



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO E ESTADO

O SERVIDOR TEMPORÁRIO NO SERVIÇO PÚBLICO

CARLOS DOS SANTOS ALMEIDA

Dissertação apresentada no curso de mestrado em Direito e Estado do Departamento de Direito da Faculdade de Estudos Sociais Aplicados da Universidade de Brasília, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito e Estado.

Professor Orientador: Doutor BENTO JOSÉ BUGARIN

Brasília - DF.

1986

O SERVIDOR TEMPORÁRIO NO SERVIÇO PÚBLICO

ERRATA

Pág. IV - SUMMARY:

... regardless of the Merit System.

Pág. 8 - NOTAS DE RODAPÉ:

(8) ESCOBAR, op. cit., pág. 144

(9) Idem, pág. 145

Pág. 37:

c) Um recuo quanto ao entendimento do Acórdão RE nº 90.933-8-RJ, no que tange à vinculação dos serviços técnicos ou especializados a cargos ou empregos permanentes.

Pág. 40:

... Por outro lado, também se registra o pensamento de que é a temporariedade material da função que acarreta a temporariedade do servidor ...

Pág. 56:

... art. 26 da Lei nº 3780/60, ...

Pág. 60:

... cargo vago correspondente à função ...

Pág. 110:

... aos seus empregados e cuja lei impõe aos outros ...

Pág. 118:

"Art. 14. Os contratos individuais de trabalho serão por prazo determinado."

Pág. 126:

... hoje em dia é difícil a exclusão do estrangeiro no serviço público, ...

AGRADECIMENTOS

Por conta desta tese fiquei em débito com vários amigos - companheiros de trabalho e de estudo e familiares - tantas pessoas, que, para fazer justiça, esta página seria uma cornucópia de citações. Limito-me, por isso, àquelas que mais diretamente participaram da sua concretização.

Agradeço a Marlene Mendes Pedroso, colega de repartição, que me ajudou na versão do resumo para o Francês.

Agradeço ao distinto casal Sonia e Manoel Thomaz Gama da Silva - ela Assistente Jurídico do MTb e ele Fiscal do Trabalho - que, além de me assistirem nos aspectos trabalhistas, franquearam-me o escritório com todas as comodidades e *mordomias*, inclusive a máquina IBM em que compus a maior parte do trabalho.

Muito devo ao meu orientador Professor Bento José Bugarin, que, em tendo a paciência de ler todas as versões do trabalho, não só me indicou rumos, como também soube sabatinar-me como a testar a minha segurança na escolha do tema e na sua sustentação.

Last but not least, o meu reconhecimento especial a Gilmar Ferreira Mendes, cuja amizade me vem distinguindo do bacharelado à pós-graduação. Foi ele o primeiro a ter notícia da escolha do tema e dele, de quem já havia recebido o estímulo para a candidatura ao mestrado, recebi também muitas sugestões no seu desenvolver.

A todas essas pessoas aqui referidas, nomeadamente ou não, credito todo o mérito que este modesto trabalho porventura venha a conter. As suas baldas e senões, a mim, e somente a mim, contudo, devem ser debitadas, pois se dessas pessoas incorporei as boas sugestões, também recalcitei nos meus pontos de vista.

RESUMO

Esta dissertação trata do pessoal temporário do Serviço Público brasileiro.

O Serviço Público brasileiro adotou o Sistema do Mérito a partir de 1934. Contudo, o ingresso pelo Sistema de Patronagem vem sendo mantido e, mais, as funções temporárias vêm suplantando em número as funções permanentes.

Este trabalho tenta uma explicação para esses fenômenos, bem como uma solução para eles.

Ele vai a algumas normas legais relativas ao pessoal temporário desde os Regulamentos Consulares do Segundo Reinado até os mais recentes preceitos constitucionais.

Ao cabo, chega-se às seguintes conclusões:

1) Podem-se admitir novas regras sobre pessoal temporário, porém as que já existem são suficientes. Portanto, o problema é menos legal que institucional.

2) Na verdade, a adoção do Sistema do Mérito é muito recente se comparada ao Sistema de Patronagem e às instituições sociais brasileiras.

3) As normas jurídicas podem ser contornadas pelo formalismo, a exemplo do jeitinho brasileiro.

4) É por vezes difícil distinguir a função temporária da função permanente, sendo comuns, por isso, confusões e inter-relações.

5) Sugere-se o fortalecimento do Sistema do Mérito, de modo que se exijam concursos públicos mesmo para as funções temporárias. No Brasil não é raro pensar-se que o Sistema do Mérito se relaciona apenas com as funções de Carreira.

6) É comum que, após certo tempo de exercício, se transformem os admitidos temporariamente em servidores efetivos, seja por lei, seja por norma constitucional ao arrepio do Sistema do Mérito. Sugere-se, portanto, que se negue a estabilidade aos ocupantes de funções temporárias, a menos que eles se submetam a concursos públicos. Desse modo, desencorajar-se-ão as designações temporárias ilegais e desnecessárias.

SUMMARY

This piece of dissertation deals with the temporary personnel in the Brazilian Civil Service.

Brazil's Civil Service has adopted the Merit System since 1934. Yet entrance by the Patronage System has been maintained and, what is more, the temporary positions have outnumbered the permanent ones.

This work tries an explanation to these phenomena and also a remedy for them.

It plunges into some legal rules about the temporary personnel since the Consular Regulations in the 2nd. Monarchy and up to the most recent constitutional precepts.

It gets to the following conclusions:

1) New rules about temporary personnel can yet be welcome, but there are plenty of them already. So, the problem is institutional rather than legal.

2) In fact the adoption of the Merit System is very recent if compared to the Patronage System and Brazilian social traditions.

3) Legal rules can be bypassed by formalism such as that of the Brazilian *jeitinho*.

4) As to comparisons between permanent position and temporary position, it is sometimes difficult to tell one from the other. So confusion and interchange are common.

5) It is suggested the reinforcement of the Merit System so that even to temporary positions open competitive examinations be demanded. In Brazil people think the Merit System is related to career positions only.

6) As usual, after a certain time in the Civil Service the temporary appointees are moved to a permanent position by law or a new constitutional rule regardless the Merit System. It is suggested that tenure be denied to those occupying temporary positions unless they pass an open competitive examination. This will discourage illegal unnecessary temporary appointments.

RESUME

Cette dissertation concerne le personnel temporaire du Système de la Fonction Publique brésilienne.

La Fonction Publique brésilienne, dès 1934, adopta le Système du Mérite. Néanmoins l'admission par le Système du Patronage a été maintenu et, encore de plus en plus, les fonctions temporaires desurpassent les fonctions permanentes.

Cet étude cherche d'expliquer ces phénomènes ainsi que d'en trouver des solutions.

Elle remonte à quelques normes légales que se rapportent au personnel temporaire depuis les règlements consulaires du Second Royaume jusqu'aux plus récentes normes constitutionnelles.

On aboutit aux suivantes conclusions:

1) On peut admettre des règles nouvelles concernant le personnel temporaire, toutefois il y en a déjà suffisamment. Voilà que le problème est moins légal qu'institutionnel.

2) En vérité, la adoption du Système du Mérite est très récente par rapport au Système du Patronage et aux institutions sociales brésiennes.

3) Les normes juridiques peuvent être bernées de part du formalisme, à l'exemple du *jeitinho* brésilien.

4) Bien de fois il est difficile de faire la différence entre la fonction temporaire et celle permanente, il n'est pas rare pour autant des confusions.

5) Ce qu'on propose c'est le renforcement du Système du Mérite de façon qu'il soit exigé des concours publiques pour les fonctions temporaires aussi. Au Brésil il n'est pas rare penser que le Système du Mérite ne se rapporte qu'aux fonctions de Carrière.

6) Souvent après quelques temps de service on rend permanent ceux qu'ont été admis temporairement, soit par la force de loi, soit par une norme constitutionnelle, ignorant le Système du Mérite. On suggère de cette façon qu'il soit dénie l'stabilité aux occupants des fonctions temporaires, à moins qu'ils subissent un concours publique. Ainsi, les désignations temporaires illégales seraient desencouragées.

O SERVIDOR TEMPORÁRIO NO SERVIÇO PÚBLICO

Sumário

INTRODUÇÃO

PRIMEIRA PARTE: POR UMA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 106 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

1. A LEI ESPECIAL

1.1. A Doutrina

1.1.1. Os Diversos Pontos de Vista Doutrinários

1.1.1.1. Competência Legislativa e Natureza da Lei Especial

1.1.1.2. Conteúdo da Lei Especial

1.1.1.3. Finalidade e Sentido da Lei Especial

1.1.1.4. O *Tertium Genus*

1.2. Opinião Pessoal

1.3. A Jurisprudência

1.3.1. Serviços de Caráter Temporário e Funções de Natureza Técnica Especializada

1.3.2. A Função Técnica Especializada como Exceção à Regra de Acumulação de Cargos

1.4. Resumo da Visão Jurisprudencial

2. O ART. 106 DA CF E SUA PROJEÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS

3. SERVIÇO DE NATUREZA EVENTUAL

4. SÍNTESE DA PRIMEIRA PARTE E PARCIAIS CONCLUSÕES

SEGUNDA PARTE: A REGULAMENTAÇÃO DO ARTIGO 106 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

1. O PESSOAL TEMPORÁRIO NAS UNIDADES FEDERADAS

1.1. A Lei nº 500/74, do Estado de São Paulo

1.2. A Lei nº 9160/80, do Município de São Paulo

1.3. A Lei nº 6508/73, do Estado do Paraná

1.4. Resumo

2. O PESSOAL TEMPORÁRIO NA UNIÃO
 - 2.1. Exegese do Art. 109 da Constituição Federal
 - 2.1.1. O Sistema do Mérito
 - 2.1.2. Servidores Temporários e Técnicos Especializados em face da Lei nº 6185/74
 - 2.1.2.1. O Alvo da Lei nº 6185/74
 - 2.1.2.2. A Função Pública
 - 2.1.2.2.1. A Natureza Jurídica da Função Pública
 - 2.1.2.2.2. As Estruturas do Serviço Público
 - 2.1.2.3. Cargo, Função e Emprego
 - 2.1.2.4. Temporário e Estabilidade
3. O PESSOAL TEMPORÁRIO NO MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES
 - 3.1. Os Auxiliares Locais
 - 3.1.1. Os Auxiliares Locais Hoje
 - 3.1.2. Os Auxiliares Locais antes da Lei nº 3917/61
 - 3.2. O Auxiliar Estrangeiro
 - 3.2.1. O *Fait Accompli* do Auxiliar do Consulado do Brasil em Southampton
 - 3.2.2. O Auxiliar Estrangeiro e suas Perspectivas
 - 3.3. Resumo

CONSIDERAÇÕES FINAIS

INTRODUÇÃO

O tema tem sido objeto de muita atenção a partir, principalmente de 1967, como se vê da bibliografia, mormente em artigos de revistas especializadas, mas um novo tratamento ainda se justifica até pela necessidade de uma visão consolidada, sistematizada e mais abrangente. Foi com esse fito que nos pusemos a trabalhar. Se não atingimos esse desiderato, valeu pelo menos o esforço para alcançá-lo, pela dignidade e importância da matéria.

É natural a existência de pessoal temporário no Serviço Público. Serviços há que, por sua natureza e duração, não demandam funções permanentes para o seu cumprimento. Causa espanto, todavia, o número elevado de temporários no Serviço Público brasileiro, em todas as esferas territoriais de governo, a ponto de, em determinado momento, sobreporem-se numericamente ao pessoal permanente.

O temporário no Serviço Público nem de longe se assemelha ao temporário de empresa urbana, de que trata a Lei nº 6019, de 1974. O temporário urbano tem contrato individual celebrado com a empresa de trabalho temporário para prestação de serviço destinado a atender necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de tarefas de outra empresa. O temporário público, de modo geral, tem contrato firmado diretamente com o ente público ou lhe presta serviço de fato, sem acordo formal.

É de pressupor que o pessoal temporário se destine a atividade temporária. Constata-se, no entanto, que há pessoal dito temporário engajado em atividade de natureza permanente. Essa situação fática tem, por vezes, respaldo em lei, com votos de magistrados ora na defesa ora no ataque desse estado de coisas.

O pessoal temporário é uma categoria de variegadas espécies. Conquanto a Constituição Federal (art. 106) se refira genericamente a admitidos em serviços de caráter temporário ou a contratados para funções de natureza técnica especializada, vamos ver que estes se diversificam. Surgem, então, num primeiro desdobramento, o pessoal eventual, sem vínculo empregatício; a FAS; a função de magistério remunerada pró-labore; a função de repre-

sentação de gabinete; o pessoal auxiliar aduaneiro no Ministério da Fazenda; os auxiliares locais - técnicos e administrativos - nas Missões Diplomáticas e Repartições Consulares; os servidores em tabelas especiais nas Comissões Brasileiras Demarcadoras de Limites, no Ministério das Relações Exteriores; e pessoal de obras. Recentemente se teve notícia dos contratados indiretos, modalidade essa condenada pelo TCU e DASP e que deu origem às ainda vigentes tabelas especiais. Em passado distante a lei derogada é espécie dos extranumerários, extinta pela Lei nº 3780/60 e a dos interinos, extinta pelo Decreto-Lei nº 200/67. Não acreditamos que este inventário contenha todas as espécies de temporários, mas as citadas são as mais em evidência.

A par do registro do fato, preocupa-nos as suas causas sócio-históricas e as medidas administrativas e legislativas que vêm sendo tomadas desde, pelo menos, a década de 30, para atenuar o peso do temporário no Serviço Público.

Tendo vingado no trabalhismo as noções de estabilidade e de previdência social, o Serviço Público não tardou em lhes asimilar. Foi então que surgiram as medidas de amparo aos temporários pela sua inclusão nos quadros permanentes. Este é um processo ainda em andamento e que longe está de interrupção. A cada contingente de pessoal temporário amparado, novo contingente segue, e em maior quantidade.

Isso não seria de estranhar num país cuja tradição cultural se inclina ao sistema do favoritismo, clientelismo ou nepotismo (nomes não lhe faltam). Mas é que, na mesma supracitada década de 30, se consagrou legislativamente - e com respaldo constitucional (ver a Carta de 34) - o sistema do mérito, que se vinha ensaiando desde o Reino Unido, mas que, até então, só esporadicamente se aplicava. No entanto, o sistema do mérito jamais superou o sistema do favor e as designações temporárias persistem sob os mais variados pretextos e, às vezes, as mais bem ideadas aduções.

Um estudo do sistema de pessoal no Serviço Público brasileiro demonstra que este tende a ser fechado, isto é, com difícil retorno do servidor do setor público para o setor privado.

Há funções que, por sua natureza e duração, são verdadeiramente temporárias no Serviço Público. Contudo, é de se con-

cluir que as demais outras funções, ditas temporárias, nada mais são que modos de burlar o sistema do mérito e de escapar aos critérios da seleção objetiva e impessoal.

Como se sabe, este é um tema que se não pode desenvolver em apenas algumas semanas. Desde o início de sua elaboração (há meses) e a sua conclusão agora, advieram fatos novos, como a Reforma Administrativa, com o anúncio de novas metas para o Sistema do Pessoal. Isso, contudo, não nos levou a uma revisão sistemática do texto outrora composto, visto como, apesar de cremos na dinamicidade dos fenômenos sociais, cremos também em que neste trabalho tocamos nos aspectos mais relevantes e menos transitórios da matéria. Assim como, de uma só penada o legislador não transforma toda uma biblioteca jurídica em um monte de papéis velhos, assim também, de uma só penada, não pode ele solver uma problemática concernente à tradição e prática sócio-jurídica de um povo, eis que isso depende de uma mudança de mentalidade - paulatina ou não - para o seu equacionamento.

Este trabalho, dividido em duas partes, trata, na Primeira, da interpretação do Artigo 106 da Constituição Federal, passando em revista a opinião de diversos doutrinadores a respeito da natureza e do conteúdo da lei especial que deverá dispor sobre os admitidos em serviços de caráter temporário e os contratados para funções de natureza técnica especializada. Ainda na Primeira Parte, encontra-se uma análise da jurisprudência no tocante à natureza dos serviços de caráter temporário e das funções técnicas especializadas, estas últimas focalizadas também como exceção à regra de acumulação de cargos. Igualmente na Primeira Parte se examinam as repercussões do Artigo 106 da Constituição Federal nas Constituições dos Estados-Membros.

A Segunda Parte é dedicada ao estudo da regulamentação do Artigo 106 supracitado. Aí se tem a oportunidade de ver como algumas das Unidades da Federação legislaram com respeito ao pessoal temporário. Tomam-se como paradigmas a Lei nº 500/74, do Estado de São Paulo; a Lei nº 9160/80, do Município de São Paulo; e a Lei nº 6508/73, do Estado do Paraná. Mas é a União, cujos atos servem de modelo às demais Unidades, a protagonista desta peça. Assim é que, na Segunda Parte, o foco se dirige ao pessoal temporário da União, com destaque também para o pessoal temporá-

rio do Ministério das Relações Exteriores na qualidade de Auxiliares Locais. Aí se examina a situação do temporário em face do sistema do mérito, verificando-se que ele também está ligado à seleção por prova de competição pública, salvo alguns casos excepcionais. Examina-se também a situação do temporário em face do regime jurídico do servidor público e de sua estabilidade, tendo em vista o que dispõem o Artigo 109 da vigente Constituição Federal e diplomas legais da União, em especial a Lei nº 6185/74.

1ª PARTE: POR UMA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 106 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Reza o art. 106 da Carta Magna, na redação da EC nº 1/69:

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

Alguns preceitos constitucionais sobre o servidor público, erigidos como princípios, devem-se aplicar (por força do art. 200) aos demais entes da Federação. O artigo 106 é um exemplo.

1. A LEI ESPECIAL.

Aqui há várias questões a considerar. Qual a pessoa jurídica de direito público interno competente para legislar? Será essa competência exclusiva da União, concorrente ou privativa das Unidades Federadas? Qual a natureza dessa lei especial? Qual a sua finalidade? Qual o conteúdo desse regime jurídico? Que se deve entender por serviços de caráter temporário ou funções de natureza técnica especializada?

Respostas a essas questões serão buscadas mediante o exame de pontos de vista doutrinários e da jurisprudência, tanto administrativa como judiciária.

1.1. A Doutrina.

Na doutrina, as teses são as mais diversas e com variações no que diz respeito à competência legislativa, à natureza da lei especial, seu conteúdo, etc. Por isso, decidimos expor este item em subdivisões segundo cada um desses aspectos.

1.1.1. Os Diversos Pontos de Vista Doutrinários.

1.1.1.1. Competência Legislativa e Natureza da Lei Especial.

As noções de competência para a elaboração da lei especial e a natureza da lei estão intimamente ligadas. A determinação da competência legislativa decorre da fixação da natureza da lei.

A lei especial deve ser lei federal especial. Eis o enunciado que se pode atribuir a FLORIANO CORRÊA VAZ DA SILVA, PAULO EMILIO RIBEIRO DE VILHENA, ADILSON ABREU DALLARI, MARTINS CATHARINO, PEDRO PAULO DE ALMEIDA DUTRA e a THEO ESCOBAR (1).

Embora essa asserção pareça estar superada pela jurisprudência do STF, de que são exemplos os Acórdãos nos RE nº 89.034-3-SP, 89.101-3-SP, 89.100-5-SP, 90.060-SP, 90.169-8-SP, 90.305-4-SP, 90.391-SP, 90.523-PR e 91.745-4-SP, a matéria ainda é digna de discussão.

O ideal seria reproduzir-se a argumentação com o registro das nuances em cada autor. Mas a objetividade nos refreia. Optamos por resumir os pensamentos de VILHENA e THEO ESCOBAR.

Nas palavras de VILHENA, o mais aguerrido e incisivo jurista deste grupo - não se deve dissociar o art. 106 dos demais preceitos de conteúdo programático da Carta Magna, notadamente aqueles inseridos no Título da Ordem Econômica e Social (arts. 165, 166 e 170) ou na Seção do Funcionários Públicos (arts. 97 a 111). Assim, em respeito ao princípio geral da tutela constitucional do trabalho, conclui-se que o regime do servidor público ou é estatutário ou necessariamente contratual nos termos da CLT (2).

Se especial for o regime, não será estatutário nem contratual. Destituídos das garantias que ambos representam, re

(1) VAZ DA SILVA, "O Servidor Público e o Regime da Consolidação das Leis do Trabalho", LTr 39/274. VILHENA, "O art. 106 da Constituição Federal e sua Regulamentação", RIL 61/127. DALLARI, "Aplicação da Legislação Trabalhista aos Servidores Públicos", RDP 33/31. CATHARINO, "Contrato de Trabalho com Pessoas Jurídicas de Direito Público", LTr 37/795. O pensamento de CATHARINO só coincide com o de VILHENA no que diz respeito à idéia de lei federal. ALMEIDA DUTRA, "Servidores Públicos não funcionários", RDP31/60. ESCOBAR, "Pessoal Temporário no Serviço Público e seu Regime Jurídico em face da Constituição", Rev. da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1/139.

(2) VILHENA, op. cit., pág. 139.

sultará em forma violadora dos princípios básicos da tutela ao trabalho consagrado pela Constituição Federal, e a lei estadual ou municipal não será um exercício de competência constitucional, mas uma exceção aos pressupostos formais e materiais de disciplina do trabalho prestado ao Estado (3).

Além disso, fora dessas duas hipóteses já delineadas na Constituição e acendradas pela lei e pela praxis, cair-se-ia no caleidoscópio e ter-se-iam tantas formas de regulamentação de trabalho quantos sejam os Estados-membros e os Municípios brasileiros (4).

Se estatutário o regime - prossegue - a competência é estadual e municipal, mas os direitos e deveres compor-se-ão de uma estrutura básica, assegurada em termos de vinculação e tutela pelos arts. 97 a 111 da Constituição (5).

Se contratual o regime - finaliza - a competência será da União, mediante a legislação trabalhista, e as garantias fundamentais serão aquelas dos arts. 165, 166 e 170, § 2º, da mesma Carta, salvo as exceções nela mesma abertas para os servidores públicos (art. 162, v.g.) (6).

Para ESCOBAR, o art. 13, V, da EC nº 1/69 confere aos Estados poderes para elaborar normas relativas aos seus funcionários públicos. Assim é que, em não se tratando de *funcionário público*, "stricto sensu", a competência não é do Estado-membro, mas da União, sem prejuízo da admissão de um *tertium genus* (7).

O *tertium* se ressalta na comparação entre os termos do art. 104 (primitiva redação) e os do art. 106 (EC nº 1/69). Foi mantida a uniformização da disciplina jurídica do pessoal temporário, mas o preceito do art. 106 relega o assunto para re

(3) Idem, pág. 144. Note-se que VILHENA, na qualidade de Juiz do Trabalho, não admite a legitimidade de um *tertium genus* e, em suporte ao seu ponto de vista, destaca trecho do voto do Ministro LEITÃO DE ABREU no RE nº 88.875-6: "... O artigo 106 da Constituição Federal deve ser entendido assim de acordo com esse dogma constitucional, que não tolera se institua, ao lado do regime do funcionário público, em sentido próprio, outro regime, a ele paralelo, aplicável a servidores em relação aos quais se atribua outro nome, como acontecia com os antigos extranumerários."

(4) Idem, ibidem

(5) Idem, ibidem

(6) Idem, ibidem

(7) ESCOBAR, op. cit., pág. 144

gulamentação a ser feita por lei especial, o que deixa entrever a exclusão do regime trabalhista (8).

Agora, à mingua de norma suplementar que é de competência da União, deixa de estar em vigor o art. 106 e, nesse vazio, o regime do pessoal temporário continua sendo o previsto na CLT (9).

A lei especial não é só de competência da União, como também dos Estados-membros e dos Municípios. Esta a opinião da maioria dos autores consultados. Entre eles: ANACLETO DE OLIVEIRA FARIA, CARLOS MEDEIROS SILVA, CAIO TÁCITO, SÉRGIO FERRAZ, JOÃO BATISTA DE OLIVEIRA ROCHA, ANA MARIA SOUZA PINTO FRONTINI, VERA LÚCIA DE OLIVEIRA ALCOBA MARCOPITO, HELI LOPES MEIRELLES, JOAQUIM CASTRO AGUIAR e CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (10). Também o STF perfilha este ponto de vista.

Passemos revista aos principais trechos da argumentação desses autores.

A distinção entre *funcionário* e *servidor* é, neste momento despicienda, uma vez que o constituinte preferiu, no tocante ao tema em pauta, incluir, na seção destinada aos *funcionários públicos* a regra concernente aos que não se incluíam, em princípio, nessa categoria. Assim, pois, há de considerar o art. 106 como um dispositivo à parte, a ser analisado de modo autônomo, sem maior conotação com as regras dirigidas especificamente ao *funcionário* (11).

Não seria possível, na prática, que o legislador ordinário federal estabelecesse normas específicas para admissão e contratação do pessoal "temporário" ou ocupante de funções de

(10) OLIVEIRA FARIA, "A Regulamentação do Artigo 106 da Constituição Federal", Rev. da Procuradoria do Estado de São Paulo, 10/281. MEDEIROS SILVA, *Parecer*, RDA, 123/394. TÁCITO, *Parecer*, RDA, 134/230. FERRAZ, "O Artigo 106 da Constituição Federal - Breves Notas", Rev. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, 31/77. OLIVEIRA ROCHA, "O Regime Jurídico Especial do Servidor Público (Considerações em Torno do Art. 106 da CRFB)", RDA, 128/692. FRONTINI e MARCOPITO, "Servidores Municipais - Admissão Temporária ou Contratação para Serviço Especializado - Competência Legislativa", RDP 49-50/201. LOPES MEIRELLES, "Direito Administrativo Brasileiro", 11ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1985, pp. 345/6. CASTRO AGUIAR, "Regime Jurídico dos Funcionários Municipais", Forense, Rio de Janeiro, 1977, p. 67.

(11) OLIVEIRA FARIA, op.cit.

natureza técnica e especializada de todos os Estados (vinte e três) e de todos os Municípios (cerca de quatro mil) (12).

A *lei especial* em causa é, *ratione materiae*, uma lei administrativa típica, emanada do poder de auto-organização dos serviços públicos que, no regime federativo, é uma das faces da autonomia dos entes políticos menores (13).

A expressão *lei especial* está referida por oposição à *lei geral* que deverá especificar o regime jurídico dos servidores públicos da União, na forma do art. 109, nº I. A *lei especial* não é unicamente a *lei federal* que, a valer como paradigma, regule a matéria. A Constituição sempre que pretendeu resguardar a competência da União adotou referência a *lei federal*, inclusive na própria Seção em exame (por exemplo, arts. 99, § 3º, 103 e 109) (14).

1.1.1.2. Conteúdo da Lei Especial.

Aqui, igualmente, coexistem vários pontos de vista, que, em benefício da sistematização, devem ser analisados.

1º) À luz de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico nacional, é inconcebível um regime especial. Ou ele é estatutário ou é celetista, sem intermediação (15).

2º) Há um regime especial referido no art. 106 da Constituição, porém inexecutável em face da experiência histórica da administração pública brasileira, além da atual propensão à CLT pela União, evidenciada na Lei nº 6.185/74 (16).

3º) O regime especial é executável, faltando-lhe apenas a lei ordinária que o implemente (17).

4º) O conteúdo do regime especial seria uma simbiose do regime celetista, estatutário, com nuances e coloração de direito civil (18).

(12) MEDEIROS SILVA, op. cit.

(13) TÁCITO, op. cit.

(14) OLIVEIRA ROCHA, op. cit.

(15) VILHENA, op. cit.

(16) SOARES, Cremilda, e VAZ DA SILVA. SOARES, "Da Aplicação da Legislação Trabalhista ao Pessoal da Administração Federal", LTr 43/1397. VAZ DA SILVA, op. cit.

(17) OLIVEIRA ROCHA, op. cit.

(18) FERRAZ, COELHO MOTTA e CAIO TÁCITO, obras citadas.

5º) Há, na verdade, um terceiro regime, dividido em duas subespécies: a dos *admitidos* para a execução de *serviços temporários* e a dos *contratados para funções técnicas especializadas* (19).

6º) O Regime Especial se consubstanciará no contrato de direito administrativo (20).

Primeiro ponto de vista. - A expressão "servidor", referida no artigo 106 (ou servidor estatal) compreende em sua concepção a bipolaridade de regimes jurídicos providos de densa contextura de direitos e deveres e que nada mais nada menos são que os "funcionários públicos" e os "contratados" pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho (21).

O exame do conteúdo das diversas normas de disciplina do trabalho estatal extra-estatutário, tomando como referência primitiva os trabalhadores temporários e os trabalhadores técnicos especializados - desde o Decreto-lei nº 8.249/45 até a Lei nº 6.185/74 - o exame desse conteúdo vai evidenciar a construção harmônica da legislação federal, tendente sempre mais a definir a situação dos servidores públicos em dois feixes distintos de normas componentes do regime estatutário e contratual trabalhista (22).

Por outro lado, o voto central, nos RE nº 88.875-6-PR e 89.034-3-SP, da lavra do Ministro MOREIRA ALVES, serve-se de doutrina exclusivamente de administrativistas como HELY LOPES MEIRELLES, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO e CAIO TÁCITO (23).

(19) LOPES MEIRELLES, "Direito Administrativo Brasileiro", 11ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1985, pp. 345/6.

(20) Esta corrente de pensamento tem como seguidores MARTINS CATHARINO e OLIVEIRA ROCHA. A noção de *contrato de direito administrativo* é combatida por ELSON GOTTSCHALK. Ele a contrapõe com a noção de *contrato privado de direito público* ("O Estado como Empregador Privilegiado e suas Tendências", *Revercor* - Estudos Jurídicos em Homenagem à Faculdade de Direito da Bahia, Saraiva, 1981, pp. 169 a 192).

(21) VILHENA, op. cit.. p. 142.

(22) Idem, p. 143.

(23) Idem, p. 135. MOREIRA ALVES sustenta que o art. 106 permite a edição de legislação especial, que afaste a incidência das leis trabalhistas, outorgando um regime jurídico próprio a servidores de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada.

Segundo ponto de vista.- O artigo 1º da Lei nº 6.185, de 1974, colocou os servidores públicos em dois grupos: o do Estatuto e o da CLT, o que vale dizer que a não elaboração da Lei especial prevista no art. 106 e, por outro lado, a elaboração e promulgação da citada Lei, tornam letra morta o referido art. 106 e como que "ressuscitam" o art. 104 da Constituição de 24 de janeiro. Para evitar o desrespeito a uma norma constitucional - o que é sempre de extrema gravidade - seria talvez conveniente uma emenda constitucional que modificasse ou revogasse o art. 106 da EC nº 1/69, bem menos feliz que o antigo art. 104 (24).

Terceiro ponto de vista. - O artigo 106 da Constituição Federal e as disposições análogas das constituições estaduais cifram-se a textos natimortos, não tendo, até o presente, a maior aplicação prática (25).

Nenhuma lei especial, complementar ou ordinária, federal, estadual ou municipal, regulou, no País, o regime destas duas subespécies de servidores públicos, que poderiam deixar de sujeitar-se ao estatuto dos funcionários públicos e aos preceitos da CLT, a dizer, que poderiam possuir regimes próprios, diversos do comum ao funcionalismo e do instituído nas leis trabalhistas, a fim de atender melhor às peculiaridades e às conveniências da Administração, relativamente às atividades para as quais são recrutados (26).

Na realidade, os setores administrativos estaduais temem uma incursão mais corajosa nesta seara, especialmente por lhes faltar o parâmetro federal (27).

Quarto ponto de vista. - Se a lei especial tiver um cunho meramente estatutário, será inteiramente inútil, na medida em que já existe o Estatuto. Por outro lado, se a lei pretendesse disciplinar, com definição de contorno, uma relação

724)

Esta é a colocação de VAZ DA SILVA e CREMILDA SOARES, obras citadas.

(25) OLIVEIRA ROCHA, op. cit.

(26) Idem, ibidem

(27) Idem, ibidem. Neste artigo, publicado em março de 1977, a autor parece ignorar a Lei nº 500/74, do Estado de São Paulo, e a Lei nº 6.508, de 1973, do Estado do Paraná.

que fosse tutelarmente trabalhista, estaríamos incorrendo em claro e indiscutível vício de inconstitucionalidade. Não poderia, realmente, o Estado plasmar um regime *trabalhista* especial para os servidores, pinçando daqui e dacolá, da CLT, uma ou outra forma de tutela ou disciplina, e *modificá-la* adaptando às suas necessidades. Estaria contrariada a fonte normativa do art. 89 (28).

O que pode, então, a lei especial estadual, ou municipal, disciplinar? Em primeiro lugar, ela pode, sobretudo, estabelecer um regime misto quanto ao ponto de vista material, feição que não existe realmente no direito dos Estados e dos Municípios presentemente. Poderia, sim, esta lei, atribuir aos agentes administrativos, por ela regrados, uma série de vantagens de ordem trabalhista, desde que limitasse a *receber* essas vantagens (não discipliná-las, modificá-las, refundi-las, ou redefiní-las, matéria da competência federal). Ou, ainda, poderia atribuir a servidores seus algumas vantagens trabalhistas. Note-se, não se trata de atribuir *vínculo trabalhista*, mas *algumas* vantagens e tutelas da lei trabalhista, transportadas para um regime administrativo. Em segundo lugar, essa lei poderia também adotar vários institutos e instrumentos das leis estatutárias, redefinindo aqui sim, para um determinado e específico tipo ter um contorno estatutário modificado, até aditado de alguma tutela trabalhista, esta não redefinida, mas tão apenas recebida. Até mesmo da locação de serviços do Código Civil algo poderia ser trazido e colocado nessa lei especial, desde que não houvesse modificações (porque aí novamente estaríamos entrando num campo de competência exclusiva da União federal)(29).

Quinto ponto de vista. - Podem as entidades estatais, além do estatuto de seus funcionários, elaborar duas outras espécies de normas reguladoras dos regime jurídico dos demais servidores, conforme *admitidos* para a execução de *serviços tem-*

(28) FERRAZ, op. cit. A União tem poderes de adaptar a legislação trabalhista às necessidades de seus serviços. É oportuna a citação do seguinte trecho de notícia publicada na "Ultima Hora de Brasília", em 19 de junho de 1985, p. 2: "O Ministro do Trabalho ALMIR PAZZIANOTTO defendeu, ontem, na Câmara, a necessidade de os Estados também elaborarem leis trabalhistas, pondo fim ao "monopólio" exercido pelo governo federal. A seu ver, a legislação deve ser adaptada "às situações regionais, muitas completamente diferentes umas das outras".

(29) Idem, *ibidem*.

porários, ou contratados para funções técnicas especializadas. Para os primeiros, o vínculo empregatício é de natureza estatutária e, para os segundos, de natureza contratual (30).

Justifica-se a dicotomia prevista no preceito constitucional porque no primeiro caso - *serviços temporários* - a mão-de-obra, não especializada, é abundante, o que torna a oferta maior que a procura; já no segundo - *funções técnicas especializadas* - a situação se inverte, de modo que a Administração deve curvar-se às exigências do mercado de trabalho, mesmo porque os profissionais categorizados não se sujeitam normalmente a um regime estatutário e, por outro lado, o trabalhista (CLT) é o que menos convém ao serviço público. Assim, ao permitir a contratação, a norma constitucional faculta às entidades estatais conciliar os interesses do profissional com os do serviço público (31).

Trata-se, evidentemente, de exceção às normas gerais que disciplinam as relações de emprego. Não fosse a previsão contida no artigo 106, as Administrações somente poderiam recrutar seus servidores no regime estatutário ou no trabalhista (32).

A *admissão* é para funções comuns ou funções técnicas não especializadas. Na hipótese de funções técnicas especializadas, mesmo que o serviço seja temporário, dar-se-á a contratação. Em qualquer caso, porém, não pode a lei local postergar os direitos fundamentais assegurados pela Constituição aos trabalhadores em geral, como o salário-mínimo, o repouso semanal remunerado, as férias anuais remuneradas e, principalmente, a previdência social (33).

Sexto ponto de vista. - *De lege ferenda*, se vier a "lei especial", prevista no art. 106, pode ser que venhamos a

(30) LOPES MEIRELLES, op.cit., pág. 346. ALMEIDA DUTRA, já citado, refere-se à precariedade da distinção das duas categorias de servidores pela "natureza material da atividade": *admitidos* e *contratados*. Para ele não há o que distinguir. No mesmo sentido ADILSON DALLARI: "... Em termos estritamente jurídicos, a própria Constituição admite a existência de pessoal técnico especializado trabalhando sob regime estatutário (funcionários públicos e remanescentes de antigos extranumerários e interinos), bem como não impede a contratação de pessoal para serviços temporários no regime da legislação trabalhista", op.cit.

(31) Idem. pág. 347.

(32) Idem. pág. 345.

(33) Idem. pág. 347.

ter o instituto contrato de emprego administrativo, negócio jurídico público (34).

Na verdade há outras soluções, tais como o contrato de emprego regido pelas normas comuns do trabalho e o contrato de emprego estatal, a um só tempo estatutário e trabalhista, como espécie do gênero contrato de emprego, puramente privado (35).

Alguns autores do moderno Direito Administrativo admitem que o contrato será administrativo se contiver "cláusulas derogatórias do direito comum" (36).

1.1.1.3. Finalidade e Sentido da Lei Especial.

Pergunta-se: há necessidade do art. 106? Há razões que justificam a previsão de uma lei especial para o pessoal temporário? Precisar a Administração Pública de servidores em regime diverso do estatutário e do trabalhista? (37).

Preliminarmente, deve-se atentar para o fato de que o preceito do art. 106 da EC nº 1/69 se fez preceder daquele contido no art. 104 da Constituição originária de 1967, nos seguintes termos:

"Aplica-se a legislação trabalhista aos servidores admitidos temporariamente para funções de natureza técnica ou especializada."

Ora, se a Emenda nº 1/69 alterou esta redação, perfilhando a supracitada, foi na irrefragável intenção de permitir à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a adoção de regime jurídico diferente do estatutário e do trabalhista, como até então vinha ocorrendo numa dicotomia inarredável (38).

(34) MARTINS CATHARINO, op. cit., p. 800.

(35) Idem, pág. 801.

(36) Idem, ibidem. Confronte-se a asserção de MARTINS CATHARINO com trecho da ementa do *Parecer* nº P-007, de 24/7/81, da CGR (DOU de 3/8/81, p.14502): "Os agentes públicos contratados da União e das autarquias federais são regidos peculiarmente por normas administrativas limitadoras da incidência da legislação trabalhista e que inserem como que cláusulas exorbitantes nos pactos laborais".

(37) FRONTINI e MARCOPITO, op. cit., pág. 201.

(38) OLIVEIRA ROCHA, op. cit.

Encontram-se ainda outras respostas.

No desempenho de suas atividades, muitas vezes, o Estado não há que necessariamente preencher seus quadros, sejam eles compostos de cargos estatutários ou funções da CLT. Muitos serviços públicos caracterizam-se pela precariedade ou a alta especialidade com que devem ser prestados. Nesses casos não se justifica, para tais tarefas, a manutenção de pessoal permanente ou quadro estável de servidores. A esta situação é que especificamente se refere o art. 106 (39).

Na realidade, o art. 106 não existe, a rigor, para resolver problemas federais. O problema do funcionário federal se resolve com a maior simplicidade, no campo da própria competência da União para ditar normas de direito administrativo, direito do trabalho, e de direito civil, para seus agentes. Também não visa a contornar situações litigiosas, na medida em que, com nota de alto caráter utilitário, a própria União, no art. 110, resolveu o problema dos conflitos com seus servidores não estatutários. Cumpre ver, portanto, que o artigo 106 é endereçado a uma realidade: a prestação de serviços temporários, que não se casa, semântica ou ontologicamente, com a própria idéia do regime legal. Mais ainda, essa prestação do regime temporário, pela própria dinamização que requer, de modificação unilateral que traz ínsita, também se não acomoda com o campo de tutela que a lei trabalhista necessariamente assegura a aqueles que dela são beneficiários. A única finalidade do artigo 106 há de ser a de permitir a Estados e Municípios se equipem legalmente, criando um sistema que lhes enseje enfrentar uma nova conjuntura: a dos serviços de alta especialização, dos serviços temporários, sem as peias do regime trabalhista para a desconstituição da relação quando isso se torne necessário ou aconselhável (40).

Essas respostas, conquanto aparentemente óbvias e até aceitas pelo Supremo, continuam discutíveis. Note-se a correlação entre o estudo da finalidade e sentido da lei especial e o estudo do seu conteúdo.

(39) FRONTINI e MARCOPITO, op. cit. p. 201.

(40) FERRAZ, op. cit., pp. 78 e 79.

Hã quem, contrariamente, afirme que o art. 106 perdeu de todo o seu sentido no momento em que a União promulgou a Lei nº 6.185/74, adotando o regime celetista, em flagrante renũncia ao regime especial, inibindo as demais unidades da Federação de o fazer, uma vez que a lei especial ẽ lei federal (41).

Hã quem sustente que falta ao art. 106 apenas um sentido prático, o qual se consubstanciarã a partir do momento em que a União, ou qualquer das unidades da federação, tome a iniciativa de regulamentã-lo, pois a cada uma compete legislar, em carãter privativo, sobre os seus agentes (42).

Hã quem assevere que esse sentido de hã muito se realizou. A promulgação da Lei nº 6.185/74 ẽ a culminãncia de um processo que jã se vem manifestando na Administração Pũblica desde 1945, isto ẽ, a celetizaçã dos servidores pũblicos. Sim, em sua acepçã teleolũgica, o preceito constitucional não introduz qualquer novidade no Direito Brasileiro e não hã espanto em dizer que a legislaçã que o deva preencher em seus "designios e objeto" jã existe (43).

1.1.1.4. O *Tertium Genus*.

OLIVEIRA ROCHA (44) assim questiona: "Haverã, alẽm dos regimes estatutãrio e do vĩnculo contratual da CLT, um "tertium genus", ligando ao Estado os servidores admitidos em serviços temporãrios e os contratados para funções tẽcnicas especializadas?". E, em resposta, assere que não hã dũvidas de que a intenção do emendador constitucional de 1969 foi permitir a existẽncia de um terceiro regime jurĩdico para estas classes, diverso do estatutãrio e do *celetãrio* (45). O *tertium sũ* não foi dado ã luz por falta de legislaçã ordinãria regulamentadora, que vies se tornar efetivo o texto constitucional.

(41) VAZ DA SILVA, op. cit., p. 276; SOARES, Cremilda, op. cit., p. 1400.

(42) OLIVEIRA ROCHA, op. cit.

(43) VILHENA, op. cit., passim.

(44) Op. cit.,

(45) *Celetãrio* - neologismo do autor citado.

OLIVEIRA ROCHA comunga em boa parte, com a tese de MARTINS CATHARINO (46), de que se vier a "lei especial", prevista no atual art. 106 da CF, pode ser que venhamos a ter o instituto contrato de emprego administrativo, negócio jurídico público. CATHARINO crê que o possível contrato de emprego administrativo será de adesão, de tipo especial.

A primeira tentativa de consagração legal desse regime - ou seja, de *contrato de emprego administrativo* ou *contrato de direito público para prestação de serviços ao Estado* - se deu no artigo 131 da Lei Estadual nº 3.214, de 16 de outubro de 1964, que reestruturava os cargos do funcionalismo do Estado de Minas Gerais. Por rejeitada tanto pela doutrina como pela jurisprudência, a tentativa morreu no nascedouro. OLIVEIRA ROCHA julga que a situação agora transmudou, em face exatamente do artigo 106 da Constituição Federal e do artigo 109 da Constituição do Estado de Minas Gerais. Basta que o regime seja revalidado legislativamente (47).

Se por um lado, o regime estatutário sô se justifica para funcionários que prestam serviços nas atividades inerentes ao Estado como Poder Público (art. 2º da Lei nº 6.185/74), por

(46) Tese apresentada ao IV Congresso Ibero-americano do Direito do Trabalho e Previdência, op. cit.. Eis um resumo de sua argumentação:

"*Sendo Estado, existindo como empregador, mas não tendo empresa, é a noção de "serviço público", variável no tempo e no espaço, em natureza e grau, que deverá inspirar a escolha de uma das três soluções legislativas alvitadas, desde que nenhuma delas conduza à ofensa de princípios constitucionais, relativos a direito e garantias individuais e sociais.*

"*Em tese, poder-se-á afirmar: todo ato estatal destinado ao atendimento de um "serviço público" seria administrativo, ainda que contratual. Contrato administrativo. Contrato, por sua constituição em gênese, e por sua forma; administrativo, por seu conteúdo e causa. Espécie pública da categoria contratual. Na sua essência um híbrido, considerando-se a distinção entre direito público e direito privado, e sua objetividade.*

"*Em sentido oposto, todo ato estatal, máxime sendo contratual, não destinado ao atendimento de um "serviço público", seria privado, em nada importando ser um dos sujeitos pessoa de direito público interno. Também um híbrido, mas do ângulo da sua subjetividade.*

"*A pedra de toque da distinção entre as duas espécies híbridas, a objetiva e a subjetiva, seria o "serviço público", nos sentidos positivo e negativo, respectivamente. Por consequência, para saber-se se determinado*

(47) OLIVEIRA ROCHA, op. cit., p. 334.

outro lado, há de se reconhecer que a legislação trabalhista não é, de modo algum, a mais indicada para regular as relações dos servidores estatais, em face dos pesados ônus que acarreta ao Estado empregador, por ser ela manifestamente tutelar da pessoa do empregado, não levando em conta as situações especiais inerentes à Administração Pública. Destarte, o equilíbrio entre os regimes legal e celetário poderá ser logrado mediante um regime intermediário, que contenha os benefícios essenciais da legislação trabalhista, sem seus pesados ônus e algumas das garantias do estatutário, sem suas inconveniências e mazelas (48).

Muitos são os juristas que admitem a existência do *tertium genus*. Mas é diversa a concepção de cada autor ou escola quanto ao conteúdo do seu regime. Os supracitados concebem-no numa situação de *lege ferenda*, de conteúdo contratual. Outros, de modo precavido, apenas o esboçam ou o colocam na dependência da edição da lei ou leis regulamentadoras do art. 106 da Carta Magna (49). Outros, ainda, afirmam-no já existente, só que constatado em servidores que não tiveram ou não têm até agora amparo previdenciário-trabalhista, como os antigos extranumerários, os "recibados", os contratados indiretamente. Justamente por conceberem o *tertium* em condições de ilicitude é que estes juristas acabam por evoluir para uma postura de peremptória negação do mesmo (50).

contrato de emprego é ou não administrativo, tornar-se-ia necessário indagar se o trabalho executado por quem contratou com o Estado tem por finalidade realização de "serviço público", cuja noção já se procurou substituir pela de "interesse geral".

"O contrato de emprego administrativo, preponderantemente público, com conteúdo normatizado, implica derrogação de princípios e regras do direito contratual privado."

(48) Idem, ibidem.

(49) DALLARI, op. cit., e CUNHA PEIXOTO, conforme voto no RE nº 90391-SP: "Os servidores públicos, pois, não funcionários, poderão trabalhar sob regimes estatutários especiais, sob o regime contratual da CLT - que somente deixou de ser obrigatório - ou, ainda, sob um outro regime contratual de natureza trabalhista".

(50) Citem-se REZENDE PUECH, referido por COELHO MOTTA, op.cit., p. 16; LEITÃO DE ABREU, em passagem já citada do RE nº 88875-6; VAZ DA SILVA, op.cit., passim; e os magistrados trabalhistas em geral. O TST, ao apreciar recursos extraordinários interpostos pelo Estado de São Paulo, a propósito de ações trabalhistas originárias da aplicação da Lei Estadual nº 500/74, pôde, em várias oportunidades, afirmar que, afora os autônomos e os avulsos, que têm

Digna de nota é a concepção de GUEIROS. Para ele, não há necessidade de um regime especial, mas da aplicação da legislação trabalhista como uma regulamentação atenta às peculiaridades do Serviço Público, de modo a não constituir privilégio em favor do Estado-patrão. Assim como a empresa cria normas de comportamento para o empregado dentro do estabelecimento, relacionadas a atos que podem configurar indisciplina, sem tipificar novas infrações, apenas especificando os tipos legais e harmonizando-os com as situações habituais do trabalho da empresa; assim também, a lei especial poderá, na verdade, nada mais ser que um regulamento especial, um tratamento adequado das peculiaridades do regime de trabalho com o Estado, sem ferir nenhum dos preceitos fundamentais da Legislação Trabalhista (51).

A concepção de GUEIROS favorece a generalização da CLT. Já a de LOPES MEIRELLES se posiciona entre o regime consolidado e o legal ou estatutário. Para este autor, como já vimos, há admissão em emprego de natureza estatutária, para funções comuns ou técnicas não especializadas, e contrato, segundo a legislação trabalhista, para funções técnicas especializadas.

disciplina especial, "A Constituição prevê, apenas, dois tipos de trabalhadores sob tutela legal: uns têm regime contratual e, outros, estatutário". (Vejam-se, v.g., transcrições de despachos nos RE nº 90.305-4-SP e 89.034-3-SP.)

(51) GUEIROS BERNARDES, Hugo, "Contrato de Trabalho com o Estado", RIL, outubro de 1973, pp. 43-56. Na ausência dessa regulamentação especial, há entes da Administração que se premunem quanto aos fatos disciplinares, pela analogia. Veja-se a ementa do Parecer nº 1895/77-1ª SPRG, Procuradoria do Distrito Federal-aprovado pelo Governador do DF em 19.8.77, in Rev. Jurídica da PGDF nº 20/90: "Face aos termos da Lei nº 6185/74, de 11/12/74, as lacunas da legislação trabalhista deverão ser supridas pela aplicação analógica das normas estatutárias, no interesse do Estado, desde que não violem o direito do servidor nas suas relações de trabalho". Ou, como expresso na ementa do Acórdão nº 1646/70, da 3ª Turma do TRT da 1ª Região, relatado pelo Juiz FLÁVIO RODRIGUES SILVA: "Perfeitamente lícito é a Prefeitura obrigar a que seus empregados obedeam aos estatuto dos funcionários no que concerne aos deveres. Esta, no que não contrarie a CLT, passa a ter força do Regulamento da Fábrica".

1.2. Opinião Pessoal.

Até aqui nos limitamos a somente expor pontos de vista alheios, não só para dar a conhecer o que se tem escrito sobre o tema, como também para demonstrar que, na sua aparente singuleza, ele já suscitou muitas idéias e comentários, que, se concordantes em alguns pontos, são divergentes noutros. Isto quanto à doutrina, porque o aspecto jurisprudencial terá o seu enfoque à parte, pela sua igual riqueza de comentários e diversidade de soluções.

Quanto à competência legislativa e a natureza da lei especial. - Para editar a lei especial são competentes todas as pessoas de direito público interno - União, Estados e Municípios - segundo a sua esfera de atuação. A expressão *funcionário público* na Carta de 1967, emendada em 1969, não se adstringe ao funcionário, sentido estrito, assim como o termo *cargo*, como adiante se verá, não carrega um sentido unívoco.

A menção a *funcionário* no art. 13, inciso V, da Constituição Federal não constringe o Estado-membro a apenas editar normas sobre o seu servidor quando ele seja *funcionário stricto sensu*. Isto seria podar cerce a autonomia do ente político até em matéria de organização administrativa, que dirá política. Isto é concebível num Estado nacional unitário descentralizado, mas inadmissível num Estado que pretende ser federativo. Também o Município a isto não está constrito, seja por via do mesmo raciocínio, seja por força do preceituado no art. 15, II, da mesma Carta Federal, isto é, administração própria, no que respeite ao seu peculiar interesse, como uma das expressões de sua autonomia.

Como resultado da correlação entre a competência legislativa para a edição da lei especial e a natureza dessa lei, somos levados a admitir que a lei não tem natureza trabalhista nem civil. Em face da competência exclusiva da União (art. 89, XVII, *b*, da CF) para legislar sobre direito civil e do trabalho, além de outros já especificados), conclui-se ser de natureza administrativa a lei especial em epígrafe.

Eis um fato por si só não muito ponderoso, mas que, conjugado ao raciocínio, é um reforço a mais à tese: o pronunciamento da maioria dos autores citados e do Supremo Tribunal Federal é uníssono com estas nossas conclusões.

Quanto ao conteúdo da lei especial. - Fala-se em *Regime Especial* em correlação com *Lei Especial*. Já nos foi propiciado o esclarecimento, o qual adotamos, de que *Lei Especial* se contrapõe a *Lei Geral*. Em havendo duas espécies de lei geral de regulação do trabalho com vínculo empregatício - a CLT e os estatutos dos entes políticos empregadores - e sendo a lei especial definida como lei administrativa, como já se demonstrou, segue que a lei geral correlata é o estatuto dos servidores públicos.

Creemos ser ainda cedo para tirarem-se conclusões sobre o conteúdo do regime especial. Como se tem visto, registram-se sugestões sobre o contrato de direito administrativo ou sobre o contrato privado de direito público. Conquanto hipóteses merecedoras de atenção, vemo-las ainda como hipóteses de trabalho e não como teorias comprovadas. Ao lado delas preponderam as doutrinas do regime legal e do regime consolidado. Estas são as que têm o respaldo da tradição no Serviço Público brasileiro e nos diplomas legais em vigor ou pretéritos. A análise que se fará na 2ª Parte deste trabalho, sobre a Lei Federal nº 6185/74 e sobre as Leis Estaduais nº 500/74, de São Paulo, e nº 6508/73, do Paraná, e ainda a Lei Municipal nº 9160/80, do Município de São Paulo, poderão propiciar-nos dados empíricos e objetivos para um aprofundamento da questão.

Quanto à finalidade e sentido da lei especial. - Registra-se, *de lege lata*, a tendência ora para o regime legal ora para o regime consolidado. Antes da CLT, poderia haver o apelo para a locação de serviços. Bem, para a União parece ser indiferente quer um quer outro. Esta é a conclusão em face da Lei nº 6185, de 1974. É que a União, por ser competente para legislar também sobre o direito do trabalho, tem poderes de introduzir alterações nos seus pactos laborais feitos em consonância com a Consolidação. O mesmo não se dá com os Estados e Municípios. Daí, talvez, a idéia de que o art. 106 existe, a rigor, para resolver os problemas destes com os seus servidores temporários, ora propiciando a desconstituição do vínculo quando necessário ou aconselhável, ora facilitando a contratação de profissionais de alta especialização.

Após a exposição da 2ª Parte, estaremos aptos a avançar no estudo da melhor adequação do regime temporário ao estatuto ou à CLT.

Quanto ao tertium genus. - A concepção do *tertium genus* está intimamente ligada ao do conteúdo da lei especial. Observa-se historicamente que um mesmo regime pode comportar vários estatutos. Há funcionários que, inseridos no regime estatutário, têm regras peculiares no tocante à aposentadoria, remoção, promoção, padrões de remuneração e outros institutos. São os diplomatas de carreira, o pessoal da polícia federal, os membros do Ministério Público, professores e magistrados. Estes últimos podem colocar-se na zona limítrofe entre os agentes administrativos e os agentes políticos. Fala-se, portanto, no estatuto do diplomata, no estatuto do magistério, embora não sejam eles concebidos como tendo um regime à parte do funcionalismo público em geral. A bem da verdade, ter estatuto próprio não caracteriza o funcionário *stricto sensu*, eis que o professor do ensino público - da administração direta, das autarquias da fundações instituídas pelo Poder Público - pode ter estatuto próprio em qualquer um dos regimes assinalados - celetista ou legal.

Ora, o *tertium genus* de que falamos pode vir a ser uma categoria de um dos regimes já existentes. Segundo a opção do ente político empregador, poderemos ter o *tertium* no regime legal ou no regime trabalhista. A União é vista como havendo optado pelo regime trabalhista, em face dos preceitos da Lei nº 6185/74. Teriam optado pelo regime administrativo o Estado e o Município de São Paulo e o Estado do Paraná.

Curioso o exemplo de Portugal em relação ao Estatuto do Funcionalismo Ultramarino, baixado com o Decreto nº 46.982, de 27 de abril de 1966. Conquanto não mais vigente, o exemplo ainda é destacável tanto do ponto de vista histórico quanto do de direito comparado.

O Estatuto Ultramarino concebia três espécies de provimentos de cargos: 1) *por nomeação*, definitiva, provisória, interina ou em comissão; 2) *por contrato*; c) *por assalariamento*. Regia-se por disposições especiais a prestação de serviços assalariados, restrita a artes e ofícios e outros trabalhos predominantemente físicos. Já a prestação de serviços por contrato a) no exercício anual de cargos nos quadros permanentes ou complementa

res; b) no provimento de cargos fora do quadro; e c) na realização de quaisquer trabalhos com caráter eventual, nos quadros ou fora deles, ou se regulam de todo pelas normas do Estatuto ou tem-nas como lei subsidiária. De qualquer forma o Estatuto não se exime de referir-se a essas categorias, quer regulando-lhes a atividade, quer excetuando-as de suas regras (52).

Portugal nos dá um bom exemplo de regulação de função temporária no Serviço Público, solvendo segundo a lei questões que, no Brasil, vêm sendo equacionadas por meio da jurisprudência, v.g., o regime disciplinar do servidor temporário. No silêncio da lei é a decisão administrativa ou judiciária que declara ser a norma disciplinar e ética do estatuto também aplicável ao contratado (53). Para isso se lança mão do expediente da analogia, com referência ao Regulamento da Empresa ou da Fábrica e às peculiaridades da Administração, quando a lei já poderia estar premunida de regras para o evento, que é previsível senão já até vivenciado.

No que diz respeito ao servidor público no regime da CLT, todo ele para nós já é um *tertium*. Não um *tertium* em específico, mas em gênero. O regime consolidado no Serviço Público da União já está sujeito às correções advindas do modo de ser do Estado, haja vista os termos da Lei nº 6185/74, a ser analisada na 2a. Parte deste trabalho. No tocante aos Estados-membros e Municípios, o próprio Judiciário já se encarrega de adaptar-lhe às circunstâncias.

De tudo que aqui foi dito, o essencial é que se conceda ao servidor temporário a proteção trabalhista e previdenciária que lhe é devida nos termos da Constituição, seja qual for a feição do regime ou da categoria a ser regulada.

(52) Tenha-se o exemplo: "O contratado fica sujeito ao estatuto legal e disciplinar dos funcionários do mesmo ramo de serviço, salvo no que estiver especialmente disposto em contrário ou for incompatível com a natureza da situação contratual" (art. 47º, alínea 5a.).

(53) Na 2a. Parte se verá que, quanto a este fato, a prática no Ministério das Relações Exteriores no Brasil é também um bom modelo. Só que as suas regras relativas ao pessoal temporário no exterior, ou seja, o auxiliar local, vem sendo internas e de caráter reservado. O dispositivo do art. 67 da Lei nº 7501, de 27/6/86, recente, é que está dando ensejo a uma regulamentação pública, de competência do Presidente da República. Aguarda-se-a.

1.3. A Jurisprudência.

Por *jurisprudência (lato sensu)* têm-se aqui não só as decisões dos Tribunais - notadamente as da Corte Suprema - mas também as dos órgãos administrativos que interpretam e aplicam as normas legais - a Consultoria-Geral da República e o DASP. Até porque, como se verá, há correlação entre o entendimento dos órgãos administrativos e o do STF.

1.3.1. Serviços de Caráter Temporário e Funções de Natureza Técnica Especializada.

O escopo deste subtítulo é a busca do que se deve entender por serviços de caráter temporário e funções de natureza técnica especializada. A doutrina de que já nos ocupamos tem-se revelado copiosa em comentários a respeito, mas é na jurisprudência, mais comprometida com a realidade, que nos parece estar o cerne do entendimento.

Ressalte-se o sentido prático desta questão. A conceituação dos serviços de caráter temporário e das funções de natureza técnica especializada concorreria não só para definir o regime especial em foco, como também para explicitar a exceção à regra de acumulação de cargos quanto a contrato para prestação de serviços técnicos ou especializados.

A tentativa, conquanto válida, é, contudo, plena de percalços, haja vista a diversidade de pronunciamentos. Tomemos, de início, três deles, transcritos num mesmo aresto.

1º) O art. 106 da Emenda nº 1/69 quis repetir o preceito do art. 104 do texto originário da 1967, ampliando-o, porém, para alcançar, além de obras, quaisquer serviços de caráter temporário, e, não, para restringi-los a serviço público de caráter temporário. Em sendo os serviços públicos de caráter temporário raríssimos não se admitiria a necessidade de previsão constitucional para casos absolutamente excepcionais. Ademais quando a Constituição quer aludir a serviço público como instituição, refere-se, não a serviço, mas a "serviço pu

blico", como ocorre, por exemplo, no parágrafo único do art. 98 (54).

2º) Temporário, segundo o artigo 106, há de ser o serviço ou a função; por via de consequência, temporária será a permanência do servidor na função ou serviço. Em outras palavras, a temporariedade da função tomada em sentido material, é que acarreta a temporariedade do servidor, que como temporário não poderá ser havido, se permanente a função. Quanto às funções de natureza técnica especializada, é mister, para que se não estabeleçam regimes paralelos, que a função técnica ou especializada, não encontre correspondência no serviço público permanente, porquanto, nessa hipótese, forçoso é que o exercício dela seja encarregado a funcionário público, submetido ao regime comum da função pública. Essa interpretação, além de conciliar-se com o dogma de que a Constituição impõe, como tutela do próprio serviço público, seja este desempenhado por funcionário público, harmoniza-se com os próprios termos do artigo 106 do vigente estatuto político (55).

O primeiro inovador e liberal, o segundo conservador e intransigente. São pontos de vista diametralmente opostos, conquanto expressos numa mesma decisão. Este fato evidencia a dificuldade que circunscreve a matéria. Censitariamente, contudo, prevalece o ponto de vista conservador.

3º) Considerar como temporário, passageiro, eventual ou precarista quem presta serviços para executar um plano de educação elaborado ou que não substitui pessoal regular e permanente, ou, ainda, que não realiza serviços decorrentes de fatos extraordinários, indubitavelmente é estabelecer conflito legal com as linhas mestras da Constituição e leis editadas pela União (56).

A bem da verdade, não há um consenso sobre o que se deve entender por serviço de caráter temporário no Serviço Público, nem na jurisprudência, nem na doutrina, nem mesmo na legislação, pelo que se verá na 2ª Parte. Avançou-se bastante, to-

(54) Ministro MOREIRA ALVES, incidência oral ao voto preliminar, *in* RE nº 89.034-3-SP, em 7/6/78.

(55) Trecho do voto de vista do Ministro LEITÃO DE ABREU *in* RE nº 89.034-3-SP.

(56) Argumentação expendida em Acórdão do TST, em referência a ação trabalhista

davia, no tocante à noção de função técnica especializada. É da lavra do então Consultor-Geral da República ADROALDO MESQUITA DA COSTA a tese (57) que vem servindo de base ao entendimento uniforme na Administração Federal, a respeito do exercício da função técnica especializada (58).

Sobre o conceito contido no art. 3º do Decreto nº 35.956, de 2 de agosto de 1954, regulamentador do instituto da acumulação de cargos, de que tratam os arts. 188 a 193 da Lei nº 1.711/52, ADOALDO MESQUITA começa por reproduzir as palavras do então Consultor Jurídico do DASP CLENÍCIO DA SILVA DUARTE. Este, em síntese, declara que não havendo o legislador ordinário, quando da oportunidade da elaboração do Estatuto dos Funcionários, conceituado o que entendia por cargo técnico ou científico, deixou campo aberto para o Poder Executivo.

Com efeito, o referido art. 30 do Decreto nº 35.956/54 assim reza:

"Cargo técnico ou científico é aquele para cujo exercício seja indispensável e predominante a aplicação de conhecimentos científicos ou artísticos de nível superior de ensino.

"Parágrafo único. Considera-se também como técnico ou científico:

- a) o cargo para cujo exercício seja exigida habilitação como técnico de grau ou de nível superior de ensino; e*
- b) cargo de direção privativa de membro do magistério, ou de ocupante de cargo técnico ou científico."*

Segundo ainda CLENÍCIO DUARTE, ao assumir regulamentar o Capítulo I do Título IV daquele Estatuto, o Executivo o fez com grande infelicidade. Não atinou para o fato de que o cargo *podia ser técnico sem ser científico* (grifos do parecerista), sem exigir conhecimentos científicos de nível superior. Desse entendimento discordou o Diretor-Geral do DASP.

ta intentada por professores *precaristas* do Estado de São Paulo e reproduzida no Acórdão do STF, supracitado.

(57) Parecer H-194, de 4/6/65, aprovado em 6/7/65 e publicado em 12/7/65, DOU, pág. 6515 e também *Pareceres da CGR*, jun. a dez. de 1965, Tomo II.

(58) V., e.g., o Parecer CGR nº P-026/83.

Na opinião de ADROALDO MESQUITA, tem razão, em princípio, CLENÍCIO DUARTE. As expressões "técnico" e "científico", se paradas por uma conjunção alternativa "ou" é sinal de independência das palavras, principalmente quando se sabe que a lei não contém palavras ou expressões inúteis, sem sentido, sem propósito.

Ao se examinar, porém, cada caso concreto, o que venha a ser cargo "técnico", para efeito de acumulação, verifica-se que este não pode ser abstraído de conhecimentos científicos.

Se se admitisse o cargo técnico com o sentido rigidamente prático, ou seja, sem a influência de conhecimentos científicos, isso importaria na impossibilidade material de acumulação, visto que impossível seria o preenchimento do requisito de correlação de matérias.

Teoricamente, os conhecimentos pertinentes ao cargo técnico ou científico devem ser de nível superior, no sentido de que seja possível a existência de correlação de matérias de vez que, para o cargo de magistério, esses conhecimentos, inegavelmente, são de grau superior, ainda que a função exercida corresponda ao ensino médio.

Assim, no que diz respeito à caracterização de cargo técnico ou científico baseada em conhecimentos científicos ou artísticos, não lhe parece deva ser retificado o art. 3º do Decreto nº 35.956/54, pois atende aos princípios doutrinários, sem ferir ou violar dispositivos legais ou preceito constitucional.

Quanto à parte final, que exige "conhecimentos científicos ou artísticos de nível superior", entende perfeitamente aceitáveis os argumentos do Consultor Jurídico do DASP.

O conhecimento que se exige do cargo técnico ou científico é aquele que suficientemente preencha as condições para que o cargo seja considerado técnico ou científico. Mas isso não significa que tenha de ser, necessariamente, de nível superior. Essa hipótese não está prevista nem na Constituição nem no Estatuto dos Funcionários.

1.3.2. A Função Técnica Especializada como Exceção à Regra de Acumulação de Cargos.

O estudo desta questão conduz-nos ao preceito contido no art. 99, § 4º, da Constituição Federal, que dispõe:

"A proibição de acumular proventos não se aplica aos aposentados, quanto ao exercício de mandato eletivo, quanto ao de um cargo em comissão ou quanto a contrato para prestação de serviços técnicos ou especializados."

Enquanto o artigo 106 alude a *contratados para funções de natureza técnica especializada*, o art. 99 e seu parágrafo 4º referem-se a *contrato para prestação de serviços técnicos ou especializados*. O conteúdo é o mesmo (59).

É indubitosa também a correlação entre o art. 99, §4º, e o seu análogo, o art. 93, § 9º. Enquanto aquele toca aos aposentados (civis), este diz respeito aos militares da reserva e aos reformados.

Optamos aqui por uma exposição cronológica de Pareceres do DASP, Consultoria-Geral da República e arestos do Supremo, a fim de melhor captar a evolução do entendimento desses órgãos jurídicos.

Em janeiro de 1968, a CGR manifestava-se a respeito da exceção à regra de acumulação de cargos, no que concerne à prestação de serviços técnicos ou especializados, contida no então art. 97, § 3º, da Constituição de 1967, em sua redação original, nos mesmos termos do atual art. 99, § 4º, da EC nº 1/69 (60).

O referido Parecer realçava as seguintes questões formuladas pela Comissão de Acumulação de Cargos do DASP:

(59) "Embora se empregue a conjunção *ou*, não tem ela aí, ao que se me afigura, sentido disjuntivo, que viesse a configurar ou um serviço ou outro, mas tão-somente uma complementação. É que não seria dissociável o serviço especializado da utilização, no seu desempenho, de conhecimentos científicos ou artísticos, que é o que concretiza o técnico" (Parecer CGR nº L-072, de 28/7/75, aprovado em 2/9/75, *in Pareceres da CGR*, vol. 86, pp. 83 a 92.

(60) Parecer exarado em 3/1/68 e aprovado em 12/1/68, com publicação no DOU em 17/1/68, p. 567; V. também *Pareceres da CGR*, vol. 77, T. VII, p. 1.

a) Qual a conceituação de "serviços técnicos ou especializados"?

b) O funcionário, aposentado em um cargo, poderá aceitar também um sô, ou mais de um contrato?

c) Pode-se admitir que o aposentado em um sô cargo, sem prejuízo da percepção de seus proventos, exerça, concomitantemente, um cargo em comissão, de natureza técnica ou científica, e um contrato de professor?

d) É possível aplicar a norma a quem já acumula dois cargos, quando, em um deles ou em ambos, esteja aposentado?

Em suas considerações preliminares, o aludido Parecer aduz que

"O preceito supratranscrito constitui inovação em matéria de acumular, por isso que permite, expressamente, mais uma exceção à regra geral que é a da proibição.

"O sentido e a inspiração do dispositivo constitucional é, sem sombra de dúvida, o de facultar, à Administração, o recrutamento de seu pessoal já aposentado para preencher lacunas no setor de seus serviços técnicos ou especializados, bem como nas atividades de chefia e direção.

"O princípio é salutar, por isso que possibilitou ao governo poder continuar em seus quadros, com pessoal capacitado para o exercício de tarefas relevantes, o que não acontecia na legislação anterior.

"Entretanto, não se há de entender a permissão com caráter totalmente liberatório, mesmo porque seu propósito está claramente definido e delimitado em suas expressões.

"Ao falar de "serviços técnicos ou especializados", o legislador constituinte pretendeu evitar a aplicação do benefício a toda e qualquer função pública, e permiti-la, tão somente, àqueles de maior responsabilidade e mais escassos no mercado de trabalho, por sua própria natureza."

Em resposta à primeira indagação, faz remissão ao Parecer de nº 194-H, de 4 de junho de 1965, já referido, onde se opina sobre a conceituação das expressões "técnico" e "científico". No que diz respeito ao vocábulo "especializado", sua compreensão deve seguir a mesma linha de raciocínio. ANTÔNIO DE MORAIS SILVA, citado no Parecer, em seu "Grande Dicionário da Língua Portuguesa", vol. IV, p. 747, assim define:

"Especializado, adj. e p.p. (de especializar). Que

se especializa; que tem conhecimentos especiais de uma arte, de uma ciência, de um assunto ..."

A conduta da Administração, para o exame da aplicação do preceito constitucional em epígrafe, em cada caso concreto, deve, assim obedecer aos critérios e às regras definitorias já utilizadas nas soluções dos problemas de acumulação.

Quanto ao funcionário que acumula, legalmente, dois cargos públicos, se aposenta em um só, não poderá beneficiar-se da exceção constitucional, uma vez que sua contratação ou sua nomeação para cargos de direção iria ferir o próprio texto da Lei Maior, pois que este só excepcionou os casos de proventos com exercício de cargo em comissão, ou contrato, para prestação de serviços técnicos ou especializados.

Se o funcionário ainda está em atividade em um dos cargos, por este ele percebe vencimentos e não proventos, vale dizer, incidiria na regra geral de acumular cargos com remuneração. A indagação de letra *b* está assim respondida.

Se o servidor está aposentado no único cargo que ocupava, poderá ser nomeado para cargo em comissão ou contratado para prestar serviços técnicos ou especializados, não sendo lícito, porém, continuar percebendo os proventos da inatividade e, ao mesmo tempo, os vencimentos do cargo de direção e salário proveniente de contrato. Significaria isto a acumulação de três remunerações, o que não se admite.

Argumentar-se-á que o exercício ocorre em duas funções, pois os proventos são vantagens do aposentado, que já não ocupa cargo. Ora, sobre esse aspecto, é mansa e pacífica a jurisprudência administrativa. A vedação constitucional impede tanto a *acumulação de exercício como a acumulação de remuneração*. Por conseguinte, também se aplica aos inativos que continuam percebendo os *proventos da inatividade* e são beneficiados pela atualização periódica dos mesmos, por força da lei.

Atendidas estão, assim, as indagações de letra *c* e de letra *d*.

Em dezembro daquele mesmo ano, subscreveria o DASP Parecer da sua Comissão de Acumulação de Cargos, cuja ementa

se exarava nos seguintes termos:

- "Atividade de magistério se inclui no conceito de serviços técnicos ou especializados, podendo ser exercida por funcionário aposentado, mediante contrato, independente das condições exigidas para acumulações comuns" (61).

Em fins de 1971, a CGR firmava dois outros entendimentos. (62).

Primeiro. - Podem-se acumular proventos de cargos com os subsídios de mandato eletivo, com o vencimento de cargo em comissão ou com a retribuição de prestação de serviços técnicos ou especializados, mediante contrato. Nenhuma distinção, nesse sentido, pode encontrar-se no texto, expressa ou implicitamente, nem, tampouco, no exame comparativo com os demais dispositivos que tratam da inacumulabilidade de remuneração de cargos. Não será lícito, pois, ao intérprete fazê-lo.

Segundo. - Não se compreende na exceção dos artigos 93, § 9º, e 99, § 4º, o contrato para o exercício de cargo de magistério, sob o regime da CLT. O inativo pode assinar contrato para prestação de serviços técnicos ou especializados na medida em que a prestação dos serviços seja necessária e não possa ser atendida, normalmente, pelos servidores do Quadro de Pessoal, dado seu caráter de excepcionalidade. A contratação para cargo de magistério, de caráter permanente, cuja prestação de serviço, embora de nível técnico, não se reveste do cunho de excepcionalidade, podendo e devendo ser desempenhada pelos servidores do Quadro, evidentemente, não se enquadra na exceção constitucional em apreço. Tanto, assim é que o constituinte, quando quis permitir a acumulação de proventos com o exercício de função de magistério, fê-lo de modo expresso, no § 9º do art. 93, a despeito de, no mesmo parágrafo, estar consignada a exceção relativa à prestação de serviços técnicos e especializados. Ora, se aquela pudesse entender-se compreendida nessa última, a referência em causa seria desnecessária e o texto passaria a conter expressões inócuas, o que não se admite.

(61) DASP, Parecer relatado em 3/12/68 e aprovado em 9/12/68, RDA 96/209-10.

(62) CGR, Parecer nº I-154, de 26/10/71, aprovado em 3/12/71, DOU de 6/12/71, p.9954; v. também *Pareceres da CGR*, vol. 81, pp. 205/7.

Em dezembro de 1974, os Ministros da 2ª Turma do Supremo acordavam, por unanimidade, no sentido de não ser possível acumularem-se proventos de postalista aposentada pela ECT, com o salário de radio-atriz da Rádio Nacional (63).

O Ministro Relator perfilha o entendimento de que as exceções contidas no art. 99, § 4º, devem ser examinadas em confronto com o art. 26 da Lei nº 3.780/60, segundo o qual "para o desempenho de atividade técnico-especializada, para cuja execução não disponha o serviço de funcionário habilitado, poderá ser admitido especialista temporário, por prazo não excedente ao de um exercício financeiro, mediante portaria do Ministro de Estado ou de dirigente de órgão subordinado ao Presidente da República". Ora, à luz dessa orientação não se pode considerar *temporário* um cargo que vem sendo ocupado há mais de dez anos.

Concorda, portanto, com o ponto de vista da Procuradoria-Geral da República, exarado nos autos, de que a condição permanente de empregada da Rádio Nacional, como rádio-atriz, de parte da recorrente, não se ajusta ao conceito de contratação para serviço especializado, cuja principal característica é o caráter transitório.

Examinemos agora um Parecer emitido cerca de sete meses após esse Acórdão (64).

O Parecer CGR nº L-072/75 sustenta a tese de que os preceitos constitucionais em exame falam de contrato que tem por objeto a prestação de serviços, não se especificando a natureza desse contrato, o que vale dizer que ele aí se inscreve como um conceito genérico, que tanto pode compreender a prestação eventual de serviços, ou o contrato de locação de serviços regido pelo direito comum, como o contrato de trabalho ou contrato de emprego, que tem especificamente por objeto a prestação de serviços de natureza não eventual, sob a dependência de empregador (art. 3º da CLT).

Na verdade - prossegue - a forma habitual da prestação de serviços técnicos ou especializados à Administração, ain

(63) RE nº 79.188-GB, Relator Ministro CARLOS THOMPSON FLORES.

(64) Parecer CGR nº L-072/75, já citado.

da que por aposentados, tem seguido o regime jurídico-trabalhista, pois a mesma Constituição de 1967 que adotou, por primeiro, a hipótese (art. 97, § 3º), também estabeleceu que aos contratados para funções de natureza técnica ou especializada se aplicaria a legislação trabalhista (art. 104), diretriz que ainda prevalece, tendo em vista o princípio da continuidade das leis, não sendo contraditada pela norma programática do art. 106 da Emenda nº 1, não regulamentado.

Por outro lado, se a norma excepcional não contém, à evidência, limitações à duração do contrato nela previsto, daí não se há de inferir um prazo-limite cogente, pelo simples fato de tratar-se de norma excepcional. E se o contrato pode revestir, como tem revestido, na prática, por ponderáveis razões jurídicas, o caráter jurídico trabalhista, a presunção *juris tantum*, válida nesse ramo de direito, é que ele vige por tempo indeterminado, salvo a prova de que tenha sido estipulado por prazo determinado (art. 443 da CLT).

Como se sabe, os textos, tanto da Constituição de 1967, como da Emenda nº 1, tinham presente uma estrutura funcional assentada na Lei nº 3.780/60, onde prevalecia o regime jurídico estatutário para atendimento das atividades permanentes da Administração Federal, enquanto as atividades transitórias ou eventuais eram supridas por pessoal temporário, pessoal de obras ou especialistas temporários, admitidos para desempenho de atividades técnico-especializadas, para cuja execução não dispunha o serviço de funcionário habilitado (arts. 23, 24, 26 e seguintes da Lei nº 3.780/60), todos regidos pela CLT, prevendo-se, com relação a esses, a existência de tabelas de salário de pessoal (art. 25), sem que, entretanto, a própria natureza das tarefas comportassem uma estruturação orgânica, de sorte a serem criados quadros e tabelas.

Entretanto, o desenvolvimento dos encargos de cada repartição, decorrente da expansão da Administração em todos os setores, exigiu, sempre mais, o aumento do número de servidores sob o crivo dessas categorias, na impossibilidade de se alterarem os quadros funcionais estatutários, ainda em estudo e formação.

Nesse clima de estruturação um tanto deficiente, é que

se deu também o ingresso dos inativos, facultado pelo advento da norma constitucional, e por via de contratação, sob regime trabalhista, para a prestação de serviços técnicos ou especializados, sem critérios preestabelecidos para a inclusão em tabelas e quadros permanentes, visto que a única organização básica era a dos funcionários estatutários. A sua situação, portanto, do ponto de vista jurídico, é a mesma dos demais servidores trabalhistas, no momento em que se confrontam com a implantação do no Plano, advindo da Lei nº 5.645/70, e mais especificamente, com as recentes medidas que vinculam ao futuro o regime jurídico da CLT, como suporte da estrutura administrativa.

Acresce, ainda, que os contratos de trabalho, ou contratos de emprego, dentro ou fora das tabelas permanentes, guardam a mesma natureza e, ainda que por tempo indeterminado, a mesma instabilidade, desde que submetidos às normas que regem o FGTS, afastada, portanto, sumariamente, a hipótese de estabilidade no serviço público, que poderia ser acoimada de conflitante com o espírito e a intenção da exceção constitucional.

Resume, então, o Parecer que o contrato de trabalho, de prazo indeterminado, que se celebra com o inativo recrutado, é perfeitamente cabível nas tabelas organizadas, ao lado das demais que se situam em uma mesma relação jurídica. Permanente é o estrutural, é a natureza da função em relação à atividade essencial do órgão. O contrato de trabalho, distintamente, num caso ou noutro, será por tempo indeterminado, insusceptível de estabilidade.

Pondera, no entanto, em consonância com o implicitamente sugerido pelo DASP, sobre a necessidade de uma regulamentação suplementar, que trate da inclusão dos inativos contratados nas tabelas propostas, quer porque a eles se não refira, expressamente, o Decreto nº 75.239/75 (65), quer porque as

(65) O Decreto nº 75.239, de 16/1/75, dispõe sobre a inclusão de empregos regidos pela legislação trabalhista no Plano de Classificação de que trata a Lei nº 5.645, de 10/12/70.

atuais inclusões ou as contratações futuras reclamem um preciso ajustamento ao texto constitucional, no que tange à discriminação dos serviços técnicos ou especializados, que somente esses lhes são facultados.

Cumprê acentuar que o mērito dessa inclusão estaria em atender amplamente à reforma a que se procede no Serviço Público, evitando-se o inconveniente da permanência, mais uma vez, de um quadro *a latere*. A permanência desse pessoal contratado fora da estrutura importaria na negação dos princípios da Classificação de Cargos.

A tese deste Parecer representa uma viragem da orientação até então seguida pelos órgãos jurídicos em foco. O STF, não obstante, até o primeiro semestre de 1980, permaneceu indiferente a esse ponto de vista.

Em outubro de 1978, o Supremo Tribunal Federal, estribado em precedentes tais como os do RMS nº 9.886 e RE 79.188, ainda setenciava que

"A exceção prevista no § 4º do art. 99 da Constituição Federal diz respeito a serviços técnicos especializados de natureza temporária, e não legitima a acumulação de proventos com vencimentos ou salários de cargo ou emprego público permanentes" (66).

Eis que no início de 1980, com a participação no STF do Ministro RAFAEL MAYER, que, na qualidade de Consultor-Geral da República, lavrara o Parecer nº L-072, de 1975, retrocitado, parece haver ocorrido a adesão daquela Suprema Corte ao novo entendimento.

Assim é que, em Recurso Extraordinário decidido pela 1ª Turma do STF, em 23/3/80 (67), exarava-se a seguinte ementa:

"Acumulação de cargo. Proventos de funcionária autárquica. Salário de radio-atriz da Rádio Nacional. Constituição Federal, art. 99, § 4º (exegese). - Não estipulado na norma constitucional, para efeito de acumulação, limite de duração do contrato permitido ao aposentado, que tenha por objeto a prestação de ser-

(66) RE nº 88.740-7-MG, Relator Ministro CORDEIRO GUERRA.
(67) RE nº 90.933-8-RJ, Relator Ministro THOMPSON FLORES.

viços técnicos ou especializados, não resulta violado o preceito se reconhecida a validade de exercício cumulativo de contrato trabalhista cuja duração seja indeterminada, na forma da CLT. - Recurso extraordinário não conhecido."

Foi vencido o Ministro Relator, tendo o Ministro SOARES MUNOZ, em voto de vista que acompanha a tese do vencedor do Ministro RAFAEL MAYER, aditado a seguinte argumentação:

"Não se acha explícito, no parágrafo 4º do art.99 da Constituição da República, a exigência de que a acumulação dos proventos de aposentadoria com a remuneração de cargo ou emprego, exercido pelo servidor inativo, pressuponha que este seja transitório.

"O mandato de deputado, embora por quatro anos, pode prolongar-se indefinidamente, através de sucessivas eleições. O de Senador não tem nada de transitório, uma vez que sua duração é de oito anos, facultada, também, a reeleição por muitas legislaturas. Os cargos em comissão, por igual, não se caracterizam, necessariamente, pela transitoriedade, tanto que o funcionário pode permanecer indefinidamente neles, apesar de demissível "ad nutum". O contrato para prestação de serviços técnicos especializados, por igual, não significa que deva ser por curta duração. A temporariedade do contrato vincula-se ao respectivo prazo, se por tempo determinado, e ao aviso prévio, se por tempo indeterminado. Este poderá estender-se indefinidamente e aquele ser passível de renovações sucessivas.

.....

"Quanto ao requisito concernente a "serviços técnicos especializados", a Constituição não conceitua o que sejam eles. Há parecer do Coordenador da Legislação do Pessoal do DASP admitindo que o lugar de "radioatriz" pode ser havido como de natureza técnica, para o efeito de acumulação. Em verdade, o art. 3º do Decreto nº 35.956, de 1954, estabelece que "cargo técnico ou científico é aquele para cujo exercício seja indispensável e predominante a aplicação de conhecimentos científicos ou artísticos, do nível superior de ensino" (68). Todavia, esse dispositivo não se acha prequestionado no apelo excepcional." (69).

(68) Como se viu, ADROALDO MESQUITA já contornara a questão da inconstitucionalidade do art. 3º do Decreto nº 35.956/54, admitindo teoricamente a correspondência entre cargo técnico ou científico e nível superior, poderando, no entanto, sobre a possibilidade de, na prática, não subsistir essa correspondência, não exigida, aliás, por lei.

(69) O então Consultor-Geral da República CLÓVIS RAMALHETE adota integralmente a argumentação contida nos votos dos Ministros RAFAEL MAYER e SOARES MUNOZ, como se vê no Parecer emitido em 30/5/80, no processo 2.044/80, in RDP 59-60/143-4.

A amplitude de entendimento que se acaba de verificar tem desdobramentos. Três anos apòs, a CGR vem a afirmar que

- *"Por serviços técnicos ou especializados, previstos no art. 93, § 9º, e 99, § 4º, da Constituição, compreendem-se os que requerem conhecimentos de grau médio ou superior de ensino, desde que não inerentes a cargos ou empregos permanentes.*

- *"Tais contratos hão de ser temporários e não se sujeitam ao limite de idade de 50 anos, fixado no art. 1º da Lei nº 6.334/76."* (70)

Destacam-se neste parecer os seguintes aspectos:

a) A reiteração do entendimento já firmado pela Administração, e não contrariada pelo STF, no sentido de que serviços técnicos ou especializados podem requerer tanto conhecimento de grau superior como de grau médio de ensino (71).

b) Um fato novo no que respeita ao limite de idade para a contratação de aposentados para serviços técnicos ou especializados; e

c) Um recuo quanto ao entendimento do Acórdão do RE nº 90.933-8-RJ, no que tange à vinculação dos serviços técnicos ou especializados a cargos ou empregos permanentes.

Quanto a este último item, parte mais controvertida da matéria, o Dr. CATALDO, subscritor do Parecer nº P-026/83, ora em exame, apresenta uma visão retrospectiva da questão ressaltando que a tese por ele esposada é a de que a Administração não deve posicionar-se adversamente à jurisprudência solidamente firmada pelos Tribunais sobre questões de direito. Salvo a exceção contida no RE nº 90.933-8-RJ, os Acórdãos do Supremo, a constituírem jurisprudência, têm interpretado essa faculdade excepcional restrita à hipótese de *temporiedade dos serviços, logo de contratação, não sendo legítima a acumulação de proventos com o exercício de cargo ou emprego público permanentes.*

Ressaltem-se as decisões nos seguintes Recursos: RMS nº 9.886, RE nº 79.188-RJ, RE nº 88.740-7-MG, RE nº 92.485-0-RJ e RE nº 94.477-0-RS. Verificar-se-á, então, haver firme juris-

(70) Parecer CGR nº P-026, de 2/3/83, aprovado em 8/3/83, *in* RDA 152/185-190.

(71) V. Formulação nº 255, de 1970, do DASP: "Os serviços técnicos ou especializados a que alude o art. 99, § 4º, da Constituição, não são necessariamente de nível superior".

prudência do STF no sentido de que não podem ser de caráter permanente, mas, sim, de caráter temporário, os contratos para a prestação de serviços técnicos ou especializados compatíveis com a percepção de proventos por servidores inativos. Acresce, ainda, que, do voto do Ministro CORDEIRO GUERRA no RE nº 92.485-0-RJ, supra, se colhe que outra não foi a interpretação do Plenário do STF ao apreciar os embargos no RE nº 90.933-8-RJ, julgamento concluído em 5/11/81, com acórdão ainda não publicado.

Quanto ao limite de idade de 50 anos fixado genericamente pelo art. 1º da Lei nº 6.334, de 1976, este constitui requisito para admissão em tabelas especiais, como nas permanentes, não sendo, contudo, razoável a observância desse limite quando se trate de contratação para serviços técnicos ou especializados, tanto pela razão precisamente de a Constituição assemelhar essa contratação às hipóteses de exercício de mandato eletivo ou de cargo em comissão - em relação às quais não há tal limite de idade - como por certamente não estar o permissivo constitucional desatento a que o aposentado, convocável eventualmente para atender à excepcionalidade, terá em regra mais de cinquenta anos de idade.

No que tange ainda a idade-limite, a questão já houvera sido suscitada em 1970, junto ao DASP, em relação, todavia, ao aposentado compulsoriamente.

Em 1º de julho de 1970, o Coordenador de Legislação de Pessoal emitiu Parecer publicado no DOU de 20/7/70, p. 5376, que concluía pela possibilidade de funcionário aposentado compulsoriamente, por haver atingido setenta anos de idade, poder ser contratado para prestar serviços técnicos ou especializados, desde que julgado apto em exame de saúde. Punha em xeque a presunção de que a idade cronológica influi de modo inexoravelmente negativo na capacidade física e de trabalho. Citava exemplos de pessoas idosas lúcidas e produtivas, tais como JUAREZ TÁVORA, AGRIPINO GRIECO, ARTHUR RUBINSTEIN, HENRI MILLER, ADROALDO MESQUITA, CHARLIE CHAPPLIN, MAURICE CHEVALIER, ARNOLD TOYNBEE, PONTES DE MIRANDA, MARECHAL RONDON, e muitos outros.

No entanto, o DOU de 19 de agosto de 1970 publicou Decisão do Diretor-Geral do DASP contrária a esse entendimento com a seguinte conclusão: "Assim prefiro defender a tese da impossi

bilidade legal de contratação na espécie, visto como pode ocorrer a contraditória hipótese de considerar o Estado um funcionário automaticamente afastado do serviço público e admiti-lo no dia seguinte, sob forma trabalhista, desmentindo qualquer óbice à sua permanência com o vínculo funcional ativo anterior".

1.4. Resumo da Visão Jurisprudencial.

A jurisprudência tem logrado equacionar algumas questões relativas à função de natureza técnica especializada. Desarte, a despeito das lacunas da lei e das disposições por vezes equívocas, por vezes indevidamente restritivas, do Decreto do Executivo Federal nº 35.956/54, já se têm pacificadas algumas idéias, mercê da interpretação construtiva e conjugada do DASP e da CGR.

Já se afirma, sem contestação, que a função técnica é inerente ao conhecimento científico ou artístico. Admitida a função técnica independente do saber científico, possível num sentido rigidamente prático e sugerido nos termos do Decreto supracitado, isso implicaria na impossibilidade material de acumulação de cargos de magistério e técnico, por acarretar a ausência da indispensável correlação de matérias.

Já se afirma, igualmente sem contestação, que a função técnica não deve exigir necessariamente conhecimentos científicos ou artísticos de nível superior. Essa hipótese não está prevista nem na Constituição nem no Estatuto dos Funcionários.

Outras indagações já foram também levantadas e respondidas sem contradita. Funcionário que acumula, legalmente, dois cargos públicos, se aposenta num só, não poderá beneficiar-se da exceção constitucional. Continua vedada não só a acumulação de exercício como também a acumulação de remuneração, não sendo possível, em qualquer hipótese, a acumulação de três remunerações (incluídos os proventos).

Não é razoável a observância do limite de idade de cinquenta anos, fixado genericamente pela Lei nº 6.334/76, quando se trata de contratação para serviços técnicos ou especiali

zados. Essa contratação se assemelha às hipóteses de exercício de mandato eletivo ou de cargo em comissão, em que não há tal limite de idade. Além disso, o permissivo constitucional não está por certo desatento ao fato de que o aposentado, convocável eventualmente para atender à excepcionalidade, terá, via de regra, mais de cinquenta anos de idade.

Quanto ao aposentado compulsoriamente, pelo implemento da idade de setenta anos, o próprio DASP decidiu não ser aceitável que a Administração Pública admita, para uma função técnica especializada, alguém que no dia anterior foi considerado inapto para o serviço permanente, por questão etária. Isso seria uma contradição.

Queda, no entretanto, indecisa a questão primordial, a saber, o conceito de serviço temporário. A jurisprudência, como a doutrina, não equacionou ainda o problema. Censitariamente, como se já realçou, predomina o pensar de que a função especializada não se deve confundir com as de natureza permanente. Mas, de tempos em tempos, as vozes discordantes se fazem ouvir. O Supremo já viu registrada nos seus anais a tese de que o serviço de caráter temporário não se deve confundir com o serviço público de caráter temporário. Em sendo o serviço público de caráter temporário raríssimo, não se admitiria uma previsão constitucional para caso absolutamente excepcional, devendo-se acrescentar que, quando a Constituição quer aludir a serviço público como instituição, refere-se, não a serviço, mas a "serviço público". Por outro lado, também se registra o pensamento de que a a temporariedade material da função que acarreta a temporariedade do servidor, que, como temporário, não poderá ser havido, se permanente a função. Se a função técnica especializada corresponde a serviço público permanente, dela se deve encarregar funcionário público, submetido ao regime comum da função pública.

2. O ART. 106 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SUA PROJEÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS.

Util a nossa análise será também o confronto entre o art. 106 da Constituição Federal e os preceitos que, por força do art. 200 da mesma Carta Magna, lhe são correspondentes nas Constituições dos Estados-membros.

Constituição do Estado do Acre (EC nº 2, de 26 de abril de 1971):

"Art. 94. O regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário, ou em função de natureza técnica especializada, será o mesmo estabelecido em lei federal."

Constituição do Estado de Alagoas (EC nº 14, de 19 de junho de 1980):

"Art. 79. Os servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada ficarão sujeitos ao regime jurídico definido em lei especial."

Constituição do Estado do Amazonas (EC nº 1, de 30 de setembro de 1970):

"Art. 69. O regime jurídico dos servidores admitidos em serviço de caráter temporário, ou contratados para funções de natureza técnica especializada, será estabelecido em lei especial, aplicando-se, em sua falta, a legislação trabalhista."

Constituição do Estado da Bahia (EC nº 2, de 29 de novembro de 1969):

"Art. 67."

"§ 7º - O regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário, ou contratados para funções de natureza técnica especializada, será o estabelecido em lei federal."

Constituição do Estado do Ceará (EC nº 7, de 23 de junho de 1978):

"art. 98. O regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada será estabelecido em lei especial."

Constituição do Estado do Espírito Santo (EC nº 1, de 13 de novembro de 1971):

"Art. 93. O regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário, ou contratados para funções de natureza técnica especializada, será estabelecido em lei especial."

Constituição do Estado de Goiás (EC nº 1, de 7 de julho de 1970):

"Art. 74."

"Parágrafo único - Será estabelecido em lei especial o regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica ou especializada."

Constituição do Estado do Maranhão (EC nº 1, de 28 de fevereiro de 1970):

"Art. 97. O regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica ou transitória, será estabelecido em lei especial."

Constituição do Estado de Mato Grosso (EC nº 1, de 21 de dezembro de 1969):

"Art. 128. O regime jurídico dos servidores admitidos em serviço de caráter temporário, ou em função de natureza técnica especializada, será estabelecido em lei."

Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul (EC nº 1, de 13 de junho de 1979):

"Art. 83. O regime jurídico dos servidores admitidos em serviço de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada será estabelecido em lei especial."

Constituição do Estado de Minas Gerais (EC nº 1, de 19 de outubro de 1970):

"Art. 109. A lei disporá sobre o regime jurídico dos servidores admitidos em caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada."

Constituição do Estado do Pará (EC nº 1, de 29 de outubro de 1969):

"Art. 115. O regime jurídico dos servidores admitidos em serviço de caráter temporário ou contratados para

funções de natureza técnica especializada será estabelecido em lei especial."

Constituição do Estado da Paraíba (EC nº 1, de 16 de junho de 1970):

"Art. 76. O regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica ou especializada poderá ser o da legislação trabalhista."

Constituição do Estado do Paraná (EC nº 3, de 29 de maio de 1971):

"Art. 81. Aplica-se a legislação trabalhista aos servidores admitidos temporariamente para obras, ou contratados para função de natureza técnica ou especializada."

Constituição do Estado de Pernambuco (EC nº 14, de 6 de janeiro de 1983):

"Art. 130. O funcionário ou servidor da administração centralizada ou descentralizada, sujeito ao regime estatutário, poderá ser contratado, no interesse do serviço e na forma que a lei determinar, para função técnica ou especializada, com suspensão do vínculo estatutário."

Constituição do Estado do Piauí (EC nº 1, de 30 de janeiro de 1971):

"Art. 80. O regime jurídico dos servidores admitidos em serviço de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada será estabelecido em lei."

Constituição do Estado do Rio Grande do Norte (EC nº 7, de 23 de abril de 1979):

"Art. 110. A admissão em caráter temporário e a contratação de pessoal para funções de natureza técnica especializada regem-se pelo disposto em lei especial do Estado."

"Parágrafo único. O disposto neste artigo não impede a contratação de servidores pelo regime da legislação trabalhista, nos casos indicados em lei estadual."

Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, de 27 de janeiro de 1970:

"Art. 112. O regime jurídico dos servidores admitidos em serviço de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada será estabelecido em lei especial."

Constituição do Estado do Rio de Janeiro, de 23 de julho de 1975:

"Art. 99. O regime jurídico dos servidores admitidos em serviço de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica e especializada será estabelecido em lei especial."

Constituição do Estado de Rondônia, de 6 de agosto de 1983:

"Art. 102. O regime jurídico dos servidores admitidos em serviço de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada será estabelecido em lei especial."

Constituição do Estado de Santa Catarina (EC nº 1, de 20 de janeiro de 1970):

"Art. 122. O regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada será estabelecido em lei especial."

Constituição do Estado de São Paulo (EC nº 2, de 30 de outubro de 1969):

"Art. 95. O regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário, ou em função de natureza técnica especializada será estabelecido em lei."

Constituição do Estado de Sergipe (EC nº 2, de 30 de dezembro de 1969):

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

Observa-se que esses dispositivos constitucionais estaduais, de um modo geral, mantêm o mesmo espírito do seu modelo federal, por vezes até com a mesma redação, em se referindo a *lei especial* ou a *lei*, simplesmente. Daí serem notáveis as seguintes variantes:

a) dos Estados do Acre e da Bahia - de que o regime será o mesmo estabelecido em lei federal;

b) do Estado do Amazonas - de que, na falta de lei especial, se aplicará a legislação trabalhista;

c) do Estado da Paraíba - de que o regime poderá ser o da legislação trabalhista (72).

d) do Estado do Paraná - de que a esses contratados e aos admitidos para obras se aplicará, pura e simplesmente, a legislação trabalhista;

e) do Estado do Rio Grande do Norte - de que se regerá pelo disposto em lei especial do Estado, não havendo, outrossim, qualquer óbice a aplicação da lei trabalhista nos casos indicados em lei estadual.

Note-se que, no caso do Estado de Pernambuco, não há referência à hipótese em exame. Aí a Carta Magna do Estado trata, na verdade, da possibilidade de o servidor sujeito ao regime estatutário vir a ser contratado, no interesse do serviço, para função técnica ou especializada, com a suspensão do seu vínculo estatutário.

(72) MEDEIROS SILVA, Carlos, *Parecer*, RDA 123/393-397, comenta que a expressão "podará ser" não exclui outro regime, caso o legislador local assim o prefira, no curso do tempo, para atender às necessidades e peculiaridades locais.

3. O SERVIÇO DE NATUREZA EVENTUAL.

No que concerne ao Serviço de Natureza Eventual - espécie de Serviço Temporário - poder-se-ia cortar o nó gordão em simplesmente afirmando que a sua concepção é inconstitucional por deixar o trabalhador ao largo da proteção consagrada no art. 165 da Carta Magna. Contudo, a norma administrativa vem contemplando-o desde pelo menos o art. 23, II, da Lei nº 3780, de 12 de julho de 1960 (há um quarto de século), passando pelo Decreto Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, art. 111, e seu regulamento - Decreto nº 66.715, de 15 de junho de 1970. Não é que se queira ser normativista a *outrance* ou que se acredite que a norma jurídica não contém palavras inúteis e até descabidas. Mas é que antes de se acoimar um preceito legal (por sinal vetusto) de inconstitucional ou incompatível, vale o esforço de se primeiro tentar o seu sentido e extensão. Evidentemente é de se evitar dizer-se *eventual* uma atividade que se revela constante e até se confunde com atribuições da função permanente.

A regulamentação que se fez por intermédio do supracitado Decreto do Executivo Federal, que se poderia considerar um bom ponto de partida para o estudo da questão, é por demais restrita e transmite a impressão de que é parcial e não abrange todos os ângulos da matéria.

De saída, ela já suscita uma questão formal de competência, qual seja a da legitimidade de o Executivo Federal dispor, em norma destituída de caráter nacional, que "A colaboração de natureza eventual, sob a forma de prestação de serviços, a órgãos federais, estaduais, municipais, autárquicos ou paraestatais, para trabalho em programas de emergência, de caráter assistencial, organizados em virtude de fenômenos climáticos, ou meteorológicos, será admitida sem qualquer espécie de vínculo empregatício com o serviço público".

Deve-se aguardar a regulamentação das possíveis outras manifestações da atividade de natureza eventual, a menos que o ato regulamentador tenha querido dizer que a atividade a ser considerada como eventual só se apresenta sob esta condição.

Na ausência de um conceito administrativo de serviço eventual, valemo-nos, como ponto de partida, daquele constante

na doutrina trabalhista.

Consoante CARRION (1), *eventual* é ocasional, esporádico. Para ele, no contexto do art. 3º da CLT, o conceito não é apenas temporal. Não se deve atribuir o caráter de eventualidade: a) quando o trabalho tem por objeto necessidade normal da empresa, que se repete periódica e sistematicamente (ex: vendedora de ingresso em teatro, uma hora por dia; músicos de um clube, dois dias por semana; professor de escola, duas aulas por semana); b) trabalhador contratado para reforçar a produção por pouco tempo (deve ser contratado por tempo determinado, quantas vezes forem necessárias e não como eventual); *a* e *b* são chamados adventícios na doutrina estrangeira; c) quando o tempo de execução dos serviços se alonga, ultrapassando o que poderia ser considerado "curta duração". É patente que nenhum direito laborista protege o verdadeiro trabalhador eventual perante a empresa; mas é seguro obrigatório da previdência social e quem utilizar seus serviços deve recolher a contribuição sobre a remuneração paga.

Enquanto que a doutrina trabalhista enfrenta, como se vê, a questão do eventual no setor privado, a doutrina administrativista ou lhe passa por cima, ou lhe faz uma breve referência como por simples consideração ao Direito Positivo, ou, então, para lhe estigmatizar a existência. Valhamos então da jurisprudência dos Tribunais. Estes - como se já disse - não podem fechar os olhos aos apelos da realidade que porventura venham à porta do Judiciário.

Passando-se em revista dezesseis arestos do TFR, de novembro de 1974 a dezembro de 1985, descortina-se a jurisprudência que se traduz em que:

"A prestação de serviços, por período alongado, com

(1) CARRION, Valentin, "Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho", 3a. ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1979, pp.10/11. No mesmo sentido, V. DELIO MARANHÃO - "Instituições de Direito do Trabalho", vol. I, 8ª ed., Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1981, p.268 - que acrescenta que o eventual implica na utilização da força de trabalho, como fator de produção não correspondente às necessidades *normais* da atividade econômica em que é empregada. O trabalhador eventual, o "biscateiro", é aquele admitido "por circunstâncias excepcionais ou transitórias do estabelecimento".

dependência, à repartição oficial que os recebe, mediante retribuição econômica, perdendo as características de colaboração eventual, à Administração Pública e tornando-se permanente, justifica a formação de relação empregatícia, a teor da CLT",

consoante os termos da ementa do Acórdão relativo ao RO nº 1487-SP, de 18/11/74 (DJ de 6/5/75); ou em que:

"Reconhecida a relação de emprego, formada pela prestação de serviços permanentes durante vários anos, deve a mesma ser regularizada, com anotação na CTPS e o pagamento dos direitos co-respectivos",

nos termos da ementa do Acórdão relativo ao RO nº 3931-SP, de 15/6/79 (DJ de 3/10/79); ou em que:

"TRABALHISTA. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. CONVÊNIOS CELEBRADOS ENTRE AUTARQUIA E INSTITUIÇÕES PARTICULARES:

Comprovado que médicos contratados para prestarem serviços profissionais, em setores clínicos de instituições particulares, para atendimento de segurados do ex-IPASE, nos termos de convênio para esse fim celebrado, preenchem todos os requisitos necessários à configuração do vínculo empregatício com o órgão autárquico, impõe-se o reconhecimento da obrigação de anotar a circunstância na Carteira do Trabalho, para os efeitos legais."

segundo reza o Acórdão relativo ao RO nº 4052-AL, de 26/3/80 (DJ de 7/5/80).

Este entendimento no TFR reproduz-se sem ruptura até, pelo menos, maio de 1986, data em que parou nossa pesquisa a respeito. No Acórdão relativo ao RO nº 7386-SC, de 13/12/85 (DJ de 22/5/86) tem-se a seguinte ementa:

"TRABALHISTA - RELAÇÃO EMPREGATÍCIA - RECONHECIMENTO
Vínculo empregatício reconhecido, ante a continuidade da prestação dos serviços e plena caracterização dos demais requisitos estabelecidos no art. 3º da CLT."

Vejam-se também os Acórdãos nos RO nº 3774-RJ, de 14/3/80, nº 5183-CE, de 26/3/85, nº 7736-RN, de 27/9/85, nº 7287-CE, de 5/11/85, nº 8148-RJ, de 8/11/85, nº 8255-SP, de 5/11/85, nº 7873-MG, de 10/12/85, nº 8023-DF, de 29/11/85 e nº 8425-BA, de 25/3/86.

Releva mencionar-se o fato de ser este também o entendimento nos Tribunais do Trabalho.

Estava a matéria assim posta em sossego e já se admi-

tia a inexistência de exemplo prático de serviço eventual, quando, no DJ de 12 de dezembro de 1985, se topa com a seguinte ementa:

"TRABALHISTA - VÍNCULO EMPREGATÍCIO - INEXISTÊNCIA

Engenheiro estrangeiro contratado pela EBTU, para prestação de serviços sob a égide do Código Civil, com a finalidade de desenvolver pesquisas em um equipamento de sua invenção, de modo a permitir a sua utilização em motores de combustão.

Ao término do serviço, executado sem subordinação hierárquica, técnica ou horário de trabalho pré-determinado, o dispositivo seria vendido à empresa contratante.

Em caso de rescisão contratual, a EBTU forneceria ao contratado passagem aérea de retorno ao país.

Não caracterização do vínculo empregatício."

(Acórdão relativo ao RO 5219-DF, de 25/10/85.)

Não, não houve qualquer viragem na jurisprudência. Os fatos e circunstâncias aqui são próprios. Trata-se de engenheiro estrangeiro, que desenvolve pesquisas, relativamente a equipamento de sua invenção, sem qualquer vínculo de subordinação à contratante, quer técnica ou hierárquica e sob contrato de locação de serviço. Eis um exemplo típico.

Ainda no mesmo DJ do dia 12 de dezembro de 1985, encontra-se a seguinte ementa em relação ao RO nº 7656-RS, julgado em 19/11/85:

"TRABALHO. LAVADEIRA AUTÔNOMA. CONTRATO DE TRABALHO: INEXISTÊNCIA

1. *Contrato de trabalho* existe quando a prestação de serviços prolonga-se por anos em atividade permanente da unidade militar, mediante salário e dependência.

2. *Autônoma*, como tal inscrita e pagando imposto na Prefeitura Municipal e assim filiada à Previdência, que lava e passa roupas na casa dela, no dia e hora que de seja, sem fiscalização, recebendo o pagamento através de empenhos regulares, não é empregada."

E, encerrando as citações jurisprudenciais a respeito, eis a ementa a Acórdão no RO nº 7369-RN, publicado no DJ de 19 de dezembro de 1985:

"TRABALHISTA. SERVIÇO DE NATUREZA EVENTUAL

Auxiliar de cozinha e balconista de bar, em clubes. Prestação de serviços avulsos, em fins de semana. Periodi-

cidade. Inexistência de relação empregatícia, a teor do art. 3º da CLT. Sentença confirmada."

A basear-nos no conceito da doutrina trabalhista, que foi o nosso ponto de partida, julgaremos os arestos do TFR, no seu conjunto, desnorteantes. No primeiro caso, o do engenheiro em relação à EBTU, o mais típico de todos, está patente a ausência da principal característica da relação de emprego que é a subordinação hierárquica, além da continuidade e regularidade na prestação dos serviços. No segundo caso, o da lavadeira em unidade militar, conquanto ainda se possa admitir periodicidade e sistematicidade, afasta-se a subordinação hierárquica em virtude de a profissional ter-se inscrito como autônoma e contribuinte do ISS, lavando e passando roupas no seu próprio domicílio, no dia e hora que deseja, sem fiscalização, e com pagamento mediante empenho de despesa. No terceiro caso, porém, a justificativa não é tão simples. No relatório da decisão, verifica-se que o reclamante trabalhou como balconista de bar e auxiliar de cozinha, no período entre junho de 1976 e novembro de 1981 (mais de um lustro), em clube integrante do Comando do 3º Distrito Naval, com comparecimento às sextas, sábados e domingos. Tanto o Juiz singular como o Tribunal lhe negaram a existência de vínculo empregatício. O voto do relator sustenta que "O reclamante trabalhava nos fins de semana, recebendo o pagamento pela tarefa cumprida. Típico trabalho eventual, sem subordinação. Trabalho incerto, na dependência da necessidade do CLUBE, que o convocava, quando preciso".

Independentemente de apreciação crítica dos termos deste último aresto, pode-se, desde já, concluir que, no entendimento do TFR, eventual - sem vínculo empregatício - é a prestação de serviços sem subordinação hierárquica, autônoma e sem correspondência com as funções permanentes da entidade, não obstante poder ser periódico e sistemático e até por tempo prolongado, e. g., cinco anos.

4. SÍNTESE DA 1ª PARTE E PARCIAIS CONCLUSÕES

4.1. Síntese.

Por uma interpretação do art. 106 da Carta Constitucional de 1967, com redação da Emenda nº 1/69, procedemos, com base em alguns escritos de doutrina, atos administrativos e decisões de Tribunais, a uma pesquisa da natureza da lei especial, sua finalidade, conteúdo do regime jurídico de que trata e do que se deve entender por serviços de caráter temporário ou funções de natureza técnica especializada.

Verificamos prevalecer estatisticamente a noção de que a lei especial é de competência de qualquer das unidades da Federação. Além de predominante entre os doutrinadores, este ponto de vista conta com o aval da nossa Suprema Corte. Mas há quem sustente ainda, e com galhardia, a posição de que a lei especial é lei federal, com o respaldo do TST.

Quem afirma ser a lei especial lei federal, correspondentemente afirma que essa lei deve ter conteúdo trabalhista celetista, ou contratual, de competência da União, em qualquer dos casos. Dentre esses, os mais radicais concluem por apenas dois regimes: o estatutário e o celetista, sendo inconcebível um regime especial. Uma posição mais liberal admite um *tertium genus*, que, contudo, terá norma definidora emanada de órgão federal, por força do art. 8º, XVII, b, da Constituição. Todos, sem exceção, não são julgam inconstitucional um caleidoscópico de formas de regulamentação do trabalho, como também o temem, à vista do elevado número de pessoas jurídicas de direito público interno autônomas (cerca de quatro mil).

Ao contrário, quem julga que a lei especial deva ser não são de competência da União, como ainda dos Estados e Municípios, têm como argumento justamente a pluralidade desses entes políticos. Não seria possível, na prática, à União estabelecer normas específicas para admissão de temporários de todos os Estados e de todos os Municípios.

Para estes, a idéia de norma suplementar necessaria-

mente emanada da União fere frontalmente o princípio federativo. A Constituição assegura aos Estados e Municípios (arts. 13 e 15) competência quanto à organização dos seus serviços. A lei especial é lei administrativa típica. A expressão *lei especial* está referida por oposição a *lei geral*. Nem se admita a lei federal como paradigma necessário. Onde a Carta Magna quis resguardar a competência da União adotou referência a *lei federal*.

Atente-se para os seguintes enunciados: 1) Um regime especial é inconcebível à luz de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico nacional. 2) Um regime especial é inexecutável em face da experiência histórica da Administração Pública brasileira, confirmada na opção da Lei Federal nº 6.185/74. 3) O regime especial é executável, faltando-lhe apenas a lei ordinária implementadora. 4) O regime especial seria uma simbiose de regime celetista, estatutário, com coloração de direito civil. 5) O regime especial, *de lege ferenda*, consubstanciar-se-ia no contrato de direito administrativo. 6) Já há, na verdade, um regime especial, dividido em duas subespécies: a dos admitidos e a dos contratados. Como se vê, as posições caminham gradualmente de um pólo a outro.

Quanto ao sentido da norma, verificam-se as seguintes assertivas. 1) O artigo 106 perdeu de todo o seu sentido no momento em que a União promulgou a Lei nº 6.185/74, adotando o regime celetista, em flagrante renúncia ao regime especial, inibindo as demais unidades da Federação de o fazer, uma vez que a lei especial é lei federal. 2) Falta ao art. 106 apenas um sentido prático, o qual se consubstanciará no momento em que a União, ou qualquer das unidades federadas, tome a iniciativa de regulamentá-lo, pois a cada uma compete legislar, em caráter privativo, sobre os seus agentes. 3) O sentido do art. 106 há muito se realizou. A promulgação da Lei nº 6.185/74 é a culminância de um processo que há muito se vem manifestando na Administração Pública, isto é, a celetização do servidor do Estado.

De importância não só teórica quanto prática é o tópico que diz respeito à conceituação dos serviços de caráter temporário e das funções de natureza técnica especializada. A importância desta conceituação extrapola os lindes do artigo 106 para estender-se à aplicação dos artigos 93, § 9º, e 99, § 4º, todos

da CF, no que diz respeito ao contrato para prestação de serviços técnicos especializados, como exceção à regra de acumulação de cargos. Colheram-se pronunciamentos da doutrina, do DASP, da CGR, do TST e do STF.

Na doutrina, há quem extirpe *serviços temporários* (artigo 106 da Constituição) de *serviços eventuais* (artigo 39 da CLT e artigo 111 do Decreto-lei nº 200/67). Os primeiros ensejam a celebração do contrato de trabalho por prazo determinado, enquanto os últimos não geram qualquer relação de emprego. Temporário é o serviço quando há possibilidade, material ou formal, de predeterminação de prazo para a sua execução. O serviço há de ter caráter transitório para que haja legalidade na admissão, devendo-se levar em conta a temporariedade do serviço e não da admissão.

O Ministro MOREIRA ALVES, seguido dos Ministros RAFAEL MAYER e SOARES MUÑOZ, defende tese oposta, ao afirmar que o artigo 106 quis repetir o preceito do artigo 104 (originário), ampliando-o, porém, para alcançar, além de obras, quaisquer serviços de caráter temporário, e, não, para restringi-los a serviço público de caráter temporário. Este é raríssimo, não sendo de admitir a necessidade de previsão constitucional para casos absolutamente excepcionais.

Prevalece, contudo, quer na doutrina, formulações administrativas, ou na jurisprudência, o entendimento de que o serviço ou serviço público é que tem de ser de caráter temporário.

A função de natureza técnica especializada é tópico que vem sendo objeto de apreciação dos aplicadores das normas administrativas desde a promulgação do Decreto nº 35.956, de 1954, regulamentador do instituto da acumulação de cargos.

Segundo o preceito do art. 39 do referido Decreto, cargo técnico ou científico é aquele para cujo exercício seja indispensável e predominante a aplicação de conhecimentos científicos ou artísticos de nível superior de ensino. À objeção de que o cargo poderá ser técnico sem ser científico, sem exigir conhecimentos científicos ou artísticos de nível superior, a CGR responde que, de fato, procede a crítica à exigência de

grau superior de ensino, que não está prevista na Constituição nem no Estatuto. Pondera, contudo, que, para o efeito da acumulação, admitir-se o cargo técnico com o sentido rigidamente prático importará na impossibilidade de acumulação por inexistência de correlação de matérias em relação ao magistério, para cujo mister os conhecimentos científicos são exigidos.

Quanto ao "especializado", deve-se seguir a mesma linha de raciocínio, tendo em vista, em cada caso concreto, os critérios e as regras utilizadas nas soluções dos problemas da acumulação, levando em conta, ainda, a sua definição léxica.

Apesar de eventualmente registrar-se ponto de vista contrário, subsiste, tanto no âmbito da Administração como no do STF, o entendimento de que a exceção constitucional não legitima a acumulação de proventos com a de vencimentos ou salário de cargo ou emprego público permanentes.

Entende-se ser inviável a contratação de inativo com mais de setenta anos de idade, não o sendo, porém, com relação aos maiores de cinquenta anos, eis que o inativo convocável terá em regra idade superior a cinquenta anos.

O confronto entre o art. 106 da Constituição Federal e os seus correlatos nas Constituições estaduais revela que a maioria dos Estados adotaram preceitos com redação análoga à da União. Destacam-se, no entretanto, os do Acre e Bahia, que prevêem seja o regime estabelecido em lei federal; o do Amazonas, para o qual, à falta de lei especial, se aplicará a legislação trabalhista, observando-se que lá, segundo a Lei nº 1.491, de 1981, predomina o regime estatutário, podendo haver admissão excepcional para o desempenho de funções ligadas às atividades de nível básico; o do Estado da Paraíba, onde o regime poderá ser o trabalhista; o do Estado do Paraná, onde se aplicará a legislação trabalhista, muito embora a Lei nº 6.508/73, a ser ainda minuciosamente comentada, estatua uma categoria de Pessoal Suplementar para o desempenho de tarefas complementares aos dos cargos ocupados por funcionários públicos, aos quais se aplicará o regime previdenciário do Estado e alguns direitos e vantagens daqueles.

4.2. Conclusões Parciais.

Neste ensaio sobre matéria que se provou altamente controvertida, buscou-se a fixação de alguns pontos pelo critério censual, ou seja, o da coincidência de pontos de vista sobre uma questão, o que se registrou em poucos casos. O debate perdura, não obstante já se poderem tirar algumas conclusões.

4.2.1. Lei federal ou lei local. Natureza.

Verifica-se uma bipolaridade no que tange a lei federal ou lei local. A argumentação de ambos os lados é ponderosa. A divergência não só é doutrinária como também jurisprudencial e até legislativa (como se verá na 2ª Parte). Viu-se haver constituente estadual que declara tratar-se de lei especial do Estado (Rio Grande do Norte) ou de lei federal (Amazonas e Bahia). Há, também, de um lado os trabalhistas, liderados pelo TST; de outros os administrativistas, com o respaldo do STF. Quer-se deixar também ao leitor o direito de ponderar sobre cada uma das argumentações, não tendo sido por outro motivo o haver este escrito se dado o trabalho de reproduzir, em grande extensão, os pontos considerados principais nas colocações divergentes.

Firmam-se desde já, no entanto, os seguintes pontos. A hipótese de lei local é fato consumado, eis a promulgação de leis estaduais e municipais, de que são exemplos as de São Paulo (Estado e Município), Amazonas, Paraíba e Nova Iguaçu, RJ, para citar somente estas de que se tem notícia. Ademais a Corte Suprema respaldou este fato consumado, sendo despiciendo admitir que, em assim fazendo, haja laborado em erro procedimental.

Afasta-se a possibilidade de leis concorrentes. Se se trata de norma administrativa, como o entende o STF, a competência é privativa de cada uma das unidades da Federação. O parâmetro do Governo central não se imporia em termos constitucionais, mas por razões sócio-históricas. As demais unidades buscam um modelo da União, sem prejuízo de esta, reciprocamente, imitar exemplos locais.

4.2.2. Conteúdo e finalidade da lei especial.

Adota-se o ponto de vista de que a *lei especial* está em oposição a *lei geral*. Não se trata, evidentemente, de lei de direito do trabalho, por isso que a competência para emanar norma dessa espécie - como se tem vista em pronunciamentos unânimes - é exclusiva da União.

Admite-se que o regime especial advém da desnecessidade da manutenção de pessoal permanente para serviços que se caracterizam pela precariedade ou pela alta especialidade com que devem ser prestados.

Ao dispor sobre o regime jurídico do seu servidor, mediante a Lei nº 6.185/74, não fez a União referência às admissões em serviços temporários ou a contratos para funções de natureza técnica especializada. Muito pelo contrário, a lei de referência dirige-se, sem dúvida, ao pessoal permanente. Daí poder-se concluir estar em vigor o art. 26 da Lei nº 3.780/60, que não se choca com qualquer das disposições da Lei nº 6.185/74 e nem é incompatível com a Constituição vigente. Daí também o corolário de ser o art. 26 da Lei nº 3.780/60 a norma especial que, em princípio, preenche a previsão do art. 106 em foco.

De lege lata, verifica-se que, ao dispor sobre o pessoal temporário, tem sido indiferente ao Estado União regular o seu regime, quer por conteúdo administrativo, quer do de trabalho comum. Vejam-se os exemplos das normas estatutárias sobre os interinos (revogadas), sobre o pessoal técnico-especializado (art. 26 da Lei nº 3.780/60, supracitado, e o art. 104 da Constituição de 1967). Não parece, portanto, que a União se tenha omitido sobre o seu pessoal temporário, cujo regime vem regulado, em norma compatível, desde antes da vigência da EC nº 1/69. O que se pode, no entretanto, alegar é que essa norma não é suficientemente minuciosa, visto como a realidade do regime é multímoda, como se demonstrará na 2ª Parte.

Agora, quanto aos Estados-membros e Municípios, que não podem legislar sobre Direito do Trabalho, é importante para eles dispor de normas de âmbito de sua competência, onde se regule o regime jurídico de seus servidores, a qualquer tí-

tulo. Negar essa competência é desmentir o regime federativo, é negar a autonomia desses entes. Autonomia legislativo-judiciária sem autonomia administrativa, um contrasenso no mínimo.

Quanto ao conteúdo, a fixação de um ponto de vista conclusivo está na dependência de disquisições que se pretendem fazer em outros capítulos tendentes a uma visão global do regime jurídico do servidor público, levando em conta as diversas exposições sobre o *tertium genus*.

3.2.3. Serviços Temporários e Funções Técnicas Especializadas.

É difícil fixar-se, em tese, a noção de função de natureza técnica especializada. Nem a doutrina, nem a jurisprudência, nem a lei lograram fazê-lo. Mas as interpretações, em especial as administrativas, conseguiram melhor estabelecer o liame entre o técnico e o científico, dissociando, ao mesmo tempo, o técnico-científico do conhecimento de grau superior de ensino.

Quanto ao serviço temporário, foi o legislador quem desatou o nó górdio. Na jurisprudência ainda se assiste à discussão sobre se serviço temporário se identifica ou não com serviço público temporário.

2ª PARTE: A REGULAMENTAÇÃO DO ARTIGO 106 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. O PESSOAL TEMPORÁRIO NAS UNIDADES FEDERADAS.

A regulamentação da norma constitucional em exame tem sido matéria digna de longos debates e prenhe de dúvidas. É questionável, como já se viu, o fato de haver a União regulamentado ou não o art. 106. Quanto aos Estados e Municípios, temos notícia da regulamentação em São Paulo, no Paraná, no Amazonas, no Rio de Janeiro e na Paraíba.

Em São Paulo, há a Lei Estadual nº 500, de 13 de novembro de 1974, que institui o regime jurídico dos servidores admitidos em caráter temporário, e a Lei Municipal nº 9.160, de 3 de dezembro de 1980, que institui o regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário e contratados para funções de natureza especializada, nos termos do art. 106 da CF.

No Paraná, há a Lei Estadual nº 6.508, de 13 de dezembro de 1973, regulamentada pelo Decreto nº 4.766, de 14 de dezembro de 1973, que institui a categoria do Pessoal Suplementar e dispõe sobre o seu regime jurídico.

No Estado do Amazonas, há a Lei nº 1.491, de 17 de dezembro de 1981, que define o regime jurídico dos Servidores da Administração Direta. Naquele Estado, todos os servidores da Administração Direta serão regidos pelo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado (art. 1º). Somente poderão ser admitidos servidores pela Consolidação das Leis do Trabalho, para o desempenho de funções ligadas às atividades de nível básico (artigo 1º, § 1º). Essa situação é, todavia, transitória, pois a tendência é para a transformação dos empregos em cargos (artigo 2º).

Em relação ao Rio de Janeiro, há a Deliberação nº 536, de 3 de setembro de 1973, da Câmara Municipal de Nova Iguaçu, que manda adotar o regime de contrato para os servidores temporários e especializados, decorrendo daí o Decreto Municipal nº 1.170, de 18 de setembro de 1973, que discrimina os requisitos para a ad-

missão de servidores de natureza técnica especializada (1).

Na Paraíba, há a Lei Estadual nº 3.625, de 31 de agosto de 1970, que dispõe da estrutura do pessoal do serviço civil da Administração Direta do Poder Executivo (2).

As Leis Estaduais de São Paulo e do Paraná são bastante conhecidas, eis que atos administrativos baseados em suas disposições suscitaram demandas que subiriam em Recursos Extraordinários à apreciação do Supremo Tribunal Federal, como já se tem visto.

1.1. A Lei nº 500/74, do Estado de São Paulo.

A Lei nº 500/74, do Estado de São Paulo, se não acionada de inconstitucional pela Justiça do Trabalho, teve por esta redirecionado o seu entendimento e aplicação (3). O Supremo, contudo, respaldou o ponto de vista do Estado, ao admitir que ela, verdadeiramente, representava a regulamentação do art. 106 da CF e do seu correlato art. 95 da Constituição Estadual, retrocedido.

O art. 1º da Lei nº 500/74 reza que, além dos funcionários públicos, poderá haver na administração estadual servidores admitidos em caráter temporário:

I - para o exercício de funções de natureza permanente, em atendimento à necessidade inadiável, até a criação e provimento dos cargos correspondentes;

II - para o desempenho de função reconhecidamente especializada, de natureza técnica, mediante contrato bilateral, por prazo certo e determinado;

(1) Desses atos do Município de Nova Iguaçu, RJ, não tivemos vista, mas referências em ARION ROMITA, "Servidores Públicos Temporários e Contratados para Funções Técnicas ou Especializadas", Ed. Trabalhistas, 1975, pág. 46.

(2) Cfr. MEDEIROS SILVA, Carlos, Parecer citado, pág. 395.

(3) "Para não se chegar à inconstitucionalidade do dispositivo, preferiu-se, a exemplo de decisões da Colenda Corte, interpretar o texto à luz da Lei Fundamental. Sequer seu contrato a prazo certo, como disciplinado pelo art. 443, da CLT procurou o Recorrente [Estado de São Paulo] celebrar." (Trecho de despacho do TST que inadmite o recurso extraordinário ao STF, em demanda de professores contra o Estado, onde se discute a natureza do vínculo de emprego, trecho este transcrito no RE nº 89.034-3-SP. Nesse mesmo sentido, ver trechos de despachos do TST, transcritos no RE nº 90.060-SP e RE nº 90.305-4-SP.)

III - para a execução de determinada obra, serviços de campo ou trabalhos rurais, todos de natureza transitória.

Os servidores de que tratam os incisos I e II reger-se-ão pelas normas desta lei, ao passo que, aos de que trata o inciso III (pessoal de obras e trabalhadores do campo) se aplicarão as normas da legislação trabalhista (art. 3º). Estes últimos se filiarão ao INPS (art. 3º, parágrafo único). Os demais serão contribuintes obrigatórios do IPESP e do IAMSPE, nas mesmas bases e condições dos funcionários, com idênticos benefícios.

Em virtude de as funções de natureza permanente (inciso I) sã excepcionalmente deverem ser exercidas em caráter temporário, é que cumprirá a Administração, bienalmente, proceder a um levantamento do pessoal assim admitido, com vistas a criação de cargos correspondentes e seu provimento na forma ordinária, mediante concurso (art. 1º, § 1º).

A lei impõe obediência ao sistema de mērito. Serã vedada a admissão sempre que houver cargo vago correspondente a função e candidato aprovado em concurso (art. 5º, IV). Fora dessa hipótese, também tem preferência o concursado para a função em relação a qual não haja ainda cargo vago ou criado, sem prejuízo do direito a nomeação na ocorrência de vacância ou criação do cargo, obedecida a ordem de classificação (art. 11). Nenhum cargo a ser criado serã provido senão mediante concurso público de provas e títulos (art. 5º das Disposições Transitórias).

A admissão temporária não dispensa a realização de provas de seleção pelo Departamento de Administração de Pessoal do Estado - DAPE, com observância do disposto na legislação de concursos (art. 9º). A aprovação na seleção pública e a experiência de trabalho na função serã tidas como título, quando do concurso para provimento do cargo efetivo correspondente (art. 46).

A lei outorga o direito de afastamento como de efetivo exercício em casos tais como férias, casamento (oito dias), falecimento do cōnjuge, filhos, pais e irmãos (atē oito dias), falecimento de sogros, do padrasto ou madrasta (atē dois dias), licença a servidora gestante e outros (art. 16).

Hã ainda outros capítulos dedicados a Direitos e Van-

tagens em Geral, Reversão, Deveres, Proibições e Responsabilidades e Dispensa.

O servidor temporário, além das obrigações que decorrem normalmente da própria função, está sujeito aos mesmos deveres e às mesmas proibições, assim como ao regime de responsabilidade e às penas disciplinares de repreensão, suspensão e multa vigentes para o funcionário do Estado (art. 33).

A dispensa do servidor se dará a pedido; no caso de criação do cargo correspondente, a partir da data do exercício de seu titular; a critério da Administração, independentemente de criação do cargo correspondente, no caso de cessação da necessidade do serviço; e quando o servidor não corresponder ou incorrer em responsabilidade disciplinar (art. 35).

A dispensa de caráter disciplinar será sempre motivada e, nesse caso, será precedida de notificação ao servidor, para que se defenda no prazo de dez dias (art. 38).

Será aplicada pena de dispensa por abandono da função: ausência do serviço por mais de quinze dias consecutivos e por faltas sem causa justificável, por mais de trinta dias interpolados durante o ano (art. 36).

1.2. A Lei nº 9.160/80, do Município de São Paulo.

A Lei nº 9.160/80 mereceu referências elogiosas de COELHO MOTTA (4). Segundo o autor, trata-se de norma bastante concisa, que compreende seis capítulos com 33 artigos, os quais consagram, com clareza e objetividade, o terceiro regime jurídico, já tratado pela legislação estadual. Ainda nas palavras do autor, o legislador aúni dialeticamente as duas realidades preexistentes - o regime estatutário e o celetário - obtendo uma síntese de certa forma inovadora, que não deixa em silêncio situações que há muito exigem do poder público uma definição.

Nos termos do art. 1º desta Lei, além dos funcionários públicos, poderá haver na Administração Municipal servidores admitidos em serviços de caráter temporário e contratados para funções de natureza técnica especializada.

(4) "Terceiro Regime Jurídico", RDA 147/7-22.

Consideram-se serviços de caráter temporário: o exercício de funções públicas, até a criação e provimento dos cargos respectivos; o trabalho desenvolvido na execução de obras e serviços determinados, até seu término (art. 2º).

A exemplo da correlata lei estadual, ela se preocupa em definir os casos em que não pode haver a admissão temporária, aí também se incluindo a observância ao sistema do mérito. É, por exemplo, vedada a admissão, quando existir cargo vago e candidatos aprovados em concurso com prazo de validade não extinto (art. 3º, inciso III). Terão preferência para serem admitidos, nos termos da Lei, os candidatos habilitados em concursos públicos municipais com prazo em vigor, sem prejuízo do direito à nomeação e obedecida, em qualquer caso, a ordem de classificação (art. 4º).

A fim de evitar que o transitório se perpetue, prevê-se que, trienalmente, o Executivo procederá a levantamento dos servidores admitidos nos termos da Lei, criando os cargos e providenciando a realização de concursos públicos para seu provimento (art. 5º).

Os servidores admitidos serão inscritos de ofício nos concursos ao provimento dos cargos correspondentes, acarretando a não-aprovação obrigatoriamente sua dispensa (art. 5º, parágrafo único).

Por sua vez, a contratação para o exercício de funções técnicas especializadas ocorrerá no caso em que se exija particular domínio de ramo determinado de conhecimento ou arte, podendo fazer-se: a prazo certo e determinado, não superior a dois anos, renovável por uma única vez; para trabalhos desenvolvidos na execução de serviços certos e determinados, até seu término (art. 6º).

No caso de funções técnicas especializadas é vedada a contratação para o cumprimento de tarefas que correspondem a funções normais pertinentes a cargos existentes nos quadros do funcionalismo público (art. 6º, parágrafo único).

A Lei dispõe de um capítulo dos Direitos e Vantagens em Geral, onde se arrolam alguns direitos e vantagens do funcionário do Município que se estendem aos admitidos e contratados.

Assinale-se que, por necessidade de serviço ou qualquer outro motivo justo, devidamente comprovado, poderá o servidor admitido converter em tempo de serviço, para todos os efeitos legais, as férias não-gozadas, que serão contadas em dobro (art. 18, § 1º).

No capítulo dos Deveres, Proibições e Responsabilidade, consta que os admitidos e contratados estão sujeitos aos mesmos deveres, às mesmas proibições e ao mesmo regime de responsabilidade, bem como às penas de repreensão e suspensão, vigentes para o funcionário público municipal (art. 20).

Consta também que a estes se estendem as proibições de acumulação de cargos e funções (art. 21).

O capítulo da Dispensa e das Rescisões Contratuais reza que a dispensa poderá decorrer: I - de pedido; II - da conveniência da administração, a juízo da autoridade que procedeu à admissão; III - do fato de o desempenho do servidor não corresponder às necessidades do serviço; IV - do fato de o servidor incorrer em responsabilidade disciplinar; V - de não-aprovação em concurso (art. 23).

A dispensa na hipótese do inciso II somente poderá efetuar-se após notificação ao servidor, com trinta dias de antecedência e mediante a redução da jornada de trabalho, nesse período, na proporção de cinquenta por cento, sem qualquer desconto no salário e demais vantagens (art. 23, § 1º).

A dispensa, nos casos dos incisos III e IV, dependerá de procedimento sumário, assegurada a defesa do servidor.

1.3. A Lei nº 6.508/73, do Estado do Paraná.

A Lei nº 6.508/73, do Estado do Paraná, que estatui a categoria do Pessoal Suplementar e dispõe sobre o seu regime jurídico, estabelece que a essa categoria compete o desempenho de trabalhos e tarefas complementares aos dos cargos ocupados por funcionários públicos (art. 1º).

Esse pessoal será sempre admitido ou reconduzido para o exercício financeiro e perceberá salário na base da jornada semanal de trabalho efetivamente realizado, fazendo jus, con

tudo, aos dias em que não houver expediente oficialmente declarado, desde que tenha comparecido ao serviço durante os demais dias da respectiva semana (art. 2º e seu parágrafo único).

A admissão ou recondução dependerá sempre de prévia aprovação do Governador do Estado e publicação no órgão oficial da Tabela correspondente (art. 15).

O salário mensal, determinado em função da jornada semanal de trabalho, de 24, 32, ou 40 horas, tem por base o salário-mínimo fixado para a Capital do Estado, sendo que a menor remuneração, correspondente à categoria PS-1 e à jornada semanal de 24 horas, é equivalente a 0,6 salários-mínimos. O maior nível de remuneração, correspondente à categoria PS-3, com 40 horas de jornada semanal, é de 2,0 salários-mínimos (art. 4º).

O Pessoal Suplementar poderá perceber salário-família e diárias (arts. 5º e 6º).

Cabem-lhes também determinadas licenças referidas no artigo 7º, tais como para tratamento de saúde, quando acidentados no exercício de suas atribuições, à gestante e outros.

Cabem-lhes, ainda, o gozo de férias de 20 dias consecutivos, após cada ano de efetivo exercício; e o afastamento de oito dias, por motivo de casamento ou luto, por falecimento de cônjuge, pai, mãe ou irmão, filho; de dois dias, para cumprir obrigações eleitorais; e de um dia, para registro civil dos filhos (art. 8º).

Proibida a acumulação de férias (art. 9º).

Poderá ser-lhes concedida aposentadoria nos termos dos arts. 10, 11 e 12 da Lei, após um período de carência de três anos de efetivo exercício (art. 10 do Decreto nº 4.766/73).

Gozarão dos favores do Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado - IPE (art. 13), mediante certa contribuição mensal (art. 13, § 1º, do Decreto nº 4.766/73).

Em caso de falecimento assegurar-se-á pensão aos herdeiros (art. 10 do Decreto nº 4.766/73).

Os proventos de aposentadoria serão integrais no caso de aposentadoria voluntária após 35 ou 30 anos de serviço pu

blico para o servidor do sexo masculino e feminino, respectivamente, e no caso de aposentadoria por invalidez (art. 11 do Decreto nº 4.766/73).

1.4. Resumo.

Da leitura das leis em epígrafe realçam-se alguns pontos que lhes são, em maioria, comuns e que serão revistos nas Considerações Finais, numa visão mais geral do fenômeno. Por ora, registrem-se os seguintes aspectos, em resumo.

As leis regulamentadoras do art. 106 da CF nos Estados e Municípios em questão revelam cuidado no conceituar o exercício das funções temporárias. As de São Paulo (Estado e Município), ao fazê-lo, destacam-na em três grupos: 1º) as funções temporárias que correspondem a funções de natureza permanente, em atendimento a necessidade inadiável; 2º) as funções temporárias que correspondem a serviços e trabalhos de natureza transitória no campo; e 3º) as funções reconhecidamente especializadas, de natureza técnica, providas mediante contrato bilateral. É temporária a função pública quando exercida até a criação e provimento do cargo respectivo ou quando diga respeito a execução de obras e serviços determinados até seu término ou, ainda, quando se refira a serviço técnico especializado. Deve ser bienal (no Estado) ou trienal (no Município) o levantamento do número de servidores admitidos temporariamente para o exercício de funções permanentes. A Lei estadual não fixa o prazo de vigência do contrato para o exercício de função técnica especializada, mas adianta que ele deve ser certo e determinado. Já a Lei Municipal determina que o prazo não deve ser superior a dois anos, podendo-se renovar por uma única vez. A Lei municipal também é taxativa no tocante à vedação de contrato de técnicos especializados para tarefas que correspondam a funções normais pertinentes a cargos do quadro do funcionalismo.

A Lei do Estado do Paraná é menos precisa, ao dispor que a categoria do Pessoal Suplementar compete o desempenho de trabalhos e tarefas complementares aos dos cargos ocupados por funcionários públicos, revelando-se, contudo, justamente aí o seu denominador comum com as supracitadas outras leis, ou seja,

em que a função temporária é compatível com as funções normais da Administração Pública. A distinção deixa de ser material para ser meramente formal. Não é o serviço, na sua essência, que caracteriza a função, mas a forma de provimento desta. A lei paranaense é silente no que toca ao prazo do exercício da função temporária. Igualmente não faz qualquer referência à função técnica especializada, dando-nos a entender que esta deverá ser objeto de outra lei, tanto mais que o maior nível de remuneração do Pessoal Suplementar, correspondente a dois salários-mínimos, não é compatível com a retribuição de determinados serviços dessa categoria.

A Lei nº 1.491/81, do Estado do Amazonas, também pode ser referida neste tópico, por isso que dispõe que o desempenho das funções ligadas às atividades de nível básico, regidas pela CLT, confundem-se, na sua essência com as funções permanentes, destas se distinguindo apenas pela situação transitória do seu provimento. Basta a transformação de empregos em cargos para que se opere a metamorfose da função temporária em função permanente.

Enquanto a Lei paranaense parece não se importar com o sistema do mérito, as Leis paulistas têm nele o seu *Leitmotiv*. Em São Paulo, têm preferência a admissão temporária candidatos habilitados em concurso público.

Verifica-se em todas essas leis a preocupação também de regular certos aspectos da relação entre a Administração e o servidor, tais como deveres, proibições e responsabilidades.

É conspícua a preocupação de todas elas com o amparo trabalhista-previdenciário aos seus servidores. Para a do Estado do Amazonas isso é óbvio, pois o seu conteúdo é celetista. Mas para as demais outras, de conteúdo administrativo, ressalta-se o direito de afastamento como de efetivo exercício em casos tais como férias, casamento, falecimento de determinadas pessoas da família, licença a gestante.

Salvo o art. 18, § 1º, da Lei nº 9.160/80, do Município de São Paulo, de conversão em tempo de serviço de férias não-gozadas, que nos parece inconstitucional, todas as normas examinadas realizam os direitos consagrados aos trabalhadores no

art. 165 da Constituição. A esses, que são o mínimo e não exclu em outros, acrescem-se vantagens concedidas na Seção dos Funcionários Públicos, de que se ressaltam os proventos da aposentadoria, em igualdade de condições, muito mais expressivos para o funcionário, porque integrais, que para o trabalhador celetista.

2. O PESSOAL TEMPORÁRIO NA UNIÃO

2.1. Exegese do Art. 109 da Constituição Federal.

As disposições do art. 109 da Carta Magna são de capital importância na análise da problemática do pessoal temporário na Administração Pública Federal. Os tópicos nele referidos são a) o sistema do mérito no Serviço Público, no tocante a todos os servidores, com destaque às exceções; b) o regime jurídico dos servidores públicos da União, do Distrito Federal e dos Territórios; c) a forma e condições de provimento dos cargos - e empregos - públicos; e d) as condições para aquisição da estabilidade.

2.1.1. O Sistema do Mérito.

Do teor do *caput* do art. 109, depreende-se que o regime jurídico do servidor público - qualquer que seja a sua natureza - tanto federal, quanto estadual e municipal, no âmbito dos Três Poderes da República, traz insito o sistema do mérito.

Orienta-se a política de admissão de pessoal no Serviço Público por dois sistemas bem definidos: 1) o Sistema do Favor, também conhecido como Sistema dos Despojos ("Spoils System") ou Sistema do Apadrinhamento ("Patronage System") e 2) o Sistema do Mérito ("Merit System") (1).

O Sistema do Mérito visa a excluir as influências políticas, de parentesco ou de amizade, não só no ingresso de candidatos a cargo ou emprego público, como também no progresso e na permanência do servidor na carreira. O Sistema do Mérito visa ainda à seleção dos mais capazes mediante competição. Não basta verificar se determinado candidato atende ou não aos requisitos da função, é preciso assegurar a obtenção do melhor candidato, assim como dar a todos os cidadãos, em idêntica situação, igualdade de oportunidade (2). O Sistema do Mérito não tem, portan-

(1) PINTO PESSOA, Eduardo e TEIXEIRA DIAS, José Nazarê, "Princípios de Administração de Pessoal", 1949, DIN, Rio de Janeiro, pág. 19. O Sistema do Favor, na sua ampla sinonímia, abarca ainda os termos *filhotismo*, *pistolão* e *nepotismo*. Para MILLÔR FERNANDES, "O Nepotismo é uma das formas do *Spoils System* (Ao vencedor as mamatas!) expressão cunhada pelo Senador americano W.L. Marcy, em 1832: Ao vitorioso se entregam os despojos (spoils) do inimigo".

(2) PINTO PESSOA e TEIXEIRA DIAS, op. cit., pág. 20.

to, o seu campo restrito aos processos de recrutamento e seleção, mas uma ação mais extensa, abrangendo promoção e permanência (3). Não se confunda, pois, Sistema do Mérito com Regime de Carreira. No Brasil convivem os dois. Nos Estados Unidos o Regime de Carreira não prevalece.

O Sistema do Mérito na Administração Pública Moderna tem registro desde os fins do séc. XVII, com o exemplo da Prússia. A Grã-Bretanha dele se vem utilizando desde 1853-4, a partir do Serviço de Índia para o *Home Service*. Os Estados Unidos o adotaram em 1883, imediatamente após o assassinio do Presidente GARFIELD por um candidato a emprego público. A França também o adotou nessa mesma década (4).

Entre nós, a Constituição de 1934 foi a primeira a consagrar o Sistema do Mérito, seguida da Lei nº 284, de 28 de outubro de 1936. As Constituições de 1937 e 1946 também o consagraram.⁽⁵⁾ Anteriormente a estes diplomas legais, verificou-se a aplicação do Sistema, esporadicamente, contudo. O primeiro caso de concurso público registrou-se em 1808 (6).

A consagração legislativa não significou, contudo, na prática, a vitória total do Sistema do Mérito. Nos Estados Unidos o *Spoils System* ainda persiste em vários Estados-membros e administrações municipais (7). No Brasil, os noticiários da imprensa, a literatura (8) e a simples observação evidenciam o fato. Em 1964, trinta anos após a consagração legislativa do

(3) Idem, pág. 21.

(4) Idem, pág. 19. V. tb. "Encyclopaedia of The Social Sciences", verbete *Civil Service*, vol. III, Macmillan, Nova York, 1942, pp. 515-23. "The Encyclopedia Americana", verbete *Civil Service Reform*, Nova York, 1940, pp.3-6.

(5) PINTO PESSOA e TEIXEIRA DIAS, op.cit., pág. 20.

(6) GRAHAM, Lawrence, "Civil Service Reform in Brazil, Principles versus Practice", Universidade do Texas, 1968, pág. 19.

(7) ALMEIDA CARNEIRO, Alain de, "A Promoção nos Serviços Públicos", RSP, fev/45, vol. I, nº 2, pág. 37. "The Encyclopedia Americana", International Edition, vol. 6, Danbury, verbete *U.S. Civil Service*, pág. 780.

(8) A narrativa de ficção brasileira é referta de referências à admissão no serviço público. Citemos três delas:

No conto "Engraçado Arrepêdo", da coletânea *Urupês*, MONTEIRO LOBATO narra a história do Pontes, o chistoso contador de anedotas, que planeja matar pelo riso o avelhantado e cardíaco major Bentes, para, mediante o inefectível pistolão, sucedê-lo no cargo de coletor federal.

A ALUISIO AZEVEDO também não escapa a observação da prática do apadrinhamento. Em "O Cortiço", cap. VII, fala-nos sobre Firmo, amante de Rita Baiana, cujo papel de cabo eleitoral há muito abandonara, "pois não conse-

Sistema do Mérito, um pesquisador norte-americano, baseado em entrevista com BEATRIZ WAHRLICH, ex-Diretora do Serviço de Seleção e Treinamento do DASP, divulga a estimativa de que, até aquele ano, somente 12% (doze por cento) dos quinhentos mil servidores públicos foram nomeados por concurso, sendo 2% (dois por cento) de autarquias e 10% (dez por cento) da Administração Direta (9).

Num lapso de meio século (de 1934 a 1984) têm-se registrado no Brasil vários episódios de boicote ao sistema do mérito. Rememoram-se dois pela sua importância, do ponto de vista político-social, quanto ao primeiro, e do ponto de vista político-legislativo, quanto ao segundo.

No período de outubro a dezembro de 1961, desenrolou-se a questão da suspensão, por ato do Presidente da República, de concursos públicos para preenchimento de cargos em órgãos da Previdência Social. É que se encontrava em discussão no Congresso projeto de lei de efetivação de todos os interinos nesses órgãos, o que tornava dispensável, segundo argumentação do Poder Executivo, a realização de concursos. Houve pressão de ambos os lados. Candidatos a concursos e interinos movimentaram-se. Ao final, após renúncia da Diretora da Divisão de Seleção e Aperfeiçoamento do DASP, reação dos vários setores da opinião pública e mandado de segurança contra o ato do Chefe do Executivo, vingou a fórmula negociada de realização dos concursos e nomeação dos candidatos habilitados, sem prejuízo do aproveitamento dos interinos com cinco ou mais anos de permanência no cargo.

guira nunca o lugar de contínuo numa repartição pública - o seu ideal! - setenta mil-réis mensais: trabalho de nove às três".

Em "O Coruja", cap. XXIII, do mesmo ALUISIO AZEVEDO, podemos destacar um trecho do diálogo entre Teobaldo, ora membro do novo gabinete conservador do Império, no cargo de Ministro da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, e seu velho amigo de infância André, o Coruja. Aquele promete a este um emprego público.

- Pois digo-te que agora também serás empregado. É verdade que a época não é das melhores para isso: os bons lugares estão todos preenchidos, mas...

- Não! qualquer coisa me serve... declarou André. Tu bens me conheces; desde que não haja necessidade de concurso ...

- Que diabo! Se eu pensasse nisto há mais tempo, já podias até estar com o teu emprego.

- Olha! Vê se me arranjas alguma coisa na Biblioteca. Isso é que seria magnífico!

- Homem! e é bem lembrado. Havemos de ver.

(9) SIEGEL, Gilbert Byron, "The Vicissitudes of Governmental Reform in Brazil: A Study of the DASP", Universidade de Pittsburgh, 1964 (tese de doutorado com cópia mimeografada na Biblioteca da FGV, Rio de Janeiro). Do mesmo autor "Ad-

Em dezembro de 1984, o Presidente da República veta projeto de lei originário da Câmara dos Deputados, que "dispõe sobre a inclusão nas Tabelas Permanentes dos órgãos da Administração Direta e de suas Autarquias dos atuais ocupantes de empregos integrantes de Tabelas Especiais" (10). Em Mensagem ao Congresso Nacional, o Chefe do Executivo aponta dos pecados capitais no Projeto: 1º) a dispensa de concurso público para a admissão do servidor, aliada à inexistência de vaga na lotação; e 2º) o posicionamento dos interessados na referência inicial das respectivas carreiras, sem a percepção de vantagens pessoais. Além disso, a iniciativa de lei que crie cargos, funções ou empregos públicos, ou aumente vencimentos ou a despesa pública, bem como da que disponha sobre os servidores da União está reservada, com exclusividade, ao Presidente da República (11).

Em meio a tantas aduções, o ponto fulcral mesmo era a ausência de direitos à percepção de vantagens pessoais. Um simples substitutivo retirara da proposta original a chamada "vantagem pessoal", que realizava a função de amenizar as perdas provocadas pelo reenquadramento em relação ao Plano de Classificação de Cargos. Se aprovado o projeto, os contratados iriam perder, em média, 60% (sessenta por cento) de seus salários. Por exemplo, um engenheiro com um milhão de cruzeiros na Tabela cairia para o NS-5, com apenas 470 mil (12).

A quantidade de servidores pendurados nas Tabelas Especiais é tão significativa, que o DASP entendia que as repartições dificilmente poderiam funcionar sem eles. Representariam eles um contingente de 20% (vinte por cento) do total de servidores públicos federais em todo o país. Em Brasília existiriam vinte mil servidores nessa situação e alguns órgãos como a SUDEPE e IBDF teriam seus quadros constituídos de 80% (oitenta por cento) deles (13).

ministration, Values and the Merit System in Brazil", artigo contido na coletânea *Perspectives of Brazilian Public Administration*, FGV e Univ. do Sul da Califórnia (cópia mimeografada na Biblioteca da FGV, Rio de Janeiro. Nesse mesmo sentido, é também digna de registro a afirmação do ex-Ministro DELFIM NETO, registrada por intermédio do Ministro ALUIZIO ALVES, de que a eleição de 1982 "custou 550 mil funcionários no Governo" (UH de Brasília, de 10/10/85, pág.5).

(10) Ver Avulso da Câmara dos Deputados, do Projeto de Lei nº 3048-A, de 1984, Avulso do Senado Federal, do Projeto de Lei da Câmara nº 194, de 1984.

(11) DOU de 19/12/84, Seção I, pág. 19068.

(12) CB de 18/12/84, pp. 11-20.

(13) *Idem*, *ibidem*.

A medida era tanto do interesse dos contratados quanto da Administração. Havia um projeto alternativo da própria SUDEPE. Esse dispunha sobre a percepção das vantagens pessoais. O substitutivo supressor dessas vantagens é que pegou de surpresa tanto os partidos políticos quanto as associações de classes. Finalmente acampados contra o projeto, os servidores da SUDEPE, com o apoio do seu Superintendente e de sua Associação, impuseram o seu veto (14).

Como bem caracterizado nos trechos do noticiário supratranscrito, havia duas iniciativas de lei. Nenhum dos Poderes Públicos envolvidos se mostrou, até então, preocupado com o Sistema do Mérito. Este foi, à última hora, sacado do punho do Presidente da República como um trunfo a mais (15).

A balda de inconstitucionalidade congênita do projeto somente sensibilizou o Chefe do Executivo ao final do processo normativo. Mais insólitas, contudo, foram as argumentações do autor do projeto com o respaldo ainda das Comissões Técnicas da Câmara dos Deputados (16). Examinemos a sua síntese.

Reduzido que foi o número de cargos existentes no antigo Plano de Classificação, com a implantação do Novo Plano instituído pela Lei nº 5.645/70 e conseqüente envelhecimento da mão-de-obra disponível, foram os órgãos da Administração Direta e

(14) Idem, ibidem

(15) Idem, ibidem

(16) Cerca de um ano após, a matéria está de volta à Câmara Federal, desta feita mediante projeto de autoria do Deputado JOSÉ FERNANDES. Reza ele que os atuais ocupantes de emprego em Tabelas Especiais e Emergenciais na Administração Federal Direta e Indireta serão incluídos nas Tabelas Permanentes de seus respectivos órgãos, independentemente de habilitação em processo seletivo e da existência de vaga. Esse projeto também veio a ser vetado. Um periódico de Brasília divulga declaração do Ministro da Administração de que aquele órgão não abre mão do concurso, com crítica à passagem desses servidores à Tabela Permanente sem qualquer prova. Registra-se, não obstante, Mensagem do Executivo ao Congresso Nacional, a de nº 256, de 10/5/85, de encaminhamento do projeto de lei que "dispõe sobre pessoal admitido em Tabela Temporária nos Ofícios Judiciais da Justiça do DF e dos Territórios. A Lei nº 7388, de 23/10//85, concretiza a Tabela de Pessoal da SUDEPE, com o aproveitamento dos servidores das Tabelas Especiais e Emergenciais mediante opção e processo seletivo. Esta lei não ressalva a diferença individual, pois que a opção implica alteração do contrato de trabalho (art. 4º, § 1º). É insofismável, porém, que esse processo seletivo de âmbito interno, não goza das características de um concurso público. É o fato consumado a tentar justificar a transgressão do Sistema do Mérito.

suas Autarquias obrigados a recorrer à contratação indireta de mão-de-obra, por intermédio de empresas. Essa contratação, entretanto, passou a ser considerada indesejável pelo TCU (17) e pelo DASP, em virtude de seus reflexos negativos na política de pessoal. Assim sendo, para obviar problemas administrativos (solução de continuidade) e problemas sociais (dispensa de milhares de servidores), por orientação do DASP, em cada caso, era submetida ao Presidente da República uma Tabela Especial de Empregos, cuja classificação se assemelhava às categorias funcionais existentes no Serviço Civil da União. Essas Tabelas Especiais autorizavam o aproveitamento dessa mão-de-obra mediante contrato de trabalho, inicialmente pelo prazo de dois anos, sendo que, em alguns casos esses contratos já se transformavam em por prazo indeterminado, como consequência da prorrogação da vigência dessas Tabelas.

Além de justa e humana - no dizer do seu autor - a proposta evitaria o procedimento oneroso e burocrático dos concursos públicos, perfeitamente dispensáveis no caso, já que esses servidores, além de terem demonstrado aptidões para o exercício dos cargos, já ocupam os próprios cargos criados com as Tabelas. Por outro lado não haverá aumento de despesas. Se rejeitado o projeto, a Administração teria de realizar concursos públicos. E aí sim, poder-se-ia ter uma situação de desemprego para os servidores que, em se submetendo ao concurso, não fossem aprovados. A necessidade de prévio concurso público para ingresso no Serviço Público - ainda no dizer do referido Parlamentar - embora constante na Carta Política não é critério hermético

(17) O TCU tem construído uma verdadeira jurisprudência sobre a questão. Veja-se, por exemplo, o Anexo XI da Ata nº 88/80 (DOU de 8/1/81, pp. 500 a 507), cujo relatório da lavra do Ministro ARNALDO PRIETO apresenta um elogiável histórico do problema. O acórdão constante do Anexo III da Ata nº 35/85 (DOU de 5/7/85, pp. 9638/9) relaciona as decisões anteriores sobre o tema. É importante salientar os motivos por que o TCU se opõe a essa modalidade de contratação:

- a) representa, de qualquer forma, despesa paga pelos cofres públicos;
- b) a despesa é sempre maior; nos contratos com firma, estas cobram taxas elevadas de administração; nos convênios, os salários pagos são bem superiores aos do funcionalismo público;
- c) causa distorção no Orçamento-Programa; as despesas são pagas por dotações impróprias;
- d) torna irreal a fixação e a execução da despesa de pessoal;
- e) desvirtua a política de pessoal;
- f) as admissões são feitas indiscriminadamente e sem concurso;

co. O art. 97, § 1º, da Lei Maior, ao dispor que "A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, *salvo os casos indicados em lei*" (ênfase do Relator), permite que o Congresso Nacional possa ser o juiz da oportunidade de casos excepcionais, para atender aos próprios interesses da Administração Pública, tendo em vista as situações de fato como esta, relevantes, próprias do gigantismo estatal e de imediata resposta aos desafios do mundo moderno.

Qual discurso poderia ser mais desfavorável ao sistema do mérito que este que declara que servidores admitidos sem concurso demonstram a mesma aptidão para as funções públicas que aqueles selecionados pelo procedimento "oneroso e burocrático" do concurso público!

Questionável também é a declaração de que o Constituinte outorgou ao Legislador Ordinário a prerrogativa de juiz da oportunidade de dispensa de concurso público, tendo em vista as situações de fato. Até porque situações de fato como esta advêm do não cumprimento do preceito constitucional.

Tal amplitude da expressão "salvo os casos indicados em lei" derroga o próprio sistema eleito. Corroboram esse nosso ponto de vista as palavras de MARCIO CAMMAROSANO, no sentido de que a CF, ao permitir em seu art. 97, § 1º, última parte, que a lei excepcione a regra do concurso público para a primeira investidura, não autoriza o legislador ordinário a neutralizar referido preceito mediante indiscriminada formulação de casos de dispensa. É inarredável a contrastabilidade das exceções legais à regra do concurso público com o princípio cardeal da isonomia (18).

g) o próprio levantamento do número de servidores públicos pode sofrer distorções; e

h) quanto a convênios, provoca descontentamento do pessoal do quadro, que ganha bem menos, estimulando exonerações para retorno via indireta.

(18) COMMAROSANO, op. cit., pág. 106.

Uma interpretação sistemática logo traria à balha, como exemplo de exceções, os *cargos em comissão* (§ 2º do mesmo dispositivo constitucional), *serviços de caráter temporário* e *funções de natureza técnica especializada* (art. 106). Outros exemplos, ou meras subsunções do enunciado da lei maior, seriam os relembrados no Parecer do DASP de 28/6/70 (DOU de 19/8/70, pág. 7340): *função de magistério* (aulas, palestras ou conferências) mediante *pro-labore* e a execução de tarefas específicas com gratificação pela *Representação de Gabinete*. Ousar-se-ia adiantar ser um *numerus clausus* essa enumeração: 1) Cargo em Comissão; 2) Serviço de Caráter Temporário; 3) Função de Natureza Técnica Especializada; 4) Função de Magistério com Pro-labore e 5) Função de Representação de Gabinete. Exclui-se deste rol a colaboração de natureza eventual, retribuída mediante recibo (art. 111 do DL 200/67). Essa modalidade de prestação de serviços, que nos parece legítima, se não baralhadas com os casos de subordinação hierárquica, dependência econômica, continuidade e regularidade, foi reprovado pelos Tribunais, em especial o TCU, tendo vindo a ser vedada expressamente nas hipóteses das Leis 5.886, 5.914, 5.921, 5.968 e 5.990, todas de 1973. Julgamos também dever-se excluir da exceção constitucional a FAS, regulada pelo Decreto nº 75.627, de 18/4/75, alterado pelos Decretos nº 77.475, de 23/4/76, e nº 79.824, de 20/6/77, eis que essa função de assessoramento, de grau superior, está jungida aos requisitos gerais para investidura em função pública, que abrangem, obviamente, a aprovação prévia em concurso público.

Releva observar-se que o art. 26, parágrafo único, da Lei nº 3.780/60, virtualmente em vigor, condiciona a contratação do técnico especializado à sua candidatura perante o órgão central do sistema de pessoal.

Nada obsta que a lei ordinária, ao regular o art. 106 da Carta Magna, venha a privilegiar o Sistema do Mérito, como o fizeram a Lei nº 500/74, do Estado de São Paulo, e a Lei nº 9.160/80, do Município de São Paulo. No Congresso Nacional, empregos de Assessores Legislativos são providos mediante contrato, em parte pelo favoritismo, em parte por seleção mediante concurso público.

Após mais de cinquenta anos de sua dignificação legislativa, como explicar o fato de o Sistema do Mérito deixar-se

suplantar pelo Sistema do Favor na prática administrativa? A resposta, de caráter mais sociológico que jurídico, não é, porém, despienda nas nossas perquirições.

Muito do que ocorre na administração brasileira tem profundas raízes no passado nacional. O emprego público tem sido parte do sistema cultural responsável pelo *status* e renda de um largo segmento da população na periferia da elite (19). Como subproduto do individualismo e do regionalismo, surge a tendência de o Estado absorver boa parte das funções sociais (20). No meio rural, o fazendeiro representava a pessoa a quem a população se voltava para a satisfação de suas necessidades. Com a deterioração do latifúndio, outrora autosuficiente, a população se volta para o maior de todos os patrões, o Governo (21).

O servidor público jamais se constituiu numa classe à parte, mas numa extensão da elite, consistente de fazendeiros e ricos comerciantes. Os servidores públicos e os políticos serviam essa elite, quer pelo exercício de funções de governo, necessárias à manutenção do sistema econômico, quer como agentes dessa elite na luta pelo poder (22). Os filhos de homens livres que não se tornavam "senhores da terra" ou seguiam a carreira clerical, não querendo ombrear-se ao escravo no trabalho manual, assumiam o serviço público. Para isso também contribuía a cultura bacharelesca, voltada para os misteres da coisa pública e da política (23).

A Revolução de Trinta pretendeu romper com a velha ordem político-social, que se esteava na monocultura, no comércio exportador e no serviço público tradicional. A burocracia governamental consistia então dos amigos e parentes dos fazendeiros, comerciantes e doutores da lei, tendo essa tríade pouco a lucrar com qualquer mudança no sistema (24). Daí por que esse quadro perdurará até nossos dias.

(19) SIEGEL, op. cit., pág. 18.

(20) Idem, pág. 24.

(21) Idem, pág. 25. ROSENN, Keith, "The Jeito - Brazil's Institutional Bypass of the Formal Legal System and its Developmental Implications", The American Journal of Comparative Law, vol. 19, pág. 526.

(22) SIEGEL, pág. 26.

(23) Idem, ibidem.

(24) Idem, pp 50 e 51.

Durante o Estado Novo, aperfeiçoaram-se as técnicas e rotina de concursos. Não cessaram, no entretanto, as admissões dos empistolados, embora então sob controle na área federal.

Em meio à massa urbana presidia um espírito de ambivalência com respeito ao Sistema do Mérito. De boca, louvava-se-o pelo seu sentido democrático, mas, na prática, tentava-se burlá-lo (25).

Constata-se uma certa analogia entre a reforma daspiana, conjugada ao modelo weberiano, e o movimento de reforma na administração norte-americana, na primeira década do século. Em termos da tipologia weberiana, contudo, a organização social brasileira tende para o Patrimonialismo, isto é, uma conjugação do tipo carismático com o tipo tradicional: clientelismo em vez de especialização; individualismo em vez de divisão de trabalho; tratamento caso a caso em vez de hierarquização; casuismo em lugar da padronização; lealdade ao indivíduo em lugar da orientação legal, da impessoalidade e da profissionalização (26).

Verifica-se, em verdade, que o Sistema do Mérito no Brasil é concessivo ao Sistema do Favor. Note-se que os concursos se limitam à primeira investidura na carreira. Os cargos intermediários e de final de carreira, as funções de assessoramento e de direção são providos pelo critério da confiança, via de regra, com dispensa do concurso (27).

Em 1935, pressionado pelos servidores públicos que sentiam seus salários corroídos pela desvalorização da moeda, deu o Executivo Federal respaldo à idéia de Reforma do Serviço Público, que desde o

(25) Idem, pp 110 e 111.

(26) Idem, pp 46 e 47.

(27) Repare-se, porém, na exceção contida no preceito do art. 176, inciso VI, da CF: "O provimento de cargos iniciais e finais de carreira do magistério de grau médio e superior dependerá, sempre, de prova de habilitação, que consistirá em concurso público de provas e títulos, quando se tratar de ensino oficial."

BEATRIZ WAHRLICH, citada por SIEGEL, relembra a seguinte anedota sob o título "Confiança", editorializada pelo Correio da Manhã de 22/5/57, pág. 6:

A uma mãe preocupada, que lhe havia feito um pedido de emprego público para o filho de dezoito anos, uma certa autoridade oferecia vários cargos de alta posição, tais como de diretor, supervisor, com salários elevados. A mãe então obtemperou que sendo o seu filho tão jovem deveria ter um cargo mais modesto, como, por exemplo, datilógrafo ou *office boy*. E a autoridade, um tanto ofendido, respondeu: "Impossível, minha senhora, para isso o rapaz terá de passar num concurso." (WAHRLICH, Beatriz de Souza, "O Sistema do Mérito na Administração Federal Brasileira", RSP, vol. 76, nº 2/237. SIEGEL, op. cit. pág. 110).

início do século se ensaiava no Congresso Nacional (28). Daí surge o Relatório Nabuco (do Embaixador MAURÍCIO NABUCO). O relatório propunha uma reorganização do Serviço Público, com dois grandes Quadros de Pessoal: o da Administração Central e o da Administração Regional. Propunha também que os funcionários públicos, para fins de remuneração, fossem classificados em vinte e três referências, em escala única, independente do Ministério de lotação. No Plano do Embaixador está implícito que ele considerava o Sistema do Favor como a força vital do político e que qualquer plano que ignorasse esse fato estava condenado ao fracasso. Tradicionalmente o Presidente da República e o Congresso cooperavam entre si no clientelismo para o seu mútuo benefício. O Presidente tinha o poder de admitir, ao passo que o Congresso controlava o pagamento e alguns aspectos da organização da burocracia. Ao mesmo tempo, NABUCO via a necessidade de um processo de seleção mais racional que proporcionasse a indicação da sanidade física e mental do candidato e uma avaliação de suas aptidões e qualificações para a função pública. Não via ele qualquer incompatibilidade nos chamados meios objetivos de seleção de pessoal em conjunção com o clientelismo. Candidatos habilitados em concurso seriam nomeados por políticos. Após o ingresso, sim, o servidor galgaria altos cargos na carreira até a direção geral de um departamento, independente de indicação política. Mas o Relatório Nabuco se viu descartado pelo Ministro da Fazenda, em razão do ônus que acarretaria ao Tesouro, decorrente de uma só escala de remuneração (29).

Surgiu a seguir um substitutivo ao Relatório Nabuco, que, examinado por um grupo presidido por SIMÕES LOPES, veio a dar origem à Lei nº 284, de 28 de outubro de 1936, denominada Lei de Reajustamento. O Plano aí contido rejeitava o Sistema do Favor no início da carreira, como até hoje se mantém. Ao invés, todos os cargos de direção e assessoramento deveriam permanecer como "cargos de confiança", a serem preenchidos por critério político (30).

(28) Vejam-se os Projetos Justiniano Serpa em 1907, Graccho Cardoso em 1911, Moniz Sodrê em 1913, Camilo Holanda em 1914 e Comissões Legislativas Especiais em 1929 (SIEGEL, op. cit., pág. 67).

(29) Idem, pp 66 a 73.

(30) WAHRLICH, op. cit.

NABUCO via irrealismo numa completa rutura com o patri monialismo regionalista. Em se permitindo ao político indicações para cargos públicos de candidatos aprovados em concurso, obter-se-ia mais facilmente apoio político para a manutenção do Serviço Público reformado. Ao mesmo tempo, as carreiras estariam a salvo das indicações políticas acima do nível inicial. SIMÕES LOPES, por sua vez, contemplava a necessidade de uma brusca e dramática rutura com o passado, embora mantendo a influência política após o ingresso do servidor na carreira. O Presidente VARGAS, em situação de ambivalência, acabou optando pela sugestão de SIMÕES LOPES (31).

2.1.2. Servidores Temporários e Técnicos Especializados em face da Lei nº 6.185/74.

A Lei nº 6.185/74 diz respeito ao regime jurídico de *todos* os servidores públicos civis da Administração Federal direta e autárquica e, nesse sentido, vincula-se ao art. 106 da Carta Magna. Relaciona-se, igualmente, ao art. 109 da mesma Lei Maior, no sentido de que dispõe sobre a natureza do vínculo empregatício daqueles servidores, a exceção do pessoal do Distrito Federal e dos Territórios.

No tocante aos servidores admitidos em serviços de caráter temporário e aos contratados para funções de natureza técnica especializada, ela se nos afigura como complementar aos preceitos dos arts. 23, 24 e 26 da Lei nº 3.780/60. A Lei nº 6.185/74 revoga expressamente (art. 7º) os dispositivos de outras leis nela enumeradas, sendo que os arts. 23, 24 e 26 da Lei nº 3.780/60 não parecem enquadrar-se nas suas "demais disposições em contrário". Em não se referindo ao temporário e ao técnico especializado, ela lhes define, não obstante, a situação pelo princípio do *contrario sensu*, sem revogar, portanto, outras de suas características definidas em normas legais anteriores, salvo a do regime jurídico, única disposição nova. Nova até certo ponto, eis que o art. 24 da Lei nº 3.780/60 já consagrava o regime da CLT.

Após a Lei nº 6.185/74, mercê do princípio da continui-

(31) Idem, pp 79 e 80. SIEGEL registra que, em entrevista com ele, em abril de 1963, o Embaixador insiste que VARGAS veio a arrepender-se por essa opção.

dade das normas, subsistiriam: a) o pessoal temporário admitido à conta de dotação global; b) o pessoal de obras; c) contratados para funções de natureza técnica especializada; e d) pessoal de tabelas de representação de gabinete sem outro vínculo com a Administração Pública. Posteriormente se instituíram as funções de assessoramento de grau superior (FAS).

2.1.2.1. O Alvo da Lei nº 6.185/74.

Aparentemente o escopo da Lei nº 6.185/74 teria sido o de, única e exclusivamente, definir o regime jurídico dos servidores públicos da União, no cumprimento assim da norma programática constitucional. Mas este é apenas o seu instrumento. O seu alvo, por incrível que pareça, é coincidente com o da Lei nº 284/36. A eficiência no Serviço Público é o fim perseguido pelas duas leis em referência. Ambas visaram a depuração do Serviço Público pelo Sistema do Mérito, não obstante partirem de teses opostas.

A Lei nº 284/37 - primeira norma de classificação de cargos públicos no Brasil - pressupunha que a eficiência somente poderia ser alcançada pela sagração legislativa de uma estrutura fechada da função pública, coincidente aliás com a tradição histórica nacional, e pela concessão da estabilidade ao funcionário. A Lei nº 6.185/74, ao contrário, admitia ser a estabilidade um mal e pretendeu abrir a estrutura funcional do Serviço Público, ao arrepio da tradição (32).

Nas palavras de MOACIR RIBEIRO BRIGGS, antes de 1936, o que existia no Brasil em relação à administração pública era a criação de cargos em "cauda orçamentária", livre provimento salvo raras exceções, regras esparsas sobre o funcionalismo, constantes regulamentos de certas repartições, nomenclatura de cargos ao sabor das conveniências políticas, elevações isoladas de vencimentos de uns em detrimento de outros e total falta de unidade de ação. Foi dentro desse estado caótico no Serviço Público Federal que surgiu a Lei nº 284/37, disciplinando e lançando as bases de uma estrutura orgânica, ao mesmo tempo que estabelecia

(32) Adiante, em "A Função Pública", veremos o que vem a ser estrutura fechada e aberta da função pública.

uma verdadeira profissionalização do servidor público. A centralização da seleção do pessoal garantia a implantação do sistema do mérito, única forma de se conseguir elemento humano capaz (33).

De 1937 para cá, tem-se consolidado - ou mesmo codificado - as regras sobre o funcionalismo, mediante um estatuto; tem-se sistematizado a nomenclatura dos cargos pela adoção de um plano de classificação de cargos, que dia a dia se vem aperfeiçoando (34). Não obstante, perduram muitos dos fatos acima denunciados, registrando-se o agravamento de alguns outros. Se outrora se criavam cargos em "caudas orçamentárias", hoje se criam funções por ato administrativo. Persistem as elevações isoladas de vencimentos. O favoritismo e o empreguismo suplantam o sistema do mérito com o prejuízo da qualidade do serviço público. É nesse contexto que surge a Lei nº 6.185/74.

Ao propor a generalização da CLT no Serviço Público com a adoção do FGTS, o DASP pretendia afastar a estabilidade, tida como um óbice no atingimento da eficiência. Sem a estabilidade, os maus funcionários seriam excluídos. Lançava-se, com isso, no oblívio a lição que já vinha de longa data e que se expressava nos termos de que "Na relação de emprego público o pressuposto da sua proteção assenta, antes de tudo, no interesse do serviço público e da sua natureza institucional. Da causa final, pois, dessa proteção, decorrem, entre outros, os princípios da regularidade e continuidade do funcionamento do serviço. Basta essa consideração preliminar para se ver que a perda do cargo público só é possível *secundum legem*" (35).

Dir-se-ia que essa proteção só se confere em relação ao cargo e não ao emprego ou função. Transformados os cargos em empregos e vice-versa, transformar-se-ia com isso, também, a natureza do serviço público? Bem, algumas atividades não são próprias do Estado como Poder Público. Em correlação com essas atividades

(33) BRIGGS, "Depoimentos sobre o DASP - 1966, pág. 53).

(34) Isso, contudo, não impediu que se registrasse, em 1975, uma estimativa de cerca de 40 mil leis, decreto-leis e decretos sobre pessoal civil e organização do serviço público, sem contar as portarias, instruções e pareceres normativos. Somente em relação a aposentadorias, contagem de tempo de serviço e pensões existiam mais de 900 normas já identificadas (JB de 12/2/75).

(35) NOGUEIRA DE SÁ, A., "Da Perda do Cargo no Direito Público Brasileiro", RDA, vol. 44/535.

é que se criariam os empregos e funções (36). Tem-se visto, no entanto, que esse critério de diferenciação é, além de questionável, impreciso. Não foi ainda possível atingir-se um consenso na distinção entre *acta jure imperii* e *acta jure gestionis*.

Juizes Federais há que tendem a seguir a orientação tradicional, sob a justificativa de que o ato de despedida do servidor, como todo ato administrativo, a ser vinculado, está jungido ao imperativo da motivação. Segundo essa tese, ao administrador público é vedado decidir como um particular, porque está adstrito à lei. O particular pode fazer tudo o que a lei não proíbe. O administrador público pode fazer tudo o que a lei permite. O administrador público não age porque quer mas porque deve e assim dispõe o interesse público. A despedida de servidor público, que se faz sob a justificação de que seus préstimos não mais correspondem ao interesse do serviço, não explicita as razões desse desinteresse, é nula de pleno direito (37).

Decisões dessa natureza implicam uma virtual estabilidade a todo servidor público. O TFR, contudo, parece propender para o entendimento da precariedade do vínculo entre o servidor temporário e a Administração. Tome-se como exemplo o Acórdão da 2a. Turma no RO nº 6522-AM interposto pelo IBDF e relatado pelo Ministro COSTA LIMA (DJ de 7/3/85, pág. 2492), que sintetiza que "*A dispensa de empregado não estável independe de motivação.*"

(36) Tenha-se em mira trecho da ementa exarada pelo Ministro COQUEIJO COSTA, em acórdão relativo ao RR-4965/75-3a. Turma do TST, em 30/3/76: "É funcionário aquele que ocupa, regularmente, ou não, uma posição definida pela lei, em função da qual sua vontade, seus atos, são imputados ao Estado, isto é, valem legalmente como vontade e atos do Estado, ou contribuem para a formação desses atos e dessa vontade (LAFFAIETE PONDE). Não interessa o processo nem o regime jurídico de sua designação".

(37) Veja-se a sentença da Juíza Federal ANNA MARIA PIMENTEL, da 2a. Vara de Brasília, processo 167-M/82, na RDP 66/222. Trata-se de Mandado de Segurança de advogado contratado indiretamente pelo INCRA, em 15/2/77, contratação essa regularizada em 1/11/81, em face da criação, pela Autarquia, de tabela especial com autorização do Presidente da República, sob inspiração do DASP, tendo-se dada a dispensa em 19/5/82, após cinco anos de serviços prestados, sob a alegação de não estar o servidor correspondendo aos interesses do órgão, mas sem registro de falta grave por ele cometida.

2.1.2.2. Função Pública.

A expressão *Função Pública* tem várias acepções, daí a dificuldade de fixação de um conceito básico e uniforme.

Sob as rubricas *Função Pública* e *Fonction Publique* (38) topamos com dois enfoques que, conquanto distintos, podem-nos lançar luzes sobre o fenômeno. O primeiro é de autoria do JOSÉ CRETELLA JR. (39), sobre a natureza jurídica da função pública. O segundo, de FRANÇOIS GAZIER (40), sobre as estruturas do Serviço Público.

2.1.2.2.1. A Natureza Jurídica da Função Pública.

CRETELLA JR. denomina função pública a toda atividade praticada por agente, funcionário ou não, para a consecução de um fim de interesse da coletividade.

A expressão *Função Pública* não é correlata de *Funcionário Público*. Aquela é mais extensa. Pode haver funcionário sem função, quando, por exemplo, em disponibilidade, assim também função pública exercida por quem não pertence aos quadros do funcionalismo, como o jurado.

Para o autor citado, há duas posições nítidas e antagônicas: a *unilateral* e a *contratual*. Em torno delas se agrupam as diversas teorias sobre a natureza da função pública. Na primeira posição se enumeram a da *Coação Legal* e a da *Situação Legal*. Na segunda ressaltam as teorias do *Contrato de Direito Privado*, *Contrato de Direito Misto* e *Contrato de Direito Público*.

Para os teóricos da Coação Legal, a investidura na função pública nada mais seria que a vontade unilateral do Estado imposta coativamente a seus súditos.

Do modo de ver dos defensores da Situação Legal, o Estado de maneira alguma coagiria os cidadãos, mas, ao contrário,

(38) Temos por pacífico que o sintagma *Função Pública* não traduz o seu cognato francês *Fonction Publique*. Adiante se verá por que.

(39) CRETELLA JR., José, "Natureza Jurídica da Função Pública", Saraiva, São Paulo, 1953.

(40) GAZIER, François, "La Fonction Publique dans le Monde", Ed. Cujas, 1972.

procuraria mesmo, mediante leis e regulamentos, estabelecer as condições indispensáveis ao exercício da função pública. O candidato à função pública aceita *sponte sua* a situação que o Estado lhe apresenta. Não há contrato, raciocinam, porque todo contrato supõe a livre discussão das cláusulas pelas partes contratantes, além do que, mesmo depois de firmada a relação entre o Estado e o funcionário, continua o primeiro a modificar unilateralmente as condições de serviço, caso seja isso necessário ao interesse público.

Para os contratualistas em geral, a função pública se verifica com o acordo de vontades: a da pessoa jurídica do Estado e a do indivíduo investido na função. Do encontro das duas vontades surge a relação jurídica, constituindo-se ambas as partes em credores e devedores de prestações. Estã-se, portanto, diante de contrato oneroso, sinalagmático e comutativo.

A divergência entre os contratualistas está em que, para uns, o contrato é figura típica do Direito Privado, devendo a função pública reger-se naturalmente pelas normas tradicionais deste ramo do Direito. Dentro ainda do contratualismo de Direito Privado a divergência se aprofunda, quando se trata de passar do gênero à espécie. Invocam-se o antigo contrato de precário, a figura da doação, a locação de serviços, o mandato do Direito Civil, a gestão de negócios e até a do contrato inominado.

Alguns, convencidos por um lado de que a função pública é de natureza contratual e de que a figura do contrato é peculiar tão somente ao Direito Privado, certos por outro lado de que, na relação funcional, ocorrem particularidades especiais, reconhecidas como de Direito Público, imaginam um hibridismo jurídico, apresentado sob o *nomen juris* de *Contrato de Direito Misto*.

Hã, no entanto, os que admitem o contrato fora do âmbito do Direito Privado. São os arautos do Contrato de Direito Público. Aduzem eles que o contrato é um *conceito geral e abstrato*, de natureza *puramente formal*, que não pertence sã ao *Direito Civil*, nem apenas ao *Direito Privado*, mas igualmente ao *Direito Público*, tanto *interno*, como *externo*, pois não é somente no Direito Civil, Comercial, Industrial, Internacional Privado, que há contrato, porêm, ainda, no Direito Constitucional, Administrativo, Criminal, Processual, Internacional Público, pertencendo por isso

o seu conceito ã *teoria geral do direito*.

Na sua argumentação, o governo faz a oferta pública dos cargos expondo os deveres a eles inerentes, as condições para o seu provimento e as vantagens pessoais que promete a quem se conforma com esse programa de condições.

O não-contratualista contra-ataca com a idéia de que o contrato faz lei entre as partes, não sendo possível alterar-lhe as cláusulas durante a execução, a não ser por acordo dos contratantes. Se a relação entre o funcionário e o Estado fosse contratual, seria necessário o assentimento do funcionário, para uma alteração válida do Estado nessa relação.

Investigando o campo do Direito Privado para provar a improcedência dessa afirmativa, encontra aĩ o contratualista o fato de que uma das partes pode modificar unilateralmente o ajustado. Assim, Cód. Civil, art. 1221: "Não havendo prazo estipulado ... qualquer das partes A SEU ARBÍTRIO... pode rescindir o contrato"; art. 1500: "O fiador poderá exonerar-se da fiança ... SEMPRE QUE LHE CONVIER..."; art. 1316: "Cessa o mandato: II - pela revogação, ou pela renúncia".

Enquanto no Direito Civil as partes contratuais se encontram em condições de igualdade, na função pública a hierarquia torna subalterna a situação jurídica do funcionário. A esse objeção responde o contratualista que, nos contratos de locação de serviços em que são parte, as firmas poderosas impõem, a bem dizer, a lei contratual, pela superioridade de ordem material ou financeira em que se encontram. Da mesma forma, o Estado, ainda mais poderoso, faz a lei do contrato, oferece as condições. Num e noutro caso, há oferta e aceitação. Ainda, a mesma desproporção, ou desigualdade, existe no Direito Privado, quando, por exemplo, um industrial poderoso contrata com o operário isolado, ou uma forte liga operária se impõe ao pequeno proprietário. Em suma, a igualdade dos contratantes não é condição indispensável para a validade dum contrato.

O fato de se não poder discutir o preço do serviço ocorre também entre o passageiro e uma companhia de transporte de passageiro. No entretanto, não há como poder negar que o contrato de transporte existe. É que a compra do bilhete de passagem importa, por si sã, a aceitação do contrato com a empresa,

que, por seu lado, faz sua oferta permanente em seus prospectos e reclames. Mesmo em relação à administração pública, ninguém vai discutir com ela o preço e condições da remessa da correspondência postal ou telegráfica, embora haja um contrato entre o Estado e o expedidor. Para o contratualista publicista, dar-se-ia a mesma coisa com a investidura do cargo público. As regras legais e os regulamentos que asseguram o direito do empregado, tanto na administração pública como na empresa particular, não são os do Código Civil, mas um de um Direito Industrial e Operário nas empresas, e de Direito Administrativo na administração pública.

Como se vê, o debate é bastante polêmico. Doutrinariamente não é possível sua pacificação. Mesmo que se descartem algumas teorias, quer pela sua debilidade ou especificidade, tais como a da Coação Legal, do Contrato de Precário, do Mandato de Direito Civil, da Gestão de Negócios, do Contrato Inominado, e outras, subsistiriam as posições genéricas da Situação Legal, do Contrato de Direito Privado, do Contrato de Direito Misto e do Contrato de Direito Público. Todas têm, parcialmente, boas argumentações.

A situação parece não mais tender para uma teoria geral, mas para uma pluralidade de teorias conforme o regime jurídico do servidor.

Os doutrinadores brasileiros citados na Primeira Parte deste trabalho (1.1.1.1. Conteúdo da Lei Especial e 1.1.1.4. O *Tertium Genus*), que são realistas, permitem-se mútuas concessões. A relação é a Legal para o estatutário, mas pode ser Contratual para o celetista, ou até Mista para o temporário.

2.1.2.2.2 - As Estruturas do Serviço Público.

FRANÇOIS GAZIER procura sistematizar o estudo do Serviço Público em considerando-o segundo quatro grandes agrupamentos geográficos: o europeu, o americano, o dos países socialistas e o dos países do terceiro mundo. Mas a pedra de toque de sua sistematização está em relacionar esses agrupamentos a dois conjuntos: de estrutura aberta e de estrutura fechada.

No primeiro, a administração pública, como se fora uma vasta empresa, recruta e gerencia o seu pessoal nas mesmas condições que a de todas as outras empresas industriais, comerciais ou

agrícolas da nação. Nele o servidor torna-se titular do cargo, mas do cargo unicamente. Não ingressa numa carreira. Se a administração julga o cargo dispensável, ou não está satisfeita com o desempenho do seu titular, pode simplesmente despedir o servidor. Por outro lado, se o servidor está descontente, seja com a rotina do trabalho, seja com o salário, já que a situação é estática, sem promoção, simplesmente se retira, com possibilidade de melhor colocação no setor privado. Em assim sendo, não é necessário atribuir ao servidor público um estatuto diferente dos demais assalariados. É o sistema satisfatório no países desenvolvidos ou em que não haja grandes distinções entre o setor público e o setor privado. Para ele propendem os Estados Unidos e os Países Soviéticos.

No sistema de estrutura fechada, a administração pública é considerada como um fenômeno à parte no seio da nação, a exigir especificações particulares e um pessoal dedicado inteiramente ao Serviço Público, uma vez que sua estada nele se organiza em regime de progressão que se chama carreira. O estatuto significa normas específicas para a função pública e que os servidores públicos não são assalariados comuns, exigindo-se-lhes absterem-se de sindicalizar-se e fazer greve e demais outras posturas próprias. Em contrapartida, são-lhes outorgadas garantias especiais, como estabilidade e sistema previdenciário próprio (41). A carreira significa que o ingresso no Serviço Público não é simplesmente o recrutamento para ocupar uma função determinada, mas a promessa de uma série de funções, organizadas e hierarquizadas. Por este sistema pendem os países da Europa Ocidental.

No dizer de GAZIER a noção de *Fonction Publique* foi elaborada não se sabe por quem, nem como, nem por quê. O que é certo é que ela surgiu espontaneamente e que se generalizou muito rápido, como uma abstração cômoda a designar os funcionários e tudo a que se refere aos funcionários. De outra parte, ela se explica

(41) A estabilidade, por sua vez, é origem de outros direitos tais como a disponibilidade, reintegração e de tempo de serviço como patrimônio (CARVALHO E MELLO, "O Estado e seus Servidores", RSP, março de 1949, vol. 3/57).

Até bem pouco tempo, o sistema previdenciário do funcionário público, tanto da União como das demais unidades federadas, era estanque. Adveio, então, a Lei de Contagem Recíproca dos tempos de serviço público e privado. Subsystem, porém, algumas questões de diferenciação em debate.

certamente, por uma contaminação da expressão *Civil Service*. Os ingleses já haviam elaborado a noção de *Civil Service* para designar o conjunto de seus funcionários públicos e seu regime. Na da mais natural e cômodo, e, na língua francesa, do que se quer uma noção um tanto análoga. Daí passou a expressão a outras línguas, embora com um emprego, às vezes, um tanto diverso. No francês, *Fonction Publique* é sinônimo de *Civil Service* e de administração de pessoal. Não tem rigor jurídico, mas se impõe na prática.

Conquanto não haja um linha divisória rígida entre a estrutura fechada e a estrutura aberta, é nítida no Brasil a predominância da estrutura fechada, a explicar, aliás, em parte, as efetivações no Serviço Público de servidores originariamente admitidos para funções temporárias. O Serviço Público brasileiro tende a ser um setor estanque. Quem nele ingressa dele raramente sai.

Daí registrarem-se atitudes a um só tempo paradoxais e coerentes. O DASP, patrono do anteprojeto que deu origem à Lei nº 6.185/74, veio, a seguir, a propor um estatuto para o servidor público em geral. Isso advém do pensamento de que todo servidor público, independentemente do seu regime jurídico, deve ter um estatuto próprio (42).

(42) A propósito do anteprojeto que se transformou na Lei nº 500/74, de São Paulo, vê-se o seguinte título na edição do "Estado de São Paulo", de 2/10/74: "Estatuto do Precário não concede todos os direitos". No corpo do artigo põe-se destacar os seguintes períodos: "O governo teria preferido conceder-lhes as mesmas garantias dos efetivos, com exceção da licença-prêmio e da aposentadoria por tempo de serviço. Mesmo que continuem durante anos no serviço público, os precários só serão efetivados através de concursos públicos com provas, embora haja contagem de pontos por experiência anterior na função".

"O Diretor do DASP acha que não é justo dar tratamento diferenciado ao servidor estatutário e ao CLT e a filosofia adotada pelo DASP é tratar, igualmente, em condições de regime jurídico e previdenciário aos funcionários dos órgãos públicos e os das empresas privadas, estabelecendo direitos e deveres para as duas categorias". [...] "O novo Estatuto será composto de quatro capítulos: direitos e deveres do servidor estatutário e CLT; dos regidos pela CLT; dos estatutários; e das carreiras de diplomata, Ministério Público, Polícia Federal e Grupo Fiscalização" ("O Globo" de 10/3/76).

Outro texto curioso: "O Ministro da Administração mostrou-se favorável à criação de um Estatuto que incluía os funcionários celetistas e estatutários, mas a comissão encarregada dos trabalhos, liderada pela Câmara Federal do Pessoal Civil, é a favor da elaboração apenas do estatuto dos funcionários estatutários (sic)" ("Correio Braziliense" de 9/10/85, pág. 6).

Evoluiu-se, então, de um anteprojeto de estatuto de dois regimes, em 1974, para um anteprojeto de estatuto de um só regime, em 1982, com a eliminação da figura do celetista (43).

É normal em ciência que teorias e esquemas, por mais bem elaborados e elogiáveis como este de GAZIER, não respondam, entretanto, a todas as indagações. É YVES CHAPEL (44), quem, ao confrontar os regimes alemão e francês, de estrutura jurídica análoga, nos alerta para um fato relevante dentro do nosso contexto. Na França, o sistema tende para o unitarismo, isto é, o regime estatutário, em suas linhas essenciais, é idêntico para todo o pessoal permanente da Administração Direta. Na Alemanha, ao contrário, o sistema apresenta a característica de conferir a qualidade de funcionário público apenas a uma parte do pessoal da Administração Direta. Somente se consideram funcionários aqueles cujas funções justifiquem serem colocados, frente ao Estado, em relação de fidelidade e de serviço com caráter de Direito Público. Somente estes gozam da totalidade das garantias estatutárias. Os demais servidores são "empregados", submetidos a um regime bastante análogo ao do estatutário, mas regidos pelo Direito Privado.

(43) Ver "Jornal do Brasil de 17/12/82, pág. 5.

(44) CHAPEL, Yves, "Conceituação de Função Pública - Principais Conceitos", síntese de uma conferência pronunciada em 6/11/64, publicada in "Revue Internationale des Sciences Administratives", vol. XXX, 1964, 4/386.

2.1.2.3. Cargo, Função e Emprego.

Cargo, função e emprego são noções análogas mas não idênticas. Não há dúvida. A questão é demonstrar por que aspectos se extremam. E a Lei nº 6185/74 veio a isso acrescentar dificuldades.

Como se sabe, a Lei em foco enquadra o servidor público federal em estatutário e celetista. Para as atividades inerentes ao Estado como Poder Público, sem correspondência no Setor Privado, só se nomearão servidores cujos deveres, direitos e vantagens sejam os definidos em Estatuto próprio, na forma do art. 109 da Constituição Federal (art. 2º). Essas atividades se compreendiam, originariamente, nas áreas de Segurança Pública, Diplomacia, Tributação, Arrecadação e Fiscalização de Tributos Federais e Contribuições Previdenciárias, e no Ministério Público (45).

Para as atividades aí não compreendidas só se admitirão servidores regidos pela legislação trabalhista, sem os direitos de greve e sindicalização, aplicando-se-lhes as normas que disciplinam o FGTS (art. 3º). E o parágrafo único deste art. 3º passa a dispor que

"Os servidores a que se refere este artigo serão admitidos para *cargos* integrantes do Plano de Classificação, com a correspondente remuneração"(grifou-se).

Acolhe-se então a idéia de que servidor ocupante de *emprego* possa ser admitido para *cargo*, que, assim, perde a especificidade.

O Estatuto em vigor procurou estabelecer uma certa correlação entre cargo e funcionário público, mesmo à custa de uma circun-

(45) Sendo essa enunciação um *numerus clausus*, ao se notar a primeira omissão, promulgou-se a Lei nº 6335, de 31/5/76, que acrescenta à lista a categoria de Procurador da Fazenda Nacional, naquela ocasião assemelhada à de Assistente Jurídico (Serviço Jurídico da União), que, mais tarde, pelo DL nº 2192, de 26/12/84, recebeu encargos de Advocacia Fiscal da União. A Lei nº 6856, de 18/11/80, inclui nessa situação também os integrantes do Grupo-Atividades Específicas de Controle Interno (Técnicos de Controle Interno, Assessores de Controle Interno e Auxiliares de Controle Interno). Curioso é que se mantivesse fora dessa lista o Fiscal do Trabalho (antigo Inspetor do Trabalho), cujas atividades são inerentes ao Estado como Poder Público. Essa gritante lacuna foi preenchida pela Lei nº 7391, de 25/10/85. Mais recentemente, a Lei nº 7501, de 27/6/86, que institui o regime jurídico dos funcionários do Serviço Exterior, enriqueceu ainda mais a lista com a carreira de Oficial de Chancelaria.

cularidade conceitual. Esta circularidade é mais enfática ainda no anteprojeto de Estatuto em tramitação no Congresso: "Na aplicação desta Lei serão consideradas as seguintes definições: a) funcionário público é a pessoa investida em cargo público; b) cargo é o conjunto de atribuições a serem desempenhadas por um funcionário" (46).

É meritório o esforço de doutrinadores na busca de um conceito inequívoco de cargo público, a exemplo de HELY LOPES MEIRELLES (47).

ADILSON DALLARI, em Parecer (48), destaca pontos capitais de diferenciação entre *cargo* e *função*. Cargo representa um "lugar" na Administração Pública; a função corresponde apenas a um conjunto de atribuições. Enquanto a função - como a de extranumerário - tem um caráter estático, por corresponder ao exercício de certas e determinadas atividades num determinado órgão da Administração, já o cargo público tem um caráter dinâmico, podendo mesmo ser deslocado dentro da Administração ou possibilitando o deslocamento de seu titular para outros cargos de igual ou maior responsabilidade. Isso é verdade, sendo a melhor síntese da questão, mas não é tudo.

Quando DALLARI subscreveu este Parecer (setembro de 1972), a noção de *emprego público* na Administração Direta não se havia alçado à importância que tem hoje. Os extranumerários desempenhavam o papel dos atuais celetistas. É possível atualmente dizer-se que Emprego é um lugar e de caráter dinâmico, haja vista as normas vigentes para a movimentação de seu ocupante.

(46) "Conclusões do Simpósio Nacional sobre o Novo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União", Senado Federal, Comissão de Serviço Público.

(47) *Cargo público* é o lugar instituído na organização do funcionalismo, com denominação própria, atribuições específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei (op. cit., pág. 350). V. também em CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, "Apontamentos sobre os Agentes e Órgãos Públicos", 1a. ed., 3a. tiragem, RT, São Paulo, 1981, pp 17a 20; MARCIO CAMMAROSANO, "Provimento de Cargos Públicos no Direito Brasileiro", RT, São Paulo, 1984, pp 3 a 22; JOAQUIM CASTRO AGUIAR, "Regime Jurídico dos Funcionários Municipais", Forense, Rio de Janeiro, 1977, pp 30 a 32.

(48) DALLARI, Adilson Abreu, "Servidores Públicos - Extranumerários - Estabilidade e Efetividade", RDP 22/273.

Não vamos ignorar a definição estatutária de cargo, por que se trata de conceito jurídico-positivo, do qual não se dirá que seja verdadeiro ou falso, mas válido ou inválido, vigente ou não vigente (49). Mas vamos aqui fazer algumas ponderações, baseados na lição de DARDEAU VIEIRA. Para ele, essa definição proveio de "uma necessidade de ordem prática", sendo, por isso, "uma construção toda artificial" (50).

Não tem havido uniformidade na conceituação de cargo. Desde a Constituição de 1891 vem a sua existência dependendo de criação por lei, mas então o termo é, não obstante, considerado como sinônimo de emprego (V. art. 34, nº 25, art. 48, nº 5, e arts. 73 e 74).

Segundo ainda DARDEAU VIEIRA, a noção de cargo nas Constituições de 1934 e 1937 deve ser tomada restritivamente, pois que o princípio da estabilidade nelas consagrado (arts. 169 e 156, letra c, respectivamente) é incompatível com certos grupos de servidores do Estado. Se como cargos continuassem a ser considerados todos os empregos públicos, na categoria de funcionários seriam incluídos aqueles antigos contratados, mensalistas, diaristas e jornaleiros, que, desse modo, passariam a gozar da garantia da estabilidade, quando a sua admissão fora feita a título precário e sem concurso. A fim de contornar essa dificuldade, foi-se firmando a tendência para não considerar cargos os empregos que não houvessem sido criados por lei. Assim, aqueles contratados não exercentes de cargos não seriam funcionários e, pois, não gozariam necessariamente daquelas regalias que a Constituição outorgara. A Lei nº 284, de 1936, fixou-se nesse ponto de vista (arts. 19 e 50).

É de se observar que essa preocupação perdurou apenas na era de VARGAS. Após a sua deposição, em 1946, a Constituição veio a conceder estabilidade não só aos nomeados por concurso (ocupantes de cargos criados por lei), como também aos demais servidores, desde que efetivos. Chama de funcionários aos integrantes de ambas as categorias. Distingue-os apenas pela prestação ou não de concurso, concedendo aos primeiros estabilidade após cinco anos de exercício. Sô denega a estabilidade aos ocupantes de "cargos de confiança" (art. 188).

(49) CAMMAROSANO, op. cit., p 15).

(50) DARDEAU VIEIRA, Astério, "Como Classificar os Cargos". RSP, 1941, Vol. II; 1/128.

A Constituição de 1967 é menos benigna ao dispor que "Ninguém pode ser efetivado ou adquirir estabilidade, como funcionário, se não prestar concurso público" (art. 99, § 1º).

Não há ensanchas para se tomar o termo cargo, nas duas últimas Constituições, em sentido estrito. Assim também na Emenda Constitucional nº 1/69. Mais prolixa e minuciosa, a EC nº 1/69 busca distinguir as três situações quando, ao tratar da acumulação de cargos, dispõe que "A proibição de acumular estende-se a cargos, funções ou empregos em autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista". Mas essa enumeração mal disfarça a promiscuidade conceitual, expressa ou latente, nas demais outras disposições. Apesar da intitulação Dos Funcionários Públicos, a Seção abrange o Servidor Público de todas as categorias. Tenham-se de exemplos 1) o art. 106, quanto ao regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada; 2) o art. 109, caput, no que tange à exigência de habilitação em concurso público para nomeação ou admissão em cargo, função ou emprego; e 3) o art. 110, concernente ao ajuizamento de causas nas relações de trabalho dos servidores da União, inclusive as autarquias e as empresas públicas federais, qualquer que seja o seu regime jurídico.

Ao apreciar causa trabalhista no RE 95.751-1-MG, in DJ de 13.4.84, pág. 5.631, referente à vedação da CF de equiparação ou vinculação de qualquer natureza contida no seu art. 98, parágrafo único, o STF teve a oportunidade de decidir que o discutido preceito constitucional é amplo, pois referindo-se "a pessoal do serviço público", diz respeito não só ao funcionário "stricto sensu", ou seja, ao estatutário, como igualmente a servidor regido pela CLT da Administração centralizada ou autárquica. Até normas regulamentares interpretativas e de caráter conceitual, a exemplo do Decreto nº 35.956, de 2 de agosto de 1954, concernente a acumulação de cargos de que tratam os arts. 188 a 193 da Lei nº 1.711/52, não consegue fugir a essa indistinção, em declarando que, na sua sistemática, a expressão cargo compreende cargos propriamente ditos, funções e empregos.

Esbateram-se os critérios tradicionais de distinção entre cargo e emprego, entre cargo e função, ou entre função e emprego, a saber, exigência de habilitação prévia em concurso público, criação por lei, em número certo, denominação própria e remuneração pelos cofres do Estado. Por força de disposições constitucionais (arts. 97, 108 e 109) passou a ser regra a admissão por concurso no Serviço Público brasileiro, quer para cargo, emprego ou função. Funções e empregos também podem ser em número certo, com denominação própria e remuneração com recursos do Estado e, ainda, criados por lei (art. 57, II, da CF).

A exigência de lei para a criação de cargos é impositiva para os três Poderes - assevera enfaticamente LOPES MEIRELLES (51) - variando apenas a competência para a iniciativa da lei criadora (arts. 57, II, 13, III, e 115, II, da CF), o quorum para a sua aprovação (maioria simples, quando a proposta for do Executivo; maioria absoluta nos demais casos: art. 108, §§ 2º e 3º, da CF) e o modo de votação (necessariamente em dois turnos com intervalo mínimo de quarenta e oito horas, quando a iniciativa for do Judiciário ou do próprio Legislativo: art. 108, §§ 2º e 3º, da CF).

No âmbito do Executivo, porém, a teoria na prática é outra. Segundo a Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970, o Plano de Classificação de Cargos atual deve ter um número de cargos inferior ao Plano anterior (art. 12). Nesse caso, a implantação do Plano dificilmente dependeria da criação de novos cargos, mas, sim, da transposição ou transformação dos cargos preexistentes, por ato do Chefe do Executivo (arts. 7º e 9º). Tenha-se o exemplo do Grupo-Serviços de Transporte Oficial e Portaria. A sua Lei é a de nº 5.886, de 31 de maio de 1973. Não cria cargos, mas, apenas, lhes fixa os valores de vencimentos. Os seus cargos provêm da transposição, por decreto, dos cargos correlatos anteriores ou, então, da transformação de antigos empregos correlatos regidos pela CLT. Outro exemplo, mais recente, é o do Grupo-Atividades Aeroespaciais, constituído de empregos, os quais, segundo a Lei nº 6.906, de 11 de maio de 1981, poderiam ter origem em outros empregos permanentes ou cargos efetivos da sistemática de classificação de cargos da Lei nº 5.645/70, ou, ainda, em funções exercidas por servidores não integrantes do Plano, desde que no desempenho de atividades correlatas.

De quando em vez, se vêem exemplos de criação direta de cargos, como a de que trata a Lei nº 6.922, de 17 de junho de 1981, do Grupo-Polícia Federal. Comum, no entanto, são os casos de criação de empregos da Tabela Permanente, por decreto, com fundamentação nos arts. 7º e 8º da Lei nº 5.645, de 1970, mediante a supressão de outros empregos desnecessários da mesma Tabela, num montante de retribuição que se crê equivalente, "de modo a não haver aumento de despesas" (nos termos do art. 12 da referida Lei) (52). Noutras oportunidades, o ato do Chefe do Executivo, com a mesma fundamentação, cria empregos na Tabela Permanente, às expensas da supressão de empregos temporários existentes na mesma unidade de lotação (53). Pode ocorrer também a criação de empregos na Tabela Permanente, mediante a supressão de cargos (cargos em sentido estrito) (54).

Outra forma curiosa, "sui generis", de recriação ou desdobramento de cargo, mediante ato do Executivo, é a que se verifica no Ministério das Relações Exteriores, na carreira de Diplomata. Por motivo de determinadas licenças, desempenho de determinadas funções ou freqüência em cursos fora da Carreira, ou afastamento para acompanhar o cônjuge, ao Diplomata é dada agregação (art. 4º da Lei nº 5.887, de 31 de maio de 1973). Esta abrirá vaga na classe a que pertença o Diplomata (art. 5º), podendo desencadear uma série de promoções. Cessado o motivo da agregação, o Diplomata reassumirá o exercício do cargo (art. 10, caput). Se, ao terminar a agregação, estiverem preenchidos todos os cargos da Classe a que pertence (o que sôí acontecer), o Diplomata, até que ocorra a primeira vaga, figurará como agregado à própria classe, no lugar que lhe corresponda (art. 10, § 1º). Em síntese, por essa sistemática, se, na agregação do Diplomata, houvera 100 cargos ocupados na Classe, no seu retorno haverá 101. Tudo mediante

(52) Tome-se como exemplo o Decreto nº 89.622, de 7/5/84, publicado no DOU em 8/5/84, que dispõe sobre a criação de empregos na Tabela Permanente do M.F.

(53) Veja-se o exemplo do Decreto nº 89.816, de 20/6/84, publicado no DOU em 22/8/84, que dispõe sobre a criação de empregos de Professor de Ensino de 1º 2º 3º Graus, da Carreira de Magistério, na Tabela Permanente do Centro Nacional de Educação Especial.

(54) Um exemplo é o constante no Decreto nº 89.965, de 17/7/84, publicado no DOU em 18/7/84, que cria emprego na Tabela Permanente do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação-FNDE.

ato do Ministro de Estado (v. arts. 4º e 5º da Lei nº 5.887/73, c/c o art. 1º do Decreto nº 91.170, de 22 de março de 1985).

Uma outra hipótese de criação de cargo por ato do Executivo ainda se encontra no âmbito do MRE. É aquela de que trata a Lei nº 6.859, de 24 de novembro de 1980, relativamente ao Quadro Especial de Diplomatas. A diferença é que neste caso a criação do cargo é mais vinculada que no anterior, com autorização expressa na norma (art. 6º, § 1º, da Lei nº 6.859/80). Os ocupantes de cargos de Ministro de Primeira Classe e Ministro de Segunda Classe, poderão ser transferidos "ex officio" para cargos integrantes de Quadro Especial, sempre que, em cada semestre do ano civil, não ocorrerem, em virtude de aposentadoria, vagas nas suas respectivas Classes. Esta é uma medida para descongestionar o topo da carreira. Verificada a ausência de aposentadoria em número referido na Lei, a transferência recairá nos diplomatas mais idosos nas referidas Classes. Essa transferência, que propicia vaga para promoção, dá origem a criação de novo cargo para o transferido, que será extinto quando vagar.

O que se acaba de verificar é: 1) a criação pelo Executivo de funções por meios não consagrados legislativamente, a saber, pela admissão de pessoal temporário, seguida da transformação dessas funções em cargos ou empregos; 2) a transformação, também pelo Executivo, de empregos e cargos antigos, às vezes originados do procedimento do item anterior, em empregos e cargos do novo Plano; 3) o desdobramento pelo Executivo de cargos criados legislativamente, como no exemplo da Carreira de Diplomata; 4) a criação, em sentido próprio, de cargo, como no exemplo da Polícia Federal.

A imposição da Lei nº 5.645/70 de que o Plano de Classificação de Cargos, à época, tivesse um número de cargos inferior ao do preexistente gera conseqüências bastante curiosas. A primeira, a justificativa para se criarem funções temporárias(55), dirigidas à execução do serviço público permanente. A segunda, fingir a Administração Pública ignorar que o então novo Plano foi instituído em aberto, podendo comportar a expansão do número de

(55) Vejam-se os termos do Projeto de Lei nº 3.048-A, de 1984, relatado na Câmara dos Deputados, sobre a inclusão nas Tabelas Permanentes do ocupante de empregos de Tabelas Especiais.

cargos ou empregos permanentes, desde que justificada e com fundamento na natural expansão do Serviço Público, decorrente até mesmo do simples crescimento populacional nesses últimos três lustros. A terceira, a utilização das disposições da lei para justificar os artifícios de instituição de empregos e cargos por atos e processos não legislativos. A quarta, a burla ao sistema do mérito com o fortalecimento do clientelismo. A quinta, a base para a denegação de direitos previdenciários e de efetividade a servidores envolvidos em atividades de caráter permanente, sob a alegação de que são temporários. A sexta, a burla ao seu próprio Plano de Retribuição, geralmente defasado pela desvalorização da moeda, com a concessão de salários mais elevados aos servidores integrantes das Tabelas Especiais (56).

Tudo isso, no entanto, é parte do "jeitinho brasileiro", inserido no contexto geral do formalismo. É uma condicionante cultural. A norma a justificar a conduta que, paradoxalmente, pretendia coibir (57). Não fosse por isso, difícil seria explicar a presença ainda de pessoal temporário em determinadas atividades perma

(56) HUGO GUEIROS aponta-nos o irrealismo da formulação de quadros de pessoal pequenos, porque a Administração Pública cresce em direções imprevisíveis. As necessidades de serviço de prestação de trabalho humano estão em contínua mutação:

"Se alguém se desse ao trabalho de fazer investigação histórica sobre a veracidade desta afirmação, ficaria realmente impressionado com o número de exemplos que podem ser citados, de situações em diferentes momentos históricos da vida administrativa do Brasil, em que se pretendeu estabelecer definitivamente um plano de cargos e acabar definitivamente com todas as tabelas - e a coisa durou muito pouco, logo em seguida se estabeleceu novo regime de trabalho. Se recorrermos aos últimos 30 anos de vida administrativa do Brasil, encontraremos inúmeros exemplos (Verba 3, Pessoal de Obras, Extranumerário-Diarista, Extranumerário-Mensalista, Tarefeiro, Especialista, Temporário), uma infinidade de formas de contratação. Na medida em que a lei fechava uma válvula, abria-se outra; e isso é atender a uma realidade. Por mais que o legislador insista em dizer que vai fazer regime estatutário definitivo e exclusivo para o serviço público, não consegue sopitar o impulso da realidade, que exigirá dele novas soluções, menos rígidas, mais flexíveis, mais atentas a essa mesma realidade." (GUEIROS, Hugo, "Contrato de Trabalho com o Estado", RIL, out. a dez. 73, p. 46.)

(57) O formalismo, gênero de que o jeito é espécie, não é característica brasileira exclusiva, mas um fenômeno comum a todos os povos em desenvolvimento e com alto grau de heterogeneidade entre o tradicional e o moderno. F.W.RIGGS, que estuda o formalismo em geral e em especial em dois países orientais na sua obra "Ecologia da Administração Pública", trad. de HUGO WAHRLICH, USAID/FGV, Rio de Janeiro, 1964, afirma que "O formalismo corresponde ao grau de discrepância entre o prescritivo e o descritivo, entre o poder formal e o poder efetivo, entre a impressão que nos é dada pela constituição, pelas leis e regulamentos, organogramas e estatísticas, e os fatos e práticas reais do governo e da sociedade.

Quanto maior a discrepância entre o formal e o efetivo, mais formalístico é o sistema."(pág.123). "O nepotismo, apreciado quanto à incongruência entre a nor-

mentos do Serviço Público. A Lei nº 5.914, de 1973, preceitua textualmente que "Fica vedada a contratação de serviços com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive com empresas privadas na modalidade prevista no § 7º, do artigo 10, do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, bem como a utilização de colaboradores eventuais retribuídos mediante recibo para a execução de atividades compreendidas no Grupo-Artesanato" (art. 3º). Semelhantemente, a Lei nº 5.968, do mesmo ano, dispõe que "E vedada a contratação, com terceiros, a qualquer título e sob qualquer forma, bem como a utilização de colaboradores eventuais retribuídos mediante recibo para a execução de atividades compreendidas no Grupo-Serviços Jurídicos, ressalvados os contratos em vigor até a implantação desse Grupo" (art. 4º).

ma e o fato, é formalismo", afirma GUERREIRO RAMOS in "Administração e Estratégia do Desenvolvimento - Elementos de uma Sociologia Especial da Administração" FGV, Rio de Janeiro, 1966. Ver também KEITH ROSENN, "The Jeito", op. cit. ABREU VIEIRA, LUSTOSA DA COSTA e OLIVEIRA BARBOSA, "O 'Jeitinho' Brasileiro como um Recurso de Poder", RDP, vol. 16, nº 2, pp. 5 a 31.

2.1.2.4. Temporário e Estabilidade.

Este tópico é um dos pontos mais sensíveis de nossa problemática.

À primeira vista, seria absurdo falar-se de estabilidade para o temporário. Mas é a própria história do Serviço Público brasileiro que nos autoriza a conceber esta aparente contradição.

Tem-se visto que foi na era de Vargas que se fixou a idéia de que a estabilidade é apanágio do funcionário público estatutário, nessa condição, ocupante de cargo de provimento efetivo. Daí o conceito de cargo público em número certo, criado por lei, em interdependência e perfeita correlação com o de funcionário público, concursado, passível de adquirir estabilidade.

Tem-se testemunhado, por outro lado, a ocorrência de admissão temporária para a execução de atividade correspondente a cargo de provimento efetivo. Se essa possibilidade é ainda discutida em arestos e artigos de doutrina, já é, no entanto, pacífica em normas legais, tanto federais, como estaduais e municipais.

Ninguém ousaria por em xeque a idéia de estabilidade para o funcionário stricto sensu, estatutário, ocupante de cargo, eis que o art. 100 da CF reza que "São estáveis, após dois anos de exercício, os funcionários nomeados por concurso" (sublinha nossa). Mas eis que se vem firmando o entendimento, quer na doutrina, quer na jurisprudência, conforme já realçado neste trabalho, de que a Constituição de 1967/9 emprega o vocábulo funcionário não só no seu sentido estrito, como também no sentido lato de servidor público, correlacionando, muitas vezes, servidor público a cargo e não a função (ou emprego público, e.g., os arts. 108, §§ 1º e 2º, e 109, incisos I e II).

A primeira investidura em cargo público (subentendido também o emprego público) dependerá, via de regra, de aprovação prévia em concurso público (art. 97, § 1º, e art. 108, § 2º, de CF). Serão estáveis, após dois anos de exercício, os funcionários (e, por ilação, os servidores) nomeados por concurso. Ora, por aí se chega à conclusão de que todo servidor público concu

sado e ocupante de cargo ou emprego já tem assegurada constitucionalmente a estabilidade (58). Esta clara conclusão ainda esbarra em óbices dos Tribunais Superiores.

No TFR predomina atualmente o entendimento de que a opção pelo regime do FGTS afasta a estabilidade. Ver, e.g., o RO nº 8.479-RS, relatado pelo Ministro JOSÉ CÂNDIDO e decidido em 27/9/85, por unanimidade, pela 2a. Turma, tendo como recorrida a União Federal, e cuja ementa assim reza:

"TRABALHISTA. EMPREGADOS SOB O REGIME DO FGTS. DESPEDIDA.

Dispensa permitida independentemente de motivação. Carência de ação, por impossibilidade jurídica do pedido. Sentença confirmada."

É verdade que o supracitado aresto não faz referência ao fato de o recorrente ser ou não concursado. Mas esta circunstância, considerada no nosso contexto um pormenor relevante, vem referido num outro feito. Trata-se daquele que constitui o RO n. 6.416-PE, também relatado pelo Ministro JOSÉ CÂNDIDO e igualmente decidido pela 2a. Turma em 7/6/83, por maioria de voto, com o acolhimento da preliminar de impossibilidade jurídica da causa e de extinção do processo. Sua ementa foi exarada nos seguintes termos:

"TRABALHISTA - EXTINÇÃO DO PROCESSO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

- Se o reclamante foi admitido pelo regime do FGTS, não pode pleitear reconhecimento de direitos como se estável fosse, tal como a reintegração no emprego.

- Rescisão de contrato de trabalho permitida.

- Impossibilidade jurídica do pedido, que leva à carência de ação.

- Provimento do recurso da Reclamada, para declarar extinto o processo.

- Prejudicado o recurso do Reclamante."

No atual entender do TFR, a estabilidade do celetista só é admissível nos termos do art. 492 da CLT, isto é, após decorridos mais de dez anos no Serviço Público, caso não haja optado pelo regime do FGTS:

(58) Ver o bem esquematizado artigo de PAULO TAVORA, "A Estabilidade Constitucional dos Celetistas concursados das Entidades de Direito Público", in RDA 152/247.

Por mais que a maioria dos autores trabalhistas e também administrativistas, em uníssono com os Tribunais, sustentem que o Regime do FGTS exclui a estabilidade preceituada no art. 492 da CLT, supracitado, ainda assim a questão se franqueia a debates.

SEBASTIÃO MACHADO FILHO (59), em insólito e instigante artigo, defende a compatibilidade da estabilidade com o regime do Fundo instituído pela Lei nº 5.107/66 e vice-versa, com o apoio da Constituição da República (item XIII do art. 165). A Constituição - sustenta o autor - assegura aos trabalhadores "estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido ou fundo de garantia equivalente", ou seja: 1) a estabilidade com indenização ao trabalhador despedido, e 2) a estabilidade com fundo de garantia equivalente. O Fundo exclui a indenização, mas não a estabilidade.

Ter-se-iam então duas espécies de estabilidade para o servidor público, ambas asseguradas constitucionalmente. 1a.) Aquela referida no art. 100 c/c o art. 109, III; e 2a.) aquela genericamente conferida ao trabalhador nos termos do supracitado art. 165, XIII. A primeira toca ao nomeado (ou admitido) por concurso, desde que a nomeação ou admissão se faça para cargo ou emprego de provimento efetivo. Neste passo, perfilhamos as lições de ADILSON DALLARI e TITO COSTA (60). A estabilidade é uma qualidade inerente à pessoa do servidor adquirida após um interstício de tempo. A efetividade é uma característica do próprio cargo (ou emprego) ou, mais especificamente, de seu provimento. No entretanto, as duas se correlacionam. Estabilidade pressupõe efetividade, mas nada obsta que a lei venha a declarar estável um ocupante de cargo ou função originariamente temporária, que nesse caso, ipso facto, passa a efetiva.

A segunda espécie de estabilidade afeta justamente os temporários. É indiferente o fato de o temporário haver sido ad

(59) MACHADO FILHO, Sebastião, "Estabilidade e Fundo de Garantia segundo o Direito Constitucional", in Estudos de Direito Público em Homenagem a Aliomar Baleeiro, Universidade de Brasília, Brasília, 1976, pp. 375/89.

(60) DALLARI, Adilson de Abreu, op. cit. COSTA, Antonio Tito, "Estabilidade e Efetividade no Serviço Público", RDP 9/174.

mitido por concurso ou não. Já tivemos a oportunidade de ver que a admissão à FAS deve necessariamente vir precedida de concurso, embora a Administração a isso não atente. O Ministério da Fazenda vem adotando o concurso público na seleção dos Auxiliares Adjuvantes. Assim também o Estado de São Paulo e o Município de São Paulo para os seus temporários.

Na atual sistemática do Serviço Público Civil Brasileiro, as funções públicas assim se classificam: 1) funções correspondentes a cargos de provimento vitalício; 2) funções correspondentes a cargos de provimento efetivo; 3) funções correspondentes a cargos de provimento em comissão; 4) funções correspondentes a empregos de Tabelas Permanentes; 5) funções correspondentes a empregos de provimento em comissão; 6) funções correspondentes a empregos temporários; e 7) funções honoríficas (de jurado, de comissário de menores, e outros).

A vitaliciedade é uma espécie de estabilidade assegurada pelo processo judiciário. Os cargos efetivos têm a estabilidade nos termos do art. 100, assim também os empregos de Tabelas Permanentes, que nada mais são que empregos efetivos. Os cargos e empregos em comissão não têm estabilidade, sendo relevante o fato de o Decreto-Lei nº 200/67 (art. 109) haver revogado a legislação que permitia a agregação, isto é, o amparo no Serviço Público dos funcionários em cargo em comissão após mais de dez anos de serviço. As funções honoríficas, de caráter específico, não entram em linha de conta sob este aspecto. Restam as funções temporárias.

Como se acaba de ver, a posição mais conservadora nega genericamente a estabilidade para todo servidor público, a não ser que seja ele funcionário público "stricto sensu", ocupante de cargo de provimento efetivo e, nessa hipótese às mais das vezes, admitido por concurso. Mesmo que se inadmitam interpretações estritamente jurídicas, mas revolucionárias, como a de MACHADO FILHO (supracitada), é difícil, contudo, negar a conquista da estabilidade a trabalhador, servidor público ou não, que haja permanecido numa mesma empresa ou ente público, por mais de dez anos, sem opção pelo FGTS. Esta é justamente a hipótese que se apresenta no Serviço Público brasileiro. O servidor nele cria raízes. O preceito do art. 492 da CLT não discrimina a espécie de trabalha

dor. É necessário, e suficiente, que o empregado conte mais de dez anos de serviço na mesma empresa (ou ente que a ela se equi para para os efeitos da relação de emprego).

É indubitosa a condição de auto-aplicabilidade das normas consubstanciadas nos arts. 100 e 165, XIII, da Carta Magna. Nada obsta, porém, a iniciativa da Administração Federal no sentido da elaboração de lei que disponha sobre as diversas circunstâncias de aquisição da estabilidade por parte de seus servidores, em obediência até mesmo ao comando do art. 109 da referida Carta. Não se configura exagero admitir-se a arguição de inconstitucionalidade por omissão do Executivo em fazer regulamentar norma da Lei Maior.

No Estado do Rio de Janeiro registra-se o Decreto nº 7.938, de 28 de dezembro de 1984, que assegura estabilidade aos servidores daquela unidade da Federação, na Administração Direta e nas Autarquias, regidos pela CLT e optantes do FGTS.

Em seus consideranda o ato executivo leva em conta duas razões: 1) a necessidade de dar garantia de emprego aos servidores do Estado optantes do FGTS com mais de dez anos prestados ao Estado; e 2) o fato de as legislações mais avançadas estabelecerem para os empregados estabilidade no emprego, estabilidade essa consistente em poderem ser despedidos somente ante motivo justificado, a saber: a) justa causa definida em lei; b) necessidade de modernização do serviço; c) reconversão da atividade; ou d) dificuldades econômico-financeiras, devidamente comprovadas.

Cerca de dois anos após, em 10 de janeiro de 1986, é sancionada a Lei nº 970, do referido Estado, que também dispõe sobre a estabilidade, agora em relação aos servidores do Estado do Rio de Janeiro, das Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e Fundações, regidos pela CLT e optantes pelo FGTS. Os referidos servidores não poderão ser dispensados, após completarem dez anos de serviço ao Estado, salvo por motivo justo, constituindo-se motivo justo: a) o cometimento de qualquer das faltas previstas no art. 482 da CLT, apuradas conforme procedimento regulado em ato do Executivo; e b) necessidade imperiosa do serviço, devidamente justificada perante a Secretaria Estadual de Administração, ato autorizado pelo Governador do Estado.

3. O PESSOAL TEMPORÁRIO NO MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES.

O Ministério das Relações Exteriores é o órgão da União, que, por suas funções e peculiaridades, apresenta um quadro de certa complexidade e de difícil apreensão do observador. Incluímos, contudo, pela inclusão do seu pessoal temporário neste estudo, em face da alta experiência da Casa de Rio Branco em recursos humanos. Com efeito, já coexistem vários regimes de pessoal. Há a carreira de Diplomata, que, altamente hierarquizada e com um estatuto próprio, revela-se sem paralelo no Serviço Público brasileiro. Há os demais servidores efetivos não-diplomáticos incrustados no Plano de Classificação de Cargos sob a gerência do DASP. Há, finalmente, o pessoal temporário, a saber: 1) servidores em tabelas especiais na Secretaria de Estado (Brasília) ou nas 1ª e 2ª Comissões Brasileiras Demarcadoras de Limites (Belém e Rio de Janeiro); 2) Auxiliares Administrativos e 3) Auxiliares Técnicos no exterior, quer brasileiros ou estrangeiros.

3.1. Os Auxiliares Locais.

O nosso alvo serão os Auxiliares Administrativos e Auxiliares Técnicos pelo que apresentam de *sui generis*.

3.1.1. Os Auxiliares Locais Hoje.

As normas básicas sobre servidores temporários no Itamaraty, atualmente em vigor, são os dispositivos da Lei nº 3.917, que, em 14 de julho de 1961, reorganizou o Ministério das Relações Exteriores.

"Art. 39. *Omissis*.

"Parágrafo único. Além dos funcionários do seu Quadro de Pessoal o Ministério das Relações Exteriores disporá de servidores temporários, na forma da legislação vigente.

.....
"Art. 44. Os Chefes das Missões Diplomáticas e Repartições Consulares poderão admitir a título precário auxiliares locais demissíveis ad nutum.

"Parágrafo único. Para os fins deste artigo serão anualmente atribuídas importâncias globais a cada Missão Diplomática e Repartição Consular, que submeterão à confirmação da Secretaria de Estado a relação de seus auxiliares locais."

Além dos preceitos supracitados, da Lei nº 3.917/61, registram-se disposições do Decreto nº 2, que, em setembro daquele mesmo ano, aprovou o Regulamento do Pessoal do Ministério das Relações Exteriores. O Decreto nº 54.052, de 27 de julho de 1964, e o Decreto nº 58.252, de 26 de abril de 1966, reiteraram as normas regulamentadoras contidas no supracitado Decreto nº 2/61.

Essas normas vieram a consolidar-se e detalhar-se no *Manual de Serviço*, em capítulo "Dos Auxiliares Locais". Essa consolidação vem-se mantendo atualizada mediante Instruções de Serviço (1).

Os temporários no exterior, que primitivamente se denominavam Auxiliares Locais, desdobraram-se em duas espécies: 1) Auxiliares Administrativos e 2) Auxiliares Técnicos.

Por Auxiliar Administrativo se entende o servidor encarregado da execução de serviços de escritório em geral, que incluem dentre outros:

- a) rotina administrativa com abrangência de matéria consular e assuntos relativos a pessoal, orçamento e material;
- b) manuseio, processamento e arquivamento da correspondência de caráter ostensivo; e
- c) serviços datilográficos.

Auxiliar Técnico é o servidor encarregado da execução de serviços especializados na área da promoção comercial no exterior, aplicando-se a ele muitas das regras que regem o Auxiliar Administrativo.

As despesas com a retribuição dos Auxiliares Administrativos correm à conta de dotação orçamentária sob a rubrica "Manutenção da Chancelaria" e as dos Auxiliares Técnicos, à conta da rubrica "Promoção Comercial".

Essa retribuição mensal não pode exceder à soma do vencimento e indenização que caberia a ocupante da classe inicial de Oficial de Chancelaria lotado no mesmo posto.

(1) O primeiro Manual de Serviço foi editado em 31/12/47, daí se seguindo as edições de 1948, 1949, 1950, 1957 e 1968. Ver OLIVEIRA CASTRO, Flavio Mendes de, "História da Organização do Ministério das Relações Exteriores", Universidade de Brasília, 1983.

Os Auxiliares deverão cumprir todas as ordens recebidas do Chefe, as quais se relacionarão, necessariamente, com o serviço regular.

Somente os Auxiliares brasileiros poderão ter acesso à correspondência sigilosa, e mesmo assim em caráter excepcional.

Em princípio, não pode o Auxiliar encarregar-se das tarefas relacionadas diretamente com a administração financeira do posto.

No entanto, na ausência de Vice-Cônsul, que seja servidor efetivo, o Auxiliar brasileiro de mais antiguidade no posto poderá assumir a função de Encarregado da Repartição Consular, fazendo jus a adicional de representação.

Ressalta-se que as normas do MRE não hesitam em atribuir ao servidor temporário tarefas e encargos próprios do servidor efetivo. Temporário não é o serviço, mas o liame entre o servidor e a Administração. Isso muito facilita o ato de conversão de Auxiliar Local em funcionário ou empregado efetivo e vice-versa. O exemplo de transformação de Auxiliar contratado em funcionário efetivo se deu nas hipóteses dos artigos 43 e 45 da Lei nº 3.917/61, que permitiu a opção deste para Oficial de Chancelaria, Oficial de Administração, Escriurário ou Datilógrafo. Prevê-se agora o fenômeno inverso, isto é, a transformação de servidor do Quadro Permanente em Auxiliar Local. É que a edição do Decreto nº 91.315, de 5 de junho de 1985, torna peremptória a remoção para a Secretaria de Estado de servidores não-diplomáticos que estão a servir no exterior há mais de quatro anos. Caso algum funcionário, por motivos familiares, não deseje regressar ao Brasil, poderá vir a solicitar dispensa ou exoneração do emprego ou cargo e ser reaproveitado como Auxiliar contratado, em nível salarial compatível com as suas habilitações e de acordo com o mercado de trabalho local, nos termos da Circular Postal nº 8.340, de 10 de julho de 1985, dirigida às repartições no exterior.

O exame das regras e o conhecimento da prática no trato desse pessoal vêm a ressaltar alguns outros aspectos de relevância neste estudo.

O Auxiliar é admitido à revelia do sistema do mérito, com um certo grau de discricionariedade do Chefe do Posto, *ad referendum* da Secretaria de Estado. Na admissão exigem-se atestado de bons antecedentes, laudo médico, idade mínima de dezoito anos, idade máxima de quarenta anos e comprovação de qualificações do candidato. Em igualdade de condições, dar-se-á preferência a brasileiro, desde que tenha, no mínimo, dois anos de residência no país.

Concedem-se ao Auxiliar férias de trinta dias, licença para tratamento de saúde, licença à gestante, gala e nojo, ambos de oito dias. Como se vê, a concessão desses direitos se faz segundo os critérios do estatuto.

Estendem-se aos Auxiliares alguns preceitos de conduta próprios do pessoal permanente, tais como proibição do exercício de agente, delegado ou representante de qualquer firma comercial no Brasil ou no exterior; a guarda de discricção sobre os assuntos do Ministério, não podendo manifestar-se de público, de forma oral ou escrita, quer sobre estes assuntos ou fatos da História Contemporânea, matéria política ou diplomática atual, sem a prévia e expressa autorização da autoridade competente. Da transgressão desses preceitos poderá resultar a aplicação das sanções previstas no capítulo das penas disciplinares do Estatuto do Funcionários Públicos da União, incluindo a pena de demissão (art. 207, VII).

Segundo normas mais recentes, dar-se-á a dispensa do Auxiliar, mediante aviso prévio de trinta dias pelo Chefe do Posto, seguida de uma indenização correspondente ao resultado da multiplicação do número de anos de serviço pela metade da média de suas retribuições mensais nos três últimos anos. Perde direito à indenização e ao aviso prévio o Auxiliar dispensado por falta grave, isto é, ato de omissão, constituído por ação voluntária ou propositada, que, por sua natureza ou repetição, represente séria violação dos deveres e obrigações do Auxiliar.

Na data em que completar setenta anos de idade o Auxiliar será dispensado, recebendo uma indenização correspondente ao resultado da multiplicação do número de anos de serviços por 2/3 da média de sua retribuição mensal nos três últimos

anos. Essa indenização estende-se ao Auxiliar com mais de trinta e cinco anos de função, dispensado *ex-officio* ou a pedido.

A dispensa por iniciativa do Chefe do Posto de Auxiliar com mais de dez anos de serviço, depende de prévia anuência da Secretaria de Estado.

Essas indenizações dependem de que o Auxiliar seja associado da Fundação Visconde de Cabo Frio, com uma contribuição mensal de 3% de seu salário ao Fundo de Assistência (FAS), gerido pela Fundação, conforme convênio firmado entre ela e o MRE.

Seria essa indenização um sucedâneo da que trata o art. 165, inciso XIII, da Lei Maior?

Em caso de morte do Auxiliar sua família fará jus a um auxílio funeral, correspondente a dois meses de salário.

Com respeito à concessão do 13º salário, o tratamento não é uniforme pelo que se deduz de regra contida no Manual de Serviço sobre a aplicação da dotação "Manutenção da Chancelaria". Aí consta que essa gratificação se concede aos Auxiliares Locais "somente nos países onde houver obrigação legal, gratificação de fim de ano, previdência social, etc."

Nota-se o empenho da Administração Federal no âmbito do Itamaraty em conceder aos seus servidores temporários no exterior alguns dos mínimos direitos dentre aqueles elencados no art. 165 da Constituição (2).

(2) Essas concessões, em parte espontâneas, são em parte também forçadas por ações judiciais intentadas por auxiliares que se julgam injustiçados. Os exemplos mais recentes de que temos notícia são as Reclamações Trabalhistas junto à Justiça Federal - Autos 415-T/61 e Processo 67/83 - de FRANCISCO MEIRA LINS FILHO, que servia na Embaixada em Lima, e de AÍDA DEL CARMEN MORALES VEGA DE VEGA, servidora no Consulado-Geral em Valparaíso.

Em palestra pronunciada na I Reunião de Administradores Federais realizada a 27/1/66 e patrocinada pelo Ministro Extraordinário para o Planejamento e Coordenação Econômica, o Embaixador AZEREDO DA SILVEIRA expressa a sua preocupação a respeito dos auxiliares contratados, em termos que merecem ser reproduzidos:

"A situação *sui generis* que os atuais auxiliares contratados das Missões Diplomáticas e Repartições Consulares ocupam no quadro do Serviço Público brasileiro foi, também, objeto de atenta consideração por parte da Comissão de Reforma. Em princípio, reconheceu a Comissão as vantagens do sistema, que se caracteriza por sua grande flexibilidade. Por outro lado, não desconheceu o fato de que devem ser outorgados certos direitos a esses servidores, particularmente os brasileiros - cujo nú-

A previdência social ao servidor brasileiro que trabalha para a União ou organismos oficiais brasileiros no exterior está atualmente assegurada no preceito do artigo 5º, inciso I, letra d, da Lei Orgânica da Previdência Social - LOPS - na redação do Decreto-lei nº 2.253, de 4 de março de 1985.

Já foi sustentado em Juízo que a indenização pela despedida não substitui a aposentadoria (3), daí a perplexidade quanto ao fato de o Estado brasileiro não haver ainda estendido este direito ao seu Auxiliar de nacionalidade estrangeira, não amparado pela previdência do país do domicílio, como já o fez em relação ao nacional. Esse fato é no mínimo uma incongruência. O Brasil age em desacordo com as próprias normas de previdência social que tenta impor a outros Estados soberanos. Primitivamente a LOPS equiparava a trabalhadores autônomos os empregados das representações estrangeiras ou internacionais no Brasil (artigo 5º, § 1º). Alterações - sendo a última a do DL nº 2.253/85, supracitado - vieram a inserir esse pessoal entre os obrigatoriamente segurados da Previdência Social brasileira, desde que não amparados pela legislação previdenciária do País do órgão empregador. Demais disso, os juizes brasileiros têm, via de regra, denegado a imunidade de jurisdição a Estados estrangeiros demandados por empregados brasileiros, vindo até a condená-los ao cumprimento de obrigações trabalhistas, não obstante a impossibilidade de execução.

Em ação trabalhista ajuizada contra a Embaixada do Paquistão, por LUIZ DIAS PEREIRA, brasileiro, guarda noturno, que reclamava aviso prévio, 13º salário, horas extras, adicional noturno, FGTS, juros e correção monetária, sob a alegação de ter sido admitido em 9 de março de 1977 e dispensado sem justa causa em 10 de julho de 1979, sem receber os seus direitos ora reclamados, o Juiz da 1ª Vara Federal JACY GARCIA VIEIRA decidiu

mero se pretende reduzir com o envio de funcionários administrativos para o exterior - e os estrangeiros que contem com largo tempo de exercício em suas funções. Para o assunto, aliás, fora encontrada uma solução prática pela Comissão Alencastro Guimarães, a qual, no entanto, não pôde ser adotada pela Comissão de Reforma em virtude de já se achar o assunto sob exame do Departamento Administrativo do Serviço Público, por força de dispositivo consignado no Estatuto de 1952.

(3) Reclamação Trabalhista nº 67/83, supracitada.

rejeitar a arguição de imunidade de jurisdição, fazendo citar, por intermédio do Ministério das Relações Exteriores, o Estado do Paquistão, representado pela sua Embaixada no Brasil (4).

Segundo aquela autoridade, a máxima hoje usual é "O Estado estrangeiro goza de imunidade jurisdicional, salvo quando pratica atos de gestão privada", que deve ser substituída pela nova fórmula: "O Estado estrangeiro não goza de imunidade jurisdicional, salvo quanto a certos atos de Poder Público". É ato de Poder Público, por exemplo, a expulsão de um estrangeiro. A assinatura de um contrato de trabalho pela Missão Diplomática de um país estrangeiro é ato que pode ser praticado por qualquer pessoa ou por qualquer particular.

Deixamos de lado a sua argumentação no tocante à distinção entre atos de Poder Público ou *jure imperii* e atos de gestão privada ou *jure gestionis* pela não unanimidade doutrinária e jurisprudencial de pontos de vista e pela dificuldade, por ele mesmo apontada, na distinção das duas espécies de atos. Tocou-nos profundamente, entretanto, nas suas razões de decidir, o fato incontestado expandido pelo Professor BOSON, por ele citado:

"A lei é impessoal e para todos. A ela o Estado moderno, enquanto sujeito de direito e obrigações, também se submete. A segurança jurídica impõe ao Estado o respeito à regra do Direito" (BOSON, Gerson de Britto Mello, "Imunidade Jurisdicional dos Estados, RDP, 22/12).

Convincente é também a sua invocação dos dispositivos legais (art. 125, inciso II, da Constituição Federal, e art. 88, inciso III, do Código de Processo Civil) que justificam a competência da Justiça brasileira em casos como o presente.

Estranhável é o fato de o Brasil não dar a seus empregados a proteção que ele mesmo julga devido por outros Estados empregadores. É o mesmo Brasil, cujos juizes admoestam representantes de Estados estrangeiros inadimplentes de cláusulas laborais e de proteção trabalhista aos seus empregados e cula lei impõe aos outros contribuições para o seu sistema previdenciário.

(4) Reclamação Trabalhista nº XI-34-81-A no Juízo Federal da 1ª Vara, DF, in DJ de 12/3/82, pp. 1915 a 1918.

3.1.2. Os Auxiliares Locais antes da Lei nº 3.917/61.

Anteriormente à Lei nº 3.917/61, o que havia?

O primeiro registro do termo *Auxiliar*, parece-nos, é o constante no Decreto nº 14.058, de 11 de fevereiro de 1920, que "Dá novo Regulamento ao Corpo Consular Brasileiro".

Segundo esse Regulamento havia duas categorias de funcionários de carreira do Corpo Consular: a de Cônsules Gerais e a de Cônsules. Além desses haveria os seguintes: Cônsules Honorários, Vice-Cônsules, Agentes Consulares, Inspetores de Consulados, Adidos Comerciais e *Auxiliares*.

Na falta de brasileiros para as funções de Cônsul Honorário, Vice-Cônsul e Agentes Consulares, a designação poderia recair em estrangeiros habilitados, que inspirassem confiança pelos seus precedentes e qualidades pessoais.

Os funcionários de carreira gozavam de estabilidade após dez anos de efetivo serviço (art. 26), só podendo ser demitidos a seu próprio pedido ou a) por sentença judicial definitiva; b) por decisão definitiva em processo administrativo e c) por abandono do cargo. Como corolário, poderiam ser atingidos pela disponibilidade e pelas penas disciplinares aplicáveis aos funcionários do Corpo Diplomático e também gozar de algumas prerrogativas destes, tais como aposentadoria, férias, licenças, contagem de tempo de serviço, promoção, remoção, etc.

Os demais servidores consulares eram "dispensáveis a todo tempo pelo Governo" (art. 27). É, por isso, curioso o fato de o Auxiliar de Consulado poder ser substituído pelo *Auxiliar Interino* (art. 14, letra f). Como se vê, todos os servidores consulares eram admitidos a título precário.

Mas não nos parece estar aí a origem do Auxiliar. Regulamentos anteriores fazem referência a Empregados Consulares, onde se pode subsumir a figura do Auxiliar. Pelo Regulamento do Corpo Consular do Império, baixado com o Decreto nº 520, de 11 de junho de 1847, para Empregos Consulares estrangeiros poderiam ser admitidos, embora a preferência recaísse sobre súditos brasileiros em idênticas circunstâncias. Esse quadro e nomenclatura se manteve até o governo de EPITÁCIO PESSOA, tendo sido confirmado pelos demais outros Regulamentos do Império e

da República, até o baixado pelo Decreto nº 3.259, de 11 de abril de 1899, inclusive.

Deve-se acrescentar que uma das seis Convenções subscritas pelo Brasil na Sexta Conferência Internacional Americana, em Havana, em fevereiro de 1928 - a Convenção sobre Agentes Consulares promulgada pelo Decreto nº 18.956, de 22 de outubro de 1929 - no seu artigo 9º, traduzia a seguinte cláusula:

"No caso de morte, incapacidade ou ausência dos agentes consulares, qualquer dos empregados auxiliares, cujo caráter oficial se tenha feito conhecer antecipadamente ao Ministério das Relações Exteriores ou à Secretaria de Estado, poderá desempenhar provisoriamente as funções consulares, e, enquanto as desempenhe, gozará de todos os direitos e prerrogativas correspondentes ao titular."

Parece estar aí a origem da prática de se atribuir ao temporário no exterior funções próprias do titular do posto, na ausência deste e até mesmo a extensão ao temporário de prerrogativas e imunidades, que, normalmente, são conferidas aos funcionários de carreira.

No início do século, poderia a União aplicar aos seus servidores temporários o disposto na Seção II ("Da Locação de Serviços") do Capítulo IV, Título V, Livro III, do Código Civil. Efetivamente havia normas administrativas conducentes a essa aplicação. Ilustram-na dispositivos do Decreto-Lei nº 240, de 4 de fevereiro de 1938 (5):

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

.....

(5) O DL nº 240, de 4/2/38, é o que dispõe sobre o pessoal extranumerário e o pessoal de obras, dividindo o extranumerário em 1º) contratado; 2º) mensalista; 3º) diarista; e 4º) tarefeiro. O primeiro: técnico-especializado; o segundo: admitido por portaria do Ministro de Estado para suprir temporárias deficiências dos quadros do funcionalismo, em prazo não excedente ao do exercício financeiro; o terceiro: admitido pelo diretor da repartição para o desempenho de funções auxiliares ou transitórias, aí se incluindo a conservação e asseio, com salário por dia de trabalho efetivamente realizado; o quarto: admitido pelo diretor da repartição para o desempenho de determinadas funções, com salário na base da produção por unidade e sob as condições de locação. Quanto ao pessoal de obras, não classificado entre os extranumerários, tem ele normas específicas, excluída qualquer vantagem ou regalia além

"Art. 14. Dos contratos constará, obrigatoriamente, as condições de locação, salário e o prazo de validade (Grifou-se.) (6).

"Art. 35. Tarefeiro é a pessoa admitida pelo diretor da repartição para o desempenho de determinadas funções e que percebe salário na base da produção por unidade.

"Art. 36. A admissão far-se-á mediante processo, encaminhado pelo Serviço de Pessoal, que informará dos recursos orçamentários e condições de locação." (Grifou-se.)

Nos termos do Decreto-lei nº 240/38, os servidores técnico-especializados e os tarefeiros eram admitidos na modalidade de locação de serviços.

do respectivo salário, pago a base de dia de trabalho efetivamente realizado. O DL nº 5.175, de 7/1/43, reproduz essas mesmas noções.

(6) Em 1950, o Instituto Rio Branco publicou plano de curso para Alunos do Curso de Preparação para a Carreira de Diplomata com compilações normativas de MILTON FARIA, reunidos no livro "Pratica Consular", onde se encontra um modelo de contrato de admissão de Auxiliar Local:

"Senhor

Comunico a Vossa Senhoria que estou autorizado pelo Ministério das Relações a admiti-lo como auxiliar nas seguintes condições.
(nome da MD ou RC)

1º Deverá Vossa Senhoria executar os trabalhos de Chancelaria que lhe forem distribuídos pelo Chefe d ou, na ausência deste, pelo seu substituto, comparecendo um pouco antes da abertura do expediente, que será de cinco horas e poderá ser prorrogado, em caso de necessidade eventual, e permanecendo no serviço até o encerramento do mesmo.

2º Vossa Senhoria receberá o salário de Cr\$ ouro, ou US_, por mês vencido, no primeiro dia útil de cada mês.

3º Quando, a requerimento das companhias ou empresas de navegação, houver trabalhos em horas extraordinárias, para despacho de embarcações e aeronaves ou para concessão de "vistos" em passaportes de imigrantes, deverá Vossa Senhoria comparecer à Chancelaria e executar o serviço que lhe for distribuído, recebendo o que lhe couber da cota, pertencente ao pessoal pelo serviço extraordinário, a qual tocará, em partes iguais, aos funcionários que o houverem executado.

4º Ser-lhe-ão concedidas, mediante requerimento e em época que for julgada conveniente, vinte dias úteis de férias por ano, sem prejuízo da remuneração, sô fazendo Vossa Senhoria jus a essas férias após um ano de exercício.

5º Poderá Vossa Senhoria ser dispensado pelo Chefe d ou por seu substituto no posto, com prévia aprovação do ato pelo Ministério das Relações Exteriores, sem direito a indenização de espécie alguma, sendo-lhe dada a comunicação de dispensa da função com quinze dias de ante-

A subdivisão de Auxiliar Administrativo e Auxiliar Técnico foi estabelecida em 1973. Anteriormente prevalecia a denominação uniforme de Auxiliar Local, até hoje preservada. O então Auxiliar Local no início do século poderia ou ser contratado ou ser admitido. Qualquer que fosse a modalidade de ingresso veio ele a ser considerado como uma espécie de extranumerário, pelo DL nº 240/38. Nos termos desse diploma legal, o brasileiro poder-se-ia enquadrar na categoria de mensalista em face de suas atribuições (art. 16 do DL nº 240/38), ao passo que o estrangeiro estaria necessariamente entre os contratados segundo os termos do art. 9º, parágrafo único, do referido Decreto-Lei.

Sobreveio, então, a CLT em 1943. Afigura-se nos inquestionável o fato de a CLT haver de imediato revogado as normas da locação de serviços na prestação de trabalho subordinado e permanente ao Poder Público. Se o artigo 7º, letra c, da CLT reza que os preceitos nele constantes não se aplicam aos funcionários públicos da União, dos Estados e dos Municípios e aos respectivos extranumerários em serviço nas próprias repartições, o faz, no entretanto, com a ressalva das hipóteses em contrário, a serem identificadas em cada caso. Se não bastasse, o art. 8º da mesma Consolidação dispõe que "as autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência,

cedência.

6º Poderá Vossa Senhoria demitir-se, espontaneamente, devendo, porém, apresentar ao Chefe d..... com quinze dias de antecedência, o requerimento de demissão, nele declarado o dia em que pretender deixar a função.

Caso esteja Vossa Senhoria de acordo com essas condições, queira assinar a declaração que se segue, devendo entrar em exercício no dia de de 19 ...

O Chefe de

Senhor Chefe de

Declaro a Vossa que aceito a minha admissão para o cargo de auxiliar d nas condições acima expostas e que entrarei em exercício no dia de

Nota - Feito em quatro vias, assinadas pelo Chefe da Missão Diplomática ou Repartição Consular e pelo auxiliar admitido, sendo a primeira via entregue a este, a segunda arquivada na Chancelaria e as demais remetidas à Secretaria de Estado das Relações Exteriores, uma das quais constará do maço pessoal do auxiliar e a outra da série original."

por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, *principalmente do direito do trabalho* e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe em particular prevaleça sobre o interesse público". (Grifou-se.) Se dúvida ainda houvesse, dissipar-se-ia em 1946, em face do art. 157 da Carta Magna promulgada naquele ano. O referido preceito constitucional dispunha sobre os mínimos direitos do trabalhador, em termos semelhantes aos do art. 165 da Lei Maior em 1969.

A partir de 1943 ou, na pior das hipóteses, de 1946, a questão assim se resume. O servidor que não estivesse amparado pelo estatuto, estava-o pela CLT. Admitida a locação de serviços para os casos de serviço sem subordinação, esta não se manteria por mais de quatro anos (7).

Eis que também entram em cena as disposições do Decreto nº 34.395, de 23 de outubro de 1953, que, ao regulamentar o art. 252, item II, da Lei nº 1.711/52, estende o regime jurídico do Estatuto aos extranumerários mensalistas, aos contratados e aos tarefeiros. Como que arrematando essas medidas de amparo aos servidores em causa, em consonância com o art. 23 do Ato das Disposições Transitórias de 1946, o art. 252 da Lei nº 1.711/52 e o Decreto nº 34.395/52, surge, em 13 de dezembro de 1952, a Lei nº 1.765. Este diploma, ao conceder abono de emergência aos servidores da União, até que fosse aprovado o Plano de Classificação de Cargos e Funções referido no art. 259 do Estatuto, dá as seguintes providências: a) define que o pessoal de obras é destinado à execução de trabalho de natureza caracteristicamente temporária (art. 14), dispondo, ainda, que ficará sujeito ao regime da CLT para efeito de férias e repouso semanal remunerado (art. 13); b) determina que ao pessoal da Verba 3 (Serviços e Encargos) ou da Verba Obras, incluídos os ocupantes de funções permanentes, seja deferido o salário-família, bem assim o repouso semanal remunerado e férias, segundo o regime previsto na CLT (arts. 16 e 18); c) dispõe, por fim, após transformar os extranumerários

(7) Cf. o Código Bustamente, incorporado com a promulgação feita pelo Decreto nº 18.871, de 13/8/29: "Art. 197. é de ordem pública internacional, na locação de serviços, a regra que impede contratá-los por toda a vida ou por mais de certo tempo".

diaristas em mensalistas, e extinguir a tabela de diaristas, sobre que os extranumerários contratados, brasileiros, que ocupavam *funções de natureza permanente* passariam à condição de extranumerários mensalistas, aplicando aos mesmos, no que coubesse, os dispositivos constantes na lei, referentes aos então diaristas. (Ênfase nossa) (8).

Em suma, ao fim do ano de 1953, define a União dois regimes para o seu servidor da Administração Direta e Autarquias (9), a saber, estatutário para os extranumerários, reduzidos a uma só espécie; e celetista para o pessoal de obras e Verba Três. Os casos omissos poderiam ser subsumidos na hipótese do art. 8º, retrocitado, da CLT, podendo, assim, afastar-se a locação de serviços, salvo prestação de serviço verdadeiramente autônomo, sem subordinação.

Ressalte-se que o legislador admite funções de natureza permanente exercidas por servidor admitido a título precário (10). Daí o gesto realista de ao servidor temporário estender garantias do trabalhador (as mais mínimas que fossem), tais como salário-família, férias, repouso remunerado. Insolúta, todavia, restava a concessão de outros direitos, como o de apo-

(8) A categoria de extranumerários veio a ser extinta pela Lei de Classificação de Cargos (nº 3.780, de 12/7/60). Todos os extranumerários passaram então a funcionários em sentido estrito.

(9) Note-se que a muitas-vezes-citada Lei nº 1.890, de 13/6/53, foi endereçada aos servidores das organizações econômicas comerciais e industriais em forma de empresa dos diversos entes políticos da Federação (ou seja, as estatais). O regime aí passou a ser uniformemente o da Consolidação das Leis do Trabalho.

(10) Normas anteriores já acolhiam a idéia de função transitória para a realização de serviços permanentes. "Todos os que executarem serviços necessários à administração pública, permanentes ou não, diaristas, mensalistas e serventes, sem cargos criados em lei, serão contratados diretamente por portaria do ministro ou pelos diretores e chefes de serviços, mediante autorização por escrito do respectivo ministro" (art. 7º do Regulamento baixado pelo Decreto nº 18.088, de 27/1/28). "Serão contratados os que executarem serviços necessários à administração pública, de natureza transitória, consideradas tais as de duração inferior a um ano (...); os que desempenharem cargos técnicos que não possam ser incluídos no quadro do funcionalismo (...) ou ainda que se incumbirem de serviços permanentes ou não, sem cargos criados em lei especial, que tenham sido regularmente admitidos por portaria de ministro ou por diretores e chefes de serviço, mediante autorização escrita do titular das respectivas pastas em data anterior a da Lei nº 183/36" (art. 1º do Decreto nº 871, de 1/6/36).

sentadoria, auxílio-funeral, pensão, etc. É de se notar que o art. 10 do Regulamento baixado com o Decreto nº 18.088, de 27 de janeiro de 1928, paradoxalmente, já acolhia a concessão da aposentadoria e pensão para os temporários admitidos nos termos do seu art. 7º, em havendo lei nesse sentido. Nesse caso houve retrocesso a partir de 1936.

Foi, então, que a Lei nº 3.780, de 12 de julho de 1960, de modo menos realista, veio assim a dispor:

"Art. 23. O Serviço Civil do Poder Executivo será atendido:

I - quando se trate de atividade permanente da administração, por funcionários;

II - quando se trate de atividade transitória ou eventual:

a) por pessoal temporário admitido à conta de dotação global, recurso próprio do serviço ou fundo especial criado por lei;

b) por pessoal de obras admitido para realização de obras públicas durante sua execução."

A lei não fixa os lindes da temporariedade do pessoal do item *a*; mas, com relação ao técnico especializado, referido no art. 26, dispõe que deverá ser admitido por prazo não excedente ao de um exercício financeiro. Por não cogitar de contratado para o desempenho de função de natureza permanente e em extinguindo o extranumerário nos termos do seu art. 19, resume nisto as suas considerações sobre o Pessoal Temporário e de Obras. Não faz qualquer referência aos interinos.

O seu regulamento, mediante o Decreto nº 50.314, de 4 de março de 1961, assim dispõe:

"Art. 3º. O pessoal de que trata o artigo anterior [Pessoal Temporário ou de Obras] admitido à conta de dotação global, recurso próprio de serviço ou fundo especial criado em lei, compreende:

I - pessoal especialista, destinado ao desempenho de trabalho técnico-especializado para cujo exercício não disponha o serviço de funcionário habilitado;

II - pessoal temporário propriamente dito, destinado a trabalho de caráter transitório não compreendido no item anterior; e

III - pessoal de obras destinado à execução de trabalho de qualquer natureza vinculado à realização da respectiva obra.

"Parágrafo único. A prestação de serviços de natureza eventual não caracteriza relação de emprego e será retribuída mediante recibo.

"Art. 4º. O pessoal temporário e o pessoal de obras ficarão sujeitos ao regime previsto na Consolidação das Leis do Trabalho e na legislação vigente peculiar àquele regime de emprego.

"Art. 5º. A sujeição a que se refere o artigo anterior compreende as seguintes disposições da Consolidação das Leis do Trabalho: I - carteira profissional; II - livro de registro de empregados; III - duração do trabalho; IV - salário-mínimo; V - férias; VI - higiene e segurança do trabalho; VII - proteção do trabalho da mulher; VIII - proteção do trabalho do menor; IX - do contrato individual do trabalho; X - processo judiciário do trabalho.

"§ 1º. O pessoal de obras terá o seu regime de férias e de salário-família regido pela legislação que lhe é peculiar.

"§ 2º. O regime de abono de família e o de acidente do trabalho do empregado de atividade privada será aplicado ao pessoal temporário.

"Art. 12. A admissão do pessoal temporário far-se-á mediante contrato de trabalho, providenciando-se as devidas anotações, na forma do artigo 29 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho.

"Art. 13. A admissão de especialista temporário processar-se-á de acordo com o art. 26 e respectivo parágrafo, da Lei nº 3.780, de 12 de julho de 1960.

"Art. 14. Os contratos individuais de trabalho serão por prazo determinado.

"Art. 15. O programa de aplicação incluirá na despesa total a ele referente importância destinada a atender indenizações a que os empregados tenham direito, na forma da Legislação trabalhista.

"Parágrafo único. A importância a que se refere este artigo ficará vinculada, durante todo o exercício financeiro, ao fim previsto."

Aqui parece situar-se a primeira tentativa legislativa de distinguir serviço permanente, de serviço transitório, de serviço eventual. Mas a dificuldade de conceituação é ainda manifesta.

Sob a ótica da Lei nº 3.780/60, e de seu regulamento, a questão do servidor público federal da Administração Direta e Autarquias confinar-se-ia ao funcionário, ao pessoal técnico especializado, ao temporário propriamente dito, ao de obras e ao retribuído mediante recibo. O funcionário reger-se-ia pelo esta

tuto, o temporário e o de obras, pela CLT. O pessoal retribuído mediante recibo não teria qualquer proteção trabalhista, eis que a sua prestação de serviços, de natureza eventual, não caracterizaria relação de emprego. Há silêncio quanto ao vínculo empregatício do pessoal especialista, quer estrangeiro, quer brasileiro.

Retorna-se, então, ao ano de 1961 e à Lei nº 3.917. Daqui em diante, as normas mais notáveis no que respeita ao pessoal a título precário na Administração Federal são a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969.

A Constituição de 24 de janeiro de 1967 aparenta ignorar o admitido em caráter temporário, referindo-se somente ao pessoal de obras ou aos contratados para funções de natureza técnica especializada, a quem passa a proteger de modo expresso com a legislação trabalhista, cobrindo a lacuna que se registrava na Lei nº 3.780/60 sob a égide da Constituição de 1946.

A Emenda nº 1/69, mais atenta, faz implícita menção às três categorias, pois que na expressão *servidores admitidos em serviços de caráter temporário* subentendem-se o pessoal temporário pago à conta de dotação global e o pessoal de obras.

Assim, em relação ao servidor precarista do MRE, de nacionalidade brasileira, tem-se a seguinte síntese. Os Auxiliares Locais com admissão anterior à Lei nº 3.917/61, salvo opção em contrário, teriam sido enquadrados como funcionários. Os admitidos após julho de 1961 é que seriam, por assim dizer, extraquadros, mas amparados pela Consolidação das Leis do Trabalho ou por um regime administrativo especial, uma vez banida a hipótese do contrato de locação de serviços.

A situação do Auxiliar estrangeiro está a demandar uma análise à parte.

3.2. O Auxiliar Estrangeiro.

Rememoremos que a última lei ordinária específica e explícita com respeito a pessoal temporário - a Lei nº 3.780, de 1960 - omite referência ao regime jurídico do técnico especializado e ao amparo legal que lhe deve ser outorgado. Rememoremos, ainda, que, pelo sistema do Decreto nº 240/38, o pessoal técnico

co, inserto no contexto dos extranumerários, se denominava *contratado* e sua admissão se fazia mediante um contrato bilateral, sujeito a registro prēvio no Tribunal de Constas, regendo-se o contrato pelas normas da locação de serviços. Rememoremos, por fim, que, pelo DL nº 240/38, o estrangeiro se enquadraria necessariamente na espēcie *contratado*.

Vimos sustentando a tese da revogação das normas de locação de serviços, salvo a hipótese de serviço autônomo, quer pelo advento do Decreto-lei nº 5.452/43 (CLT), quer pela incompatibilidade com as disposições do art. 157 da Constituição de 1946, reproduzidas nos arts. 158 e 165 da Constituição de 1967 e Emenda Constitucional de 1969, respectivamente. Admitida, *ad argumentandum*, a locação de serviços, esta não se manteria por mais de quatro anos, nos termos do art. 1.220 do Código Civil, c/c o art. 197 do Código Bustamente, transformando-se, assim, a locação de serviços em relação de emprego, por força do Título IV (arts. 442 e seguintes) da CLT. Em reforço a esta nossa argumentação, seja aduzido que o pessoal técnico veio a ter seu amparo trabalhista confirmado pelo art. 104 da Carta de 1967. O art. 106 da EC nº 1/69, que não revoga o preceito do referido art. 104, outorga, contudo, ao legislador ordinário a competência de optar por um outro regime que não o da CLT. Vem a Lei nº 6.185/74 e sedimenta a tendência pelas normas consolidadas.

É certo, portanto, que o servidor contratado de nacionalidade brasileira tem o amparo da CLT. Mas em relação ao estrangeiro é possível que paire alguma dúvida.

A norma de sobredireito que regula a matéria - art. 9º do Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil) - reza que "Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituirem" (11). Em assim sendo, ao admitir auxiliar estrangeiro para servir em um de seus postos no exterior, o Estado brasileiro

(11) Em consonância com a regra do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, veja-se a Lei nº 7.064, de 6/12/82, que trata da situação do trabalhador domiciliado no Brasil e aqui contratado ou daqui transferido para prestar serviços no exterior a empresas nacionais ou estrangeiras. Nesse sentido o Código Bustamante, art. 198, "Também é territorial a legislação sobre acidentes do trabalho e proteção social do trabalhador." "Em relação à locação

sujeitar-se-ia à lei do lugar da constituição do contrato, quer o seu auxiliar fosse ou não daquele país.

Mas resta, ainda, a questão do juízo competente para solucionar os conflitos entre o Estado Brasileiro e seu servidor. Este é também um *punctum pruriens*. Ou o Brasil se submeteria ao juízo de um outro Estado ou reservaria a solução da causa para o seu próprio juízo. No primeiro caso, teria de abrir mão de sua imunidade jurisdicional; no segundo, em compensação, teria de municiar o seu juiz da lei de cada país onde surgisse um dissídio trabalhista.

Por sorte, o problema já vem há algum tempo sensibilizando órgãos da Administração Pública brasileira, como também outros Estados nacionais.

Acordos internacionais têm então surgido, que se não tiveram ainda resultados práticos por não haverem muitos entrado em vigor, indicam ao menos um dos caminhos a seguir ou uma tendência. Registram-se os seguintes Acordos bilaterais de Previdência Social:

a) entre Portugal e Brasil, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 40, de 8 de julho de 1970;

b) entre Brasil e Espanha, promulgado pelo Decreto nº 68.503, de 14 de abril de 1971;

c) entre Brasil e Uruguai, promulgado pelo Decreto nº 85.248, de 13 de outubro de 1980;

d) entre Brasil e Argentina, celebrado em Brasília, em 20 de agosto de 1980, ainda não aprovado pelo Congresso Nacional;

de serviços, os autores estudam, separadamente, o caso de se tratar de serviço em situação subordinada e o de se tratar de serviço autônomo. No primeiro caso, a tendência moderna é no sentido de aplicar, em cada Estado, as medidas de proteção ao locador de serviços, por meio de suas leis trabalhistas, que são leis rigorosamente territoriais. Rege assim, a legislação do lugar do trabalho, contra a qual não pode prevalecer a autonomia da vontade. No segundo, entretanto, prevalecem os princípios gerais", ESPINOLA, Eduardo, e ESPINOLA FILHO, Eduardo, "A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro", vol. 2º, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1944, pág. 608.

e) entre o Brasil e o Chile, celebrado em Santiago, em 10 de outubro de 1980, ainda não aprovado, ao que parece.

Esses Acordos dizem respeito a concessão de direitos previdenciários e assistenciais a trabalhadores brasileiros nesses países e reciprocamente a trabalhadores desses países no Brasil, estendendo-se, ainda, esses direitos, a trabalhadores de qualquer outra nacionalidade que prestam ou tenham prestado serviços no Brasil e no país contratante, enquanto residente num deles.

O nosso destaque, todavia, é para o servidor público. Nesse caso, os acordos entre o Brasil e Portugal e entre o Brasil e Espanha rezam que os diplomatas e funcionários do Quadro ficam submetidos à legislação do Estado a que pretendem. Isso é o óbvio. Os cônsules honorários ficam sujeitos à legislação do Estado de residência. Os demais trabalhadores da Missão Diplomática e Repartições Consulares, assim como os a serviço pessoal de um de seus membros, têm direito de optar, quer pela legislação do Estado em cujo território prestam serviços, quer pela legislação do Estado a cujo serviço se encontram. Há prazo, entretanto, para o exercício do direito de opção, prevalecendo, no silêncio do trabalhador, a lei do Estado a que serve.

Nos termos dos Acordos entre Brasil e Uruguai, Brasil e Argentina, Brasil e Chile, constitui exceção o caso de servidores do Estado, não são diplomatas e do Quadro, mas também os contratados e temporários e até os domésticos que prestarem serviços a membros da Missão Diplomática e Repartição Consular. Todos esses teriam a situação regulada pela legislação, tratado ou convenção própria.

Esses acordos não explicitam a questão do juízo competente para a solução de dissídios. Mas é possível depreender-se ser juiz competente aquele do país cujo direito substancial foi o eleito. Tenha-se o exemplo do Protocolo assinado entre Brasil e Paraguai, em 11 de fevereiro de 1974, e promulgado pelo Decreto nº 74.431, de 19 de agosto daquele mesmo ano, para reger as relações de trabalho e de previdência social em Itaipu. Se o contrato individual de trabalho se rege pela lei do lugar da sua celebração, correlatamente, também se regerá pela lei do lugar da celebração do contrato a competência dos juizes e tribunais pa-

ra conhecer das ações resultantes da aplicação do Protocolo em causa (art. 2º).

Como se vê, não há uma posição única e inflexível. O que se tem de constante é a busca da solução satisfatória dos conflitos. No início se testemunhava uma tergiversação por parte do Estado empregador ao alegar ser o servidor admissível "ad nutum" ou de ter a prestação de serviços caráter eventual. Na medida, no entanto, em que o servidor adquire a consciência de que é um assalariado, com direitos correlatos a essa condição, o Estado é forçado a lhe fazer concessões.

Haja ou não acordos (os citados são mui recentes e a maioria não vigoram ainda), o fato é que cada Estado já pode tomar sua própria iniciativa na regulação de suas relações com servidores estrangeiros. E não se diga que a iniciativa é unilateral ou pelo menos estranha ao Direito Internacional, haja vista a Convenção da OIT nº 94, adotada em Genebra em 29 de junho de 1949 e promulgada no Brasil, pelo Decreto nº 58.818, de 14 de julho de 1966. Segundo ela, o ente público deverá garantir ao estrangeiro salários e outras condições de trabalho que não sejam menos favoráveis do que as condições estabelecidas para o seu nacional nas mesmas condições, por meio, inclusive, da legislação nacional (art. 2º). Ora, além de ter uma legislação social bastante desenvolvida, o Estado Brasileiro alçou algumas regras de Direito do Trabalho e Previdenciário à condição de normas constitucionais. Como negar ao seu servidor estrangeiro um mínimo de direito?

3.2.1. O *Fait Accompli* do Auxiliar do Consulado em Southampton.

Em 1938 foi submetido a exame e registro do Tribunal de Contas da União a concessão de aposentadoria ao inglês JOHN DE GROUCHY, tendo o Procurador Geral daquela Corte LEOPOLDO CUNHA MELO exarado um parecer que merece registro em transcrição resumida (12).

(12) RSP, ano I, dez. 1938, vol. IV, nº 3, pp. 89/92.

John de Grouchy, inglês, foi nomeado em 11 de setembro de 1899 Auxiliar do Consulado em Southampton, Inglaterra, com a confirmação dessa investidura em 28 de maio de 1920, na vigência do Decreto nº 3.259, de 11 de abril de 1899, que autorizava o exercício das funções de cônsules e auxiliares por estrangeiros.

De 1899 até 1935, quando se aposentou por invalidez, permaneceu no exercício do cargo, sendo-lhes reconhecidos, nesse longo período de serviços ao país, todos os direitos assegurados pela legislação pátria aos funcionários públicos. Percebeu vencimentos; pagou selo sobre a melhoria de seus vencimentos; obteve licença prêmio; contribuiu para o Instituto de Previdência.

Aceitando a nomeação, exercendo o cargo por tantos anos, pode-se dizer que ele, tacitamente, naturalizou-se cidadão brasileiro.

Todas as Constituições, desde a do Império até a de 10 de novembro de 1937, sempre declararam os *cargos públicos privativos dos brasileiros* (Vide Constituição do Império, art. 179; de 1891, art. 73; de 1934, art. 168; de 1937, art. 122, nº 3).

Teve-se sempre em vista, como diz Clóvis Bevilacqua, o princípio de que as funções públicas devem ser exercidas por pessoas ligadas ao país por laços de afeição natural e interesse comum. Esse princípio, com mais rigor ainda, deve ser praticado a respeito de cargos ou funções públicas exercíveis fora do país, como em geral, são os da carreira diplomática.

A orientação pacífica de nossas leis magnas, entretanto, nem sempre foi observada pela nossa legislação ordinária.

Algumas leis do Império, expressamente, permitiam a nomeação de estrangeiros para os cargos de cônsules e empregos consulares, como se pode ver dos arts. 8º e 10 do Decreto nº 4.968, de 24/5/1872.

No Governo Provisório, o da Proclamação da República, a mesma orientação foi adotada no Decreto nº 997-B, de 11/11/1890, art. 3º, organização do "Corpo Consular Brasileiro".

Ainda na vigência da Constituição de 1891, o Decreto nº 3.259, de 11/4/1899, "Consolidador das leis e decretos referentes ao Corpo Consular", e, posteriormente, o Decreto nº 14.058, de 11/2/1920, e também o Decreto nº 18.956, de 22/10/1929, aprovando a "Convenção de Havana", admitiram a nomeação, em certos casos, de estrangeiros para cônsules e auxiliares de consulado.

A qualidade de estrangeiro deveria ter impedido a nomeação, mas não é justo, nem humano que, agora, evite a aposentadoria, colocando o nomeado no dilema cruel de continuar no cargo, apesar de inválido, ou de abandoná-lo sem quaisquer proventos, lançado na miséria

após 36 anos e 19 dias de serviço ao país. Esse ato seria destoante das leis de assistência e da adiantada legislação social que possuímos, obra notável do Sr. Getúlio Vargas.

Desde que a nomeação de John de Grouchy não foi anulada pelo próprio poder que a fez, nem também pelo Poder Judiciário, cada um deles, na órbita de sua competência constitucional; tendo ele usufruído todas as garantias e vantagens asseguradas aos funcionários públicos, entendemos que, conciliados como devem ser os interesses públicos e os privados do referido funcionário, não obstante o vício de origem da investidura, não se lhe deve negar o direito à aposentadoria.

Pode ter sido ilegal o ato de nomeação, reconhecemos que o foi; mas, desse ato, que vigorou por 36 anos e 19 dias, resultaram para o nomeado direitos e vantagens cujo reconhecimento os sentimentos de equidade e os próprios interesses públicos devem reconhecer e proclamar.

3.2.2. O Auxiliar Estrangeiro e suas Perspectivas.

Não obstante, prossegue a prática rotineira da admissão de estrangeiro para o serviço diplomático e consular do Brasil. E isso é natural em face do intenso intercâmbio entre as nações, das peculiaridades culturais em cada região do mundo e da conseqüente necessidade de mão-de-obra especializada.

Por sua vez, as resistências ao servidor estrangeiro para o serviço no território nacional atenuaram-se após a promulgação da Lei nº 6.185/74. O *nomen juris* de "emprego público" conduz ao entendimento de que, quanto a este, não opera a exigência de nacionalidade brasileira como para o "cargo público", sentido estrito.

No primeiro semestre de 1976, a Consultoria Jurídica do DASP expediu uma série de Pareceres sobre a possibilidade de contratação de estrangeiros para o exercício de empregos públicos regidos pela CLT (13). O último da série tem a seguinte ementa:

(13) São os Pareceres emitidos no Processo nº 12.288/75 (DOU de 28/1/76, p. 1268), Processo s/nº/76 (DOU de 24/2/76, pp. 2753/4) e, novamente, Processo nº 12.288/75 (DOU de 25/6/76, p. 8830). Consoante os termos da Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres entre o Brasil e Portugal, os cidadãos portugueses podem ser funcionários estatutários. Ver também JB, edição de 31/1/76, artigo: "Serviço Público terá Estrangeiro".

"Contratação de servidores trabalhistas na administração centralizada e autárquica.

"Não há impedimento para que tais contratações recaiam em estrangeiros, ressalvadas apenas as atividades inerentes ao Estado como Poder Público, sem correspondência no setor privado.

"Reiteração de pronunciamentos anteriores desta Consultoria Jurídica."

Segundo o Parecerista, há um certo paralelismo entre os empregos públicos atuais e as antigas funções extranumerárias. A exigência da condição de cidadão ativo para a titularidade de cargo público só se expressa relativamente às funções estatutárias, não se reproduzindo no que concerne aos empregos regidos por preceituações trabalhistas. Não só a jurisprudência administrativa assim tem entendido, mas a própria legislação, como se vê, por exemplo, do Decreto-lei nº 5.175, de 7 de janeiro de 1943, em relação aos antigos extranumerários contratados, diaristas e tarefeiros, reservando-se a condição de nacionais apenas para os mensalistas (art. 30, I, a) (14).

Segundo ainda o Parecerista, sob a égide das Constituições de 1937 e de 1946, que reservavam o exercício de cargos públicos e funções políticas aos nacionais, jamais foi levantada a hipótese de inconstitucionalidade ou revogação por incompatibilidade do DL nº 5.175/43.

Qualquer que seja a perspectiva do intérprete, o fato é que hoje em dia é difícil a exclusão do estrangeiro no serviço público, principalmente no que tange às missões diplomáticas e repartições consulares. É comum verem-se brasileiros a serviço de missões estrangeiras. A prática é recíproca e generalizada.

(14) Talvez porque o mensalista pudesse, nos termos do referido Decreto-lei, desempenhar funções inerentes às séries funcionais (art. 25), isto é, fazer carreira, podendo ser atingido pela melhoria de salário, transferência, readmissão, reversão (art. 26).

3.3. Resumo.

Temos visto que o MRE possui em seus Quadros pessoal de regimes jurídicos vários: o diplomata, de estatuto próprio; o funcionário não-diplomata no regime estatutário comum; o servidor celetista na Tabela Permanente de Empregos; o servidor celetista na Tabela Especial de Empregos nas Comissões Brasileiras Demarcadoras de Limites; e os Auxiliares Locais. Os Auxiliares Locais, que destacamos neste trabalho, têm regime peculiar, disposto em legislação própria, porém não muito bem definido, como o da maioria dos servidores temporários na Administração Pública em geral.

Vimos que o termo *Auxiliar* vem sendo empregado no Serviço Exterior Brasileiro desde a década de vinte, mas que suas raízes parecem estar nos empregados consulares do século passado.

No início do século poderia a União aplicar aos seus servidores temporários, em especial o Auxiliar Local, o disposto na Seção da Locação de Serviços do Código Civil, com respaldo em normas administrativas próprias. É duvidoso, contudo, que viesse a poder fazê-lo após a entrada em vigor dos preceitos da CLT, reforçados pelas disposições da Constituição de 1946. A proteção trabalhista assume então um caráter de fato consumado, de tal sorte que, ou passa a ser outorgado na forma de um regime administrativo conforme definido na Seção dos Funcionários Públicos, ou nos termos da Consolidação das Leis do Trabalho. Não há escolha.

Nessas condições, o Auxiliar Local brasileiro veio na década de 50, na qualidade de extranumerário, a beneficiar-se dos preceitos da Lei nº 1.711/52. No início dos anos 60, pôde passar à condição de funcionário em sentido estrito na oportunidade da extinção, pela Lei nº 3.780/60, das categorias de extranumerários. Mas essa mesma Lei, que dá ensejo à absorção no Quadro Permanente, dos auxiliares antigos, dá também azo à contratação de novos auxiliares ao cuidar da atividade transitória ou eventual. Dispõe então que o pessoal temporário e o de obras ficarão sujeitos ao regime da CLT.

A dúvida sobre a celetização do pessoal temporário que, porventura, perdurasse nos anos 50, dissipar-se-iam nos

anos 60, em face dos termos da Lei nº 3.780/60 e do Decreto nº 50.314/61. Não bastasse, vêm o preceito do art. 104 da Constituição de 1967, peremptoriamente a dispor que se aplica a legislação trabalhista aos servidores admitidos temporariamente para funções de natureza técnica ou especializada. Neste pensamento persiste a maioria dos doutrinadores de que temos ciência, quer administrativistas, quer trabalhistas. Principalmente estes últimos.

Eis que surge o art. 106 da Emenda Constitucional de 1969 dando ensanchas a novas disquisições e teses. Haveria um terceiro gênero de servidores do Estado. Não se descarta qualquer das teses. Mas somente um ponto é indubitável - o da paulatina concessão pelo Estado aos seus servidores temporários de prerrogativas do trabalhador.

À sombra das disposições da Lei nº 3.917/61, que regula a admissão de pessoal temporário no Ministério das Relações Exteriores, surgiram novas normas, de caráter interno, de proteção ao Auxiliar no exterior, em complementação a normas anteriores, existentes pelo menos desde 1947, data da 1ª edição do Manual de Serviço. Assim é que o Auxiliar Local faz jus a férias, licença para tratamento de saúde, licença à gestante, dias de gala e de nojo, em analogia aos estatutários. Recentemente vieram a ser-lhe outorgados os direitos a auxílio-funeral, aviso prévio, indenização própria ao tempo de serviço, notadamente ao septuagenário e àquele que prestou serviços por mais de trinta anos. Conquanto a lei reze que o Auxiliar Local é demissível *ad nutum*, a sua despedida por iniciativa do Chefe do Posto está condicionada a prévia anuência da Secretaria de Estado, a fim de ensejar o exame do ato e dos direitos do servidor. Essas medidas, não obstante, não têm impedido o ajuizamento de demandas onde se questionam os direitos à estabilidade, à aposentadoria e outros, ainda não expressamente outorgados.

Se a condição do Auxiliar Local brasileiro já é possível de se definir em termos práticos, o do Auxiliar Local estrangeiro está a merecer as primeiras considerações ainda.

Aplicado à situação do Auxiliar estrangeiro o preceito do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, ter-se-ia o

seu contrato regido pela lei do lugar da sua constituição. Isto conduziria à renúncia da imunidade jurisdicional do Estado em caso de demanda contra ele pelo servidor, mormente em caso de execução forçada. Mas o respeito mútuo entre os Estados abre caminho para os acordos. O Brasil já os tem firmado neste sentido com algumas poucas nações na América Latina e Europa Meridional, talvez aquelas em que o intercâmbio nessas causas seja mais intenso.

Independentemente da indagação de por que esses acordos são ainda restritos e de por que muitos ainda não têm aplicação prática, ressalta a circunstância de que neles a situação do servidor estatal figura como exceção, mesmo nos casos em que mais se aproxima da do empregado da empresa particular. Os preceitos de alguns acordos no que tange aos servidores estatais demonstram, ainda, que, em razão deles ou a despeito deles, o Estado contratante pode avançar com o seu servidor estrangeiro cláusulas contratuais - ou estatutárias - próprias, desde que lhe garanta condições que não sejam menos favoráveis que aquelas do seu nacional, em consonância com as cláusulas da Convenção da OIT nº 94/49.

Quaisquer que sejam as interpretações que se venham a dar aos preceitos constitucionais, desde a Constituição do Império até a de 1969, no que tange a admissão de estrangeiro no Serviço Público do País, para determinadas funções, mormente as de repartições no exterior, a verdade é que isso já é fato consumado. Quer tenhamos uma interpretação restritiva com a da Procuradoria-Geral do Tribunal de Contas da União em 1938, ou liberal como a da Consultoria Jurídica do DASP em 1976, a verdade é que já se tornou praxe a atribuição de certas funções públicas a estrangeiros.

O que se deve exigir da Administração é a restrição dessas funções. O que pode ser exercido pelo nacional não se deve atribuir ao estrangeiro. Função do Quadro de Carreira não deve ser desencumbida por Auxiliar Local, brasileiro ou estrangeiro, mormente por esse, eis que o serviço do estrangeiro é, por definição, técnico especializado. Têm-se registrado na Casa de Rio Branco queixas de que o Auxiliar estrangeiro tem acesso à correspondência confidencial e que muitas vezes chega a impor

na Chancelaria o padrão local, inclusive o idioma, de modo a fa
zer sentir-se desambientado o funcionário brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tem-se firmado desde o início que, na Administração Pública, em especial na Administração Direta, Serviços de Caráter Temporário distinguem-se dos Serviços Temporários no setor privado, não só nas suas bases legais como nos seus fundamentos ontológicos. Enquanto o trabalhador temporário no setor privado presta serviços à locatária, mas com vínculo de emprego com a locadora; no setor público, o servidor geralmente presta serviços ao mesmo ente com quem mantém a relação de trabalho.

Sem sombra de dúvidas, há na Administração Pública atividades que, por natureza, são temporárias e que, por isso, devem corresponder a funções temporárias; há, igualmente, atividades de natureza técnica especializada que requerem desempenho por pessoas altamente qualificadas.

Seria contra-indicada a enumeração das funções temporárias, mesmo a título exemplificativo, pois o temporário aqui e agora pode não mais sê-lo noutro momento ou noutra unidade. Necessária, contudo, é a noção de que a função temporária *stricto sensu* deve raramente coincidir com a função exercida por ocupante de cargo ou emprego permanente. A distinção não se deve situar na forma de provimento, mas na própria natureza da função, devendo a forma de provimento decorrer dessa.

Técnicos especializados já são vários dos cargos e empregos no Serviço Público, daí deverem-se impor condições para o exercício, em caráter especial e a título precário, dessas funções. Aqui a questão é mais delicada. Tomem-se os exemplos da função de magistrado, ou de tradutor ou intérprete, ou de restaurador de obra de arte, ou de pesquisador científico e outras. Nesses exemplos não se consideram apenas as denominações mas as especializações e níveis de formação. Em princípio, nesses casos, dever-se-ia primeiro tentar o provimento dos cargos e empregos permanentes pelo sistema do mérito. Provada a escassez de profissionais na área de especialização desejada, ou o desinteresse à função permanente do único ou dos poucos candidatos, ou a condição de estrangeiro do candidato, ou qualquer outro motivo impeditivo ou desaconselhador do vínculo permanente, aí, sim, se faria o contrato de precário. O Itamaraty fornece a ilustração clássica no exemplo dos auxiliares locais nos postos do exterior. Embo

ra o Plano de Classificação de Cargos contemple cargos ou empregos de Tradutor e de Intérprete, a questão básica queda no idioma em que o profissional é versado. Raro encontrarem-se profissionais com domínio das línguas asiáticas ou africanas ou, até mesmo, da Europa Oriental. Aí também estão envolvidos traços de cultura, que dependem de toda uma existência para adquirir, além das condições peculiares do trabalho. Nesses casos de alta especialização e peculiaridades, evidenciáveis de pronto, é irrelevante a correlação ou não entre cargos e empregos permanentes e funções temporárias (1)

Firme-se, a bem da verdade, que o nosso ponto fulcral não se situa apenas na norma. É bom que a norma preveja os abusos e busque coarctá-los. A base, porém, de tudo está na tradição cultural. No Brasil predomina ainda, atualmente, o sistema do Favor em contraposição ao sistema do Mérito. Essa circunstância, como se tem visto, deflui não só da nossa evolução histórica, como também do fato de o sistema do Mérito ser um fenômeno recente no Serviço Público. Decorridos cinquenta anos de sua implantação no Brasil, por via legislativa, é ele ainda visto entre nós de modo ambivalente. Associado a tudo isso tem-se, ainda, o *Jeitinho* brasileiro. O *Jeitinho* - espécie do gênero Formalismo, fenômeno social peculiar não só ao Brasil, mas a outras nações em fase de desenvolvimento - o *Jeitinho* ou aproveita brechas da norma ou arquiteta modos de sua burla. Contudo, a perspectiva aqui não se apresenta pessimista. Há setores da Administração, quer direta, quer indireta, onde a seleção de pessoal sempre se faz pelo sistema do Mérito. Eis os exemplos do Banco do Brasil, do Grupo-Auditoria Fiscal do Tesouro Nacional, do Serviço Exterior Brasileiro, do Ministério Público não só Federal como Estadual, da Polícia Federal e da Polícia Civil das unidades da Federação, onde, com certeza, se pode afirmar que o ingresso na carreira se faz pelo sistema do Mérito, ora mediante concurso público, ora mediante ascensão funcional.

Como o sistema do Mérito e o de Carreira são independentes, pode-se chegar ao ponto em que o de Mérito se incremen-

(1) Correspondente ao Sistema do Mérito (para o Pessoal no Serviço Público) é o Regime de Licitação (para compras e contratação de obras ou serviços). As normas do Título XII do DL 200/67 prevêem a dispensa da licitação na contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização (art. 126, § 2º, letra d).

te até nos casos de admissões ou contratos temporários. Para isso não se fazem necessárias novas normas; elas já existem. O Concurso público e a concorrência ou licitação respaldam-se nos mesmos princípios da moralidade e da impessoalidade no Serviço Público. Aí é uma questão de mudança de mentalidade, que se faz paulatina. A lei, em sendo mantida, embora burlada aqui e ali, servirá de desígnio a ser alcançado. Alguns pontos, todavia, ainda estão a carecer de melhor regulamentação; a aquisição da estabilidade é um deles.

Vimos em capítulo especial e elucidativo que a estrutura do Serviço Público ou é aberta ou fechada. No Brasil predomina, por razões sócio-históricas já analisadas, a estrutura fechada, de quase mão-única. Está implícito que, para a estabilidade, duas condições se impõem: o ingresso por concurso público e o provimento efetivo do cargo ou emprego. Urge agora que essas condições se explicitem. A jurisprudência predominante conduz à penalização dos celetistas concursados optantes do FGTS, mas pode vir a beneficiar aqueles que, ingressando pelo Favor, se engastam na função dita temporária por mais de dez anos, seja pela aplicação pura e simples do dispositivo do art. 492 da CLT, seja pela praxe de se favorecerem os antigos servidores aparentemente sem estatuto ou proteção trabalhista. Esse descalabro, que é antigo, e a ausência de explicitação das condições para a estabilidade já se não justificam tendo em vista os termos do art. 109, III, da CF. Impõe-se a regulamentação do instituto da Estabilidade do Servidor Público. Aí então se deveria enfatizar o óbvio, ainda não aceito pelos magistrados dos Tribunais Superiores e nem pela própria Administração, ou seja, a de que goza da estabilidade, após dois anos de exercício, todo servidor público, estatutário ou celetista, com ou sem FGTS, admitido por concurso público, ocupante de cargo ou emprego de provimento efetivo. Poder-se-ia afastar a possibilidade da incidência da disposição do art. 492 da CLT ao temporário que porventura permaneça na função pública por mais de dez anos. Longe de ser uma injustiça seria um meio justo de estimular-se a busca das funções permanentes. A denegação da estabilidade ao temporário não implica, todavia, sonegar-lhe as mínimas prestações, constitucionais, da previdência e assistência social, haja vista o exemplo do ocupante do cargo ou emprego em comissão.

Outro ponto em torno da função temporário a merecer um exame, por assim dizer microscópico, é o referente à sua acumulação com a de proventos doutra função pública. Aí, como se viu, a jurisprudência ainda é oscilante, apesar dos avanços que se já vêm registrando. A Administração já embarga essa acumulação com a de emprego público ou cargo autárquico, como a de antigo Inspetor do Trabalho (então celetista), Fiscal da Previdência, Inspetor da SUNAB e análogos. Contudo, perdura a prática, atualmente em recrudescência, de se manter em função de confiança funcionário que se aposenta. Para isso a Administração se utiliza do poder que lhe é outorgado pela Lei nº 5.645/70, do Plano de Classificação de Cargos, de transformar o *cargo* em comissão em *emprego* em comissão. Neste exemplo tem-se de tirar o chapéu ao gênio do jeitinho brasileiro. É aquela velha história do uso inteligente, porém ardiloso, da confusão conceitual, que neste trabalho se tem discutido, entre cargo e emprego. Diretor é Diretor, Chefe é Chefe, suas atribuições e responsabilidades continuam as mesmas perante a Administração e terceiros quer sua função seja estatutária ou celetista. Afinal qual a diferença entre DAS ou LT-DAS? Bem, uma é patente, a de permitir a segunda sigla que um aposentado ou pessoa estranha ao Serviço Público exerça o mesmo papel que na primeira se reservava a um ocupante de cargo efetivo. Repare-se em que essa transformação é reversível. Na sua vacância a função volta a ser DAS estatutária. Perfeito exemplo das razões por que se denominam patrimonialistas as instituições sociais brasileiras, em face da combinação entre o moderno/legal e o tradicional/pessoal.

Desde a Carta Imperial, de 1824, a função pública vem merecendo tratamento constitucional (arts. 102, IV, e 179, XIV e XXIX), mas é a partir da Carta Republicana de 1937 que se abre uma Seção específica para o Funcionário Público (arts. 156/9). Conquanto o primeiro estatuto só haja surgido em 1939, vinham-se registrando tentativas de sua elaboração desde o início do período republicano, sem se falar dos regulamentos consulares, que, como se viu, vigem desde o Império. As funções temporárias mereceram destaque nesses Regulamentos Consulares. Já no Serviço Público interno a regulamentação é mais tardia, a partir dos anos 30. Com a Carta de 1967 as regras sobre os temporários ganham tratamento constitucional. Essa evolução normativa parece exsurgir de

fatores tais como: o crescimento do Serviço Público, a admissão desordenada de temporário em escala crescente, a necessidade de respaldo ao próprio Poder Público em face de sua responsabilidade por atos do servidor e o imperativo de proteção trabalhista e previdenciária a este. Isso nos conduz a considerações sobre o regime jurídico da função pública e, em particular, da função pública temporária.

Até então parecia pacífica a aceitação da teoria da Situação Legal; predominava o estatutarismo até nas autarquias. As disposições da Lei nº 1711/52 que se deviam aplicar subsidiariamente, no que coubesse, aos servidores autárquicos, a eles se aplicaram totalmente. As disposições da Carta de 67 é que alvorçaram os contratualistas, mormente os trabalhistas. Surge a EC nº 1/69 e dá iguais ensanchas a todas as modalidades de teorias contratualistas mais ou menos consistentes. É temerário adiantar-se qual delas se imporá afinal. A realidade social é cambiante. Neste momento está a prenciar-se o regime *Civilista*, a ser definido no bojo da Reforma Administrativa. *Regime Legal, Estatutário, Celetista, Contratual, Civilista* e outros, de que a imaginação taxionômica possa cogitar. Assim é que, por trás das denominações e acidentalidades, se deve buscar a essência.

Já se arrolaram quarenta e tantas diferenças entre o estatutário e o celetista no Serviço Público. Analogamente se poderia levantar um sem número de diferenças entre o trabalhador do setor privado e da Administração Pública. Mas o que releva é escoimar essas listagens do contingente para se fixar a substância. Sem dúvida, importa saber-se que uma espécie de trabalhador tem FGTS, PIS, gratificação natalina, etc. e que a outra goza de licença especial, PASEP, estabilidade. Mas isso são acidentes. De repente esses institutos tornam-se direitos de uma e de outra ou são revogados ou transformados. Seria até de estimular que certos direitos se tornem patrimônio comum de todos. O que se coloca é muito mais amplo do que diminuir-se as diferenças entre os servidores públicos: é a equiparação dos trabalhadores em seus direitos fundamentais no tangível, independentemente do regime jurídico. Nessa situação ideal, em restando alguma diferença, essa talvez viesse a ser a substância de cada regime.

Da delineação que se fez da função pública no Brasil, em vários momentos deste trabalho, podem-se, a essa altura, assentar alguns pontos da sua essência, que possivelmente fundamentam o seu regime independente da contingência dos direitos concedidos ao seu ocupante ou da natureza do liame entre o ser dor e a Administração. Já se viu a dificuldade que há em estabelecer esse ponto com base na espécie do serviço executado. São questionáveis os critérios de *acta de jure imperii* ou *acta de jure gestionis* ou de funções permanentes ou funções temporárias.

Os traços maiores e relevantes da função pública permanente na Administração Direta e nas Autarquias são as condições constitucionais, a par de algumas outras legadas pela continuidade legislativa e pela tradição cultural. Aí se ressaltam a sua estruturação com base na Carreira de modo hierarquizado; a sua condição de acessibilidade a todos os brasileiros, estando para isso atrelada ao sistema do mérito; a sua outorga de certas prerrogativas ao ocupante e o se lhe exigir determinada con duta, em benefício dele próprio, porém mais em favor da continui dade do serviço, no interesse ainda do usuário e no respaldo do Poder Público. Por tudo isso se fizeram normas com denominação de regulamentos ou estatutos e cujo fito é regular o exercício da função pública pelo servidor. Dizer-se que o regime do servi dor público é estatutário não significa atrelá-lo de modo irrevogável a qualquer das teorias supracitadas. Prevalece ainda, contudo, a situação legal, não obstante a edição da Lei nº 6.185/74, que assegura ao Poder Público da União uma situação de empre gador privilegiado. As unidades da federação, em sua maioria, man têm o regime administrativo. O pessoal temporário tende também a inserir-se no contexto estatutário do pessonal do quadro permanen te, seja por força de lei, seja por construção jurisprudencial, em face de algumas daquelas razões enumeradas, como o respaldo ao Poder Público, que é responsável pelos atos de seus servidores, qualquer que seja a sua relação para com ele.

Em pertencendo a uma nação em desenvolvimento, sujeita a transformações sociais e influências de outras, o Serviço Público brasileiro poderá vir a sofrer novas conformações. Não que remos, por isso, ser dogmáticos, mas este é o panorama que se nos apresenta até agora.

BIBLIOGRAFIA

1) Obras citadas:

a) Livros:

BRIGGS, "Depoimentos sobre o DASP", DASP, 1966

CARRION, Valentin, "Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho", 3a. ed., RT, São Paulo, 1979

CASTRO AGUIAR, Joaquim, "Regime Jurídico dos Funcionários Municipais", Forense, Rio de Janeiro, 1977

COMMAROSANO, Marcio, "Provimento de Cargos Públicos no Direito Brasileiro", RT, São Paulo, 1984

CRETELLA JR., José, "Natureza Jurídica da Função Pública", Saraiva, São Paulo, 1953

"Encyclopedia Americana (The)", Americana Corporation, Nova York, 1940

"Encyclopaedia of the Social Sciences", Macmillan, Nova York, 1942

ESPINOLA, Eduardo, e ESPINOLA FILHO, Eduardo, "A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro", vol. 2º, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1944

FARIA, Milton, "Prática Consular", IRB, MRE, Rio de Janeiro, 1950

GAZIER, François, "La Fonction Publique dans le Monde", Ed. Cujas, 1972

GRAHAM, Lawrence, "Civil Service Reform in Brazil, Principles versus Practice", University of Texas, Austin & London, 1968

GUERREIRO RAMOS, "Administração e Estratégia do Desenvolvimento - Elementos de uma Sociologia Especial da Administração", FGV, Rio de Janeiro, 1966

MACHADO FILHO, Sebastião, "Estabilidade e Fundo de Garantia segundo o Direito Constitucional", *Estudos de Direito Público em Homenagem a Aliomar Baleeiro*, UnB, Brasília, 1976

MARANHÃO, Delio, "Direito do Trabalho", FGV, 6a. ed., 1978

MEIRELLES, Hely Lopes, "Direito Administrativo Brasileiro", RT, São Paulo

OLIVEIRA CASTRO, Flavio Mendes de, "História da Organização do Ministério das Relações Exteriores", UnB, 1983

PINTO PESSOA, Eduardo, e TEIXEIRA DIAS, José Nazaré, "Princípios de Administração de Pessoal", 1949, DIN, Rio de Janeiro

RIGGS, F.W., "Ecologia da Administração Pública", trad. de HUGO WAHRLICH, USAID/FGV, Rio de Janeiro, 1964

ROMITA, Arion Sayão, "Servidores Públicos Temporários ou Contratados para Funções Técnicas e Especializadas", Edições Trabalhistas, Rio de Janeiro, 1975

SIEGEL, Gilbert Byron, "The Vicissitudes of Governmental Reform in Brazil: A Study of DASP", Universidade de Pittsburgh, 1964 (tese de doutorado com cópia mimeografada na Biblioteca da FGV, Rio de Janeiro)

SIEGEL, Gilbert Byron, "Administration, Values and the Merit in Brazil", na coletânea *Perspectives of Brazilian Public Administration*, FGV/Universidade do Sul da Califórnia (cópia mimeografada na Biblioteca da FGV, Rio de Janeiro)

b) Revistas:

ABREU VIEIRA et alii, "O 'Jeitinho' Brasileiro como Recurso de Poder", RDP, vol. 16, nº 2

ALMEIDA CARNEIRO, Alain de, "A Promoção nos Serviços Públicos", RSP, fev/45, vol. 1, nº 2

ALMEIDA CARNEIRO, Alain de, "O Estatuto dos Funcionários e a Legislação Posterior", RDA, 1/330

CARVALHO E MELO, José Augusto de, "O Estado e seus Servidores", RSP, março/49, vol. 3

CATHARINO, José Martins, "Contrato de Trabalho com Pessoas Jurídicas de Direito Público", LTr 37/795

CHAPEL, Yves, "Conceituação de Função Pública - Principais Conceitos", *Revue Internationale des Sciences Administratives*, vol. XXX, 4

COSTA, Antonio Tito, "Estabilidade e Efetividade no Serviço Pú-

blico", RDP 9/174

DALLARI, Adilson de Abreu, "Servidores Públicos - Extranumerários - Estabilidade e Efetividade", Parecer, RDP 22/273

DALLARI, Adilson de Abreu, "Aplicação da Legislação Trabalhista aos Servidores Públicos", RDP 33/32 e RDP 37 e 38/340

DARDEAU VIEIRA, Astério, "Como Classificar os Cargos", RSP, 1941, vol. II

DUTRA, Pedro Paulo de Almeida, "Servidores Públicos não Funcionários - Exame do art. 106 da CF", RDP 31/59

ESCOBAR, "Pessoal Temporário no Serviço Público e seu Regime Jurídico em face da Constituição", Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo 1/139

OLIVEIRA FARIA, Anacleto, "A Regulamentação do Artigo 106 da Constituição Federal", Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo, 10/281

OLIVEIRA FARIA, Anacleto, "Os Servidores Públicos face às Novas Constituições", RDP 4/145

FERRAZ, Sergio, "O Artigo 106 da Constituição Federal - Breves Notas", Revista de Direito Processual Geral, Rio de Janeiro, 31

FRONTINI, Ana Maria Souza Pinto, e MARCOPITO, Vera Lucia de Oliveira Alcoba, "Admissão Temporária ou Contratação para Função Especializada - Competência Legislativa", Parecer CEPAM, RDP 49 e 50/200

GOTTSCHALK, Elson, "O Estado como Empregador Privilegiado e suas Tendências", *Revercor*, Saraiva, 1981, pp 169/192

GUEIROS BERNARDES, Hugo, "Contrato de Trabalho com o Estado", RIL 40/43

MEDEIROS SILVA, Carlos, Parecer, RDA 123/393-397

MOTTA, Carlos Pinto Coelho, "Terceiro Regime Jurídico", RDA 147/7

NOGUEIRA DE SÁ, A., "Da Perda do Cargo no Direito Público brasileiro", RDA 44/535

OLIVEIRA ROCHA, João Baptista de, "O Regime Jurídico Especial do Servidor Público - Consideração em torno do Art. 106 da CRFB", RDA 128/690, RDP 37e 38/129 e LTr 41/331

ROSENN, Keith S., "The Jeito (Brazil's Institutional Bypass of the Formal Legal System and its Developmental Implications)", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 19

SOARES, Cremilda, "Da Aplicação da Legislação Trabalhista no Pessoal da Administração Federal", *LTr* 34/1397

TACITO, Caio, Parecer, RDA 134/230

TAVORA, Paulo, "A Estabilidade Constitucional dos Celetistas concursados das Entidades de Direito Público", RDA 152/247

VAZ DA SILVA, Floriano Corrêa, "O Servidor Público e o Regime da Consolidação das Leis do Trabalho", *LTr* 39/273

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de, "O Artigo 106 da Constituição Federal e sua Regulamentação", *LTr* 43/1263 e *RIL* 61/127

WAHRLICH, Beatriz de Souza, "O Sistema do Mérito na Administração Federal Brasileira", *RSP*, vol. 76, nº 2

2) Obras consultadas:

a) Livros:

AMARAL & NASCIMENTO, "Política e Administração de Pessoal (Estudo de Dois Casos)", FGV, Rio de Janeiro, 1966

CAETANO, Marcello, "Manual de Direito Administrativo", Tomo II: Agentes e Bens - Serviços Públicos - Polícia - Garantias - Processo Administrativo, 8a. ed., Lisboa, 1969

CASTRO, Carlos Borges de, "Regime Jurídico da CLT no Funcionalismo", Saraiva, 1981

CHAPMAN, Brian, "The Profession of Government - The Public Service in Europe", Unwin University Books, London, 1970

CIDADE, Luiz Carlos de Carvalho, "A Jurisprudência Trabalhista no Serviço Público", Ed. Trabalhistas, 1980

DALLARI, Adilson Abreu, "Regime Constitucional dos Servidores Públicos", RT, 1976

FOUGÈRE, Louis, "La Fonction Publique: Etudes et Choix de Textes Commentés", Institut International des Sciences Administratives, Bruxelles, UNESCO, 1966, tradução inglesa: "Civil Service Systems: Essays and Texts", 1967

GREGOIRE, Roger, "La Fonction Publique", Institut Internatio-

nal de Sciences Administratives, Bruxelles

MONTENEGRO, Divaldo, "Repertório da Jurisprudência do Servidor", José Konfino, Rio de Janeiro, 1976

RESENDE, Ulisses Riedel de, "Empregados da Administração Pública regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho", Edições Trabalhistas, Rio de Janeiro, 1969

STAINOF, "Le Fonctionnaire", Librairie Delagrave, Paris

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de, "O Contrato de Trabalho com o Estado", LTr, São Paulo, 1975

WAHRLICH, Beatriz M. de Souza, "Reforma Administrativa na Era de Vargas", FGV, Rio de Janeiro, 1983

b) Revistas:

BARROS JR., Cassio Mesquita de, "Gradação na Aplicabilidade da Lei Trabalhista aos Servidores Públicos", LTr 41/21

BASTOS, Celso Seixas Ribeiro, "O Funcionário Público: Natureza Estatutária de seu Regime", RDP 21/154

CATHARINO, José Martins, "Servidor não-Estatutário e a Legislação Trabalhista" (Uma Pesquisa Interessada), RIL 56/109

CEPAM (Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal da Secretaria do Interior do Estado de São Paulo), "Contratação de Pessoal no Regime da CLT", Parecer CEPAM nº 97/70, RDP 13/347

"Contrato de Trabalho com Pessoas Jurídicas de Direito Público - Conclusões aprovadas no IV Congresso Ibero-americano de Direito do Trabalho e Seguridade Social", Ltr 36/843

NIESS, Pedro Henrique Tavora, "Servidores Temporários do Estado de São Paulo - Regime Jurídico", RT 547/38

RAMALHETE, Clóvis, "Acumulação de Proventos com Contrato para a Prestação de Serviços Técnicos ou Especializados", RDP 59 e 60/143

SERSON, José, "Questões Trabalhistas da União, Autarquias e Empresas Públicas Federais de Volta aos Tribunais Trabalhistas", LTr 35/604

SILVA, Carlos Medeiros, "Contratado - Regime Jurídico Próprio - Legislação Trabalhista - Autonomia dos Estados e Municípios", RDA 123/393

VAZ DA SILVA, Floriano Corrêa, "Contratos de Trabalho com Pessoas Jurídicas de Direito Público e a Competência da Justiça do Trabalho para a Solução de Litígios", LTR 37/603

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de, "Trabalhador Estatal", LTr 30/279

c) Parecer:

RUSSOMANO, Mozart Vítor, Parecer, Consultante: Federação Brasileira das Associações de Empresas de Asseio e Conservação, 1985 (Trata-se de parecer sobre serviço temporário no setor privado.)