

Análise da Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000: a contratação de servidores públicos pela CLT

Gilberto Guerzoni Filho

Sumário

1. A Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000. 2. A contratação de servidores pela CLT no regime constitucional anterior. 3. A implantação do Regime Jurídico Único sob a Constituição de 1988. 4. As críticas ao Regime Jurídico Único e a Emenda Constitucional nº 19, de 1998. 5. A impossibilidade da contratação de servidores públicos pela CLT sob a vigente Constituição. 6. A inconveniência administrativa e o custo da implantação do regime celetista para os servidores públicos. 7. A implantação do regime celetista na Administração Pública e a questão previdenciária. 8. Problemas pontuais na Lei nº 9.962, de 2000. 9. Conclusão.

1. A Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000

Foi promulgada a Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000, que “disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração Federal direta, autárquica e fundacional”.

O citado diploma legal determina que o pessoal admitido para emprego público na administração federal direta, autárquica e fundacional terá sua relação de trabalho regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e legislação trabalhista correlata, naquilo que a lei não dispuser em contrário e que leis específicas disporão sobre a criação dos empregos no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo, bem como sobre a transformação dos atuais cargos em empregos.

Gilberto Guerzoni Filho é Consultor Legislativo do Senado Federal.

Veda a lei que sejam submetidos ao regime por ela regulamentada os cargos públicos de provimento em comissão e os servidores atualmente regidos pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que estabelece o vigente regime jurídico dos servidores públicos federais da Administração direta, autárquica e fundacional.

Prevê, ainda, que a contratação de pessoal para emprego público deverá ser precedida de concurso público de provas ou de provas e títulos e que a dispensa de empregado público somente será admitida, mediante processo administrativo, nas hipóteses de prática de falta grave, entre as elencadas no art. 482 da CLT, de acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas, de necessidade de redução de quadro de pessoal, por excesso de despesa e de desempenho insatisfatório, não se aplicando, entretanto, essas normas para dispensa do empregado às contratações de pessoal decorrentes da autonomia de gestão de que trata o § 8º do art. 37 da Constituição Federal.

Finalmente, estabelece a norma que é vedada a adoção de medida provisória para a criação de empregos públicos ou para a transformação de atuais cargos em empregos públicos.

Vale observar que o Excelentíssimo Senhor Presidente da República sancionou a proposição que deu origem à Lei nº 9.962, de 2000, com o veto de dois de seus dispositivos, a alínea “a” do inciso I do § 2º, que vedava fossem submetidos ao regime de emprego público os servidores que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolvam atividades exclusivas de Estado, nos termos das leis mencionadas no art. 247 da Constituição Federal, e o § 4º do art. 1º que determinava que, a critério da administração, os atuais contratados por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público cujo tempo de exercício supere o inicialmente previsto poderão ser transformados em empregados públicos permanentes, desde que a contratação tenha ocorrido

mediante processo seletivo externo realizado por meio de provas ou de provas e títulos.

Na mensagem nº 247, de 22 de fevereiro de 2000, o Chefe do Poder Executivo, citando a manifestação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, assim justificou o veto:

“Impõe-se o veto aos dispositivos supracitados por inconstitucionalidade e contrariedade ao interesse público.

A alínea ‘a’ do inciso I do § 2º do art. 1º deve ser vetada por contrariar o interesse público, uma vez que veda o regime de emprego público aos servidores que desenvolvam atividades exclusivas de Estado, nos termos definidos pelas leis que venham a regulamentar o art. 247 da Constituição Federal. Tais atividades, no momento, estão em processo de regulamentação por intermédio do Projeto de Lei Complementar nº 43, de 1999. Esta matéria, que tramita no Senado Federal, inclui um grande número de cargos, carreiras e atividades, o que na prática tiraria da Administração Pública a necessária flexibilização para o seu bom funcionamento, uma das principais justificativas para a criação do regime de emprego público, objeto do Projeto de Lei nº 57, de 1999.

Embora o PL nº 57, de 1999, trate da criação de um novo regime de emprego, a referida alínea poderá vir a criar dificuldades de natureza jurídica para a implementação deste novo regime, o que visivelmente contraria o interesse público.

O disposto no § 4º do art. 1º deve ser vetado por inconstitucionalidade, uma vez que fere o inciso II, do art. 37, da Carta Magna, que condiciona a investidura em cargo ou emprego público à ‘aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego,

na forma prevista em lei...'. Não há equivalência possível entre as expressões 'concurso público' e 'processo seletivo simplificado', sem ferir os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, insertos no *caput* do mencionado art. 37, da Constituição.

Não há como aproveitar, por intermédio de transformação, os empregos temporários originados de contratos regidos pela Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, ou os decorrentes dos revogados arts. 232 a 235 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que se referem à contratação temporária de excepcional interesse público, como empregos permanentes, sem violar a Constituição Federal."

De acordo com a Exposição de Motivos dos Senhores Ministros de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República e da Administração Federal e Reforma do Estado, que acompanhou a proposição que deu origem à Lei em debate, em face da supressão feita pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, do dispositivo que prescrevia a instituição de regime jurídico único para os servidores da Administração direta, autárquica e fundacional de cada ente federado,

"(...) o presente projeto de lei tem por escopo adotar o modelo 'celetista' para a grande maioria dos empregos efetivos no serviço público. O regime comum passa a ser o da legislação trabalhista.

Essa fórmula confere maior flexibilidade à relação de emprego no âmbito do Estado, a par de transferir ao regime previdenciário comum os servidores regidos pela legislação trabalhista. Tais vantagens representam considerável economia para as finanças públicas, em momento crucial de ajuste de contas, dado o déficit elevado da previdência do setor público, incapaz de se auto-sustentar, por falta estrutural de concepção."

Efetivamente, a principal diferença entre os dois regimes está em seus pressupostos. O regime estatutário é um regime unilateral, no qual o servidor adere a determinadas condições impostas por lei e que podem ser alteradas somente pela Administração. As pendências são decididas pela Justiça Federal. Já o regime celetista é contratual e, como contrato, não pode ser alterado unilateralmente. As respectivas pendências são decididas pela Justiça do Trabalho.

2. A contratação de servidores pela CLT no regime constitucional anterior

Na verdade, a contratação de servidores públicos na Administração direta, autárquica e fundacional não é novidade.

A partir dos Governos Militares, surgidos como conseqüência do Movimento de 1964, iniciou-se uma tentativa de modernização da Administração Pública brasileira, que tinha como objetivo tornar a máquina administrava mais ágil, mais próxima dos critérios existentes para a iniciativa privada, o que possibilitaria aumentar a sua eficiência e eficácia. Acreditava-se, na época, que um dos fatores que dificultavam o desempenho do serviço público prendia-se à pouca flexibilidade permitida pelo então vigente Estatuto dos Funcionários Públicos da União, aprovado pela Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952.

Assim, a partir de 1967, facultou-se à Administração Federal admitir servidores pela Consolidação das Leis do Trabalho, ao lado daqueles estatutários. Essa duplicidade de regimes teve origem na Constituição de 24 de janeiro de 1967, que previa, em seu art. 104, *verbis*:

"Art. 104. Aplica-se a legislação trabalhista aos servidores admitidos temporariamente para obras, ou contratados para funções de natureza técnica ou especializada."

Nesse sentido, já dispunha o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que, no

campo da Administração Pública, sistematizou as diretrizes de Governo sobre a matéria, em seus arts. 96 e 97:

“Art. 96. Nos termos da legislação trabalhista, poderão ser contratados especialistas para atender às exigências de trabalho técnico, em institutos, órgãos de pesquisa e outras entidades especializadas da Administração Direta ou autarquia, segundo critérios que, para esse fim, serão estabelecidos em regulamento.

Art. 97. Os Ministros de Estado, mediante prévia e específica autorização do Presidente da República, poderão contratar os serviços de consultores técnicos e especialistas por determinado período, nos termos da legislação trabalhista.”

Posteriormente, o que era exceção tornou-se regra e o que era regra, exceção. O art. 106 da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, em seu art. 106, dispôs:

“Art. 106. O regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada será estabelecido em lei especial.”

Regulamentando a matéria e, de fato, estendendo ainda mais o dispositivo constitucional, estabeleceu a Lei nº 6.185, de 11 de dezembro de 1974:

“Art. 1º Os servidores públicos civis da Administração Federal direta e autárquica reger-se-ão por disposições estatutárias ou pela legislação trabalhista em vigor.

Art. 2º Para as atividades inerentes ao Estado como Poder Público, sem correspondência no Setor privado, compreendidas nas áreas de Segurança Pública, Diplomacia, Tributação, Arrecadação e Fiscalização de Tributos Federais e contribuições previdenciárias, e no Ministério Público, só se nomearão servidores cujos deveres, direitos e vantagens sejam os defini-

dos em Estatuto próprio, na forma do art. 109 da Constituição Federal.

Art. 3º Para as atividades não compreendidas no artigo precedente só se admitirão servidores regidos pela legislação trabalhista, sem os direitos de greve e sindicalização, aplicando-se-lhes as normas que disciplinam o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

.....

Art. 4º A juízo do Poder Executivo, nos casos e condições que especificar, inclusive quanto à fonte de custeio, os funcionários públicos estatutários poderão optar pelo regime do artigo 3º.”

A utilização do regime celetista, celebrado como o moderno, em contraposição ao estatutário, arcaico, teve tal sucesso que, no momento da implantação do regime jurídico único pela Lei nº 8.112, de 1990, dos cerca de 700.000 servidores civis ativos da União, não mais de 150.000 ainda eram regidos pela Lei nº 1.711, de 1952.

O que ocorreu, na prática, foi que grande parte dos servidores admitidos pelo regime celetista o foram sem concurso público e sem direito à estabilidade. De fato, praticamente a totalidade dos servidores admitidos pelas fundações, forma jurídica em que se constituíram grande parte das entidades criadas na época, entrou no serviço público, na melhor das hipóteses, por um processo seletivo simplificado, em que não esteve presente o pressuposto da impessoalidade, nem qualquer mecanismo institucional de avaliação de mérito. Esses servidores foram, muitas vezes, admitidos para prestar serviços na Administração direta. De fato, algumas fundações não passavam de verdadeiras intermediárias de mão-de-obra, aproveitando-se do fato de que não precisavam admitir por concurso e tinham ampla liberdade de fixação da remuneração de seus servidores. Ainda hoje, é possível observar, nos quadros de algumas fundações, um número desproporcional de servidores cedidos à Administração direta, alguns que, durante longo tem-

po, inclusive, somente tinham comparecido à sua entidade de origem, quando muito, para assinar o contrato de trabalho. Esse processo ocorreu, igualmente, na Administração direta e nas autarquias, com as chamadas tabelas especiais.

3. A implantação do Regime Jurídico Único sob a Constituição de 1988

A partir do processo de redemocratização, com o Governo *Tancredo Neves/José Sarney*, colocou-se a discussão da necessidade de unificação dos regimes jurídicos dos servidores públicos. Inicialmente, a Secretaria de Administração Pública da Presidência da República – SEDAP propôs a criação de um novo regime jurídico, denominado “civilista”.

Na Constituinte de 1987/88, caminhou-se no sentido da aprovação da unificação dos regimes jurídicos dos servidores públicos, erigida em norma constitucional no art. 39 da Lei Maior. O art. 24 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias previa prazo de dezoito meses da promulgação da Carta para a edição de lei regulamentando aquele dispositivo.

Com vistas a atender a exigência constitucional, o Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional, em 25 de outubro de 1989, projeto de lei que “dispõe sobre o estatuto dos funcionários públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais”, que, na Câmara dos Deputados, recebeu o nº 4.058, de 1989. Tratava-se de uma extensa proposição, com 266 artigos, bastante similar ao diploma legal que dela resultou, a Lei nº 8.112, de 1990. Assim como esse diploma legal, como será comentado adiante, a proposição não se limitava a instituir o novo regime jurídico. Ela determinava, em seu art. 257, a transferência dos servidores celetistas para o regime estatutário, efetivando-os de forma automática. Essa providência era assim justificada na Exposição de Motivos que acompanhava o projeto, assinada pelo Ministro de Estado do Planejamento, o doutor João Batista De Abreu:

“A mudança de regime, para os antigos Celetistas, acarretará para o Tesouro Nacional o ônus de suas aposentadorias em valor integral, ressarcido, todavia, pela Previdência Social da parcela correspondente ao período de contribuição do servidor.

Em contrapartida, essa transformação implicará redução das despesas do Tesouro com os encargos sociais pagos ao IAPAS e ao FGTS, estimadas em 23,5% da Folha de pagamento dos atuais Celetistas. Adicionalmente, o Tesouro terá ingressos por conta da contribuição previdenciária de 5% dos funcionários incluídos no novo Regime.”

O novo Governo, empossado em 15 de março de 1990, no entanto, julgou conveniente rever essa decisão e, em 22 de junho de 1990, solicitou à Câmara dos Deputados a retirada daquela proposição e encaminhou uma nova. Essa era bem mais singela, resumindo-se a apenas oito artigos, nos quais se determinava a aplicação do antigo Estatuto dos Funcionários Públicos da União, a Lei nº 1.711, de 1952, aos servidores celetistas da Administração direta, autárquica e fundacional que tivessem ingressado no serviço público mediante concurso público e àqueles que tivessem sido estabilizados pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ressaltando-se que, nesse último caso, a efetivação somente teria lugar após aprovação em concurso. Essa proposição recebeu, na Câmara dos Deputados, o nº 5.504, de 1990.

A Câmara dos Deputados, entretanto, considerando que o PL nº 4.058, de 1989, já tinha recebido parecer de duas das três comissões para as quais tinha sido despachada, submeteu o pedido de retirada do projeto ao Plenário. Efetivamente, a proposição já tinha sido examinada, no que diz respeito à sua admissibilidade, pelas Comissões de Constituição e Justiça e de Redação e de Finanças e Tributação. O exame de mérito, na Comissão de Trabalho e de Administra-

ção e Serviço Público, estava em curso e concluiu-se em 28 de junho de 1990. Assim, em 21 de agosto de 1990, o Plenário rejeitou o pedido de retirada da proposta, continuando sua tramitação, que se concluiu naquela Casa em 24 de agosto de 1990, quando foi remetida à revisão do Senado Federal.

Lida a proposição na Câmara Alta, em que recebeu o nº 69, de 1990, novamente, o Poder Executivo solicitou a sua retirada, em 30 de agosto de 1990, o que foi indeferido pelo Senhor Presidente do Senado Federal, acolhendo questão de ordem dos Senhores Senadores Mauro Benevides e Chagas Rodrigues. Tramitando a matéria em regime de urgência nessa Casa, foi ela aprovada, na forma de substitutivo, e encaminhada à Câmara dos Deputados em 19 de setembro de 1990.

Nesse ínterim, aquela Casa decidiu pela prejudicialidade e conseqüente arquivamento do PL nº 5.504, de 1990, em razão da aprovação do PL nº 4.058, de 1989. Entretanto, com o retorno ao Senado Federal desta proposição, aquela foi desarquivada e continuou a sua tramitação. A matéria foi submetida a urgência urgentíssima e aprovada, na forma de substitutivo que, na prática, dava ao PL nº 5.504, de 1990, o conteúdo do PL nº 4.058, de 1989, em 14 de novembro de 1990. Recebido, no Senado Federal, o substitutivo da Câmara dos Deputados ao PL nº 5.504, de 1990 (PLC nº 93, de 1990, nessa Casa), entrou ele em regime de urgência, sendo aprovado, sem alterações, e encaminhado à sanção em 20 de novembro de 1990. A proposição foi sancionada, com vetos, convertendo-se na Lei nº 8.112, de 1990. Boa parte desses vetos foi derrubada na sessão do Congresso Nacional realizada em 10 de abril de 1991 e promulgada pelo Senhor Presidente do Senado Federal.

Com a promulgação da Lei nº 8.112, de 1990, foi arquivado, definitivamente, o PL nº 4.058, de 1989 (PLC nº 69, de 1990, no Senado Federal). No entanto, o que ocorreu, na prática, foi que, do ponto de vista material, a proposição aprovada foi essa, o projeto enviado originalmente pelo Gover-

no José Sarney, cuja retirada foi tentada duas vezes pelo Governo Fernando Collor. A proposição enviada por este último Governo, o PL nº 5.504, de 1990 (PLC nº 93, de 1990, no Senado Federal), ainda que tenha sido, formalmente, a que deu origem à Lei nº 8.112, de 1990, com essa não tem similaridade, uma vez que foi aprovada na forma de substitutivo inteiramente baseado no projeto enviado pelo Governo anterior.

Refletindo o clima que então imperava no País, a Lei nº 8.112, de 1990, representou, talvez, o estatuto mais generoso editado no Brasil, estendendo aos servidores públicos diversos direitos.

Inclusive, como se referiu anteriormente, a Lei nº 8.112, de 1990, repete, em seu art. 243, a redação do art. 257 do PL nº 4.058, de 1989, determinando a transferência dos servidores celetistas para o regime estatutário, efetivando-os de forma automática. A efetivação automática, feita pela União e seguida pelo Distrito Federal e pela grande maioria dos Estados e Municípios, foi, talvez, a grande responsável pelo desmesurado crescimento das despesas de pessoal dos entes públicos após a Constituição de 1988, porém, não foi conseqüência dela, mas, pelo contrário, foi feita ao arrepio das expressas normas constitucionais.

Essa transferência possibilitou a efetivação de todos os servidores celetistas e trouxe para eles o direito à aposentadoria estatutária. Como se viu na Exposição de Motivos que acompanhou o PL nº 4.058, de 1989, em muitos casos, essa decisão foi tomada porque isso permitia uma redução imediata das despesas com pessoal, uma vez que eliminava a contribuição para a Previdência Social e para o FGTS, mas não foram aquilataados adequadamente os seus efeitos futuros.

Assim, na União, determinou-se a efetivação de todos os servidores públicos federais da Administração direta, autárquica e fundacional ocupantes de cargo efetivo ou emprego permanente na data de sua vigência, independentemente de sua forma de acesso no serviço público ou tempo de exer-

cício na função pública. Vale observar que essa foi uma decisão clara do Congresso Nacional, uma vez que, como foi acima descrito, o Poder Legislativo rejeitou o tratamento diverso dado à matéria pelo PL nº 5.504, de 1990.

O art. 243 da Lei nº 8.112, de 1990, tem merecido tratamento implacável da doutrina. Sobre o assunto, afirma, por exemplo, o professor Celso Antônio Bandeira De Mello (1999, p. 210-211):

“Aliás, a sobredita lei [8.112/90] não apenas instituiu tal regime [estatutário] como geral, aplicável a quaisquer servidores públicos civis da União, mas também, [...] inconstitucionalmente, colocou sob sua égide servidores não concursados que haviam sido admitidos pela legislação trabalhista e transformou seus empregos em cargos públicos, independentemente do tempo de serviço que tivessem (art. 243 e § 1º). Nisto afrontou, à generala, tanto o art. 37, II, da Constituição, que exige concurso público de provas ou de provas e títulos para acesso a cargos públicos, quanto ofendeu ostensivamente o art. 19 e § 1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Este último conferiu estabilidade aos servidores não concursados que contassem 5 anos de exercício contínuos à data da promulgação da Constituição, mas não autorizou mudanças em seu regime jurídico e muito menos permitiu sua preposição em cargos públicos, pois – pelo contrário – estabeleceu que sua efetivação dependeria de concurso. É que dita efetivação seria o natural consectário da integração em cargo público, pois, já estando estabilizados em decorrência do *caput* do artigo, ao ingressarem em cargo ficariam *ipso facto* efetivados. Daí a previsão do concurso, feita no parágrafo, precisamente para impedir que o aludido efeito sobreviesse pela mera decisão legislativa de atribuir-lhes cargos públicos.”

Ivan Barbosa Rigolin (1992, p. 364), em seus “Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis”, chega mesmo a se revoltar:

“O art. 243, ponto mais baixo de qualidade técnica a que desceu o legislador nesta L. 8.112 [Lei nº 8.112/90], simplesmente transformou, contrariando a Constituição, empregos, onde havia servidores estabilizados, em cargos estatutários.”

É importante registrar que o Supremo Tribunal Federal vem declarando a inconstitucionalidade de todas as leis estaduais e municipais que contenham dispositivos similares, veja-se, *v.g.*, as decisões, já de mérito, tomadas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 391, relativa ao estatuto dos servidores do Estado do Ceará, e nº 1.150, referente ao Estado do Rio Grande do Sul. Não seria diferente, provavelmente, a decisão sobre a inconstitucionalidade do citado art. 243 da Lei nº 8.112, de 1990, caso a matéria seja alçada àquela Corte Suprema.

Vale observar que a questão é de grande extensão, pois significa, por exemplo, colocar em discussão as mais de 120.000 aposentadorias estatutárias concedidas pela União aos servidores que foram objeto do citado art. 243 da Lei nº 8.112, de 1990.

4. As críticas ao Regime Jurídico Único e a Emenda Constitucional nº 19, de 1998

De toda forma, nos últimos tempos, vinha sendo comum a existência de ferozes críticas à obrigatoriedade constitucional de implantação do regime jurídico único para os servidores da Administração direta, autárquica e fundacional, sob o argumento de que este teria provocado o engessamento geral da Administração Pública e retirado toda a sua flexibilidade, necessária em vista de sua diversidade.

É importante registrar, aqui, entretanto, que, contrariamente ao que tem, muitas vezes, sido entendido, a instituição de um regime jurídico único para todos os servidores da Administração direta, autárquica e

fundacional não significa tratamento idêntico a todos os agentes públicos. Inicialmente, façamos alguns comentários óbvios: o regime jurídico único não se aplica aos agentes políticos e aos servidores militares.

São agentes políticos, ou membros de poder, os Chefes do Poder Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) e seus auxiliares imediatos (Ministros de Estado, Secretários de Estado e Secretários Municipais), os magistrados, os parlamentares e os procuradores e promotores do Ministério Público.

Sujeitam-se esses agentes políticos a normas especiais, sejam a Constituição Federal, as Constituições Estaduais e as Leis Orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios, sejam leis próprias, como a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, a Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, no caso dos magistrados, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, a Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, e o Estatuto do Ministério Público da União, a Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, para os membros do Ministério Público, e os Regimentos Internos das Casas Legislativas, no que diz respeito aos Senadores, Deputados Federais e Estaduais e Vereadores.

Assim, possuem os agentes políticos direitos e deveres específicos, previstos em suas normas próprias, não se sujeitando, salvo subsidiariamente, aos estatutos dos servidores públicos de cada ente governamental, que regem os seus respectivos agentes administrativos.

Por outro lado, o regime jurídico único é aplicável, apenas, aos servidores civis. Os servidores militares possuem as suas normas próprias. O Estatuto dos Militares, a Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980, para as Forças Armadas, e os Estatutos das Polícias Militares, em cada caso.

Mesmo dentro do seu âmbito de aplicação – os servidores públicos civis da Administração direta, autárquica e fundacional –, a existência de um regime jurídico único não se traduz em igualdade absoluta, mas

tão-somente na identidade em aspectos essenciais relativos a direitos, deveres, benefícios e vantagens, bem como a regime disciplinar e normas processuais. O regime jurídico único não impede a existência de planos de carreira ou de classificação de cargos específicos, aplicáveis a cada categoria de servidores públicos, de acordo com as suas características próprias e exigências inerentes às suas funções. Assim, fiscais de rendas, professores, diplomatas e policiais possuem, cada um, suas normas próprias, suas vantagens específicas, seu regime de trabalho, sem que isso fira o princípio do regime jurídico único.

Apesar disso, foi na direção de eliminar a obrigatoriedade da unicidade de regime jurídico para os servidores públicos que caminhou a Reforma Administrativa. Conforme a Exposição de Motivos que acompanhou a proposta de emenda à Constituição que deu origem à Emenda Constitucional nº 19, de 1998, assinada pelos Senhores Ministros de Estado da Justiça, da Fazenda, da Previdência e Assistência Social, da Educação e do Desporto, da Administração Federal e Reforma do Estado e do Planejamento e Orçamento:

“Foi revista a previsão constitucional relativa à adoção compulsória de regime jurídico único para os servidores da administração direta, das autarquias e das fundações. Quando de sua implantação, o regime único representou uma tentativa de restabelecer o controle sobre a gestão dos recursos humanos no serviço público. A proliferação de entidades na administração indireta, em paralelo com uma variedade e superposição de regimes jurídicos e situações funcionais entre os servidores, demandava uma ampla ação no sentido da reorganização dos quadros do Estado.

A opção adotada na Constituição de 1988, contudo, caracterizou-se pela ênfase num formato uniformizador, rígido e centralista, representando verdadeira reversão em relação às es-

estratégias descentralizadoras que, no passado, haviam inspirado a adoção, pela administração pública, das figuras jurídicas da autarquia e da fundação.

A implantação do regime jurídico único, nesse sentido, impôs pesada restrição legal à autonomia e flexibilidade de gestão imprescindíveis à administração indireta, realimentando as tendências no sentido de um tratamento indiferenciado em relação à administração direta. Além disso, estendeu a Estados e Municípios o mandamento centralizador e uniformizante, retirando-lhes a possibilidade de encontrar soluções próprias e diferenciadas para a organização de seus quadros.

A diversidade de regimes jurídicos para os servidores públicos é requisito que em muito facilitará a implantação de uma nova arquitetura jurídico-institucional que possibilite à administração pública brasileira a sua reorganização em sintonia com as modernas técnicas e conceitos no campo da administração.

Esta nova arquitetura tem como diretriz básica o resgate da autonomia e da flexibilidade de gestão nas áreas responsáveis pela prestação de serviços públicos.

Pretende-se que, a partir da desobstrução legal promovida no texto constitucional, seja possível a definição de regimes jurídicos diferenciados para os servidores, conforme a natureza do órgão ou entidade a que se vinculem.

Dessa forma, as autarquias e fundações poderão contar com regimes específicos de trabalho, que atendam à necessidade de maior agilidade no recrutamento e na dispensa de quadros, mantidas as devidas garantias e a impessoalidade e legalidade próprias do serviço público. Além disso, a critério de cada esfera de governo,

poder-se-á adotar o regime celetista, nas situações em que for julgado mais conveniente.”

5. A impossibilidade da contratação de servidores públicos pela CLT sob a vigente Constituição

É necessário, entretanto, separar as questões. Uma é a permissão da instituição de regimes diferenciados de natureza estatutária. Outra, é a possibilidade da utilização do regime trabalhista na Administração Pública. Sobre essa questão, assim se manifesta a Exposição de Motivos do Projeto de Lei que deu origem à Lei sob análise:

“(…) o legislador constituinte permitiu não só a adoção de regimes diversos – de caráter eventualmente estatutário –, como também admitiu a possibilidade de que se reintroduza, no âmbito da administração, o regime contratual típico, disciplinado pela legislação trabalhista.”

Em arrimo a essa tese, os Senhores Ministros de Estado signatários dessa E.M. afirmam o seguinte:

“Em diversas disposições da Emenda, explícita o legislador constituinte que determinados princípios aplicam-se tanto aos cargos quanto aos empregos públicos.

Assim, as condições para a acessibilidade aos ‘cargos e empregos públicos’ devem ser estabelecidas em lei (art. 37, I). Consagra-se a indispensabilidade de concurso público para a ‘investidura em cargo ou emprego público’ (art. 37, II). A remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica ou fundacional não podem ultrapassar o do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 37, XI). Verifica-se, por este último dispositivo, que o legislador constituinte admitiu expressamente a possibilida-

de de se adotar, regularmente, o regime contratual de caráter trabalhista no âmbito da administração pública.”

Ousamos discordar das afirmativas acima. A adoção do regime trabalhista para os servidores das entidades de Direito Público, como são a Administração direta, as autarquias e as fundações públicas, parece-nos de difícil compatibilidade com o princípio da legalidade e da reserva legal das matérias relativas a servidores públicos. Observe-se, ainda, que, de conformidade com o que dispõe o art. 169 da Lei Maior, a definição de direitos e vantagens de servidores públicos depende da capacidade orçamentária do Estado.

A matéria já foi examinada pelo Supremo Tribunal Federal, ao examinar a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn nº 492-DF, que trata da suspensão de dispositivos do Regime Jurídico dos Servidores Públicos da União, a Lei nº 8.112, de 1990, que facultavam ao servidor público o direito a negociação coletiva e a ajuizamento coletivo junto à Justiça do Trabalho. Naquele feito, assim se manifestou o eminente Relator, o Ministro Carlos Velloso:

“(…) a Constituição deixa expresso que a lei que disponha sobre criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração é de iniciativa do Presidente da República (CF, art. 61, § 1º, II, ‘a’), como é de iniciativa privativa do Presidente da República a lei que disponha sobre servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria de civis (CF, art. 61, § 1º, II, ‘c’). Quer dizer, a sistemática dos servidores públicos, regime jurídico, vencimentos e remuneração assentam-se na lei, mesmo porque a legalidade constitui princípio a que a Administração Pública deve obediência rigorosa (CF, art. 37).

.....

Não sendo possível, portanto, à Administração Pública transigir no que diz respeito a matéria reservada à lei, segue-se a impossibilidade de a lei assegurar ao servidor público o direito à negociação coletiva, que compreende acordo entre sindicatos de empregadores, e, de empregados, ou entre sindicatos de empregadores e empresas, e, malgrado o acordo, o direito de ajuizar o dissídio coletivo. (...)”

Nessa mesma assentada, assim falou o ilustre Ministro Celso de Mello:

“O regime jurídico dos servidores públicos da União está sujeito ao princípio da reserva absoluta de lei. Trata-se de postulado que decorre de cláusula constitucional expressa. O constituinte, ao enunciar a exigência de reserva legal, operou uma separação de matérias, selecionando e indicando aquelas – como a definição do estatuto jurídico dos agentes da Administração Federal – que, por sua natureza, só podem e devem ser tratadas e desenvolvidas por lei formal.

A aplicação desse princípio importa em submeter determinadas categorias temáticas ao domínio normativo da lei. Com esse verdadeiro dogma constitucional, proclamado, no que concerne aos servidores públicos, pela Carta Política em seu art. 37, XI, XII, XV; art. 61, § 1º, II, ‘a’ e ‘c’, e seu art. 169 e parágrafo único, *v.g.*, torna-se juridicamente impossível à Justiça do Trabalho, ao que parece, ingerir, ainda que no concreto do seu poder normativo, em esfera constitucionalmente reservada à atuação legislativa.”

Decorre do transcrito acima que a relação entre os servidores públicos e o Estado não é de natureza contratual. Conforme nos ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (1995, p. 20-21):

“Em tempos, pretendeu-se que o vínculo jurídico entre o Estado e o funcionário fosse de natureza contratual.

De início, entendido como contrato de direito público, afinal, prevaleceu o entendimento correto, que nega caráter contratual à relação e afirma-lhe natureza institucional. Isso significa que o funcionário se encontra debaixo de uma situação legal, estatutária, que não é produzida mediante um acordo de vontades, mas imposta unilateralmente pelo Estado e, por isso mesmo, suscetível de ser, a qualquer tempo, alterada por ele sem que o funcionário possa opor-se à mudança das condições de prestação de serviço, de sistema de retribuição, de direitos e vantagens, de deveres e limitações, em uma palavra, de regime jurídico.

O conteúdo do vínculo jurídico que transcorre entre o funcionário e o Estado não é determinado por via consensual. Não decorre de uma produção da vontade conjunta das partes entre as quais intercorre a relação. O ato de nomeação é unilateral e proporciona a inserção de alguém debaixo de um regime jurídico prefixado, sobre o qual a vontade do funcionário não tem força jurídica para interferir. É certo que não basta o ato de provimento para se perfazer a relação funcional. É necessária a posse, através da qual o nomeado aceita o cargo e exprime um compromisso de bem servir, a fim de que se aperfeiçoe o vínculo entre ele e o Estado. Há, efetivamente, um acordo, mas esse diz respeito, unicamente, à formação do vínculo. Cinge-se a ele. Limita-se a expressar sua concordância em inserir-se debaixo de uma situação geral e abstrata. Não atinge, nem pode atingir, o conteúdo da relação formada, pois este não se encontra à sua disposição como objeto de avença. Falta à relação de função pública aquela 'transfusão de vontades' que, na feliz expressão de Clóvis Beviláqua, caracteriza o contrato."

Cabe ainda observar que, para os Estados, Distrito Federal e Municípios, adotar o regime trabalhista para os seus servidores significa renunciar ao direito de legislar sobre a matéria, uma vez que cabe privativamente à União legislar sobre Direito do Trabalho, conforme o inciso I do art. 22 da Lei Maior. Conforme Adilson Abreu Dallari (1992, p. 48-49):

"Ainda cabe registrar um outro fortíssimo argumento em defesa do regime jurídico único estatutário, argumento esse que foi desenvolvido pelo brilhante Procurador do Município do Rio de Janeiro, Sérgio Luiz Barbosa Neves, entre os muitos outros que ele desenvolve em favor da mesma tese. Lembra ele que nem pode o Município eleger ou escolher como regime único de seu pessoal permanente o regime celetista. Se assim procedesse, o Município estaria conferindo à União a competência para fixar os direitos e deveres dos servidores municipais, perdendo completamente o controle sobre seu pessoal, inclusive no tocante a questões financeiras. São suas palavras: 'A verdade é que não pode o Município abrir mão de sua autonomia, recusando competência que lhe foi conferida pela Constituição Federal; caso contrário o princípio federativo não estaria sendo obedecido'.

O argumento desenvolvido é bem mais forte do que pode parecer. 'O federalismo não é apenas técnica de distribuição de competências, mas, também, instrumento de garantia da liberdade individual.' Essa magnífica lição ministrada pelo eminente Ministro Carlos Mário Velloso – em magistral aula proferida na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, à qual tivemos o privilégio de assistir – avaliza o raciocínio acima exposto. Assim, o princípio federativo, por ser um princípio e por ser um prin-

cípio fundamental em nossa Constituição (conforme demonstra Geraldo Ataliba em sua notável monografia sobre 'República e Constituição'), deve condicionar a interpretação das normas isoladas, inclusive das normas constitucionais. Embora na doutrina seja pacífico que a violação de um princípio constitucional é a mais grave forma de inconstitucionalidade, na prática, entre nós, por falta de formação científica, ainda vigora o preconceito no sentido de que quem invoca um princípio é porque não tem 'direito'."

Do exposto, parece-nos ser extremamente difícil admitir a possibilidade da adoção do regime contratual trabalhista para admissão de pessoal permanente nos entes de Direito Público. Certo é que, em algumas passagens, conforme enfatiza a Exposição de Motivos em questão, a Constituição, tanto na sua redação original quanto no texto introduzido pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, faz referência a emprego público, inclusive em entidades de Direito Público.

A Exposição de Motivos em tela cita os incisos I, II e XI do art. 37. Ora, os dois primeiros, referentes, respectivamente, à acessibilidade dos cargos e empregos públicos aos brasileiros e estrangeiros, na forma da lei, e à exigência de concurso público para a admissão em cargo ou emprego público, não se referem, em absoluto, necessariamente, a emprego público nas entidades de Direito Público. São destinados, especialmente, às entidades públicas de Direito Privado – as empresas públicas e sociedades de economia mista –, cujos empregados são regidos pela legislação trabalhista, por exigência do art. 173 da Lei Maior. São eles, tipicamente, os empregados públicos.

Por outro lado, o inciso XI do art. 37 da Constituição, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, efetivamente, dispõe sobre empregados públicos da Administração direta, autárquica e fundacional. Esse fato, no entanto, não é novidade na Cons-

tituição. O art. 114, ao definir a competência da Justiça do Trabalho, vai na mesma direção, ao prever que compete a ela "conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas" (grifo nosso). Entretanto, mesmo aqui, não nos parece estar a Carta Magna tratando da existência de empregados públicos permanentes no âmbito da Administração direta, autárquica e fundacional. O objetivo dos dispositivos, entendemos, é torná-los o mais abrangente possível, disciplinando inclusive sobre empregados temporários da Administração Pública. A matéria foi analisada por Adilson Abreu Dallari (1992, p. 47):

"É certo que o texto constitucional confere competência tanto à Câmara dos Deputados (art. 51, IV) quanto ao Senado Federal (art. 52, XIII) para a criação, transformação e extinção de cargos e empregos. Essa referência a empregos não impressiona, pois não se pode ignorar que atualmente esses órgãos estão abarrotados de pessoal celetista, e que as Casas do Legislativo podem criar entidades empresariais para desenvolver atividades auxiliares, como, por exemplo, serviços gráficos e de informática. É certo que o Presidente da República recebe competência privativa (art. 61, § 1º, II, 'a') para propor projetos de lei criando cargos e empregos na administração direta e autárquica, mas não se pode ignorar que (pelo princípio da homogeneidade das formas) será necessário editar leis para extinguir a quantidade superabundante de empregos existentes e que, além disso, os trabalhadores temporários cuja contratação

é prevista no art. 37, IX, deverão estar situados em algum lugar da administração e deverão ter algum regime jurídico (que já se antecipa deverá ser celetista), donde a possibilidade de criar empregos temporários.

Por último, a previsão, no art. 114, de competência da Justiça do Trabalho para a solução de conflitos envolvendo empregados da administração direta e indireta talvez até pudesse estar nas Disposições Transitórias, mas não se pode ignorar que, durante muito tempo, a administração centralizada e autárquica ainda estará repleta de remanescentes de antigos celetistas. O principal, porém, é que poderão vir a ocorrer controvérsias envolvendo o pessoal temporário (celetista), admitido pela administração direta. Isto não é uma situação transitória, mas permanente, e não briga com o regime jurídico único estatutário, para o pessoal permanente.”

Na mesma direção manifestou-se o nobre Ministro Ilmar Galvão, no julgamento da citada ADIn nº 492:

“Entendo, por igual, que o art. 114 da Constituição Federal, ao referir dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, não pretende abranger os servidores regidos pelo regime de cargos, ou estatutários, de caráter eminentemente administrativo, que não se confunde com relação jurídica de trabalho.

A menção feita aos entes da administração pública direta e indireta, no meu entendimento, cinge-se à hipótese de contratação de servidores, por tempo determinado, para execução de obras ou serviços específicos, hipótese essa que não foi afastada de todo por efeito da unificação do regime dos servidores públicos, decidida pelo legislador, desenganadamente em favor do regime estatutário.”

6. *A inconveniência administrativa e o custo da implantação do regime celetista para os servidores públicos*

Mesmo se ultrapassado o problema da constitucionalidade da instituição do regime trabalhista para os servidores das entidades de Direito Público, há sérios problemas com relação à sua conveniência e custo.

De início, ele cria sérios problemas de gestão para os órgãos e entidades públicas, quando obriga a convivência de dois regimes de conformação absolutamente diversa, levando, muitas vezes, à existência, no mesmo espaço, de servidores executando idêntica função, mas submetidos a regras totalmente diversas. Trata-se de problema vivenciado intensamente pela Administração Pública nas décadas de 70 e 80, quando havia essa convivência.

De outra parte, o estabelecimento, pelo Estado, de relações bilaterais com seus servidores pode traduzir-se em sérias restrições para a Administração. A principal delas é que a relação contratual não pode ser alterada unilateralmente, ao contrário daquela estatutária, o que impede a conformação da relação entre a Administração e seus servidores de acordo com o interesse público. Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello (1995, p. 21-22):

“Já na relação entre o funcionário e o Estado, aquele se encontra diante de um regime criado por quem, na cura da coisa pública, exerceu um poder que lhe é próprio: o de dispor sobre as condições estimadas convenientes para a boa realização do serviço público e que, no exercício de tal poder, pode promover, através de lei, as mutações que considerar úteis para a satisfação de um desiderato incluído em sua esfera de legítima decisão. As condições reputadas boas para o desempenho da função pública constituem matéria posta ao largo do poder de disposição do funcionário.

Em face do exposto, ao contrário do ocorrente quando o vínculo é con-

tratural, não se constitui em favor do funcionário direito adquirido à persistência das condições de prestação de serviço ou de direitos e deveres existentes ao tempo da formação do vínculo, isto é, vigente à época de sua investidura no cargo.

.....
Se a relação de função pública fosse contratual, as alterações supostas no exemplário jamais poderiam aplicar-se a quem já fosse funcionário quando do advento delas, pois lhe ofenderiam direitos adquiridos, dado que o contrato ter-lhe-ia assegurado um regime cuja alteração dependeria de sua aquiescência. Tratando-se, entretanto, de uma relação institucional, nenhum óbice jurídico há a que se modifiquem as normas que a disciplinam, colhendo-o, de imediato, o novo regime estabelecido.”

De outra parte, a relação trabalhista tem lógica diversa da relação administrativa, baseia-se em pressupostos distintos. Por exemplo, enquanto para a Administração Pública exige-se o princípio da legalidade, no Direito do Trabalho predomina a questão fática. Se para o Direito Administrativo o fundamental é o interesse público, no trabalho impera a defesa do hipossuficiente. Essas questões fazem com que haja grande dificuldade no julgamento de feitos trabalhistas envolvendo entes de Direito Público. Exemplos desse tipo de problema podem ser encontrados à exaustão durante o período em que vigeu o regime da Consolidação das Leis do Trabalho para a Administração direta, autárquica e fundacional. E esse fato, inclusive, tende a se agravar com a tendência de reduzir a formalidade da relação trabalhista, hoje em voga.

No que diz respeito aos custos, é importante observar que, excluída a questão previdenciária, que será tratada adiante, é indiscutível que o regime trabalhista é mais oneroso para a Administração do que o estatutário. Isso se deve não apenas aos encargos in-

cidentes sobre a folha de pagamentos, mas especialmente pelo seu caráter contratual – que, conforme dito acima, não permite que ele sofra alterações unilateralmente – e geral, nacional – que impede a sua adaptação às especificidades de cada ente federado, mesmo da União.

Aqui, vale comentar a questão relativa à propalada flexibilidade permitida pelo regime da CLT, em comparação com o estatutário. Na verdade, o que permite a flexibilidade é o regime de Direito Privado, uma vez que, independentemente do regime de seus servidores, a Administração Pública e seus agentes submetem-se, por imposição constitucional e por princípio institutivo, ao ditame da legalidade, só podendo agir de acordo com a lei, sob o risco de cometer desvio de poder. No ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello (1993, p. 51):

“Com efeito, existe entre a atividade administrativa e a lei uma relação de subordinação, isto é, ‘sub-ordenação’, ordenação inferior. Essa subordinação, não-lo diz Renato Alessi, em observação certa, apresenta-se sob duplo aspecto. De um lado, realça-se seu sentido *positivo*, querendo significar que a lei tanto pode erigir vedações à Administração, quanto impor-lhe a busca de certos fins propostos como obrigatórios; de outro lado, acen-tua-se um sentido *negativo*, ainda mais importante, qual seja: o de que a Administração não pode fazer senão o que de antemão lhe seja permitido por uma regra legal.

Essa mesma idéia foi vincada em frase lapidar por Michel Stassinopoulos, ao averbar que a Administração não apenas está proibida de agir *contra legem* ou *extra legem*, mas só pode atuar *secundum legem*. Assim também, o eminente mestre português Afonso Rodrigues Queirós proferiu as seguintes preciosas lições: ‘A atividade administrativa é uma atividade de sub-sunção dos fatos da vida real às cate-

gorias legais'. 'O Executivo é a *longa manus* do legislador', já que sua atividade unicamente há de consistir em realização efetiva do que foi disposto pelo Legislativo."

Ou seja, a flexibilidade encontrada na iniciativa privada no trato com os seus empregados não se deve à utilização de um determinado regime. Deve-se às suas características. Ao administrador privado, contrariamente ao administrador público, é facultado fazer tudo, exceto aquilo que lhe é vedado pela lei. Assim, desde que respeitada a lei e os contratos – que são lei entre as partes –, pode o empresário contratar e demitir livremente os seus empregados, fixar-lhes remuneração e alterá-la.

Não é a situação da Administração Pública, em que somente se pode fazer aquilo que é determinado pela lei, que define mesmo os limites da discricionariedade do administrador público, cujos atos, inclusive aqueles discricionários, sujeitam-se aos princípios da impessoalidade, moralidade e motivação, sendo nulos se contiverem vícios que atinjam esses princípios.

Na verdade, do ponto de vista da Administração Pública, o regime estatutário, como se viu, é o mais flexível, por ser unilateral. Isso fica evidente, por exemplo, com a edição da Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997, que alterou quase um terço dos dispositivos da Lei nº 8.112, de 1990, retirando vários de seus excessos. A Lei nº 9.527, de 1997, por exemplo, extinguiu a licença-prêmio e a conversão de um terço de férias em pecúnia e tornou mais rígida a concessão de diversas vantagens e licenças. Se o regime fosse celetista e, conseqüentemente, contratual, isso não poderia ter sido feito unilateralmente.

Conforme Celso Ribeiro Bastos, em seus "Comentários à Constituição do Brasil", escrito em co-autoria com Ives Gandra Martins (1992, t. 3, v.3, p. 95):

"Sabe-se que o regime normal de admissão no serviço público é o estatutário, é dizer, aquele em que os direitos e deveres das partes são descri-

tos em lei sem a preocupação de petrificar-se, isto é, de excluir a possibilidade de ser revisto a qualquer tempo como é próprio da atividade legislativa. Foram diversas as razões que levaram os Poderes Públicos a submeterem o seu pessoal a esse tipo de regime. Todas elas, contudo, prendem-se à natureza especial do próprio Estado quando confrontado com as empresas privadas. Dessa condição emergiam claramente duas diferenças principais: uma, a necessidade de flexibilizar o regime para poder amoldá-lo às cambiantes necessidades da vida social e do interesse coletivo; outra, a de proporcionar ao agente público uma série de garantias não extensíveis às submetidas ao regime de direito comum.

A imposição do regime estatutário quando historicamente examinado demonstra períodos de avanço e de recuo. Uma das razões da não-aplicação da prática quase plena ou integral do regime estatutário consiste, sem dúvida, na burla que os administradores acabam sempre por ceder no intuito de remover as dificuldades que a admissão pelo regime estatutário impõe."

Efetivamente, o que buscam muitas das críticas ao regime estatutário na Administração Pública é o retorno à situação anterior, de não-institucionalização da relação entre o Estado e seus servidores, quando os dirigentes tinham total autonomia para admitir, fixar remuneração, promover, ascender e até dispensar. Trata-se de procedimento que, além de ferir os princípios basilares da Administração Pública, conduz, como conduziu no passado, ao grande crescimento da despesa pública.

É preciso atentar, aqui, se se pretende, de fato, combater a existência do regime estatutário, como conceito, ou se se ataca o princípio quando o problema é o estatuto vigente. Não se pode pretender o fim do conceito

constitucional pelos eventuais defeitos da sua regulamentação. Mais ainda, sem se verificarem as conseqüências que o fim da relação estatutária poderia trazer para as finanças públicas.

Colhendo novamente do ensinamento de Adilson Abreu Dallari (1992, p. 49) em seu já citado “Regime constitucional dos servidores públicos”:

“A utilização da CLT pela administração direta e autárquica é uma aberração. Isso só ocorreu no passado em face da errônea crença de que, adotando o regime celetista, o governante (como qualquer dono de empresa privada) poderia contratar pessoal à vontade, sem limitação quanto ao número e sem necessidade de concurso público, podendo também despedir qualquer empregado, a qualquer tempo, mesmo imotivadamente, e, além disso, podendo ainda estabelecer a remuneração que lhe aprouvesse.

O grande prestígio alcançado pelo regime celetista na administração pública somente se explica pelas aberrações e inconstitucionalidades que foram cometidas em seu nome. Na verdade ele é totalmente inadequado à administração pública, até mesmo porque foi talhado para disciplinar o relacionamento entre empregados e empregadores, no setor privado da economia, visando à defesa do trabalhador. Já o regime estatutário é o que se ajusta perfeitamente ao regime jurídico administrativo, que tem como norte, sempre, a defesa do interesse público.”

Por outro lado, o fim da obrigatoriedade de regime jurídico único, permitindo a existência de regimes diferenciados, poderá provocar a existência de um sem número de regimes jurídicos privilegiando aquelas categorias e instituições com maior força política, além de dificultar o controle sobre a concessão de direitos e vantagens, reacendendo o ciclo iniciado na década de 70.

Vale observar que não se trata, aqui, de uma mera discussão em tese do que poderá vir a ocorrer. A questão foi vivida sob a égide da atual Constituição, quando o Banco Central do Brasil, apesar de se constituir numa autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda, conseguiu excluir-se do regime jurídico da Lei n° 8.112, de 1990, mantendo, além de um generoso fundo de pensão, um plano de cargos e salários próprio, aprovado e alterável por Resolução do Conselho Monetário Nacional, sem a necessidade de lei formal ou de publicação no Diário Oficial da União. Essa situação se manteve até que o Supremo Tribunal Federal determinou, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 449, a inconstitucionalidade do art. 251 da Lei n° 8.112, de 1990, que excluía a autarquia do regime jurídico aplicável, por comando constitucional, a todos os servidores federais da Administração direta, autárquica e fundacional.

7. A implantação do regime celetista na Administração Pública e a questão previdenciária

Considere-se, agora, a observação de que a implantação do regime trabalhista na Administração direta, autárquica e fundacional é necessária para o equilíbrio das contas previdenciárias. Segundo a Exposição de Motivos do projeto de lei que originou a Lei sob exame:

“(...) enquanto o trabalhador do setor privado está sujeito a teto de benefício, com base no salário de contribuição, o servidor público estatutário tem garantida a percepção, como proventos, de valores até mais elevados do que os percebidos na ativa, sem que o desconto mensal a que está sujeito guarde qualquer proporção com a vantagem posteriormente recebida. Com a alíquota de 11% de desconto previdenciário, a poupança formada pelo servidor basta apenas para assegurar-lhe 3 anos de vencimentos integrais após a jubilação, correndo o res-

tante por conta do Estado, o que supe um peso insustentável ao bolso do contribuinte.”

Há nessa afirmação diversos problemas. De início, há um sério equívoco conceitual. Os dados ali constantes somente teriam sentido se a aposentadoria dos servidores públicos fosse baseada em um regime de capitalização. Entretanto, historicamente, a aposentadoria dos servidores públicos se caracterizou como algo que, em linguagem jurídica, é denominado de *pro labore facto*, isto é, os servidores públicos têm direito a aposentadoria como uma extensão do fato de trabalharem para o serviço público e não porque contribuíram para tal. A razão disso é que, diferentemente da situação do regime geral de previdência social, em que o salário é pago por cada empregador e a aposentadoria pelo INSS, quem paga a remuneração do servidor na ativa e os seus proventos na inatividade é a mesma pessoa, isto é, o Estado. Além disso, a remuneração do servidor público não é consequência de uma negociação entre ele e a Administração, como ocorre na iniciativa privada. Ela é fixada, unilateralmente, pelo Estado, mediante Lei. Assim, cabe ao Estado, quando fixa a remuneração do servidor público, considerar não apenas aquele desembolso, mas, igualmente, o que se gastará na sua inatividade.

É certo que a atual redação do *caput* de seu art. 40 define como contributivo o regime previdenciário dos servidores públicos. Ora, trata-se de regime contributivo porque a Carta Magna assim o define, mas de um especial, cujo desenho será dado por uma leitura sistemática do Texto Supremo. Não é ele, com certeza, um regime de capitalização. A sua configuração, especificada no restante do dispositivo, não permite isso. A integralidade e a vinculação evidenciam isso.

Trata-se, aqui, sem dúvida, de um regime de repartição e de um peculiar, no qual os seus segurados participam do seu financiamento, mas cabe ao Estado garantir-lhe o financiamento remanescente. Isso ocorre porque o Estado, nesse regime, tem o poder

de estabelecer, de forma unilateral, tanto as condições de aposentadoria como o valor dos proventos, que é nada mais do que o valor da remuneração na atividade, ambos fixados por lei. Além disso, cabe também a ele dimensionar o tamanho da sua força de trabalho, na medida em que cabe ao Governo, de acordo com a conveniência e oportunidade administrativas, decidir o número de servidores que terá. Claro que são, todas essas, decisões de longo prazo, cujos resultados, na maior parte das vezes, não podem ser revertidos. Ou seja, cabe, sim, ao Estado tomar essas decisões. No entanto, tomadas, terão consequências que podem perdurar décadas e que, muitas vezes, são irreversíveis.

Isso tudo, entretanto, não elide, absolutamente, a responsabilidade do Poder Público na matéria e, como tal, a responsabilidade da sociedade e, por consequência, do contribuinte com essas decisões. Assim, qualquer desequilíbrio no regime previdenciário dos servidores públicos representa ônus para o Estado, para os contribuintes. A responsabilidade do servidor não pode ir além da participação no financiamento do regime mediante o pagamento de contribuições num nível razoável.

De toda forma, existe, sem dúvida, dentro do modelo posto pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998 – a Reforma da Previdência –, uma obrigação de participação daqueles abrangidos pelo regime no seu financiamento. E, como não se trata de um regime de capitalização, essa participação é difusa. Ou seja, cada um contribui para financiar o regime de forma corrente e não para financiar a sua própria aposentadoria. Nesse sentido, não parece absurdo que os inativos sejam chamados a contribuir, especialmente porque não perdem a qualidade de servidores quando estão aposentados. O mesmo raciocínio vale para os pensionistas, uma vez que o instituidor da pensão, permanece como um servidor *post mortem*, pelo menos para efeito de atualização do valor da pensão, que é, também, integral.

Então, aposentadoria dos servidores públicos é espécie de obrigação a ele devida pelo Estado pelo fato de ele ser servidor público e cumprir algumas exigências de tempo de serviço e idade estabelecidas na legislação que rege a matéria. Não é uma contrapartida por uma contribuição feita anteriormente.

A continuidade entre a situação de ativo e de inativo do servidor público fica clara quando se observa, por exemplo, que ele não perde a sua condição de servidor quando passa à inatividade, sendo, tão-somente, qualificado como servidor inativo. Continua ele, inclusive, sujeito às normas do serviço público, podendo, até mesmo, ter a sua aposentadoria cassada em virtude de faltas cometidas quando na atividade. Ou seja, o servidor inativo pode ser julgado pela sua condição de servidor e ser punido. Isso não teria sentido num regime puramente contributivo, no qual o fundamental, para a concessão dos benefícios, é o fato de haver ou não contribuição. Em um regime exclusivamente contributivo, a pessoa nunca poderia perder a sua aposentadoria em virtude de uma falta cometida contra o seu empregador.

Reforçando a idéia de que servidor inativo continua servidor, recentemente o Supremo Tribunal Federal decidiu que as regras de acumulação de cargos valem para os inativos, de forma idêntica ao aplicado aos ativos, e isso foi, inclusive, explicitado na Emenda Constitucional nº 20, de 1998.

Outro ponto que enfatiza essa característica é a já referida vinculação entre os vencimentos dos ativos e os proventos dos inativos. De acordo com a Constituição, o servidor inativo recebe a sua aposentadoria como se estivesse em atividade.

Vale enfatizar, ainda, que os servidores públicos nunca contribuíram para a sua aposentadoria até 1993, quando foi editada a Emenda Constitucional nº 3, que previu a existência dessa contribuição. Anteriormente, havia, quando havia, contribuição para pensão e para saúde, que eram, essas sim, consideradas de fundo contributivo e geri-

das, muitas vezes, por entidades próprias, os institutos de pensão.

A Emenda, entretanto, não promoveu qualquer alteração na forma como os servidores públicos se aposentam, ou seja, continuou não havendo qualquer relação necessária entre o valor da aposentadoria dos servidores públicos e o valor da contribuição ou a duração dela. Ou seja, apesar de haver uma contribuição dos servidores para a sua aposentadoria, não há qualquer vínculo entre as duas. A aposentadoria continuou sendo integral e vinculada à remuneração dos ativos, independentemente de quanto e por quanto tempo o servidor contribuiu.

Registre-se, inclusive, que, apesar da Emenda Constitucional nº 3, de 1993, ter previsto a contribuição dos militares, isso nunca foi regulamentado e eles não têm e nunca tiveram qualquer contribuição para aposentadoria. O que não tem impedido, em absoluto, que eles continuem passando para a reserva remunerada, quando atendem às exigências legais para tal.

Assim, a instituição da contribuição dos servidores públicos para aposentadoria não alterou, qualitativamente, a natureza de sua inativação. E, é bom frisar, nem mesmo, como se comentou anteriormente, a emenda constitucional da reforma da previdência, recentemente aprovada pelo Congresso Nacional, faz isso.

Ou seja, a aposentadoria dos servidores públicos é, em última instância, uma responsabilidade dos tesouros, ainda que haja contribuição dos servidores para isso. Assinale-se, de forma intensa, que não se está, aqui, emitindo juízo de valor sobre esse modelo, não se está dizendo que ele é bom ou ruim, adequado ou inadequado, apenas constatando-se a sua existência fática.

Dessa forma, não há nenhum sentido em dizer que a capitalização da contribuição dos servidores públicos é insuficiente para pagar a sua aposentadoria, uma vez que não há qualquer vínculo necessário entre o valor da contribuição e o da aposentadoria.

A despesa com inativos e pensionistas é, como a sua própria denominação orçamentária em nível federal já denuncia, encargo previdenciário da União, é responsabilidade, em última instância, sempre dos tesouros públicos.

Mesmo assim, vale, a título de exercício matemático, tecer alguns comentários acerca do dado constante do texto acima transcrito, segundo o qual uma contribuição da ordem de 11% seria suficiente para pagar aposentadoria integral por apenas três anos. O cálculo está, certamente, correto. Se acumularmos 11 mensalmente durante 30 anos – tempo mínimo para aposentadoria integral –, o resultado será suficiente para pagar 100 mensalmente durante 3 anos e 18 dias – considerando 13 prestações anuais, em razão da gratificação natalina. Trata-se de um cálculo matemático elementar. Entretanto, isso somente é verdade se considerarmos que, nesses 33 anos – 30 de capitalização e 3 de desembolso –, o capital acumulado não teve nenhum tipo de rendimento real. Considerando que mesmo o Direito Canônico, desde o século XIII, vem descaracterizando o juro como pecado, trata-se de hipótese de difícil aceitação.

Por exemplo, em documento publicado pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, intitulado “Alternativas de reforma da previdência social, uma proposta”, de autoria de Fábio Giambiagi, Francisco Eduardo Barreto de Oliveira e Kaizô Iwakami Beltrão, três dos principais técnicos do Poder Executivo que trabalham a matéria, utilizaram-se as hipóteses de rendimentos reais anuais de 3 e 4%. O Banco Mundial, no estudo “Brazil; social insurance and private pensions”, informa que, nos anos de 1986 a 1990, a taxa média anual de retorno real dos fundos de pensão foi de 10,9%, no Brasil; 9,34%, no Chile; 10,1%, no Reino Unido; 6,3%, na Alemanha; 13,8%, no Japão; e 6,3%, no Canadá.

Daí, se adicionarmos um juro real de 3% ao ano – estimativa extremamente conservadora como se viu – no cálculo em tela, o

que pode ser feito mediante um cálculo matemático não tão simples como o anterior, mas há muito facilitado pela invenção das planilhas eletrônicas, verificaremos que o montante capitalizado seria suficiente para pagar aposentadoria integral por 5 anos, 4 meses e 10 dias.

Entretanto, esse cálculo considera, tão somente, a existência de contribuição do servidor. Ou seja, seria um sistema de capitalização no qual não haveria qualquer contribuição do empregador. Considerando que a Lei sob análise prevê a adoção do Regime Geral de Previdência Social para os servidores públicos, é bastante razoável que se inclua no cálculo, pelo menos, contribuição da Administração idêntica àquela que ela faria para aquele regime. Essa contribuição, como se sabe, é de 20% sobre a folha de pagamentos, independentemente de teto. Assim, seria mais correto se considerarmos uma contribuição de 31% – 11 do servidor e 20 da Administração – para que a comparação fosse correta. Aqui, teríamos a possibilidade de pagar remuneração integral por 18 anos, 3 meses e 5 dias. Na hipótese de o segurado ser homem e contribuir por 35 anos, poder-se-ia pagar a aposentadoria integral por 25 anos, 10 meses e 12 dias.

Como curiosidade, registre-se que, considerando uma contribuição de 31% por 30 anos e um juro real anual de 4,9213%, poder-se-ia pagar aposentadoria integral eternamente. Para os homens, esse percentual seria de 4,2037%.

Ressalte-se, novamente, que esse cálculo é apenas um exercício matemático, inclusive abstraído de questões mais complexas que envolvem o cálculo atuarial, como a variação da remuneração ao longo do tempo, a taxa de administração e a necessidade da existência de reservas para pagamento de invalidez ou morte prematura.

No entanto, existem metodologias que nos permitem, mesmo, considerar essas variáveis. Temos outro interessante trabalho, intitulado “Alíquotas equânimes para um sistema de seguridade social”, de autoria

de dois dos técnicos responsáveis pelo documento anteriormente citado, Francisco Eduardo Barreto de Oliveira e Kaizô Iwakami Beltrão, e de Leandro Vicente Fernandes Maniero, publicado em outubro de 1997, no nº 524 da coleção “Textos para discussão” do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, que as desenvolve, demonstrando que, se a Exposição de Motivos que acompanhou o projeto de lei que deu origem à Lei nº 9.962, de 2000, é tecnicamente inconsistente, isso não pode ser, absolutamente, debitado à falta de técnicos competentes no Poder Executivo.

De acordo com esse último trabalho, um sistema previdenciário precisa reservar uma alíquota de 0,5% para fazer frente aos benefícios de auxílio doença e reclusão e de 4,82 e 4,33% para aposentadoria por invalidez, respectivamente, para taxas anuais de juros de 3 e 4%. Finalmente, estima a taxa de administração do regime em 10%. No que diz respeito à variação da remuneração, estimamos a situação de um servidor que atinge o final de sua carreira após 20 anos, com uma remuneração final 150% maior do que a inicial. Usando esses parâmetros, temos o seguinte resultado: com uma taxa de juros anual de 3%, é possível pagar aposentadoria integral para os homens por 12 anos e 7 meses e, para as mulheres, por 10 anos e 6 meses; se a taxa de juros for de 4%, esse período se estende para 18 anos para os homens e 13 anos e 8 meses para as mulheres; e finalmente, com a capitalização de juros de 5% ao ano, é possível pagar aposentadoria para os homens por mais de 30 anos e para as mulheres por quase 20 anos.

Aqui vale ressaltar que, conforme será dito adiante, a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, os servidores públicos somente podem-se aposentar aos 60 anos, se homem, e aos 55, se mulher.

Também como curiosidade, observe-se que, usando os parâmetros citados, com juros reais de 5,57% ao ano, seria possível pagar aposentadoria integral infini-

tamente para os homens e, com 6,46%, para as mulheres.

Malgrado tudo isso, é inegável, certamente, que a configuração atual do regime previdenciário dos servidores públicos faz com que ele seja extremamente custoso para os entes públicos. Entretanto, é importante registrar que a proposta de emenda constitucional da Reforma da Previdência altera enormemente esse quadro.

De um lado, ela torna muito mais rígidas as normas para a concessão de aposentadoria para os servidores públicos, estabelecendo idade mínima, como se comentou acima. Essencialmente, como regra permanente, é colocada a exigência de limite de idade para a aposentadoria voluntária. Assim, o servidor somente poderá aposentar-se após 60 anos de idade e 35 de contribuição, se homem, e 55 anos de idade e 30 de contribuição, se mulher, desde que conte com 10 anos de serviço público, sendo 5 no cargo em que se der a aposentadoria. Veda, ainda, a emenda, que o servidor receba, na inatividade, mais do que recebia na atividade. Registre-se que, apesar de a emenda dispor que o sistema previdenciário dos servidores deve seguir princípios atuariais, ela não dá elementos para tal, uma vez que não toca na vinculação entre ativos e inativos e, na forma do aprovado na Câmara dos Deputados, na integralidade.

Com o objetivo de permitir a imediata vigência das alterações, respeitando-se os direitos em processo de aquisição, foram instituídas regras de transição. Estabelece-se, aqui, a exigência de 5 anos no cargo em que se dará a aposentadoria e limite mínimo de idade, 53 anos para os homens e 48 para as mulheres, além de acréscimo no tempo de contribuição que faltar para aposentadoria, na promulgação da Emenda.

De outro lado, a proposição faculta, ainda, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituírem sistema de previdência complementar aos seus servidores. O sistema, que seria obrigatório apenas para os que ingressarem no serviço público após

a sua instituição, permitiria aos entes federados limitar a aposentadoria paga pelos tesouros ao mesmo valor do regime geral de previdência social, com complementação pelo sistema a ser criado. A matéria está nos §§ 14 a 16 acrescentados ao art. 40 da Constituição, *verbis*:

“Art. 40

§ 14. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituíam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.

§ 15. Observado o disposto no art. 202, lei complementar disporá sobre as normas gerais para a instituição de regime de previdência complementar pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para atender aos seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo.

§ 16. Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar”.

Já tramita no Congresso Nacional o projeto de lei complementar a que se refere o transcrito § 15 do art. 40 da Constituição. Trata-se do PLP n° 9, de 1999 (CD), de autoria do Poder Executivo, que “dispõe sobre as normas gerais para a instituição de regime de previdência complementar pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios”. A matéria está em Comissão Especial da Câmara dos Deputados, em que é relatada pelo Deputado Robson Tuma.

Assim, aprovada essa proposição, estarão os entes públicos habilitados a instituir um regime previdenciário para seus servidores que retire, totalmente, o custo adicional do regime estatutário para a Administração Pública. Essa observação vale mesmo no caso de servidores que transitem entre o regime geral de previdência social e o regime próprio dos servidores públicos, em razão da Lei n° 9.796, de 5 de maio de 1999, que “dispõe sobre a compensação financeira entre o regime geral de previdência social e os regimes de previdência dos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos casos de contagem recíproca de tempo de contribuição para efeito de aposentadoria, e dá outras providências”. Esse diploma legal, que, apesar de ser conhecido como “Lei Hauly”, é, efetivamente, originário de substitutivo de autoria do Senador Jefferson Péres, prevê que o regime geral de previdência social e os regimes próprios dos servidores públicos se compensarão mutuamente pelos seus segurados e servidores que transitarem entre eles, na proporção dos respectivos tempos de contribuição, até o limite dos benefícios do regime geral. Ou seja, na hipótese em comento, a compensação é total.

Trata-se de regime que, inclusive, será, ao mesmo tempo, menos custoso para os tesouros públicos e mais vantajoso para os servidores do que o Regime Geral de Previdência Social. Isso ocorre porque, como se viu, no caso daquele regime, o empregador tem, sempre, que contribuir com 20% do total da remuneração do empregado, que, no entanto, somente poderá receber benefícios até o limite do respectivo teto. No caso do regime complementar aqui tratado, o servidor receberá tudo o que ele e a Administração capitalizaram em seu nome e a contribuição do ente público será, seguramente, inferior a 20%, uma vez que, de acordo com o que estabelece o § 5° do art. 202 da Constituição, esta não poderá exceder a contribuição do segurado, que, com certeza, não atingirá aquele percentual.

Ou seja, o que se pode concluir daí é que a Exposição de Motivos que acompanhou a proposição que resultou na Lei nº 9.962, de 2000, ao afirmar que o regime celetista trará economia para os cofres públicos, está sendo, no mínimo, tão apressada e descuidada como foi aquela do PL nº 4.058, de 1989, que, conforme o trecho anteriormente transcrito, asseverava que a efetivação automática dos celetistas traria redução dos gastos públicos. Ambas cometem o mesmo erro, abstendo-se de promover uma análise mais cuidadosa das afirmativas que fazem.

8. Problemas pontuais na Lei nº 9.962, de 2000

Esgotadas essas questões mais gerais, e abstraindo-nos, novamente, do vício de inconstitucionalidade da previsão da contratação de servidores públicos pela CLT, passemos a comentar dois pontos específicos da Lei nº 9.962, de 2000, e os vetos apostos pelo Presidente da República.

Comentemos, inicialmente, o parágrafo único do art. 3º, que exclui a contratação de pessoal decorrente da autonomia prevista no § 8º do art. 37 da Constituição da obrigatoriedade dos procedimentos previstos na Lei para rescisão unilateral do contrato de trabalho pela Administração Pública; e o art. 4º, que veda a utilização de medida provisória para a criação de empregos públicos ou a transformação de cargos em empregos públicos.

Com relação ao comando contido no parágrafo único do art. 3º da Lei, vale, aqui, transcrever todo o dispositivo:

“Art. 3º O contrato de trabalho por prazo indeterminado somente será rescindido por ato unilateral da administração pública nas seguintes hipóteses:

I – prática de falta grave, dentre as enumeradas no art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT;

II – acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;

III – necessidade de redução de quadro de pessoal, por excesso de despesa, nos termos da lei complementar a que se refere o art. 169 da Constituição Federal;

IV – insuficiência de desempenho, apurada em procedimento no qual se assegurem pelo menos um recurso hierárquico dotado de efeito suspensivo, que será apreciado em trinta dias, e o prévio conhecimento dos padrões mínimos exigidos para continuidade da relação de emprego, obrigatoriamente estabelecidos de acordo com as peculiaridades das atividades exercidas.

Parágrafo único. Excluem-se da obrigatoriedade dos procedimentos previstos no *caput* as contratações de pessoal decorrentes da autonomia de gestão de que trata o § 8º do art. 37 da Constituição Federal.”

Observe-se que há uma imprecisão no parágrafo único acima transcrito. Ele exclui as contratações de pessoal decorrentes da autonomia de gestão a que se refere dos procedimentos previstos no *caput* do artigo. Ora, primeiro, o artigo não trata de contratações, mas de dispensa de pessoal. Em segundo lugar, ele somente trata de procedimentos na parte final de seu inciso IV. No restante, ele, tão-somente, lista hipóteses nas quais deve haver rescisão unilateral pela Administração do contrato de trabalho do pessoal admitido na forma da Lei.

Dessa forma, se o parágrafo único estiver referindo-se apenas à parte final do inciso IV, ele nos parece carecer de razoabilidade, uma vez que os procedimentos lá estabelecidos são mera decorrência dos princípios da publicidade e da impessoalidade.

Por outro lado, ele poderia até mesmo levar ao entendimento de que as entidades que gozam da autonomia prevista no § 8º do art. 37 da Constituição poderiam promover dispensa de pessoal sem a observância de normas mínimas que regulem a matéria. Vejamos, inicialmente, o que estabelece o

dispositivo constitucional acima referido, inserido na Carta Magna pela Emenda Constitucional n° 19, de 1998:

“Art. 37

§ 8° A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

I – o prazo de duração do contrato;

II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III – a remuneração do pessoal.”

Ora, o dispositivo trata, apenas, da possibilidade da ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira de entes públicos sob determinadas circunstâncias, não cogitando, obviamente, de excluí-los dos princípios basilares da Administração Pública. Trata-se, aqui, certamente, de buscar conciliar o princípio da eficiência, também inserido na Constituição pela Emenda Constitucional n° 19, de 1998, com os demais já existentes na *caput* do art. 37, os da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, observando, ainda, que não são apenas esses os princípios que devem nortear a Administração Pública. Explica-nos Celso Antônio Bandeira de Mello (1999, p. 54):

“O art. 37, *caput*, reportou de modo expresso à Administração Pública (direta, indireta ou ‘fundacional’) apenas cinco princípios: da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência (este último acrescentado pela EC 19/98). Fácil é ver-se, entretanto, que inúmeros outros merecem igualmente consagração constitucional: uns, por constarem expressamente na Lei Maior, conquanto não mencionados no art. 37,

caput; outros, por nele estarem abrigados logicamente, isto é, como consequências irrefragáveis dos aludidos princípios; outros, finalmente, por serem implicações evidentes do próprio Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo.”

O autor enumera, na p. 75 de sua obra acima citada, os “princípios constitucionais do Direito Administrativo brasileiro”, que, com a respectiva base constitucional, são, segundo ele, os seguintes:

1) “Princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado (fundamenta-se na própria idéia de Estado);

2) Princípio da legalidade (arts. 5°, II, 37, *caput*, e 84, IV);

3) Princípio da finalidade (radica-se nos mesmos fundamentos do princípio da legalidade);

4) Princípio da razoabilidade (estriba-se também nos dispositivos que esteiam os princípios da legalidade e da finalidade);

5) Princípio da proporcionalidade (por ser aspecto específico da razoabilidade, também se apóia nos citados fundamentos);

6) Princípio da motivação (arts. 1°, inciso II e parágrafo único, e 5°, XXIV);

7) Princípio da impessoalidade (arts. 37, *caput*, e 5°, *caput*);

8) Princípio da publicidade (arts. 37, *caput*, e 5°, XXXIII e XXXIV, ‘b’);

9) Princípio da moralidade administrativa (arts. 37, *caput*, e § 4°, 85, V, e 5°, LXXIII);

10) Princípio do devido processo legal e da ampla defesa (art. 5°, LIV e LV);

11) Princípio do controle judicial dos atos administrativos (art. 5°, XXXV);

12) Princípio da responsabilidade do Estado por atos administrativos (art. 37, § 6°);

13) Princípio da eficiência (art. 37, *caput*).”

Assim, a autonomia prevista no § 8º do art. 37 da Lei Maior não pode elidir a observância dos princípios que orientam a atuação do dirigente público, como parece-nos sugerir o parágrafo único do art. 3º da Lei nº 9.962, de 2000, o que lhe traz a pecha da inconstitucionalidade. No mínimo, trata-se de um dispositivo que padece de má técnica legislativa.

Finalmente, cabe um comentário acerca do dispositivo da Lei nº 9.962, de 2000, que determina a aplicação às leis que criam empregos públicos ou transformam cargos em empregos públicos do disposto no art. 246 da Constituição. Estabelece esse artigo, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995:

“Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995.”

A questão aqui é que não pode a lei fazer essa previsão. A disciplina do uso de medidas provisórias é matéria de foro constitucional. Assim, se se entender que as leis que criam empregos públicos estão regulamentando artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada após 1995, esse dispositivo da Lei nº 9.962, de 2000, pode ser admitido como norma declaratória. Isso é, ele não cria direito, apenas o declara. Entretanto, se se entender o contrário, o dispositivo será inconstitucional.

E, aqui, os dois entendimentos são possíveis. De um lado, a criação de empregos públicos na Administração direta, autárquica e fundacional estaria sendo feita com base no fim da unicidade do regime jurídico dos servidores públicos, feita pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998. De outro, no entanto, a previsão de lei para a criação de emprego público já está prevista no texto original da Lei Maior, em seu art. 48, X, que nunca foi alterado.

Passemos a tecer observações sobre os vetos. No concernente ao veto sobre o § 4º do art. 1º da proposição original, a questão, em nosso entendimento, não envolve maiores discussões. A inconstitucionalidade do dispositivo parece-nos evidente. Essa tese, registre-se, foi levantada por diversos Senhores Senadores e debatida durante a votação do projeto no Senado Federal; desde aquele momento, o Senhor Líder do Governo reconheceu a inconstitucionalidade e, para que não fosse preciso o retorno da matéria à Câmara dos Deputados, comprometeu-se com o veto.

Efetivamente, o que previa o dispositivo em tela era que, a critério da Administração, poderia ser aplicado o regime disciplinado pelo diploma legal aos contratados por tempo determinado para atender a necessidade de excepcional interesse público, cuja contratação tem por base o disposto no inciso IX do art. 37 da Lei Maior. Ou seja, o que se permitia, aqui, era a transformação em empregados públicos permanentes desses contratados.

Ora, o dispositivo constitucional acima referido contém previsão que visa a permitir a prestação de serviço público em situações emergenciais. Conforme explica Celso Ribeiro Bastos (1992, p. 96-97, 103), em sua obra anteriormente citada:

“Não há negar-se que o problema do servidor precário, efêmero, é, em princípio, precedente. É dizer, há certas funções a serem cumpridas pela Administração que não comportam a integração no quadro mais restrito dos funcionários públicos. Este é, sem dúvida, de uma rigidez que não tem condições de assimilar a admissão rápida e efêmera do servidor. Daí por que nossas últimas Constituições têm sempre referido circunstâncias sob as quais o regime estatutário é de ser afastado. Não há confundir-se, pois, com as deturpações acarretadas por uma prática imoral, que no passado ocasionou o inchaço do quadro de precários

que na verdade se eternizavam na função, quer por mera decorrência dos fatos, quer até mesmo por previsão constitucional que os estabilizava.

É por essa razão que a atual Constituição continua a dispor sobre o servidor temporário. Trata-se de fato de categoria imprescindível para o bom desempenho das funções administrativas.

.....
Admissão de pessoal por tempo determinado pode ter lugar tanto para fazer frente a serviços de caráter temporário, como, em circunstâncias especiais, a serviços de caráter permanente.

Serviços temporários não podem mesmo justificar, por si sós, a admissão de pessoal permanente.

Realizado o serviço, deve cessar a relação de emprego para essa finalidade constituída, porque não mais necessários os servidores contratados.

Todavia, mesmo serviços de caráter permanente podem reclamar atendimento mediante pessoal temporário. Suponha-se que alguns funcionários indispensáveis ao regular funcionamento de uma escola ou hospital público deixem abruptamente o serviço público. Será admissível contratação de pessoal por tempo determinado, com a urgência requerida, pelo prazo que se reputar estritamente necessário à realização de regular concurso público destinado ao preenchimento definitivo das vagas.

No caso, o excepcional interesse público estará presente, pois, exceção feita à contratação de pessoal temporário, nenhuma outra forma de admissão de pessoal seria compatível com a necessidade de imediata reposição do pessoal faltante.”

Destarte, conforme dito acima, somente pode haver a contratação excepcional em duas hipóteses. Primeiro, no caso de servi-

ços de caráter temporário, como, por exemplo, a realização dos censos nacionais. Aqui, não há como cogitar-se da transformação dos contratos em permanente, uma vez que são serviços temporários pela sua natureza. Fazer isso significa ou que não eram temporários ou que se estão admitindo servidores cujas funções não são necessárias, em caráter permanente. Ambas as alternativas configurariam fraude ao dispositivo constitucional que permite a contratação.

A segunda hipótese de contratação é a da admissão temporária de pessoal para a realização de serviços de caráter permanente, numa situação excepcional, na qual impõe-se um mecanismo mais ágil para essa admissão, mediante alguma forma de processo seletivo simplificado, seja pelo tipo de prova aplicado, seja por uma redução drástica de prazos para inscrição e para realização dos exames. Ora, também aqui, transformar os contratos temporários em permanentes configura grave fraude, uma vez que a justificativa para a contratação temporária foi a de não haver tempo para a realização de concurso público com todas as suas formalidades. Assim, não pode, em nenhuma hipótese, o processo seletivo emergencial transmutar-se em concurso público.

Em qualquer hipótese, há sério atentado aos princípios da igualdade e da publicidade, que justificam a existência do concurso público, uma vez que há diferenças abissais de interesse e de expectativas entre uma seleção para uma função temporária e uma para uma permanente.

Na verdade, o dispositivo em comento nada mais é do que mais uma conseqüência do longo processo que vem tendo lugar de deturpação e vulgarização do instituto da contratação temporária excepcional, regulamentada, na União, pela Lei n.º 8.745, de 9 de dezembro de 1993.

Isso fica muito claro no exame da Lei n.º 9.849, de 26 de outubro de 1999, que “altera os arts. 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 6.º, 7.º e 9.º da Lei n.º 8.745, de 9 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a contratação por tempo determinado

para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, e dá outras providências”. Esse diploma legal é o resultado de 46 reedições da Medida Provisória nº 1.368, de 21 de março de 1996, que, a cada uma delas, sofreu sucessivas alterações, sempre acrescentando novas hipóteses de contratação excepcional, muitas para atividades permanentes sem o caráter de emergência e para as quais, inclusive, dispensava-se a realização de processo seletivo, substituído pela análise de *curriculum vitae*, e ampliando o prazo dessa contratação.

A conversão daquela Medida Provisória, entretanto, não estancou o processo. Menos de dois meses depois, foi editada a Medida Provisória nº 2.006, de 14 de dezembro de 1999, que autorizou o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI a realizar contratações temporárias para nada menos do que o exercício normal de suas atividades ordinárias. Estabelece o art. 2º do diploma legal:

“Art. 2º Nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, fica o Instituto Nacional da Propriedade Industrial –INPI autorizado a efetuar contratação temporária por doze meses.

§ 1º Para os fins do disposto no *caput* deste artigo, são consideradas necessidades temporárias de excepcional interesse público as atividades relativas à implementação, ao acompanhamento, inclusive jurídico, e à avaliação de atividades, projetos e programas na área de competência do INPI.

§ 2º O quantitativo e a remuneração do pessoal contratado temporariamente serão definidos em ato conjunto do INPI e da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.”

Comente-se que, ainda na direção da vulgarização do instituto, a contratação temporária tem sido usada para o exercício das atividades de instalação das Agências Na-

cionais de Energia Elétrica (Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996), de Petróleo (Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997), de Vigilância Sanitária (Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999) e de Saúde Suplementar (Medida Provisória nº 1.928, de 25 de novembro de 1999, e suas reedições).

Vale registrar que, de acordo com dados divulgados pela Secretaria do Tesouro Nacional, existiam em novembro de 1999 10.778 contratos temporários de pessoal na Administração Pública federal. Em janeiro do mesmo ano, esse número era de 8.380. Nesse mesmo período, o quantitativo de servidores estatutários caiu de 575.461 para 567.657.

Assim, parece-nos não haver dúvida sobre a inconstitucionalidade flagrante do dispositivo vetado, que, além disso, atingia a própria moralidade pública.

O veto ao outro dispositivo, que vedava a admissão de servidores que exercem atividades exclusivas de Estado pela CLT, deve ser comentado sob suas conseqüências práticas e principiológicas.

Do ponto de vista prático, esse veto tem pouco efeito. A Lei nº 9.962, de 2000, prevê, tão-somente, que o pessoal admitido para emprego público na Administração federal direta, autárquica e fundacional terá a sua relação de emprego regida pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, cabendo a outras leis a criação desses empregos. Ou seja, o diploma legal em questão não permite a contratação imediata de servidores públicos pela CLT, que continua dependente da edição de novas leis.

Daí, as limitações que, eventualmente, constem da Lei nº 9.962, de 2000, têm, apenas, o efeito de uma sinalização sobre como a matéria será tratada nas leis que, no futuro, darão efetividade a ela. Nada impede, entretanto, que essas últimas leis disponham sobre o tema de forma diverso do tratado na primeira, podendo, inclusive, revogá-la.

Ou seja, qualquer lei posterior que criar os empregos públicos não terá, necessaria-

mente, que observar a Lei nº 9.962, de 2000, uma vez que qualquer conflito será resolvido em favor da lei nova.

Do ponto de vista principiológico, entretanto, parece-nos que o veto carrega um grave problema. Fica explícito nas razões do veto que ele teve lugar para que se possa contratar pela CLT servidores que, conforme especificado em lei, desenvolvem atividades exclusivas de Estado.

Isso não nos parece possível. Tanto doutrinariamente quanto no tocante à norma constitucional positiva. Se uma categoria é definida como responsável pelo exercício de uma atividade exclusiva de Estado, isso traduz-se na necessidade de ela ter garantias especiais para o exercício desse tipo de atividade, não podendo ser submetida a um regime jurídico que não inclui, entre as suas características, o instituto da estabilidade. Conforme Adilson Abreu Dallari, em “Regime constitucional dos servidores públicos”, p. 49:

“(...) existem funções que exigem do servidor incumbido de desenvolvê-las uma especial inerência, especiais garantias, por força da especial dose de autoridade, de autonomia e de fidelidade requeridas para o seu exercício. É o caso das funções de fiscalização, do serviço diplomático, dos Delegados de Polícia, dos membros do Ministério Público e da Magistratura. Somente o regime estatutário (que se opõe à idéia de regime contratual, como é o celetista) pode conferir a tais agentes o elevadíssimo grau de autonomia funcional indispensável para o exercício de suas elevadas funções (...)”.

Isso fica explícito na forma como a Carta Magna trata a matéria. A questão das atividades exclusivas de Estado está presente em seu art. 247, introduzido pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, *verbis*:

“Art. 247. As leis previstas no inciso III do § 1º do art. 41 e no § 7º do art. 169 estabelecerão critérios e garantias especiais para a perda do cargo

pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado.

Parágrafo único. Na hipótese de insuficiência de desempenho, a perda do cargo somente ocorrerá mediante processo administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa.”

É o seguinte o texto dos dispositivos lá referidos:

“Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

.....
III – mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

.....
Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

.....
§ 2º Decorrido o prazo estabelecido na lei complementar referida neste artigo para a adaptação aos parâmetros ali previstos, serão imediatamente suspensos todos os repasses de verbas federais ou estaduais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios que não observarem os referidos limites.

§ 3º Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no *caput*, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências:

I – redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;

II – exoneração dos servidores não estáveis.

§ 4º Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.

.....
§ 7º Lei federal disporá sobre as normas gerais a serem obedecidas na efetivação do disposto no § 4º.”

Ou seja, o que estabelece o art. 247 da Lei Maior é que não basta ao servidor que desenvolve atividades exclusivas de Estado ser estável. Ele deve ter, ainda, garantias especiais contra a possibilidade de perda de seu cargo, além da estabilidade ordinária dos demais servidores públicos. Isso impede, entendemos, que se submetam aqueles servidores a um regime jurídico que não conduz à estabilidade. Fazer isso, parece-nos, seria uma forma de burlar o texto constitucional, na medida em que deferiria ao servidor que exerce atividade exclusiva de Estado ainda menos garantias do que gozam outros servidores.

9. Conclusão

Em resumo, concluímos:

1. A implantação do regime trabalhista para as entidades de Direito Público é de difícil harmonização com as determinações constitucionais sobre a matéria, tendo em vista a incompatibilidade entre aquele e o princípio da legalidade.

2. A utilização da Consolidação das Leis do Trabalho pelos Estados, Distrito Federal e Municípios traduz-se em renúncia desses

entes a legislar acerca de sua relação com seus servidores, o que fere a intangibilidade da federação presente em nossa Carta Magna.

3. Do ponto de vista da conveniência administrativa, o regime trabalhista dificulta a gestão de pessoal na Administração Pública em vista de seu caráter contratual, que conflita com o caráter unilateral da relação do Poder Público com os seus servidores.

4. A submissão das relações de trabalho no seio das entidades de Direito Público à lógica da Justiça do Trabalho é extremamente inadequada, tendo em vista que esta última está doutrinariamente voltada para as relações privadas, não incorporando os princípios que norteiam o Direito Administrativo.

5. A relação celetista não contribuiria para ampliar a flexibilidade da Administração Pública, cuja rigidez deriva-se da sua natureza, da sua submissão aos princípios do Direito Administrativo, como a legalidade, impessoalidade e motivação, e não do regime estatutário. Pelo contrário, por ser um regime contratual, aumentaria essa rigidez.

6. O regime trabalhista, excluída a questão previdenciária, é mais custoso que o estatutário, tanto no que diz respeito aos encargos que lhe são típicos, como ao seu caráter contratual.

7. No tocante à questão previdenciária, a emenda constitucional da reforma da previdência, recém-aprovada pelo Congresso Nacional, além de mitigar as vantagens do regime estatutário em relação ao da CLT, permitiu aos entes federados a instituição de sistema de previdência complementar aos seus servidores, o que elimina, totalmente, os custos adicionais trazidos pelo regime estatutário.

8. O parágrafo único do art. 3º da Lei nº 9.962, de 2000, sugere que a autonomia prevista no § 8º do art. 37 da Lei Maior não pode elidir a observância dos princípios que orientam a atuação do dirigente público, o que lhe traz a pecha da inconstitucionalidade.

9. O art. 4º da Lei, que veda adoção de medida provisória na criação de empregos públicos, somente pode ser considerado constitucional se se tratar de norma declaratória, o que não é evidente.

Assim, em nosso entendimento, a implantação do regime da Consolidação das Leis do Trabalho para as entidades de Direito Público, prevista na Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000, além de inconstitucional, é inconveniente, inoportuna e custosa.

Bibliografia

- BANCO MUNDIAL. *Brazil: social insurance and private pensions*. Report nº 12.336-BR, jan. 1995.
- BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo : Saraiva, 1992.
- DALLARI, Adilson Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992.
- GIAMBIAGI, Fabio, OLIVEIRA, Francisco Eduardo Barreto de, BELTRÃO, Kaizô Iwakami. *Alternativas de reforma da previdência social: uma proposta*. Rio de Janeiro : BNDES, 1996.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo : Malheiros, 1999.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 1993.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime dos servidores da Administração direta e indireta*. 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1995.
- OLIVEIRA, Francisco Eduardo Barreto de, BELTRÃO, Kaizô Iwakami; MANIERO, Leandro Vicente Fernandes. *Aliquotas equânimes para um sistema de seguridade social*. Rio de Janeiro : IPEA, 1997 (Textos para Discussão, 524).
- RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Cíveis*. São Paulo : Saraiva, 1992.

