob coordenação de Pessoal Civil da Administração Federal (SIPEC);

f - ficha de cadastro de cada servidor, contendo a vida funcional, horário de trabalho, remuneração, inclusive "jetons" ou quaisquer outras vantagens financeiras recebidas;

g - a Consultoria Geral da República uniformizará a jurisprudência administrativa federal através do Sistema Jurídico da União (SIJUR);

h - criação da Escola Nacional de Administração Pública, destinada a formar dirigentes de órgãos a nível superior.

Nenhum disciplinamento novo deu a atual regulamentação, ao problema do regime jurídico que une o servidor público ao Estado.

Neste particular, apenas foram criados alguns órgãos: A Secretaria de Administração Pública, vinculada diretamente ao Gabinete da Presidência da República - SEDAP; Grupo Executivo da Reforma Administrativa - GERAP; Sistema Jurídico da União - SIJUR; Escola Nacional de Administração Pública - ENAP; Cadastro Nacional do Pessoal Civil - CNPC, e , finalmente, o Centro de Aperfeiçoamento da Administração Pública - CDAP.

O Jornal do Brasil de 10.07.86 e o Globo de 18.08.86, anunciam um novo plano denominado "regime civilista", que extinguirá os regimes estatutário e celetista, aplicáveis, atualmente, aos ocupantes de cargos e empregos públicos do pessoal da administração direta e das autarquias federais. As mesmas fontes jornalísticas esclarecem que o futuro regime não tem data marcada para entrar em vigor, mas garante que, dentro de cento e oitenta dias, o Ministério da Administração pretende tomar efetivas medidas iniciais, começando pela instituição de carreira no serviço público federal , e de sistema de treinamento de mão de obra.

O também denominado "novo estatuto" pretende estimular o aperfeiçoamento do servidor público, mediante remuneração competitiva com a atividade particular. Esta reforma administrativa pretende, inclusive, ampliar o quadro de servidores públicos federais que, atualmente, é de um milhão e oitocentos mil, para uma população estimada em 130 milhões de habitantes. O Ministro da Administração cita, como exemplo, a França, com uma população de 50 milhões de habitantes e um corpo de funcionários na ordem de quatro milhões de servidores. (Jornal O GLOBO, de 10.07.86).

Em pesquisa realizada junto ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - I.B.G.E. -, constatamos que o Brasil, no ano de 1985 dispunha de quatro milhões, duzentos e sessenta e seis mil servidores públicos lotados na Administração Direta - Anuário Estatístico de 1985. Revela, ainda, o I.B.G.E. que tais dados se referem a servidores que contribuem para a Previdência Social, ou seja, do regime trabalhista. Portanto, os funcionários públicos, cujo sistema de APOSENTADORIAS E PENSÕES é suportado pelo Tesouro Nacional, não integram esse dado estatístico.

Fomos informados que, atualmente, a Secretaria da Administração da Presidência da República está realizando estudos para o censo do servidor público federal.

CONCLUSÃO

Cabe-nos, ao final deste trabalho, oferecer algumas conclusões:

1. O homem, ao questionar sobre a vida em sociedade, concebe uma forma de organização político-jurídica, cuja realidade, no entanto, difere daquela como vive e a que projetou:

2. parece não haver um modelo político ideal para a sociedade humana, pois cada grupo social possui características próprias, culturais, étnicas, geográficas, econômicas, religiosas, etc.;

3. a função pública, como uma das atividades inerentes ao Estado, na visão dos doutrinadores, não oferece uma linha de encaminhamento uniforme, principalmente, em virtude da diversificação das estruturas administrativas da atualidade:

4. o direito positivo brasileiro, a iniciar pela Constituição Federal, apresenta tratamento jurídico diferenciado entre o funcionário público e o empregado público, com repercussões no âmbito do social previdenciário e do individual do trabalho;

5. as duas reformas administrativas implantadas no Serviço Público Federal, 1937 e 1967, ocorreram em períodos políticos de exceção, e nessas circunstâncias, os modelos não tiveram a vertente do Poder Legislativo, como representação democrática;

6. há necessidade de dedicar-se um espaço à reformulação do regime jurídico do pessoal vinculado ao serviço público, por ocasião da nova Carta Constitucional do Brasil, entre outros, os seguintes:

a - regime jurídico único de pessoal aplicável aos servidores públicos dos Poderes Executivo, Legislativo e do Judiciário;

b - aplicação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço ao regime jurídico de pessoal ora proposto,;

c - adequação do instituto da estabilidade, fixada em dois anos, ao regime jurídico único de pessoal;

d - regime jurídico único de Previdência e Assistência Social, destinado aos servidores e respectivos dependentes, integrantes do regime único de pessoal;

e- atribuir à Justiça do Trabalho, a competência para conciliar e julgar as controversias oriundas das relações de emprego entre os servidores da União, Autarquias federais, sociedades de economia mista e empresas públicas federais;

BIBLIOGRAFIA

- 1 ADAMS, John Clarke. Breve exposição sobre o direito administrativo norte americano. Trad. promovida pelo Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas, do original francês publicado na Revista Internacional de Ciências Administrativas, Vol. XXIII. Revista de Direito Administrativo, 53, jul/set. 1958.
- 2 ARISTÓTELES. A política. Trad. de Nestor Silveira Chaves. São Paulo, ed. Ouro, 1960.
- 3 BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo. 6.ed. Buenos Aires, La Rey, 1964. t.1
- 4 _____. Derecho Administrativo. 6.ed. Buenos Aires, La Rey, 1964. t.3
- 5 _____. La función pública. Buenos Aires, Roque de Palma, 1960.
- 6 BLASI, Paulo Henrique. O contencioso administrativo no texto constitucional. Revista Sequência; estudos jurídicos e políticos, Florianópolis, 1(1):59-65, 1980.
- 7 BOBBIO, Norberto et alii. Dicionário de política. Tradução de Raúl Crisafio, Alfonso García, Mariano Martins e Jorge Tula. Espanha, Siglo Veinteuno, 1981.
- 8 _____. A teoria das formas de governo. Trad. de Sérgio Bath. Brasília, UnB, 1980. p.144.

- 9 CAETANO, Marcelo. Manual de direito administrativo. 4.ed. Lisboa, 1969. t.2
- 10 _____. Princípios fundamentais do direito administrativo. Rio de Janeiro, Forense, 1977.
- 11 CATHARINO, José Martins. Servidor não estatutário e a legislação trabalhista. Revista de Legislação Trabalhista, São Paulo, 41(1):149-57, 1977.
- 12 CAVALCANTE, Pedro. O conceito de cargo público e o desvio de função do serviço público civil. Revista de Informação Legislativa, Brasília, 2(6):47,60, 1965.
- 13 CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Curso de direito administrativo. 8.ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1967.
- 14 _____. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1977.
- 15 CESARINO JÚNIOR, A.F. Direito social. São Paulo, L.T.R., 1980.
- 16 COELHO, Luiz Fernando. Fundações públicas. São Paulo, Forense, 1978.
- 17 LA CONSTITUCION allemande du 11 aont, 1919. Trad. René Brunet, Paris, Payok, 1921.
- 18 CONSTITUCION política de los Estados Unidos Mexicanos. México, Secretaria de la Presidencia, 1972.
- 19 CRETELLA JÚNIOR, José. Dicionário de direito administrativo. Rio de Janeiro, Forense, 1978.

- 20 CRETELLA JÚNIOR, José. Direito administrativo comparado. São Paulo, USP, 1972.
- 21 _____. Fundações de direito público. Rio de Janeiro, Forense, 1975.
- 22 _____. Manual de direito administrativo. Rio de Janeiro, Forense, 1975.
- 23 _____. O pessoal de administração pública. In: _____. Tra-
tado de direito administrativo. Rio de Janeiro, Foren-
se, 1967. v.4.
- 24 _____. Regime jurídico das corporações públicas no
Brasil. Revista de Direito Administrativo, Rio de Ja-
neiro, 98:1-16, out/dez., 1969.
- 25 CUESTA, Rafael Entrena. Curso de derecho administrativo.
5.ed. Madrid, Tecnos, s.d.
- 26 DALLARI, Dalmo de Abreu. O renascer do direito. São Pau-
lo, Saraiva, 1980.
- 27 DEBBASCH, Charles. Ciência administrativa; administraci-
ón pública. Madrid, Estudios Administrativos, 1975.
- 28 DECLARATION des droits de l'homme et du citoyen das la re-
vólución française. Paris, Giorgio del Vecchio, 1968.
- 29 DUGUIT, Leon. Traitê de droit constitucional. 2.ed. Pa-
ris, 1923, v.2.
- 30 DUVERGER, Maurice. Os laranjais do Lago Balaton. Trad.
de Edgard de Brito Chaves Júnior. Brasília, UnB, 1980.
- 31 ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade pri-
vada e do Estado. Trad. de Leandro Konder. Rio de Janeiro. 8
ed. 1982.

- 32 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Notas sobre o poder e comunicação. Revista Brasileira de Filosofia, São Paulo, 34(40):333-56, out/dez. 1985.
- 33 FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. Novo dicionário Aurélio. São Paulo, Nova Fronteira, s.d.
- 34 _____. Novo dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, s.d.
- 35 FORSTHOFF, Ernest. Tratado de derecho administrativo. Trad. de Legaz Lacambra, Garrido Falla y Gomez Orttega y Tunge. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958.
- 36 FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Comentários à reforma administrativa federal. São Paulo, 1975.
- 37 _____. Fundações e empresas públicas. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972.
- 38 FRIEDRICH, Carl J. Uma introdução à teoria política. Trad. de Leonidas Xausa e Luiz Corção. Rio de Janeiro, Zahar, 1970.
- 39 GABLENTZ, Otto Heinrich von der. Introducción a la ciencia política. Trad. de Victor Bazterrica. Barcelona, Herder, 1974.
- 40 GALBRAIT, John Kennet. Anatomia do poder. Trad. de Hilário Torloni. São Paulo, Pioneira, 1984.
- 41 GARCIA, Fernando Coutinho. Modernização e reforma administrativa no Brasil. Brasília, Instituto de Planejamento Econômico e Social, 1978.

- 42 GAZIER, François. La función publique dans le monde. Paris, Bibliothèque de l'Institut International D'Administration Publique, s.d.
- 43 GORDILLO, Augustin A. Tratado de derecho administrativo. Buenos Aires, 1974, t.1.
- 44 HAURIOU, Maurice. Précis de Droit Administratif. 10.ed. Paris, 1921.
- 45 HELLER, Hermann. Teoria do estado. Trad. de Lycurgo Gomes da Matta. São Paulo, Mestre Jou, 1968.
- 46 HEGEL, Jorge Guilherme Frederico. Introdução à história da filosofia. Trad. de A. Pinto de Carvalho. Coimbra, Armênio Amado Editor, 1980.
- 47 HOBBS, Thomas de Malmesburg. "Leviatã". In: Os pensadores, Trad. de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo, 14, 1974.
- 48 JEZE, Gaston. Principios generales del derecho administrativo. Buenos Aires, Editorial de Palma, 1949. t.3.
- 49 KRADER, Lawrence. A formação do estado. Trad. de Regina Lúcia M. Morel. Rio de Janeiro, Zahar, 1970.
- 50 LIMA, Ruy Cirne. Principios de direito administrativo. 4.ed. Porto Alegre, Silveira, 1964.
- 51 MACHADO, Marina Brandão. O ensino de administração pública no Brasil. Rio de Janeiro, FGV, 1966.
- 52 MAGALHÃES, Humberto Piragibe et alii. Dicionário jurídico. 2.ed. São Paulo, ABA-JUS, s.d. v.1.

- 53 MAQUIÁVEL, Nicolau. O príncipe. Trad. de Fernanda Pinto Rodrigues e M. Antonieta Mendonça. Portugal, Publicações Europa-América, 1976.
- 54 MARX, Karl. "Estado e Sociedade" In: Sociologia. Trad. de Maria Elisa Mascarenhas. São Paulo, Ática, 1970.
- 55 MAYER, Otto. Derecho administrativo alemán. Trad. de Horacio M. Heredia y Ernesto Krotoschin. Buenos Aires, Editorial de Palma, 1949. t.1.
- 56 . Derecho administrativo alemán. Trad. de Horacio M. Heredia y Ernesto Krotoschin. Buenos Aires, Editorial de Palma, 1949. t.1 part. gen.
- 57 MEIRELLES, Helly Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.
- 58 MELO, Osvaldo Ferreira de. Dicionário de direito político. Rio de Janeiro, Forense, 1978.
- 59 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984.
- 60 . Classificação das autarquias. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968.
- 61 . Fundações públicas; natureza jurídica da fundação de amparo e pesquisa; forma de constituição das fundações públicas. Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro, 52(338): 62-84, dez. 1963.
- 62 . Prestação de serviços públicos e administração indireta. Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro, 1973.

- 63 MELLO, Osvaldo Aranha Bandeira de. Princípios gerais de direito administrativo. Rio de Janeiro, Forense, 1969.
- 64 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado. 2.ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1970, v.1.
- 65 MONTESQUIEU. "Do espírito das leis" In: Os pensadores. Trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo, 21, 1973.
- 66 MORUS, Thomas. A utopia. Trad. de Luiz de Andrade, 5.ed. São Paulo, Atena, 1960.
- 67 ORLANDO, V.E. Princípios de derecho administrativo. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1978.
- 68 OVIEDO, Carlos Garcia. Derecho Administrativo. 6.ed. Madrid, Useros, 1957.
- 69 PAULI, Evaldo. Manual de metodologia científica. São Paulo, Resenha Universitária, 1976.
- 70 PASOLD, Cesar Luiz. Função social do estado contemporâneo. Florianópolis, LADESC, 1984.
- 71 PESSOA SOBRINHO, Eduardo Pinto. Manual dos servidores do estado. 13.ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1985.
- 72 PLATÃO. A república. Trad. de Sampaio Marinho. Portugal, Publicações Europa-América, 1975.
- 73 REALE, Miguel. O bem como fundamento da soberania e do direito. Brasília, Martins, 1972.

- 74 REALE, Miguel. Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Forense, 1969.
- 75 ROCHA, João Batista Oliveira. O regime jurídico especial do servidor público. Revista de direito público, (37/38):67/83.
- 76 ROUSSEAU, Jean Jacques. O contrato social. Trad. de Leandro Manoel Ferreira Brus. Portugal, Publicações Europa-América, 1974.
- 77 RUSSEL, Bertrand. O poder, uma nova análise social. Trad. de Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro, Zahar, 1979.
- 78 RUSSOMANO, Victor Mozart. Comentários à consolidação das leis do trabalho. 11.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1985.
- 79 SARAIVA, Oscar. Novas formas de delegação administrativa do estado. Rio de Janeiro, 1944.
- 80 SEYÈS, Emmanuel Joseph. Qu'est-ce le tiers etat. Paris, Presses Universitaires de France, 1982.
- 81 SILVA, Antonio Álvares da. Convenção coletiva do trabalho perante o direito alemão. Rio de Janeiro, Forense, 1981.
- 82 SILVA, Clauco Lessa Abreu e. Diretrizes para a classificação de cargos no serviço civil, da união e autarquias. Revista do Ministério da Fazenda, Brasília, out. 1971.
- 84 SUSSEKIND, Arnaldo et alii. Instituições de direito do trabalho. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1963.
- 85 TOCQUEVILLE, Alexis de. O antigo regime e a revolução. Trad. de Yvone Jean. 2.ed. Brasília, UnB, 1979.

- 86 TORO, Jorge Oliveira. Manual de derecho administrativo.
3.ed. México, Porrúa, 1972.
- 87 TREVIJANO, JOSÉ, José Antônio Garcia. Tratado de derecho administrativo. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1970. v.1, t.3.
- 88 WEIL, Prosper. O direito administrativo. Trad. de Maria da Glória Ferreira Pinto. Coimbra, Almedina, 1977.
- 89 ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria geral do estado. Trad. de Antônio Cabral de Moutada. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1971. 2.ed.