OS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS NAS CONSTITUIÇÕES FEDERAIS BRASILEIRAS

CORNÉLIO OCTÁVIO PINHEIRO PIMENTA*

1. Inclusão do tema nas Constituições Federais a partir de 1934: objetivos básicos dos constituintes; 2. Uma análise crítica das Constituições Federais na parte relativa aos funcionários públicos; 3. Sugestões a título de subsídios a uma futura assembléia constituinte; 4. Revisão da literatura existente sobre o tema.

1. *Inclusão do tema nas Constituições Federais a partir de 1934: objetivos básicos dos constituintes*

Até o advento da Constituição de 1934 as Constituições brasileiras não se ocupavam do funcionalismo público, ficando a matéria na área exclusiva do direito administrativo, que a regulamentava através de leis e decretos. Tal fato derivaria, entre outras causas, da incipiência da administração pública no Brasil Colônia, no Império e na Primeira República.

À medida, porém, que o Estado passou a promotor do desenvolvimento econômico do País, ampliaram-se consideravelmente suas funções e proliferaram inicialmente as autarquias, após as sociedades de economia mista e, finalmente, as empresas públicas e as fundações instituídas pelo poder público.

A classe dos funcionários públicos cresceu desmesuradamente e adquiriu peso político.

Diversos interesses, de certa forma conflitantes, levaram os constituintes, a partir de 1934, a dar à matéria um tratamento a nível constitucional.

Os partidos políticos, uma vez instituído o voto livre e secreto pelo Código Eleitoral de 1933, viam na administração pública a oportunidade de assegurar empregos para seus eleitores e relativamente à própria classe do funcionalismo, que se tornava numerosa, viam a necessidade de conquistar o seu voto buscando atender às suas aspirações.

O funcionalismo público, por sua vez, consciente de seu crescente peso político, congregou-se em associações e pressionou a classe política à busca de garantias contra as demissões arbitrárias e numerosas que fatalmente ocorreriam toda vez que houvesse alternância dos partidos no poder.

Acresce dizer que em face da ampliação da administração pública, que intervinha em quase todos os setores da economia nacional, aquela parcela da população que não conseguia obter empregos através do apadrinhamento político passou a pressionar o Governo e o Congresso no sentido de que os cargos públicos fossem acessíveis a todos os brasileiros através da instituição de concursos públicos.

* Pesquisador no Instituto de Direito Público e Ciência Política (INDIPO).

O Governo, por sua vez, comprometido em desenvolver economicamente o País, estabelecia metas e criava Planos de Ação, o que passou a exigir um mínimo de eficiência e de eficácia da máquina administrativa. Esse mínimo necessitava de admissões precedidas de processo seletivo.

A simples leitura dos textos constitucionais a partir de 1934 revela, claramente, que esses interesses foram todos eles, em maior ou menor escala, atendidos pelas Constituições, senão vejamos:

1. Ao funcionalismo foram asseguradas a estabilidade e a aposentadoria, sendo que, relativamente à primeira, como veremos nos próximos itens, ela ainda não atinge a todos os que se acham a serviço do Estado.

2. Aos partidos políticos assegurou-se, apesar da adoção dos concursos públicos, a possibilidade de influírem em inúmeras nomeações, não só no tocante aos chamados cargos em comissão, como relativamente aos cargos isolados (até a Constituição de 1967) e aos cargos indicados em lei (art. 97, § 1.º, da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969), os quais prescindem de concurso público.

3. Através da instituição do sistema do mérito, pelo menos no que diz respeito à admissão no serviço público, os constituintes buscaram imprimir um desempenho administrativo governamental razoável, por intermédio de pessoal qualificado (adiante veremos que, por várias razões, esse objetivo jamais foi alcançado), e também atender aos reclamos de igualdade de oportunidade de ingresso no serviço público oriundos do segmento populacional carente de proteção política.

Verifica-se, assim, que os constituintes brasileiros, a partir de 1934, inseriram nas Constituições dispositivos legais visando a atender ao funcionalismo, aos partidos políticos, ao Governo e aos defensores do concurso público (em geral, segmentos da classe média). Relativamente ao Governo, verifica-se que até o advento da Constituição de 1967 somente aos servidores do Poder Executivo e da esfera federal aplicavam-se os dispositivos constitucionais. A extensão aos funcionários públicos estaduais e municipais dependeria das Constituições Estaduais (ou leis, em seu silêncio) e das legislações dos municípios.

A extensão aos servidores do Poder Legislativo e do Poder Judiciário dos dispositivos da Constituição Federal referentes ao funcionário público só veio a ocorrer com o advento do art. 106 da Constituição de 1967 e do art. 108 da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969. Examinamos, neste capítulo, quais foram as razões que levaram à inclusão nas Constituições Federais brasileiras de uma seção ou capítulo especificamente destinado aos funcionários públicos. Estamos, agora, em condições de proceder a uma análise crítica não apenas dos textos constitucionais que trataram do assunto a partir de 1934, mas, também, de sua aplicabilidade à realidade nacional.

Em outras palavras, pretende-se examinar quais os dispositivos constitucionais que alcançaram seus objetivos e quais aqueles que permaneceram parcial ou plenamente inaplicáveis, bem como as causas desse fato.

2. *Uma análise crítica das Constituições Federais na parte relativa aos funcionários públicos*

A análise crítica será desenvolvida em três etapas. Na primeira, buscaremos examinar quais os modelos teóricos opcionais disponíveis e que possam ser ado-

tados como fonte norteadora na redação de um capítulo ou seção sobre funcionários públicos, contido em uma Constituição.

Na segunda, analisaremos as Constituições de 1934, 1946, 1967 e a Emenda Constitucional de 1969, no que diz respeito às disposições nelas contidas referentes aos funcionários públicos.

Finalmente, na terceira, iremos verificar se foram alcançados os objetivos pretendidos pelos constituintes, com a inclusão, nas Constituições Federais brasileiras a partir de 1934, de dispositivos visando assegurar direitos e conceder garantias ao funcionalismo e simultaneamente elevar a eficiência da administração pública.

Veremos, também, se os rígidos dispositivos da Constituição de 1967 e de sua emenda constitucional de 1969, visando a plena implantação do denominado "sistema do mérito", prejudicam o desenvolvimento político do País e a consolidação e o fortalecimento do sistema partidário, considerado este como a única fonte real de legitimidade e de autoridade políticas.

Encerraremos essa etapa e o item analisando a tendência centralizadora da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, no que se refere às normas sobre funcionários públicos, que abrangem os federais, os estaduais e os municipais.

2.1 Os modelos teóricos opcionais

Na redação de um capítulo ou seção, destinado a tratar das relações jurídicas entre o Estado e seus agentes administrativos — os funcionários públicos —, o legislador, consciente ou inconscientemente, forçosamente terá que inspirar-se em um modelo teórico.

Se o legislador inserir na Carta Magna dispositivos inteiramente descomprometidos com a realidade política e administrativa do País e que pretendem apenas expressar ideais, o texto terá sido inteiramente inspirado em um modelo do tipo ideal, constructo abstrato semelhante a uma utopia.

Se, ao inverso, o constituinte ambiciona fixar normas de conduta, no relacionamento Estado-funcionários públicos, adequadas à situação reinante e sem inovações de monta, o modelo teórico norteador do texto legal terá sido do tipo descritivo-prescritivo.

Finalmente, se a intenção é a de prescrever normas de relacionamento entre o poder público e os seus funcionários, já de certa forma sedimentadas pelo tempo, mas, simultaneamente, de introduzir no texto diretrizes que, de antemão, se sabe serem de difícil ou mesmo impossível aplicabilidade a curto ou médio prazo mas que expressam ideais inovadores, servindo sua inclusão no texto legal de instrumento de pressão modernizante, então o modelo teórico adotado terá sido do tipo misto.

Examinando-se os textos constitucionais que versam sobre o funcionalismo público, verifica-se que todas as Constituições brasileiras, de 1934 em diante, inspiraram-se no modelo teórico do tipo misto, eis que prescrevem normas de aplicabilidade imediata, tais como as referentes à acumulação remunerada, estabilidade, aposentadoria etc., mas também contêm dispositivos que apenas expressam ideais inovadores. Entre esses, o relativo aos cargos públicos, que seriam acessíveis a todos os brasileiros, mediante prévia aprovação em concurso público,

o que, como é notório, não teve até hoje plena aplicabilidade no serviço público brasileiro, apesar de extrema rigidez do texto da Constituição de 1967, exigindo concurso de provas ou de provas e títulos para todo e qualquer cargo efetivo, impedindo estabilidade ou efetivação a quem não prestar concurso público e estendendo essa exigência aos funcionários dos Poderes Legislativo e Judiciário e aos dos estados e municípios, Distrito Federal e territórios.

As razões que impedem a plena adoção do sistema do mérito — apesar dos rígidos dispositivos da Carta Magna de 1967 (já abrandadas, em parte, pelo § 1.º do art. 97 da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, o qual permite exceções ao princípio do concurso público, desde que estabelecidas por lei) e do otimismo de Paulo Sarazate ao afirmar que "tudo indica, já agora, que o sistema do mérito está plenamente assegurado e vitorioso em toda a linha no Brasil"[1] — serão melhor examinadas na terceira etapa deste item.

2.2 Análise crítica dos textos constitucionais

2.2.1 Tendências

O exame dos textos das Constituições Federais brasileiras, a partir da primeira a dedicar um capítulo sobre o funcionalismo público, a de 1934, até a em vigor — a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969 —, revela algumas claras tendências, que assim podem ser sintetizadas:

1. Todas elas — de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969 — preocuparam-se em valorizar o concurso público como forma de prover cargos públicos, sendo que a Constituição de 1967 foi a mais rígida ao exigir, no § 1.º do art. 95, que a nomeação para cargo público (e não apenas a primeira investidura como estabelecem todas as demais Constituições) dependerá de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, vedando quaisquer exceções.

2. Nem todas elas, porém, buscaram fortalecer o sistema político visando a assimilação de novos grupos e forças sociais através do uso das nomeações na administração pública.

As Constituições de 1934, 1937 e 1946 facilitavam as nomeações políticas para o preenchimento dos cargos públicos isolados ao estabelecerem que o provimento independia de concurso (a de 1937, embora em seu art. 38 e seguintes previsse um Poder Legislativo, com deputados eleitos pelo sufrágio indireto, nem chegou a conhecer partidos políticos, em face do permanente uso, pelo presidente da República, do poder de expedir decretos-leis, assegurado pelo art. 180; nesse sentido, as nomeações ocorridas entre 1937 e 1946 não se constituíram em fator de desenvolvimento político pela ajuda à criação e organização de partidos políticos fortes, considerados estes a única fonte real de legitimidade e de autoridade políticas em um quadro realmente democrático. Na realidade, inexistindo um Poder Legislativo independente no Estado Novo, as livres nomeações permitidas

[1] Sarazate, Paulo. *A Constituição do Brasil ao alcance de todos.* Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1967. p. 190.

pela Constituição de 1937 apenas contribuíram para fortalecer o regime de exceção).

A Constituição de 1967, de todas, foi a que menos se preocupou em facilitar a livre nomeação para o provimento de cargos públicos. Não só excluiu essa possibilidade relativamente aos cargos isolados como impediu exceções via legislação ordinária (o desprestígio do Poder Legislativo e o seu visível enfraquecimento após a Revolução de 1964 tornaram desnecessária a criação de mecanismos constitucionais que visassem a consolidar o frágil sistema partidário. Veremos porém adiante que, paradoxalmente, tal fato não serviu ao fortalecimento do sistema do mérito como forma de ingresso no serviço público).

A Constituição de 1969 (a Emenda Constitucional foi tão abrangente que, nesse sentido, pode ser denominada de Constituição), em seu art. 97, § 1.°, embora mantendo a exigência de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos para a primeira investida em cargo público, abre importante exceção ao ressalvar "os casos indicados em lei". Como é evidente, com a promulgação do Ato Institucional n.° 5, de 13 de dezembro de 1968, o regime, politicamente, tornou-se ainda mais fechado, sendo conferido ao presidente da República o poder de decretar inclusive o recesso do Congresso Nacional, que só voltaria a funcionar quando convocado pelo mesmo. Também, mediante simples decreto, aquela autoridade poderia demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade não apenas os titulares de cargo público — no sentido que tradicionalmente lhe dá o Estatuto dos Funcionários Públicos — mas igualmente empregados de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista.

A própria Emenda Constitucional n.° 1, de 1969, foi promulgada pela Junta Militar, no recesso do Poder Legislativo.

Nessas condições, a ressalva constante do § 1.° do art. 97 da Emenda Constitucional 1/69 não pode ser entendida como fator de desenvolvimento político. Ela teria sido inspirada pela necessidade de se permitir, quando e onde as circunstâncias exigissem, a livre nomeação para o preenchimento de determinados cargos públicos por pessoas de estrita confiança do regime.

Verifica-se, assim, que a tendência de nossas Constituições, relativamente ao ponto em foco, depende da época de sua promulgação: as de 1934 e de 1946, frutos de um regime democrático, contribuíram para o fortalecimento do ainda frágil sistema político-partidário brasileiro, e as de 1937, 1967 e 1969, como é evidente, não tiveram essa intenção.

3. Outra tendência, de todas as Constituições que versaram sobre o funcionalismo público, é a de se omitirem na conceituação do que seja *cargo público*. Apenas a Constituição de 1937, em seu art. 156, letra *a*, esclarecia que o quadro dos funcionários compreendia "todos os que exerçam cargos públicos criados em lei, seja qual for a forma de pagamento".

Embora fugindo à conceituação, a referida Constituição exigia a criação por lei, equivale dizer que excluía todos os cargos públicos que não houvessem surgido através de alguma lei.

Por tais motivos, o então diretor-geral do Dasp, Dr. Luiz Simões Lopes, em exposição datada de 8 de dezembro de 1938 e encaminhando o projeto do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, que veio a ser aprovado pelo Decreto-lei n.° 1.713, de 28 de outubro de 1939, esclarecia que os extranumerários não estavam incluídos nos dispositivos do Estatuto, por faltar-lhes "o ele-

mento primordial que caracteriza o funcionário, isto é, o caráter permanente do serviço".[2]

Igualmente estavam excluídos os servidores autárquicos, por não exercerem "cargo público criado em lei".

A Constituição de 1934, em seu art. 170, esclarecia que "o quadro dos funcionários públicos compreenderá todos os que exerçam cargos públicos, seja qual for a forma do pagamento". Verifica-se que, nesse sentido, era mais abrangente que a de 1937, mas o dispositivo não chegou a ser regulamentado, em face da curta duração da Carta de 1934.

Essa omissão do que seja cargo público teve profundas conseqüências.

De um lado, permitiu a livre nomeação de extranumerários, de servidores autárquicos, de serventuários da Justiça e, posteriormente, de empregados em sociedades de economia mista em que a União era detentora da maioria das ações e em empresas públicas, eis que na omissão dos textos constitucionais o assunto foi regulamentado na seguinte forma:

a) pelo Estatuto aprovado pelo Decreto-lei n.º 1.713/39;

b) pelo Estatuto aprovado pela Lei n.º 1.711/52;

c) pela Lei n.º 5.117/66;

d) pelo Decreto-lei n.º 200/67.

Quanto ao Decreto-lei n.º 1.713/39, como já vimos, excluía de seu âmbito os extranumerários, os autárquicos e os serventuários da Justiça.

A Lei n.º 1.711/52 — novo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União — em seu art. 252 estendeu o seu regime jurídico aos extranumerários, aos servidores das autarquias e aos serventuários da Justiça "no que couber".

A respeito, Contreiras de Carvalho[3] manifestava-se na seguinte forma:

"Nivelados, em direito e deveres, funcionários e extranumerários, cabe indagar, no que diz respeito ao recrutamento: devem estar uns e outros sujeitos às mesmas exigências na prestação do concurso ou da prova de habilitação, respeitada a correlação entre as carreiras e as séries funcionais? A resposta deve ser afirmativa, sob pena de estabelecer-se regimes diferentes de ingresso no serviço público para servidores que, por força de lei, passarão a ter um único regime jurídico."

E, relativamente aos autárquicos, diz que "o Estatuto deveria aplicar-se, no que diz respeito aos direitos e garantias que outorga aos funcionários em geral, com a mesma amplitude, aos servidores das autarquias, sem quebra, porém, do princípio da autonomia de que gozam essas entidades de direito público".[4]

Quanto aos serventuários da Justiça, Contreiras de Carvalho fala das dificuldades existentes em sua conceituação, suscitadoras de vários pronunciamentos

[2] *Estatuto dos Funcionários (estudos e projetos).* Rio de Janeiro, Dasp, Serviço de Documentação/Imprensa Nacional, 1940. p. 258.

[3] Contreiras de Carvalho, A. A. *Estatuto dos Funcionários Públicos interpretado.* Ed. Revista Forense, 1955. v. 2, p. 243.

[4] *Id. ibid.*, p. 246.

de nossos tribunais, e considera que a Lei n.º 1.711/52 regulou todas as relações as quais se possa aplicar sem colidir com as expressas disposições das leis de organização judiciária.[5]

Ocorre, porém, que, apesar da abalizada opinião de Contreiras de Carvalho e de outros renomados estudiosos do direito administrativo, o silêncio das Constituições Federais brasileiras quanto à conceituação de funcionário e cargo público tem permitido que inúmeras categorias de servidores públicos tenham tratamento diverso do concedido aos funcionários da administração direta da União.

Com o advento da Lei n.º 5.117, de 27 de setembro de 1966, as nomeações para cargos de provimento efetivo dos órgãos autônomos e das autarquias passaram a ser feitas somente mediante concurso público de provas ou de provas e títulos.

O Decreto-lei n.º 200/67, em seu art. 102, proibiu a nomeação em caráter interino e, relativamente à colaboração de natureza eventual à administração pública federal sob a forma de prestação de serviços, retribuída mediante recibo, determinou que tal colaboração "não caracteriza, em hipótese alguma, vínculo empregatício com o Serviço Público Civil".

Nenhum desses instrumentos legais citados, porém, deu solução à ausência de uma conceituação precisa do que sejam funcionário público e cargo público.

O Decreto-lei n.º 200/67 deu, porém, alguns passos à frente ao precisar, em seu art. 4.º, que a administração federal compreendia a administração direta e a indireta, e esta última compor-se-ia das autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, as quais seriam "vinculadas ao ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade" (§ 1.º).

E o Decreto-lei n.º 900/69, relativamente às fundações instituídas em virtude de lei federal, dispôs, no art. 3.º, que "não constituem entidades da administração indireta", mas "aplicando-se-lhes, entretanto, quando recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento da União, a supervisão ministerial de que tratam os arts. 19 e 26 do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967".

Verifica-se, assim, que as Constituições Federais e a legislação sobre os funcionários públicos, apesar de ainda fugirem à conceituação, vêm ampliando, paulatinamente, a esfera de ação do Estado, no que tange aos mesmos.

Já em 1940, o Código Penal brasileiro (Decreto-lei n.º 2.848) no art. 327, dizia que "considera-se funcionário público para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargos, emprego ou função pública" e equiparava ao funcionário público "quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal".

Verifica-se, também, que a tendência recente, a partir da Constituição de 1967, tem sido a de ampliar o conceito de cargo público sempre que se trata de estabelecer proibições ou exercer controles.

Assim é que o art. 97 da Constituição de 1967, em seu § 2.º (repetido no § 2.º, do art. 99, da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969) estende a proibição de acumular a "cargos, funções ou empregos em autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista".

Também, desde a Constituição de 1967, aos funcionários dos Poderes Legislativo e Judiciário, assim como aos dos estados, municípios, Distrito Federal e territórios, aplica-se o disposto na Seção VII — Dos funcionários públicos (art. 106 ou art. 108 e Sèção VIII da Emenda Constitucional n.º 1/69). Apenas,

[5] *Id. ibid.*, p. 247 e 248.

como a Constituição não conceitua o que sejam funcionário e cargo público, sempre haverá controvérsia acerca da extensão dos dispositivos constitucionais a um expressivo contingente de pessoal da União, estados, municípios, Distrito Federal, territórios e Poderes Legislativo e Judiciário, integrantes da administração indireta ou mesmo da direta mas admitidos como "recibados", "contratados" etc.

O vigente art. 110 da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, quando se trata de litígios judiciais decorrentes de relações de trabalho dos servidores com a União trata logo de ampliar o conceito de funcionário público, abrangendo os autárquicos e os empregados das empresas públicas federais, "qualquer que seja o seu regime jurídico", e para o fim especial de julgar os litígios perante os juízes federais e, em caso de recurso, submetê-los à apreciação do Tribunal Federal de Recursos.

Verifica-se, assim, que a União, sempre que julga de sua conveniência, amplia o conceito de funcionário e cargo público, chegando mesmo até ao pessoal das fundações que se acha sujeito à supervisão ministerial, desde que receba subvenções ou transferências à conta do orçamento da União, como já vimos. E essa supervisão, conforme dispõe o art. 26 do Decreto-lei n.º 200/67, pode chegar à indicação ou nomeação, pelo ministro, dos dirigentes das referidas fundações e à fixação das despesas de pessoal, entre outras medidas.

No que tange, porém, aos benefícios constitucionais, tais como a estabilidade, nenhuma das Constituições, desde 1934, ampliou o conceito de funcionário público a fim de assegurá-la a quem ocupasse "cargos, funções ou empregos em autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista", para usar da expressão legal contida no art. 99 da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, em vigor, e que se refere à proibição de acumulação de cargos.

Se ao servidor autárquico hoje está assegurada a estabilidade, esta não se deve aos dispositivos constitucionais, mas à legislação ordinária ou à jurisprudência de nossos Tribunais de Justiça.

Ora, se o Estado considera os servidores autárquicos, os de empresas públicas, os de sociedades de economia mista "qualquer que seja o seu regime jurídico", para usar da expressão contida no art. 110 da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, e mesmo os empregados das fundações instituídas por lei federal (em determinados casos) como seus servidores, sempre que lhe convém, nada mais justo e humano que considerá-los da mesma forma quando se tratar de colocá-los em pé de igualdade com os da administração direta para se beneficiarem de dispositivos constitucionais, tais como o da estabilidade ou, por exemplo, o que se refere aos proventos integrais de aposentadoria quando o funcionário conta 35 anos de serviço, se do sexo masculino, ou 30 anos, se do feminino (art. 102 da Emenda Constitucional n.º 1/69).

Como se sabe, os servidores das empresas públicas e das sociedades de economia mista são regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, não adquirem estabilidade e, ao se aposentarem pelo Iapas, têm seus proventos sensivelmente reduzidos, eis que esse órgão previdenciário fixa, como critério de cálculo de aposentadoria, a média de salários percebidos nos últimos 36 meses, fato que, com a perene inflação brasileira, significa, na prática, aquela sensível redução já referida.

Relativamente à questão da estabilidade, a vigente Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, em seu art. 100, considera estáveis os funcionários (que, por

BIBLIOTECA MARIO HENRIQUE SIMONSEN
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

não especificar, se tem entendido sejam apenas os da administração direta) nomeados por concurso e após dois anos de exercício.

No entanto, no seu art. 109, dispõe que lei federal, de iniciativa exclusiva do presidente da República, definirá as condições para aquisição de estabilidade, o que nos parece se conflita com o disposto no art. 100, que já define as referidas condições.

Examinadas as tendências de nossas Constituições nos três itens citados, e antes de encerrarmos esta etapa do presente item, iremos, rapidamente, tecer comentários acerca da redação dos dispositivos que se referem à acumulação de cargos e à revisão dos proventos da inatividade.

A partir de 1934, todas as nossas Constituições preocuparam-se com a proibição de acumulação de cargos públicos. A de 1934 abria exceção ao exercício cumulativo dos cargos de magistério com os técnico-científicos. A de 1937 não comportava nenhuma exceção. A de 1946 voltou a excepcionar, permitindo aos juízes o exercício do magistério "secundário e superior" e a acumulação de dois cargos de magistério ou a de um destes com outro técnico ou científico. As de 1967 e 1969, além das exceções permitidas pela de 1946, acrescentou a de dois cargos privativos de médico. Somos de parecer que o preceito constitucional, que permite o exercício pelos médicos, de dois cargos, não sendo um deles necessariamente de professor, é medida discriminatória em relação aos demais profissionais que exercem cargos técnicos ou científicos, aos quais é vedada tal acumulação.

As Constituições, se não têm a veleidade de ser perenes, devem, porém, conter somente dispositivos que resistam a um período razoável de tempo. A deficiência atual de médicos (o que, aliás, só é fato no interior do País) pode justificar a medida, mas através de lei ordinária, por ser mais facilmente revogável se as razões que a inspirarem desaparecerem. Aliás, a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, no § 3.º do art. 99 já preceitua que "lei complementar, de iniciativa exclusiva do presidente da República (o que nos parece desprestígio aos membros do Congresso Nacional), poderá estabelecer, no interesse do serviço público, outras exceções à proibição de acumular", o que torna perfeitamente desnecessária a inclusão, na Constituição, do dispositivo que beneficia somente os médicos.

Relativamente à revisão dos proventos da inatividade, embora o art. 101 da Constituição de 1967 e o art. 102 da de 1969 determinem que os proventos da aposentadoria serão integrais, nos casos que especificam, a redação do § 1.º do art. 102 da Constituição de 1969, que é uma repetição do § 2.º do art. 101 da de 1967, dá oportunidade ao Poder Executivo de só mantê-los integrais por ocasião da aposentadoria.

É que, embora determinando que os proventos da inatividade serão revistos sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade, o referido dispositivo legal não estabeleceu, como deveria, que a revisão se processasse nas mesmas bases percentuais concedidas aos funcionários em atividade.

2.2.2 Questões

Passemos, agora, a uma análise crítica menos específica, mais abrangente e em que iremos procurar responder a algumas questões que nos parecem relevantes.

1. A primeira delas seria: a inclusão, nas Constituições Federais brasileiras, a partir de 1934, de dispositivos que visavam assegurar ao funcionalismo público determinados direitos e benefícios alcançou seus objetivos?

Responderíamos que esses dispositivos constitucionais tiveram aplicação limitada por falta de uma conceituação precisa e expressa do que seria cargo público e até mesmo funcionário público.

Legiões de servidores, indiscutivelmente a serviço do Estado, não se beneficiaram do disposto nas Constituições relativamente aos funcionários públicos, como, por exemplo, do instituto da estabilidade e da aposentadoria com proventos integrais, eis que foram considerados empregados como se a serviço de empresas privadas regidos, conseqüentemente, pelos dispositivos constitucionais que asseguravam direitos a esses últimos, tais como o art. 157 da Constituição de 1946, o art. 158 da Constituição de 1957 e o vigente art. 165 da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969.

Assim, por exemplo, um servidor de uma empresa pública, indubitavelmente a serviço do Governo, jamais se beneficiará do disposto no art. 100 da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, mesmo se admitido após submeter-se a concurso, ou seja, não será estável após dois anos de exercício.

Estará sujeito ao disposto no art. 165 da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, que tem a seguinte redação:

"A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, em termos da lei, visem à melhoria de sua condição social:

XIII — estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido ou fundo de garantia equivalente."

É que, embora a empresa em que trabalhe seja "pública" ele não é considerado "funcionário público" para os fins do citado art. 100, mas "trabalhador" sujeito ao disposto no art. 165.

Embora pessoalmente achemos que os servidores a serviço do Estado, que pertençam a autarquias, sociedades de economia mista (em que o Poder Público seja majoritário), empresas públicas ou fundações instituídas pelo Poder Executivo e que dele recebam subvenções, estão agasalhados pelos dispositivos constitucionais relativos aos funcionários públicos, sendo, portanto, inconstitucionais as leis que estabelecem distinções entre eles, considerando uma parcela abrigada pelo Estatuto dos Funcionários Públicos (a vigente Lei n.º 1.711, de 28 de outubro de 1952 e legislação complementar) e a outra parcela sujeita ao regime instituído pela Consolidação das Leis do Trabalho, a verdade é que nossos Tribunais de Justiça e o Supremo Tribunal Federal ainda não se pronunciaram a favor dessa tese.

O assunto se mostra ainda mais complexo quando se atenta para a redação do vigente art. 109 da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, o qual reza:

"Lei federal, de iniciativa exclusiva do presidente da República, respeitado o disposto no art. 97 e seu § 1.º e no § 2.º do art. 108, definirá:

I — o regime jurídico dos servidores públicos da União, do Distrito Federal e dos territórios;

II — a forma e as condições de provimento dos cargos públicos; e

III — as condições para aquisição de estabilidade."

Em outras palavras, seria a elaboração de um novo Estatuto dos Funcionários Públicos, mas desde já exigindo concurso público "salvo os casos indicados em lei".

Há, a nosso ver, uma incoerência entre o disposto no art. 100, que considera estáveis, após dois anos de exercício, os funcionários nomeados por concurso, e o constante do item III do art. 109, que deixa a critério de lei especial "as condições para aquisição de estabilidade".

De qualquer forma, a realidade é que, no momento presente, todos os servidores a serviço do Estado, nas sociedades de economia mista, nas empresas públicas e nas fundações (com as restrições já mencionadas) estariam sujeitos ao tipo de "estabilidade" assegurado pelo art. 165 da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, o qual, porém, não se tem revelado satisfatório, eis que a legislação que instituiu o denominado Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) praticamente liquidou com o instituto da estabilidade para os trabalhadores das empresas privadas (e das empresas públicas também, como já vimos), ao criar a opção pela estabilidade após 10 anos de serviço ou pelo referido Fundo, nesse caso, sem o direito àquela. É que o empregado recém-admitido que exercer a opção pela estabilidade dificilmente chegará a adquiri-la, pois a empresa em que presta serviços, como a prática tem demonstrado, o dispensará antes de se aproximar dos 10 anos de casa, mesmo que leal e produtivo.

Aliás, a nosso ver, a redação do item XIII do art. 165 da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, não autoriza a opção entre a estabilidade e o FGTS, sendo inconstitucional a lei que a instituiu, senão vejamos:

Se a Constituição, em seu art. 165, *assegura* aos trabalhadores *a estabilidade*, "com indenização ao trabalhador despedido ou fundo de garantia equivalente", parece-nos claro que o complemento "entre aspas" refere-se tão-só que são despedidos antes de alcançá-la (mesmo porque não se pode despedir quem a alcance após 10 anos de exercício), os quais podem optar pela "indenização" ou pelo "fundo de garantia equivalente".

Ora, se a lei permite a opção entre o FGTS e a estabilidade, burla o art. 165 da Constituição, o qual "assegura a estabilidade". Achamos, pois, que a opção pelo FGTS apenas afasta o direito à indenização, se o trabalhador é despedido antes de adquirir a estabilidade, por ser uma vantagem "equivalente" (a dispensa dá o direito de sacar o saldo creditado no Fundo), mas não vemos, à luz do texto constitucional, como possa significar renúncia ao direito à estabilidade, permitindo à empresa dispensar empregados com mais de 10 e, às vezes, até com mais de 30 anos de serviço.

Resta, a respeito, uma explicação: por que, nesse trabalho, temo-nos alongado tanto a respeito do instituto da estabilidade?

Os adeptos da vigente situação, no que tange ao assunto em foco, argumentam que o Estado resolveu criar as sociedades de economia mista, as empresas públicas e as fundações que subvenciona como um meio de tornar a administração pública mais eficiente. Para tanto, essas organizações teriam autonomia administrativa e financeira e poderiam, inclusive, atrair pessoal altamente quali-

ficado, pagando-lhes salários compensadores ao nível do mercado de trabalho das empresas privadas.

Ainda mais: os empregados dessas organizações não estariam sujeitos ao regime estatutário, o qual, ao exigir concurso público para admissões e ao assegurar estabilidade após dois anos de exercício, criaria sérios entraves ao recrutamento dirigido às fontes de candidatos qualificados (e não amplo, com os cargos acessíveis "a todos os brasileiros" conforme dispõe o art. 97 da atual Constituição) e à dispensa, sem justa causa, dos que fossem considerados "desnecessários".

Nada mais ilusório. Comecemos pela "eficiência administrativa". Seria o valor eficiência relevante ao funcionamento da burocracia governamental brasileira?

De acordo com pesquisas efetuadas na administração pública federal do Brasil por Daland e Graham em épocas próximas, mas separadamente, tal fato ainda não ocorre. Daland via seis grupos de funções de importância realizadas pela burocracia brasileira, a saber:

a) principal instrumento de articulação de demandas;

b) quase que exclusiva agregadora de interesses através do Ministério do Planejamento;

c) responsável pelo combate à subversão e à corrupção;

d) arrecadadora de recursos financeiros no País e no exterior;

e) provedora de empregos e segurança social e um segmento substancial da classe média urbana (função clientelista);

f) implementadora da política governamental, sendo que a prioridade oficial é cada vez mais acentuada no sentido de um maior desenvolvimento econômico.

Partindo da suposição de que o aumento da eficiência na burocracia brasileira seria positivo para o alcance das metas do regime, Daland realizou entrevistas envolvendo 325 administradores de alto nível, nos anos de 1968 e 1969, e surpreendentemente verificou que "muitos são os valores de eficiência amplamente defendidos, enquanto que, praticamente, nenhum deles é implementado". E prossegue, a respeito: "É possível que os valores em relação à eficiência, que para nós são óbvios, no Brasil não o sejam, de fato, eficientes para a promoção do tipo de metas propostas pelo regime." E arremata, categórico: "Até agora, não há qualquer evidência de que a burocracia esteja se tornando mais eficiente ou mais eficaz." Assim, conclui Daland que o Governo, no Brasil, tem atingido um grau de progresso econômico realmente notável e que não se deve, entretanto, quer a altos níveis de eficiência, quer à inovação, nem a outros valores administrativos positivos.[6]

Graham, por sua vez, pesquisando no Serviço Civil Federal, verificou que a ambiência administrativa brasileira ainda tem muito de "patrimonial", em que cargos e favores são concedidos em troca de apoio político. Este sistema de "espólio" se sobreleva ao fator ideológico, no campo político, por exercer uma função relevante para o governo que o referido fator não consegue: a função

[6] Daland, Robert T. Burocracia no Brasil: atitudes de executivos civis de alto nível em relação a mudanças. *Revista de Administração Pública*, 7(4): 6, 7, 12, 26 e 30, 1973.

integrativa e unificante, única capaz de agregar interesses e grupos heterogêneos, em termos de valores em torno das metas governamentais. Embora irrelevantes ao funcionamento da burocracia, a eficiência está sempre expressa em leis, regulamentos, manuais de serviço etc., levando o sistema administrativo a um conflito de valores e a um hiato entre normas prescritivas e a realidade das práticas vigentes.[7]

Sabemos, também, que uma administração, mesmo altamente eficiente — de um ponto de vista restrito — pode, se não emperrar, pelo menos não contribuir para o desenvolvimento político de um país. Um elevado e principalmente acelerado desenvolvimento tecnológico — sem um paralelo desenvolvimento político — pode levar o sistema a drástica ruptura.

A absorção de crises e tensões, ainda que em transitório prejuízo para a eficiência administrativa, seria, então, a alternativa viável para a manutenção do regime.

Além, como já vimos, de não ser ainda a eficiência administrativa um valor relevante ao funcionamento da administração pública brasileira, a burocracia governamental, no Brasil, detém considerável poder político. Fred Riggs,[8] que se dedicou a estudar as características específicas da administração pública nos países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, nos adverte que "quando os próprios burocratas determinam os valores e objetivos públicos, quando eles estabelecem quais as normas que farão cumprir e quais as que serão desprezadas, e quando seus rendimentos pessoais variam na razão inversa da eficiência de seu trabalho, certamente terá que sofrer a eficiência administrativa. Quando os administradores não têm 'valor neutro', quando se tornam politizados — não no sentido de partidarismo, de identificação com um partido político, mas no sentido mais fundamental de ingerência pessoal na escolha de objetivos — decai a eficiência e aumenta o esbanjamento".

Cremos, assim, ter demonstrado que, enquanto perdurarem as condições de subdesenvolvimento no Brasil, impõe-se a extensão a todos os servidores do Estado do instituto da estabilidade e nos mesmos moldes do que é concedido pelo vigente art. 100 da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, aos funcionários públicos *stricto sensu*. Deixá-los desamparados, sujeitos apenas ao regime do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e à dispensa sem justa causa, tenham quantos anos sejam de serviço, significa sujeitá-los aos politizados burocratas governamentais, que não hesitarão, como não têm hesitado, em promover dispensas toda vez que desejarem abrir vagas para a admissão de seus adeptos, parentes ou amigos. Finalmente, e ao contrário do que comumente se afirma no Brasil, a estabilidade pode vir a se constituir em fator de elevação de produtividade pela identificação do empregado para com a sua empresa, como, por exemplo, ocorre no Japão, onde as organizações particulares oferecem emprego para toda a vida.

2. Os rígidos dispositivos da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, visando à plena implantação do denominado "sistema do mérito", dificultam o desenvolvimento político do País?

[7] Graham, Lawrence S. *Civil Service Reform in Brazil — principle versus practice.* Texas University, 1968. cap. 7 e 10.

[8] Riggs, Fred W. *Administração nos países em desenvolvimento — a teoria da sociedade prismática.* Rio de Janeiro, Fundação Getulio Vargas, 1968. p. 283-4.

Os expertos em administração pública comparada, após 25 anos de experiência no assunto, escreve Siffin,[9] aprenderam algumas importantes lições, e uma delas é a de que exportar técnicas que obtiveram sucesso nos países desenvolvidos para os em via de desenvolvimento costuma produzir resultados indesejados.

A verdade é que não há, nos países em desenvolvimento — caso específico do Brasil — infra-estrutura sócio-política que permita a plena implantação do sistema do mérito e, como acentua Graham,[10] "antes de se tentar excluir influências políticas, deve-se buscar desenvolver mecanismos para lidar com as necessidades dos grupos políticos".

Ora, o sistema do espólio, em determinada fase da vida de um país, pode vir a ser considerado um importante fator de desenvolvimento político, ajudando a consolidar o frágil sistema partidário existente.

Como ensina Huntington,[11] "um sistema partidário forte proporciona, assim, as organizações e os procedimentos institucionalizados para a assimilação de novos grupos no sistema. O desenvolvimento dessas instituições partidárias é o pré-requisito para a estabilidade política nos países em modernização".

E, mais adiante, arremata que "a condição essencial da estabilidade política é um sistema partidário capaz de assimilar as novas forças sociais produzidas através da modernização".[12]

Ocorre que, no Brasil, a assimilação de novas forças sociais e o fortalecimento dos partidos políticos — fatores cruciais ao desenvolvimento político da Nação — dependem, em grande parte, da eficiente realização da função clientelística por parte da administração pública brasileira.

Essa função, bem ou mal, vinha sendo executada no Brasil, especialmente sob a égide da Constituição de 1946, que, embora exigindo concurso público, permite a livre nomeação para os cargos isolados, a existência de interinos, de "extranumerários contratados" etc.

A Constituição de 1967, ao levar a extremos a valorização do sistema do mérito, apenas refletiu uma fase da vida brasileira em que o Poder Legislativo e os partidos políticos desceram a níveis de extrema fragilidade.

Ocorreu, porém, um fato interessante: o fortalecimento do sistema do mérito só ocorreu na letra da Constituição, jamais alcançando a prática administrativa.

Não que tenha ocorrido desenvolvimento político através do uso do sistema do espólio como instrumento de assimilação de novos grupos sociais e de fortalecimento político-partidário. O que na realidade veio a ocorrer foi o uso indiscriminado da administração pública como meio de prover emprego a parentes, amigos e adeptos da elite burocrático-militar instalada no poder.

A função clientelística continuou, assim, a ser exercida mesmo após a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, mesmo porque a seiva que a alimenta é o profundo contraste entre a acelerada modernização do País que, assim, produz novas forças sociais e a sua lenta assimilação pelo regime.

Ocorre apenas que sem necessidade de obter o apoio de consideráveis segmentos da sociedade brasileira, por se tratar de um sistema politicamente fechado, o movimento de 1964 não utilizou a função clientelística para expandir o desen-

[9] Siffin, William J. *Two decades of public administration in developing countries.* Bloomington, Ind., International Development Research Center, 1974.
[10] Grahan, Lawrence S. op. cit. p. 163.
[11] Huntington, Samuel P. *A Ordem política nas sociedades em mudança.* Forense/Universitária/USP, 1975. p. 419.
[12] Id. ibid. p. 427.

volvimento político do País, mas tão-só para proporcionar empregos a um grupo de pessoas oriundas de um reduzido segmento da sociedade, deixando à margem um considerável número de forças sociais somente passíveis de absorção em um regime aberto, pluralista e democrático.

E como foi isto possível se a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, impediam a livre nomeação para cargos de provimento efetivo, exigindo concurso público de provas ou de provas e títulos (salvo os casos indicados em lei, conforme dispõe o art. 97, § 1.º da Emenda Constitucional n.º 1/69, que já se constituiu em quebra da rigidez do texto da Constituição de 1967)?

É que, conforme já vimos, os conceitos de cargo público e de funcionário público não foram estabelecidos por nenhuma Constituição no Brasil e, assim, os cargos e os servidores das sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações instituídas pelo poder público e por ele subvencionadas permaneceram à margem dos efeitos dos concursos públicos obrigatórios, permitindo a livre nomeação sempre que considerada conveniente aos interesses do regime.

Acresce dizer que mesmo na administração direta e nas autarquias ainda proliferam os "novos extranumerários", agora conhecidos como "recibados", admitidos à margem do texto constitucional. Cremos, assim, estar agora em condições de responder à indagação n.º 2.

Sim, dificultam, porque a função clientelística, nesse período de nossa vida constitucional, não vem sendo exercida de forma a contribuir para o desenvolvimento político do País.

Antes de encerrarmos esse tema — sistema do mérito *versus* sistema do espólio — queremos deixar bem claro que, em tese, somos adeptos do primeiro e condenamos o segundo, mas compreendemos que necessidades conjunturais podem torná-lo, provisoriamente, indispensável. Para o momento da vida nacional que ora atravessamos — o da transição para um regime pluralista e democrático-liberal — o desenvolvimento político é crucial e altamente prioritário.

O desenvolvimento administrativo prematuro — e o sistema do mérito é um dos seus pré-requisitos essenciais — viria apenas fortalecer o Estado patrimonial em que, em certo grau, ainda vivemos, tornando-o mais "eficiente".

O desenvolvimento político é a única forma de se superar formas e ações patrimonais de domínio pelas próprias de um Estado de direito, racional e adulto.

Torna-se necessário, porém, o uso dosado e criterioso do sistema do espólio, sem o que, além de a eficiência administrativa descer a níveis intoleráveis, o próprio objetivo de se fortalecer o frágil sistema político-partidário do País e de se assimilar as forças sociais emergentes da rápida modernização industrial do País não seria alcançado, desvirtuado por uma "politicagem" desenfreada.

No item 3, que versa sobre sugestões que pretendemos formular para uma futura e esperada reforma constitucional de base, visando o restabelecimento do Estado de direito, abordaremos, entre outros temas, o dos limites e cautelas no emprego do sistema do espólio como fator de desenvolvimento político do País.

Como é evidente, porém, e convém desde logo ressaltar, o seu uso, mesmo de uma forma inteligente, moderada e cercada de cuidados, não exclui o emprego de outros meios visando o mesmo objetivo, mesmo porque, antes de se poder utilizar das nomeações para o serviço público, torna-se indispensável criar empregos em quantidade suficiente para proporcionar a absorção de tantos que chegam, anualmente, ao mercado de trabalho.

E tais empregos não devem ser criados artificialmente, sob pena de provocar um recrudescimento inflacionário prejudicial à economia do País. Eles devem

surgir pela elevação geral da produtividade empresarial geradora de maiores lucros que, reinvestidos na expansão industrial, possibilite a criação de novos empregos no setor privado da economia e também, no setor público, pelo maior volume de impostos e tributos arrecadados e pela necessidade de mais serviços a prestar.

2.3 Crítica final

Encerrando esse item, manifestamo-nos, ainda, contra a tendência altamente centralizadora, tanto da Carta Constitucional de 1967 como da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, no que tange às normas sobre os funcionários públicos. Apesar da existência de Constituições Estaduais, a Constituição Federal estende os seus dispositivos aos funcionários dos estados e municípios brasileiros e de maneira uniforme.

Essa medida, a nosso ver, atenta contra os princípios federativos do Estado brasileiro, retirando a autonomia dos estados-membros e dos municípios e impedindo-os de legislar sobre os seus servidores. Mas, sobretudo, impede que se atenda às agudas disparidades existentes entre alguns estados e municípios ricos e administrativamente mais modernos e outros ainda incapazes de assimilarem as normas que a Constituição Federal impuser aos seus servidores públicos.

Dessa forma, damos por encerrada a análise crítica das Constituições Federais, na parte relativa aos funcionários públicos.

3. *Sugestões a título de subsídios a uma futura assembléia constituinte*

Este será um item breve. Nele procuraremos dar um sentido construtivo às críticas formuladas no item anterior, através da apresentação de algumas sugestões de alterações no que, sobre funcionários públicos, dispõe o texto constitucional atualmente em vigor, a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969.

Essas sugestões visam atender interesses do funcionalismo, do Governo, dos partidos políticos e da população em geral. São eles, por vezes, conflitantes, ocasião em que se buscará uma solução equilibrada que atenda parcialmente a todos os interesses em jogo.

As reivindicações do funcionalismo, que nos parecem mais prioritárias e justas, são as referentes à estabilidade e à aposentadoria por tempo de serviço com vencimentos realmente integrais.

Para atendê-las, o texto constitucional deverá estender o instituto da estabilidade a todos os servidores públicos federais, quer da administração direta, quer da indireta, inclusive no que diz respeito ao pessoal das fundações, desde que, instituídas pelo poder público, recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento da União.

Como, porém, não se pretende sugerir que o sistema de concurso público também se estenda às empresas públicas, sociedades de economia mista (em que o Governo seja obrigatoriamente majoritário) e fundações (já referidas), a estabilidade do pessoal a serviço dessas organizações seria fixada em cinco anos de exercício.

Na verdade, a instituição do concurso público de uma forma genérica não atenderia aos interesses do Governo e nem sequer do sistema político-partidário.

Quanto ao primeiro, porque o recrutamento e a seleção são muito mais eficientes na medida em que utilizam baterias de testes científicos, compreendendo entrevistas, psicotécnicos etc., e limitam a fonte de recrutamento aos locais onde maior é a probabilidade de se encontrar os candidatos mais competentes, o que não ocorre, como é óbvio, no concurso público, aberto à população de modo geral. Quanto ao segundo, porque impediria, radicalmente, o uso da livre nomeação em todos os cargos e em todas as organizações a serviço do Governo.

Sugere-se, também, que tanto o 13.º salário como o fundo de garantia por tempo de serviço, o FGTS, sejam estendidos aos servidores sob regime estatutário, da administração direta e das autarquias, pois não seria justo que se estendesse a estabilidade a todos e não se fizesse o mesmo relativamente às vantagens ora restritas aos servidores regidos pela CLT.

Relativamente à aposentadoria por tempo de serviço, sugere-se que ela deva assegurar aos inativos proventos sempre iguais aos que permanecem na ativa.

Tal medida, porém, especialmente para os que contribuem para o Iapas, só será possível se o texto constitucional determinar que a União suplemente, com seus recursos financeiros, a diferença que houver entre os proventos de aposentadorias concedidas pelo Iapas e a remuneração paga aos servidores da ativa que exercem funções semelhantes.

Essa suplementação pode vir a ser desnecessária relativamente a certas empresas governamentais de grande porte, como a Petrobrás, a Rede Ferroviária Federal, o Banco do Brasil etc., as quais têm essa diferença paga através de seus sistemas fechados de seguridade social.

Será, entretanto, imprescindível em relação às empresas e fundações de menor porte, as quais não comportam a criação de sistemas fechados de seguridade social, seja por falta de recursos financeiros, seja por insuficiente quantitativo de pessoal, o que, tecnicamente, impossibilita sua implantação.

O que nos parece mais complexo é sugerir uma fórmula constitucional que, relativamente às condições de ingresso no serviço público, atenda, ao mesmo tempo, as legítimas aspirações de eficiência administrativa, as não menos relevantes necessidades de fortalecimento do ainda frágil sistema político-partidário do País e, finalmente, assegure à expressiva parcela da população a oportunidade de ingressar no serviço público através da instituição do concurso. São interesses de certa forma conflitantes, eis que se a eficiência administrativa melhor seria alcançada mediante o uso das modernas técnicas de recrutamento e seleção de pessoal, restritas a reduzidas fontes elitistas de candidatos, a consolidação e o desenvolvimento das instituições políticas brasileiras pediria que as admissões atendessem às necessidades dos grupos políticos, e o segmento populacional desprovido de suporte político esperaria que todos os cargos fossem preenchidos por concurso público, aberto a todos os interessados.

A solução estará na busca de uma fórmula que não exclua nenhum dos interesses em jogo, embora, como é óbvio, não tenha como atender completamente a nenhum deles.

Assim, sugere-se que:

1. As admissões nas sociedades de economia mista, em que o Poder Executivo detenha o controle acionário, nas empresas públicas e nas fundações instituídas por lei federal, de que trata o Decreto-lei n.º 900/69, continuariam excluídas da prévia necessidade de aprovação em concurso público, o qual se restringiria aos cargos da administração pública direta e das autarquias.

O preenchimento dos cargos de provimento efetivo naquelas organizações se faria, então, ou por meio de bateria de testes científicos de seleção ou pelo critério da livre nomeação, reservando-se o uso do primeiro relativamente aos cargos considerados "chaves", imprescindíveis ao eficiente desempenho da organização.

2. O preenchimento dos cargos em comissão e das funções gratificadas continuariam a obedecer a critérios políticos, sendo de livre nomeação. A Constituição poderia delegar a lei especial a indicação de cargos de provimento efetivo, da administração direta e das autarquias cujo desempenho de seus eventuais ocupantes não necessitaria alcançar elevado grau de eficiência, sob pena de se comprometer a consecução dos objetivos governamentais e, relativamente a tais cargos, permitir o seu provimento pelo critério da livre nomeação.

Esse critério, cuja aplicação, do ponto de vista legal, já é possível hoje nas organizações mencionadas anteriormente, se constituiria em importante fator de desenvolvimento político, fortalecendo os partidos políticos, que se constituiriam em um mecanismo institucional assimilador de novos grupos e forças sociais.

Sugere-se, também, como já analisado no item anterior, que se exclua do texto constitucional a permissão de acumulação de dois cargos privativos de médicos, ficando o assunto para ser regulado por lei especial.

Quanto à questão, muito debatida neste trabalho, da conceituação de cargo e funcionário público, cremos ter dado solução prática à mesma, ao igualarmos todos os servidores a serviço do Estado, no que tange à estabilidade, aos proventos como aposentados, ao 13.º salário e ao FGTS.

Relativamente ao disposto no art. 108 da vigente Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, que determina a aplicação da seção relativa aos funcionários públicos aos servidores "dos três Poderes da União e aos funcionários, em geral, dos estados, do Distrito Federal, dos territórios e dos municípios", somos de parecer que essa medida atenta contra os princípios federativos da República brasileira, retirando, por completo, nessa questão, a autonomia dos estados-membros e dos municípios.

Ainda mais: com sua rigidez, impede que se dê tratamento desigual a situações diversas, igualando, erroneamente, estados mais desenvolvidos com estados menos desenvolvidos do País, e municípios-metrópoles com pequenos e pobres municípios do interior do Brasil. Desprezam-se os valores regionais e locais, impondo-se uma absurda centralização administrativa, pelo que se sugere que se deixe às Constituições Estaduais o poder de dispor sobre os seus funcionários públicos. Finalmente, e relativamente ao disposto nos atuais arts. 109 e 110 da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, sugerem-se algumas alterações de redação.

A lei federal que venha a definir o regime jurídico de todos os servidores públicos da União, do Distrito Federal e dos territórios não necessita ser "de iniciativa exclusiva do presidente da República". Nada impede, a nosso ver, seja oriunda do Poder Legislativo. O importante, no caso, é dar um tratamento igualitário aos que estão a serviço do Estado, pouco importando pertençam à administração direta ou indireta. O sistema atual, em que parte dos servidores se rege pelo Estatuto e parte pela Consolidação das Leis do Trabalho, não nos parece conveniente.

Relativamente aos litígios de relações de trabalho dos servidores com a União (art. 110), não se justifica a exclusão das sociedades de economia mista e fundações criadas e mantidas pela União. Se os servidores da autarquia e das em-

presas públicas federais têm seus litígios julgados perante juízes federais, também os daqueles outros servidores da União devem ter o mesmo tratamento.

Damos, assim, por encerrado este trabalho, que procurou examinar o tema não exclusivamente do ponto de vista jurídico, mas também levando em consideração as contribuições da ciência administrativa e da ciência política.

Uma palavra final de advertência: que não fique a idéia de que de alguma forma pretendeu-se negar o valor do mérito como forma de ingresso no serviço público. Embora conscientes de que, por vários motivos, entre os quais o da deficiência de nutrição nos primeiros anos de vida e o da falta de oportunidades escolares, alguns segmentos populacionais dificilmente obteriam emprego se tivessem de se submeter a testes ou concursos competitivos, também conscientes estamos de que o eventual caráter "elitista" da administração de pessoal se justificaria, do ponto de vista democrático, pela maior eficiência com que a administração pública alcançaria seus objetivos.

Se tais objetivos são determinados pelo poder político e se esse poder emana do povo mediante eleições democráticas, a administração pública, embora "elitista" em seu recrutamento e seleção de pessoal, seria altamente democrática na eficiência com que se colocaria a serviço do povo.

Como, porém, já se disse, e aqui se repete, o sistema da livre nomeação pode vir a se constituir em uma necessidade conjuntural.

Atravessamos uma quadra de nossa vida republicana em que o desenvolvimento político brasileiro parece-nos crucial e altamente prioritário, e o fortalecimento do Poder Legislativo, indispensável àquele desenvolvimento, não ocorrerá sem que as necessidades do povo sejam atendidas, através de seus representantes, a classe política. E, entre essas aspirações, sobressai, nos dias de hoje, a do emprego, especialmente quando a demanda supera, de muito, a oferta, gerando o desemprego.

O sistema do mérito, em sua plenitude, terá aplicabilidade somente quando o quadro se inverter: a oferta superar a demanda de empregos. Nessas condições, o sistema de clientela em nada mais contribuirá para o desenvolvimento político, e o sistema do mérito se constituirá nos alicerces do desenvolvimento administrativo.

4. *Revisão da literatura existente sobre o tema*

A respeito do tema, ou seja, de sua inclusão nas Constituições Federais brasileiras, o que só veio a ocorrer a partir da Constituição de 1934, foram consultados os seguintes autores e respectivas obras:

1. Cavalcanti, Themístocles Brandão. *A Constituição Federal comentada.* José Konfino, 1949.

2. ————. Manual da Constituição. 3. ed. atualizada. Rio de Janeiro, Zahar, 1977.

3. ———— et alii. *Estudos sobre a Constituição de 1967 e sua emenda n.º 1.* Rio de Janeiro, Fundação Getulio Vargas, 1977.

4. Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1967.* Ed. Revista dos Tribunais, 1967.

5. Franco, Afonso Arinos de Melo. *Curso de direito constitucional brasileiro.* Rio de Janeiro, Forense, 1960.

6. Sarazate, Paulo. *A Constituição do Brasil ao alcance de todos.* Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1967.

7. Jacques, Paulino. *A Constituição explicada.* 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1970.

8. ————. *Curso de direito constitucional.* 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1958.

9. Contreiras de Carvalho, A. A. *Estatuto dos Funcionários Públicos interpretado.* Ed. Revista Forense, 1955.

10. Santos, Waldyr dos. *O Servidor público no direito constitucional e no direito administrativo.* Dasp, Serviço de Documentação, 1967.

Passaremos, agora, a examinar a contribuição de cada um dos autores consultados relativamente ao tema em foco.

a) Themístocles Brandão Cavalcanti, às páginas 130-1 de seu livro *A Constituição Federal comentada,* referindo-se à Constituição Federal de 1946, considerou impróprio o título do capítulo — Dos funcionários públicos — por achar que a terminologia então em vigor restringia o conceito de funcionário público e, assim, ao intitular dessa forma o capítulo, a Constituição dava a impressão de que só tratava dessa espécie de servidores, quando, na realidade, abrangia também outras categorias de servidores. Além de que ao falar apenas dos cargos públicos acabava por deixar também de se referir às demais funções públicas, em face da impropriedade do termo.

Finalmente, o autor considera que ao estabelecer certos requisitos de acesso aos cargos, com restrições relativas a exigências físicas e sexo, a Constituição se opunha ao princípio da igualdade.

Em sua obra *Manual da Constituição,* Themístocles Brandão Cavalcanti defende o sistema do mérito, que seria uma forma de se combater os "processos oblíquos de admissão e contratação nos serviços autárquicos".

b) finalmente, no livro *Estudos sobre a Constituição de 1967 e sua Emenda n.º 1,* o insigne jurista entregou a Armando de Oliveira Marinho a tarefa de redigir o capítulo 6, intitulado O funcionalismo público e a Constituição de 1969, que considera que a referida Constituição restaurou plenamente o sistema do mérito para o ingresso e promoção nos diversos quadros funcionais, além de conter os gastos com a política salarial, ao fixar tetos de despesa para tal fim. Teria a Constituição, também, para o autor, limitado a competência do legislador ordinário com o objetivo de minimizar as pressões das organizações políticas, além de que assegurava garantias pessoais ao funcionalismo, com reflexos na produtividade.

Acredita ainda o autor que o concurso público de provas seria a aplicação do princípio democrático da igualdade de oportunidades para o ingresso no serviço público.

Considera a vitaliciedade um conceito "defasado", embora constante do art. 98, com as restrições do art. 103.

Ao comentar o art. 106, que estuda os princípios e diretrizes relativos aos funcionários públicos, aos servidores dos estados e municípios, considera que a medida refletiria a tendência centralizadora do Estado moderno. Relativamente à disponibilidade — art. 100 —, Armando de Oliveira Marinho critica a Emenda Constitucional n.º 1/69 que contempla os disponíveis com vencimentos apenas proporcionais ao seu tempo de serviço, penalizando-os.

Finalmente, o articulista manifesta-se contra o disposto no art. 110, que determina sejam os conflitos entre os funcionários públicos, mesmo os regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, dirimidos apenas pela Justiça Federal, preferindo, quanto a estes últimos, que a competência judicante seja da Justiça do Trabalho.

c) Pontes de Miranda, em *Comentários à Constituição de 1967*, tece, predominantemente, comentários teóricos discorrendo sobre a distinção entre serviço público e serviço ao público e expondo as diversas teorias existentes relativamente à relação jurídica entre o funcionário público e o Estado, que considera deva ser caracterizada pela sua natureza institucional.

O autor vê os dispositivos constitucionais existentes a partir de 1934, e que tratam do funcionalismo público nas Constituições brasileiras, como uma evolução do Estado de direito, o qual busca criar obstáculos jurídicos ao arbítrio dos governantes. Relativamente ao instituto da promoção, Pontes de Miranda cita o art. 148 da Constituição do Estado do Piauí, o qual, buscando assegurar ao funcionário público daquele estado o direito a ser promovido, determina que a não-promoção durante um decênio dará ao servidor o acesso ao padrão imediato independentemente da existência de vaga.

d) Afonso Arinos de Melo Franco, em seu livro *Curso de direito constitucional brasileiro*, embora não tratando especificamente do funcionalismo público, pois efetua uma análise jurídico-política abrangente, relativamente à formação constitucional do Brasil, lança luzes sobre o tema ao tecer comentários sobre a Constituição de 1934 e o advento do Estado Novo.

Assim é que fala no "sentido social do direito" e nas emendas suicidas de 18.12.1935, entre as quais a da supressão das garantias dos servidores públicos.

Com o Estado Novo suprime-se, temporariamente, a revolução liberal-democrática iniciada em 5 de julho de 1922 e vitoriosa a 24 de outubro de 1930.

Esclarece ainda Afonso Arinos que o Brasil, como de resto a América Latina e a França, situa-se entre os países que, ao invés da Constituição histórica, voltada predominantemente para a solução de problemas concretos, preferiram adotar a Constituição teórica calcada preferencialmente em princípios gerais e abstratos.

e) A. A. Contreiras de Carvalho, embora não seja um constitucionalista, tem o seu livro *Estatuto dos Funcionários Públicos interpretado* incluído nesse trabalho pelo simples fato de tecer comentários sobre o conceito de *funcionário público* e de cargo público, os quais considera terem perdido em amplitude em face da redação do art. 2.º da Lei n.º 1.711, de 28 de outubro de 1952, que aprovou o Estatuto vigente.

Na verdade, o tema é relevante, já que nenhuma das Constituições que incluiu capítulo ou seção sobre os funcionários públicos chega a conceituá-los ou a esclarecer o que entende por cargo público. No silêncio das cartas constitucionais de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969, o assunto foi entregue ao Estatuto dos Funcionários Públicos da União.

Tanto o Estatuto aprovado pelo Decreto-lei n.º 1.713, de 28 de outubro de 1939, como o aprovado pela Lei n.º 1.711, de 28 de outubro de 1952, esse ainda vigente, oferecem a mesma conceituação restritiva, quer relativamente ao que se entende por funcionário público, quer no que se refere ao conceito de cargo público.

Esse ponto nos parece importante, eis que o regime de garantias ao funcionalismo público, no dizer de Contreiras de Carvalho, "representa um traço marcante do direito moderno, repele a demissão sumária do funcionário do Estado".[13] E esse regime de garantias abrangeria maior ou menor número de pessoas a serviço do Estado, dependendo da maior ou menor amplitude que a conceituação de funcionário e de cargo público receberem dos constituintes ou dos legisladores. Este assunto é abordado no item 2 deste trabalho.

f) Waldyr dos Santos, em *O Servidor público no direito constitucional e no direito administrativo,* transcreve o art. 327 do Código Penal brasileiro (Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940), o qual, para fins penais, amplia o conceito de funcionário público, inclusive abrangendo quem "embora transitoriamente ou sem remuneração exerce cargo, emprego ou função pública", e equiparando ao funcionário público "quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal". O autor examina, também, o Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, que, em seu art. 5.º, estabeleceu o regime de Consolidação das Leis do Trabalho para o pessoal das empresas públicas, sociedades de economia mista e autarquias (nessas só relativamente aos que trabalham nos serviços industriais).

g) Paulo Sarazate, em sua obra *A Constituição do Brasil ao alcance de todos,* dedica bastante atenção à seção VII — Dos funcionários públicos — da Constituição de 1967.

Entre as novidades da referida Constituição, diz ele, está a de "não permitir distorções no chamado sistema do mérito, graças à prescrição do concurso, quase sem exceções, para o ingresso no serviço público civil".

Mas adiante adverte que a Constituição de 1967 "levou a extremos a valorização do sistema do mérito".

E à página 150, talvez precipitadamente, afirma o autor que "o sistema do mérito está plenamente assegurado e vitorioso em toda a linha no Brasil".

Baseia-se especialmente na extensão aos estados e municípios, ao Senado e Câmaras Federais, Estaduais e Municipais e aos Tribunais de Justiça Federais e Estaduais, da proibição de admissão de servidores sem a prestação de concurso público de provas ou de provas e títulos.

h) Paulino Jacques, em seu livro *A Constituição explicada,* pouco acrescenta, em termos de comentários, ao já dito pelos demais autores examinados.

Rebela-se, porém, com a queda da vitaliciedade atribuída aos professores catedráticos até o advento da Constituição de 1967 e que considera deveria "ter sido mantida *in perpetuum,* porque é um dos fundamentos da independência científica ou tecnológica dos mestres, que precisam precatar-se das ingerências político-ideológicas dominantes, desnaturadoras, quase sempre, da verdadeira ciência e da legítima técnica, que pairam acima dos interesses político-partidários dominantes".

[13] Contreiras de Carvalho, A. A. *Estatuto dos Funcionários Públicos interpretado.* Ed. Revista Forense, 1955. p. 231.