O PROBLEMA DA CLASSIFICAÇÃO DOS CARGOS PÚBLICOS

HOMERO FREIRE

SUMÁRIO: — *Cargos de carreira e cargos isolados. Distinção e regime jurídico. Normas legais e situação de fato. Lei e regulamento. Conclusão.*

I — No sistema da lei brasileira, os cargos públicos obedecem à dicotomia : cargos de carreira, cargos isolados. Era o que dispunham os vários estatutos elaborados na vigência da Carta de 1937, como se vê do art. 4.º do decreto-lei do Estado de Pernambuco, 792, de 28 - 10 - 42, *in verbis* : "Os cargos são de carreira e isolados" ;

É o que dispõe, atualmente, o estatuto dos funcionários públicos civis da União, consubstanciado na lei n.º 1.711, de 28 de outubro de 1952, nestes têrmos: "'Os cargos são considerados de carreira ou isolados" (art. 5.º).

O que se poderia acrescentar é que os cargos isolados se subdividem em *efetivos* e em *comissão*, como ressai do art. 12, incisos II e III, e art. 72 da lei acima referida. Mas, a classificação fundamental é a de cargos de carreira e cargos isolados.

II — Estabelecido e fixado o critério *legal* de classificação dos cargos, (não confundir o sentido em que, no momento, é empregada a expressão "classificação", com a idéia técnico-legal de "classe" como agrupamento de cargos da mesma profissão ou atividade, com denominação própria (art. 6.º da lei 1.711 - 52), — avulta o problema da caracterização e definição estrutural de cada uma das duas espécies.

A própria lei se encarrega da tarefa individualizadora. Diziam os antigos estatutos :

"São de carreira os (cargos) que se integram em classes e correspondem a uma profissão; isolados, os que não se podem integrar em classes e correspondem a certa e determinada função (parágrafo único do art. 4.º do decreto-lei estadual n.º 792, de 28 - 10 - 42).

Reza o vigente estatuto federal :

"Carreira é um agrupamento de classes da mesma profissão ou atividade, com denominação própria (art. 70, da lei 1.711, de 28 - 10 - 52).

Omitiu, o legislador, a conceituação e caracterização do cargo isolado pela consideração ao princípio de economia legislativa, de extrair da definição dada para o primeiro, elementos, *a contrario*, para a qualificação legal do segundo.

Se o cargo de carreira implica no agrupamento em classes e corresponde a uma profissão ou atividade, o isolado, consequentemente, refoge a essa tipicidade.

E nem haveria por que sujeitar-se ao perigo da definição (*omnis definitio periculosa est*), eis que o próprio nome — isolado — contém todos os elementos de individualização do cargo dessa espécie, de modo a dispensar atributivos.

Raia pela superfetação a conceituação da lei anterior de que os cargos isolados são "os que não se podem integrar em classes e correspondem a certa e determinada função".

III — Está bem traçada na lei a linde divisória entre os cargos de carreira e os cargos isolados, de modo a permitir a análise dos elementos integrativos dos tipos, sacando dêsse exame as consequências que dominam o regime jurídico dos funcionários em relação com a Administração.

O serviço público, na atualidade, dado o desenvolvimento das funções do Estado e a sua ingerência num amplo campo de atividade até pouco tempo deixado à livre competição privada, se caracteriza pela variedade, complexidade, especialidade e extensão das tarefas a realizar, obrigando o recrutamento e seleção de funcionários segundo os seus conhecimentos técnicos, e em atenção à crescente especialização das funções burocráticas.

Por outro lado, a hierarquização do trabalho, importa num escalonamento de serviço entre um grupo dado de servidores, a cada qual correspondendo uma remuneração compatível com a responsabilidade, extensão e importância da função que desempenha.

Há no conjunto do serviço público, as profissões ou atividades, desde as de natureza técnica — médicas, de engenharia, jurídicas — às de natureza genuinamente administrativas, comportando uma variedade de sub-espécies, até as funções mais subalternas, tôdas elas, pela sua extensão, implicando a divisão de trabalho entre mais de um servidor, com a hierarquização correspondente.

Daí a consequência inarredável da organização das *carreiras*, com suas atribuições próprias (§ 1.º do art. 7.º da lei 1.711 - 52) e, pela especialização, impossibilidade de atribuir a certos funcionários serviços não inerentes à carreira a que, pelos seus conhecimentos, pertence (§ 3.º).

Da extensão e complexidade do serviço resulta que os cargos de carreira são a regra. Só quando a tarefa a realizar pertence a um único funcionário, ou melhor, pode ser realizada por um só servidor, há falar em cargo *isolado*. Isolado, exatamente porque, pela simplicidade ou pouco volume de serviço, apenas *um* funcionário e não mais, basta para executá-lo.

Exemplificando : Enquanto um Município precisa de um só Procurador, o cargo respectivo é isolado; desde o momento em que, pelo desenvolvimento do serviço jurídico, houver necessidade de criar outro cargo de procurador, forma-se automàticamente e, *ex vi legis*, a carreira, devendo a Administração cuidar de dar ao novo cargo, a ser exercido por um novo funcionário, classe inferior ao do cargo antigo, cujo titular, pelo tempo de serviço e pelo tirocínio, deve usufruir padrão de vencimentos mais elevado. Se há um só Tesoureiro, o respectivo cargo é *isolado*, porque, conforme a definição legal, òbviamente não se pode integrar em classe e corresponde a *certa* e determinada função ; a partir do momento em que o serviço exige a criação de um Fiel, ou Auxiliar do Tesoureiro, cria-se a carreira, eis que, já então, estamos diante de cargos relativos a uma atividade ou profissão, escalonados em classes diferentes.

Na amplitude da função pròpriamente administrativa, a organização interna do serviço público pode aconselhar o desdobramento das carreiras referentes a

funções assemelhadas, que, pela maneira como são realizadas ou em consequência de peculiaridades que as distinguem umas das outras, justificam êsse desdobramento. Assim, na Prefeitura do Recife, a carreira chamada, pelo decreto municipal 21, de 1945, de administrativa, pode ou deve não incluir a função que chamaríamos de tesouraria, que corporifica outra carreira, compreendendo todos os funcionários encarregados de receber e pagar — cobradores, recebedores, auxiliares de Tesouraria, fiéis de tesoureiro, tesoureiro.

As funções subalternas, desde o simples servente, passando pelos contínuos, ao zelador, devem integrar a carreira de subalternos ou que outro nome mais adequado se lhes dê.

IV — Estabelecidos os requisitos ou condições legais constitutivas de cada uma das duas figuras de cargos públicos do sistema brasileiro, é tempo de determinar os regimes jurídicos a que os mesmos se subordinam, e estabelecer as diferenças específicas que os separam. Derivam dessa sistematização importantes resultados, que o Estatuto, a cada passo, põe em relêvo, e que interferem com os direitos e deveres dos funcionários.

Para o ingresso na carreira, começa que é princípio constitucional absoluto a exigência da submissão a concurso (art. 186 da Constituição federal), enquanto para a investidura em cargo isolado, a realização de concurso depende de determinação de legislador ordinário que, assim, tem a faculdade de regulamentar ou não a matéria, ou excluir da exigência, êsse ou aquêle cargo.

O concurso exerce influência muito grande na *efetividade* e *estabilidade* do funcionário, pois o estágio probatório, que é de 5 anos para os titulares nomeados independentemente de concurso, se reduz a 2 anos para os que se submetem a êle (art. 15 da lei federal 1.711 - 52; art. 188 da Constituição federal).

Na carreira, os cargos, escalonados em classes, ensejam o acesso à classe superior mediante *promoção* a cargo vago, com obediência aos critérios alternativos de merecimento e de antiguidade (art. 39 da lei 1.711 - 52).

As normas atinentes a êste aspecto jurídico dos cargos encarreirados, estão prefixados nos Estatutos (na lei 1.711 - 52, no Capítulo III do tit. II, arts. 39 a 51). Já os cargos *isolados*, por isso mesmo que isolados, não admitem promoção.

Daí as consequências de maior valia : há, da parte dos titulares dos cargos de concurso, verdadeiro direito subjetivo à promoção. Aquêle que, mediante concurso, ingressa na carreira, passa a formar uma classe fechada de profissionais, livres de concorrência estranha; ao acesso apenas se habilitam os componentes da carreira, segundo a classe a que pertençam ; há, apenas, uma concorrência *relativa*, e, mais do que isso, restrita à apuração do merecimento, entre os componentes da carreira, da mesma classe. A nomeação para cargo intermediário ou final da carreira, de pessoa estranha à carreira, seria ato impossível em face da lei.

Para as vagas em cargos isolados, não há funcionário com direito subjetivo à *nomeação*, de que resulta que os titulares para os cargos dessa espécie são de livre escolha e nomeação da Administração, salvo quando lei ordinária exige submissão a concurso.

Outro corolário da diferença de regime jurídico dos cargos de carreira e isolados : no impedimento de ocupante de cargo isolado, a substituição que exceder de mais de 30 dias, é remunerada, como remunerada é aquela determinada por ato de autoridade competente (art. 72 da lei 1.711 - 52), mesmo que não atinja aquêle prazo.

Diferente é a hipótesee de cargo de carreira : o impedimento ou ausência do titular de cargo dessa espécie não justifica a remuneração da substituição, que é sempre gratuíta, por ser automática.

Êstes os mais salientes efeitos jurídicos da distinção entre cargos de carreira e cargos isolados.

V — A organização técnico-legal dos cargos no serviço público brasileiro, teve a presidí-la um elevado critério de política administrativa, notável ao primeiro golpe de vista.

Procurou-se alcançar dois altos objetivos : a segurança no exercício da profissão, em atenção ao interêsse do funcionário; a estimulação da atividade funcional em benefício da melhor produção do serviço.

Todos os Estatutos, desde o anterior, inspirado no regime constitucional passado, ao em vigor em harmonia com a Constituição de 1946, tiveram em mira garantir os direitos e vantagens dos funcionários públicos por intermédio da conceituação dos cargos de carreira, da exigência de concurso, do direito à promoção, etc.

Essas mesmas medidas e providências, em dupla ação positiva, servem de estímulo à produção de melhor serviço, não só pela seleção, profissionalidade e especialização que engendram, como pela segurança da situação jurídica do funcionário, liberto das injunções políticas, da interferência de fôrças marginais, e até do arbítrio administrativo.

Criou-se um complexo de normas de conduta, de direitos e deveres que abarca simultâneamente o *status* do funcionário, como a pauta de discricionaridade do poder nomeante. Daí, a regra do encarreiramento das funções, e a exceção, *muito restrita*, do isolamento dos cargos, só ocorrente em casos especiais, por fôrça de circunstâncias eventualmente irremovíveis.

VI — Mas, o que vemos na realidade prática ? Vemos a desconsideração dessas salutares regras consubstanciadas nos estatutos.

Multiplicam-se os cargos isolados, enquanto rareiam os cargos de carreira. Ou melhor : apelidam-se quase todos os cargos, de isolados, e poucos são denominados de carreira.

Consultem-se os quadros do funcionalismo federal, estadual e municipal, e teremos a oportunidade de ver como enxameiam os cargos isolados.

Não que não seja possível a variedade de cargos *devidamente* isolados, tais como quando cada um dêles se refira a funções determinadas, distintas, exercíveis só pelo titular do cargo. Aí os cargos devem ser realmente isolados : um procurador, um médico, um engenheiro, um contínuo. Referimo-nos aos cargos chamados e considerados *isolados*, correspondentes a funções e atividades *comuns*, técnicas ou administrativas, exercidas por mais de um funcionário, as quais, por fôrça da lei, deveriam compor uma carreira.

É um êrro e é uma ilegalidade. E com êsse êrro e com essa ilegalidade, sofre a organização do serviço, prejudicam-se os servidores públicos, estagnam-se os ideais da profissão.

VII — Diversos fatores têm contribuído para essa organização *manquée* :

A fôrça da rotina. A Administração não estava preparada para realizar a nova organização. Não havia regulamentação dos cargos públicos e normas para o seu provimento. Tudo era empírico e arbitrário.

A simples vigência abstrata da lei não bastava para remover o pêso da inércia, quando os dirigentes do serviço não estavam psicològicamente preparados para *concretizar* o mandamento legal.

E ainda hoje, apesar de certo progresso, faz-se sentir a atuação negativa da preguiça mental que nem à fôrça de sacudidelas vigorosa, se consegue despertar.

Outro fator se descobre na inépcia administrativa, na incapacidade de organizar, de estruturar o serviço. Deixa-se a coisa como está pela inaptidão de torná-la como devia ser.

Enfim, o interêsse subalterno dos dirigentes, em assegurar-se de maior número de cargos isolados pela possibilidade de, livremente, provê-los com os protegidos ou os apaniguados eleitorais. Sabem êles que não podem dispor a seu talante dos cargos de carreira, amparados, que estão, pela muralha dos preceitos constitucional e estatutários. Qualquer violação aos direitos subjetivos dos seus ocupantes, provocaria reação imediata através da invocação do *judicial control*.

Isolados os cargos, ao contrário, afastam-se o incômodo e os empecilhos legais, para o repasto do protecionismo político, doméstico ou compadresco.

VIII — De modo que existe uma contradição flagrante entre o estatuído no diploma legal do funcionário, e a situação de fato, ocorrente.

É verdade que, às mais das vêzes, se elaboram "regulamentações" sôbre classificação de cargos, em que, ao lado de anêmicas carreiras, se estadeia tôda uma coorte de cargos isolados; e, quando não, os decretos de nomeação aludem a essa espécie de cargos.

No caso da Prefeitura do Recife, por exemplo, foi baixado o decreto n.º 4, de 28 de outubro de 1944, que, ao lado da carreira administrativa, da carreira de desenhista e da carreira de auxiliares técnicos de obras, está relacionada uma infinidade de cargos considerados isolados, ora de função tìpicamente administrativa, ora de função técnica de ordem diversa. Por outro lado, cargos há, como os de médicos, ostentando até padrões diferentes, que, por decreto, foram proclamados isolados !

Atualmente, na esfera federal, está em julgamento um concurso para o cargo de Assistente Jurídico do Ministério do Trabalho, cargo êsse considerado isolado, quando devia integrar uma carreira, juntamente com tantos outros assistentes jurídicos ou procuradores do serviço federal. Êsses exemplos mostram, à evidência, a incompatibilidade entre a lei geral e as regulamentações a essa lei.

Então suscita-se o seguinte problema : valem essa regulamentação e êsses decretos em antinomia com o sistema do Estatuto ?

Há quem invoque o poder regulamentar da Administração, em o qual estaria ínsito o poder de classificar os cargos. Enfrentemos a questão.

IX — Antes de tudo, estamos diante de um conflito de normas : de um lado, o Estatuto, de outro, o regulamento, o decreto executivo.

Contrariaria a ordem jurídica se normas antinômicas regulassem simultâneamente um mesmo fato ; isso subverteria o princípio geral da autoridade da lei e quebraria a unidade do ordenamento jurídico.

Uma das normas tem de prevalecer sôbre as outras, para excluí-las, para invalidá-las, para torná-las inoperantes.

É fenômeno necessário, inelutável, perentório, da hierarquia das leis (Julien Bonnecase, *Introduction à l'étude du droit*, Paris, 1931, pág. 126).

Pontes de Miranda coloca no tôpo do sistema jurídico, a Constituição, e, daí, em escala descendente, passa às leis ordinárias e as Constituições estaduais, uma e outras obrigadas a afeiçoarem-se ao esquema normativo, doutrinário e programático, da Lei Maior.

Após as leis, cita os regulamentos, a propósito dos quais tece as mesmas considerações, isto é, não poderem extravasar-se do conteúdo normativo das espécies legislativas de grau superior, a que terão de se subsumir (*Comentários à Constituição* de 1946, vol. I, págs. 168 - 169).

Abaixo dos regulamentos vêm os *atos administrativos*, "de pura execução material" (Pontes de Miranda), ou "*décrets simples*" do direito francês (Bonnecase), também, como aquêles, sujeitos ao crivo das normas superiores, de modo que, no conjunto geral, formam uma estrutura uniforme, harmônica, coordenada, inteiriça, sem a qual ficaria comprometida a unidade da ordem jurídica.

Na verdade, como diz Pontes de Miranda :

"Os regulamentos têm de obedecer às leis, quer àquelas a que se referem, quer a outras leis que visam a sua matéria. Regulamento que foge da lei regulamentada é regulamento ilegal (obra e volume citados, pág. 170).

No mesmo sentido, Hauriou (*Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, 1927, pág. 463), Tito Prates da Fonseca (*Lições de direito administrativo*, São Paulo, 1943, pág. 57).

De forma que, entre o que estatui a lei e reza o regulamento, prevalece o material legislativo da primeira, em respeito ao princípio de hierarquia das leis.

Não se aplica o regulamento quando o mesmo se afasta dos têrmos da lei ordinária a que se refira, ou a outra qualquer, tem decidido o Supremo Tribunal Federal (Acórdão de 10 - 1 - 49, *in Diário da Justiça* de 25 - 11 - 50, pág. 3.803, do apenso ao n.º 270).

Em consequência, a "regulamentação" respeitante à classificação dos cargos públicos, em choque com os preceitos fundamentais da lei estatutária, é inválida, ineficaz. Não vale dizer, o regulamento, que tal ou qual cargo é isolado, se estão presentes os requisitos que a lei reconhece como caracterizadores dos cargos de carreira.

X — E não é só em respeito ao princípio do grau de autoridade dos atos legislativos *in genere*, uns em relação aos outros, que se conclui pela imprestabilidade do regulamento na missão classificadora dos cargos. Outra razão existe para essa inidoneidade".

Como tivemos oportunidade de declarar de início (item IV), a classificação dos cargos, em decarreira e isolados, atinge de perto, ao complexo de direitos e deveres de funcionário, e dos direitos e obrigações legais da Administração. Segundo a espécie do cargo, criam-se para os dois polos da relação jurídica — funcionário — Estado — direitos subjetivos, faculdades, obrigações, sujeições, ônus, cargas.

Significa dizer que o *substractum* das normas reguladoras dêsses vínculos entre as duas partes, é de direito público material, substancial.

Ora, regras de direito material sòmente podem ter *conteúdo* de lei ordinária, e daí para cima. A nobreza do material a legislar exige a formalização especial do continente, do ato legislativo exterior, que vai dar corpo à preceituação até então apenas presente no campo da idealidade. É aqui que toma expressão o

princípio filosófico do *"la forme import le fond"*, o *"forma dat esse rei"*, dos romanistas.

Sòmente a lei, com as cautelas de elaboração, obedecendo aos trâmites constitucionais da sua feitura, pode reger os fatos da vida de relação, mediante disciplinação geral, abstrata, impessoal e permanente.

O estatuto é uma lei, origina-se do poder competente para legislar, traça, como diz Ruiz y Gomez, "el conjunto de reglas que precisan el régimen juridico especial de los funcionarios y empleados publicos, determinan sus derechos y deberes y otorgan las garantias de su situación en el cargo publico" (Ruiz y Gomez, *Principios generales de derecho administrativo*, pág. 79), é, como expressou-se Jacobo Wainer, um verdadeiro código da função pública (Jacobo Wainer, *Racionalización administrativa*, Buenos Aires, 1943, pág. 68).

Não assim, o regulamento, cujo poder impositivo, quando muito, é restrito, e derivado da lei. Leia-se Barthelemy (*Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, 1933, pág. 121); Pontes de Miranda (obra e vol. cits. pág. 171).

O regulamento, pois, como ato legislativo, não cria direito, não *institui, instrui* sôbre a aplicação prática da lei a que se subordina (Francisco Campos, Parecer publicado na Rev. Forense, vol. 146, fasc. 597 e 598, pág. 69).

Daí por que não tem idoneidade para traçar, *ex-auctoritate* própria, regras de direito material disciplinadoras do *status* do funcionário, sobretudo quando inarmônico com a lei !

XI — E nem se fale no "poder regulamentar" da Administração, em que pudesse estar contida a faculdade de definir direitos e deveres do funcionário.

Porque, começa que êsse próprio "poder regulamentar" não se subtrai às condições gerais, de forma e de fundo, de validade dos atos jurídicos.

Todo o ato administrativo deve ter os elementos essenciais à sua validade, à semelhança dos atos jurídicos em geral, pois aquêle não é senão uma espécie do gênero (Temístocles Brandão Cavalcânti, obra citada, vol. II, págs. 250, 251 e 290).

Dentre as condições de validade do ato administrativo, avulta, pela sua importância, a de rígida observância da lei, sem o que falece a fôrça executiva do ato, abastardado pela exorbitância no exercício do poder (Temístocles Brandão Cavalcânti, obra e vol. cits. pág. 313; Tito Prates da Fonseca, obra cit., pág. 341).

Depois, o legítimo poder regulamentar da Administração não tem o elastério pretendido. Êle está confinado, para a hipótese, nos estritos limites do inciso V do art. 87, Constituição federal : *prover*, na *forma da lei* e com as *ressalvas estatuídas por esta Constituição*, os cargos públicos federais".

Anote-se a limitação: apenas prover, e isto mesmo, com resguardo da lei e da Constituição, pena de não valer o ato de nomeação.

Não há outorga de poder de classificar cargos, criar ou restringir direitos, impor ou reduzir obrigações, mas, tão só, o de prover.

Os constituintes estaduais se pouparam de inovar, trasladando, *mutatis mutandis*, a letra da Constituição federal (art. 68, inciso IV). Nem haveria admissibilidade de ampliação ou extravasamento das atribuições regulamentares, contida no passo constitucional, em que, como já acentuamos, o poder executivo não tem a faculdade de estabelecer normas gerais criadoras de direito: esta é função da lei (Temístocles Brandão Cavalcânti, *Instituições de direito administrativo brasileiro*, pág. 138; Francisco Campos, parecer citado, pág. 69).

XII — Em conclusão : o Estatuto, lei ordinária, traçou os contornos configuradores dos cargos de carreira e isolados, sem possibilidade de dúvida.

Ao regulamento caberia exclusivamente ater-se ao critério legal, nomeando as carreiras e os cargos isolados, com estrito respeito aos modelos estatutários.

Qualquer classificação de cargo, feita mediante regulamento, ou ainda menos, por mero decreto, em contradição com a lei, não tem eficácia, sofre de irremediável nulidade.

Há, na prática, uma profunda desconsideração pelos preceitos do Estatuto atinentes à classificação dos cargos, com prejuízo para os funcionários e para o serviço.

Cabe aos órgãos da classe o precípuo dever de agitar o problema, procurando, pelos meios adequados, regularizar a situação dominante, fazendo restaurar o império da lei.