

Função administrativa, estabilidade e princípio da neutralidade: alguns apontamentos sobre a reforma administrativa

FABIANA DE MENEZES SOARES

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Natureza jurídica da função pública. Princípios informadores da função pública e suas conseqüências sobre a atuação do agente público, o regime jurídico da função pública. 3. Princípio da neutralidade (Administração eficiente e Estado de Direito, notas de Direito Comparado). 4. A boa execução da função pública (O princípio da profissionalização, a reforma administrativa em face da estabilidade relativa, o aperfeiçoamento e a formação do funcionário público). 5. Anexo.

1. Introdução

A necessidade de um Estado eficiente é hoje uma das grandes questões discutidas no seio dos Governos de vários Estados países e dentro destes, pelos mesmos, tanto de descentralização política (nos estados federados), como de descentralizações administrativas. Desse modo, o movimento de reforma administrativa não é exclusividade do Brasil, como podemos verificar. Entretanto, são necessários critérios para que a reforma, como o próprio nome indica, seja capaz efetivamente de dar uma nova definição para função pública de modo a torná-la mais eficaz, transparente e democrática.

No Brasil, quando se fala em reforma administrativa, a 1ª questão que surge diz respeito à estabilidade dos servidores públicos. Toda crítica endereçada aos serviços públicos no Brasil, leia-se ineficientes, onerosos, clientelistas e até mesmo desnecessários, repercute na figura do *funcionário público*, aquele que recebe todas as vantagens enquanto não executa ou executa mal suas funções. E com esta justificativa, tem-se propalado que a causa de todos os males é a famigerada

estabilidade dos servidores públicos. Entretanto, a estabilidade, como todo conceito normativo, tem uma razão de ser que reside na imparcialidade e neutralidade no exercício das funções públicas.

A palavra de ordem é *flexibilizar*; mas será que a estabilidade, como está hoje, é intangível como muitos pensam? Ou será que já existem mecanismos para retirar o mau servidor público dos quadros do serviço público? Quais seriam as práticas que deveriam ser adotadas pela Administração Pública de modo a elevar os serviços públicos a um patamar de maior confiabilidade? Essas questões e outras serão abordadas com o objetivo de classificar alguns itens da reforma administrativa, aprofundando a discussão sobre o tema.

2. Natureza jurídica da função pública. Princípios informadores da função pública e suas conseqüências sobre a atuação do agente público, o regime jurídico da função pública

O termo *função* remete-nos a uma dimensão relacional de algo que se realiza com subordinação. Assim é a função pública, ou seja, a realização de determinados fins e interesses da República por meio de agentes públicos. O princípio da legalidade e o complexo de normas que densificam o conteúdo do princípio Estado democrático de direito formam a moldura, ou “quadro normativo”, dentro do qual agem os operadores da função pública. O caráter “funcional” do exercício do *munus* público revela-se exatamente pela sua subordinação ao complexo de regras e princípios conformadores do Estado (Alexy).

A natureza pública de toda série (variadíssima, diga-se de passagem) de atividades desenvolvidas pelo Estado conferem à sua execução, aos seus fins e objetivos, uma qualidade de zelo acima da média concebida como zelo, ocorre em virtude do caráter concreto e imediato de parte de suas funções.

Garrido Falla questiona se ao lado das três funções clássicas do Estado (legislativa, judiciária e executiva) advindas da teoria da divisão do poder estatal, não existiria uma quarta função, a administrativa. E mais, que para qualificar a própria natureza da função administrativa, a teoria tripartite, já “referida”, não é capaz de distinguir a função executiva da função administrativa, principalmente no que tange à escolha dos motivos justificadores

de um ato administrativo (nesse caso haveria um desbordo da função executiva, tendo em vista o conceito de cada uma das três funções clássicas do Estado¹). Continuando, sustenta o publicista espanhol que:

“Assim como os Poderes Legislativo e judiciário se formam com as competências que foram arrancadas das mãos do antigo monarca absolutista, por outro lado, o Poder Executivo é o que permanece em suas mãos (...) Deduz aqui o caráter residual do Poder Executivo, que deve ser levado em conta para compreender devidamente o tipo de funções que lhe correspondem”².

A atividade administrativa é uma atividade não-homogênea, porque possui o aspecto de execução ao lado de atos de legislação (regulamentos) e jurisdição, poderes administrativos internos aos corpos administrativos, sendo necessariamente uma zona destacada pelo Poder Executivo³. Esse, por sua vez, realiza atos do seu domínio próprio, como ente político no exercício de suas funções de soberania (ato de Estado).

Assim, emerge a função administrativa como quarta função do Estado, junto de sua diversificação e complexização. E mais, seu caráter de subordinação e de maior exigência sobre o agente que intermedia a manifestação do Estado administrador impõe a este agente uma gama de deveres muito maior de que aqueles que realizam atividades no setor privado.

O fim da função administrativa ultrapassa a esfera individual incidindo em realidades e fins que concretizam interesses e metas individuais de várias ordens (sociais, coletivos, difusos), mas não é só o fim que deve ser considerado, os meios dos quais dispõe o agente, por si só, vinculam sua conduta. O local de seu trabalho, os meios materiais para sua consecução, o patrimônio envolvido em sua atividade também demandam uma conduta diferenciada por parte do agente público.

Ou seja, “a atividade administrativa é a atividade de quem não é dono, mas de quem gere negócio alheio, o fim e não a vontade rege todas as formas de administração” (Cirne Lima).

Dada esta estreita ligação entre a função pública, no caso, a função administrativa e o

¹ *Tratado de Derecho Administrativo*. v. 1, p. 36-37.

² *Ibid.* p. 39.

³ *Ibid.* p. 39.

agente que a desempenha, ou “as diversas formas como se manifesta a atividade dominante do Estado” e “as diferentes pessoas ou corpos públicos encarregados de desempenhar as diferentes funções do poder” (Carré de Malberg), é que ambos possuem um regime jurídico, sob a égide do qual as relações jurídicas decorrentes são regidas pelo Direito Público.

O regime de Direito Público implica relações baseadas numa posição de supremacia da Administração Pública em relação aos particulares, aliados à estrita vinculação ao princípio da legalidade; o que significa que a Administração Pública faz o que lhe foi autorizado legalmente, ao contrário do regime de Direito Privado, que permite aos sujeitos fazerem tudo o que não esteja legalmente vedado.

A função administrativa divide-se em duas linhas principais: uma, realizadora e concretizadora dos interesses públicos da comunidade; a outra, conformadora e ordenadora na prossecução dos interesses públicos dispostos na Constituição⁴. Suas atividades de atuação são diversificadas, como os serviços clássicos, como política (ordem e segurança). A atividade planificadora e diretiva da economia, a atividade financeira e fiscal e pela atividade social e prestacional⁵.

A escolha dos interesses públicos prioritários, constantes do Estado Democrático Social, tem sua sede na Constituição. A hierarquia dos mencionados interesses define o raio de ação estatal e, por conseqüência, da função administrativa. A evolução estatal, no sentido pré-constitucional⁶ e por meio da

⁴ CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional*. p. 756.

⁵ *Ibid.*

⁶ MÜLLER, F. *Discours de la méthode juridique*. p. 144-145 – sobre os princípios de interpretação da Constituição “principe de L’unité de la constitution, idéé d’une ‘conception générale préconstitutionnelle’, conciliation des motifs fondamentaux et des règles de compétence, *in dubio pro libertate*, insertion des dispositions à interpreter dans le contexte de l’histoire des sciences humaines et des idées politiques, considérations à l’opportunité et questionna relatives à la vérifiabilité des resultats de l’interpretation autant d’aspects qui proviennent principalement de la jurisprudence, d’une part; critères; tirés de la constitution, de la pertinence des points de vue liés aux problèmes: critère de l’action, intégratrice, principe de l’unité de la constitution, principe de la concordance pratique, critère de la conection fonctionnelle et point de vue de la force normative de la constitution, d’autre part.

Constituição posta, revela as opções que o Estado fez para intervir na gestão econômica⁷. É desse modo que o conceito, hoje, de “atividades tipicamente estatais” é mais aberto.

No cerne de diversas atividades que compõem a função administrativa reside a noção do quê, num dado momento, é considerado como serviço público. Desse modo, o conceito tradicional advindo do direito francês, que reduz a noção de serviço, não é suficiente para demonstrar o crescimento do leque de prestações públicas postas à disposição do cidadão usuário (inclusive, em relação às atividades de fomento), o que levou à crise na conceituação de serviço público⁸.

Assim, para cada atividade referente à função pública, há um agente público para desempenhá-la. E é esse agente a referência primeira e imediata que o cidadão usuário tem das atuações estatais administrativas. É por isso que a execução do serviço é o ponto mais relevante da função pública no seu momento dinâmico. Para uma execução com respeito ao princípio da legalidade e da impessoalidade (art. 37, *caput*), é necessário que o agente público possa atuar com isenção.

Para Jesus Gonzales Perez, a função dos princípios é dar sustentação para ordenamento jurídico na medida em que informam a organização jurídica da nação⁹. Sustenta Alexy que os princípios são comandos de otimização referentes às possibilidades jurídicas e fáticas, seu caráter implica máxima de proporcionalidade com seus três máximos parciais: a adequação, a necessidade (postulado do meio mais benigno) e da proporcionalidade no sentido estrito (postulado de ponderação propriamente dito).

O princípio da moralidade tutelado pela CF/88 impõe à função pública um caráter de adequação com os valores sociais da honestidade, bons costumes, que se traduzem na utilização do aparelho estatal para fins públicos e por meio de agentes com conduta proba.

O respeito aos princípios informadores do exercício da função administrativa submete também quem os executa, ou seja, os agentes públicos, aqui considerados no seu sentido lato, isto é, agentes políticos, servidores públicos, empregados públicos e os concessionários de

⁷ FALLA, Garrido. *op. cit.*, p. 330.

⁸ *Ibid.* 331-333.

⁹ SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito administrativo de participação, cidadania, direito, município*. p. 67.

serviços públicos. Entretanto, para a análise do princípio da neutralidade na execução da função administrativa, não contempla os agentes políticos que possuem um regime de um mandato político e que pela própria natureza de suas atribuições (principalmente quanto aos agentes políticos do poder legislativo) é preponderantemente discricionária. Esta discricionariedade implica ponderação de valores que sofrem a influência de convicção política (e/ou partidária) ao agente.

A fruição do resultado ou exercício da função administrativa (e pública em geral) destina-se a todas as pessoas por força do princípio da igualdade.

3. Princípio da neutralidade (Administração eficiente e Estado de Direito, notas de Direito Comparado)

O crescimento e diversificação das funções públicas repercutem na Organização do Estado (devido aos fins do próprio Estado) no sentido de perseguir uma ação mais justa e conforme às necessidades consideradas públicas num dado momento. Após a Primeira Guerra Mundial, o Estado passou a intervir mais na vida econômica e social, o que carretou um impacto sobre a organização do Estado¹⁰.

A Conferência Mundial de Administração Pública (Toluca, 1993)¹¹ colocou em discussão o perfil do Estado e conseqüentemente da Administração Pública em face da “explosão de complexidade” das funções estatais, que abandonaram os modelos clássicos. A mudança do perfil passa por uma Administração Pública mais eficaz, transparente e democrática. Só assim a credibilidade da função pública pode ser restaurada, inclusive como forma de incentivo para que o funcionário público possa sentir que seu trabalho é apreciado e reconhecido pela sociedade.

Um profundo estudo feito nos EUA e em países industrializados da Europa demonstrou que os cidadãos têm mais confiança na função pública do que nas grandes empresas para resolver seus problemas¹². A substituição da

estrutura estatal piramidal por uma *estrutura de rede* é apontada como um novo paradigma de gestão pública.

O controle da função pública por parte dos cidadãos, que terão acesso à Administração Pública, uma participação real dos mesmos (democratização e descentralização por meio de processos participativos) e a eliminação da corrupção são os pontos-chaves para o surgimento do “Estado inteligente”¹³.

A compreensão do sistema normativo como meio de concretização destas mudanças é essencial para qualquer reforma, ou seja, quais princípios sustentam a função pública, bem como os importadores do seu exercício. Assim, a reforma administrativa logrará o êxito que ambiciona sem quedar frente às ameaças de inconstitucionalidade e de nenhuma mudança no plano fático.

Para a manutenção da igualdade de tratamento entre os cidadãos destinatários das funções públicas, a CF/88 concedeu maiores garantias aos agentes públicos, se comparados aos trabalhadores da iniciativa privada. Em virtude disso, existe uma idéia comum, de que aquelas garantias (leia-se principalmente a estabilidade) são “privilégios” inconcebíveis sob a égide do princípio da igualdade.

Esse raciocínio é canhestro por três motivos: estas garantias existem não em razão do agente público em si, mas devido ao exercício da função pública; sua manutenção se justifica pelo caráter isonômico que a dita função deve ter em face dos seus destinatários como condição de efetividade do princípio da igualdade; e a estabilidade não é absoluta, mas relativa, porque ela não pode ser utilizada para contrariar os fins que justificaram sua inclusão no texto constitucional. Não há, pois, antinomia entre a garantia da estabilidade e o princípio da igualdade¹⁴, muito pelo contrário: a

¹³ SOARES, op. cit., p. 118.

¹⁴ Müller propõe um modelo de argumentação para efetuar o controle do princípio da igualdade. *Discours de la methode juridique*, p. 363. Caso n. 1.

1- há uma igualdade de situações de fato constitucionalmente pertinente? (se a resposta for sim, passemos à seguinte questão)

2- Estas situações de fato iguais são desigualmente tratadas de uma maneira que seja constitucionalmente pertinentes? (se respondo sim, passo à próxima questão).

3- Há para esta desigualdade de tratamento de situações iguais uma razão objetiva (no sentido da jurisprudência dominante)? Caso a resposta seja não, há a violação do Princípio da Igualdade.

¹⁰ FORSTHOFF, E. *Traité de Droit Administratif allemand*. p. 622-623.

¹¹ Rédefinir le profil de L'Etat en vue des changements socio-economiques Redacteur Invité Bernardo Klicksberg. *Revue Internationale des Sciences Administratives*, n. 2, jun. 1994.

¹² PETERS, Guy B. Morale in the public service: a comparative inquiry. *Revue Internationale des Sciences Administratives*, v. 57, n. 3, sept. 1991.

estabilidade promove o exercício de uma função administrativa isenta.

Um tratamento legal que promova a efetividade do princípio da impessoalidade (traduzindo num exercício imparcial da função pública) e de um maior zelo no seu exercício é garantia do Princípio da Igualdade e tem sede constitucional em países com democracias consolidadas.

O art. 97 da Constituição da Itália dispõe que a Administração Pública se organizará de modo a garantir seu bom funcionamento e imparcialidade da Administração. O exercício das funções públicas de caráter permanente cabe aos funcionários públicos, cujas “relações de serviço e fidelidade se assentam no Direito Público” (art. 33-4 da Lei Fundamental Alemã).

Já a Constituição Francesa, em seu preâmbulo, reconheceu o valor normativo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. O art. 1º da Declaração consagra o princípio da igualdade, dispondo que as distinções sociais *só podem estar fundadas na utilidade comum* (grifo nosso). O art. 13 dispõe sobre o caráter subordinado do Poder Público, ou seja, poder instituído em benefício de todos e “não para a utilidade particular daqueles a quem é confiado”. No mesmo sentido, o art. 15 dispõe sobre o dever que o agente público tem de prestar contas. Por força do art. 34 da Constituição foi reservada à lei a disciplina das garantias fundamentais concedidas aos funcionários civis e militares. Assim, o estatuto geral dos funcionários públicos é composto por quatro textos, a saber: a Lei de 13 de julho de 1983 (Direitos e Deveres dos Funcionários – Regras e Princípios Comuns); a Lei de 11 de janeiro de 1984 (Função Pública no Estado); Lei de 26 de janeiro de 1984 (Função Pública Territorial), Lei de 9 janeiro de 1986, (Função Pública Hospitalar).

O estatuto garante o direito ao emprego por meio da estabilidade, lembrando que na França, a relação de trabalho do funcionário não apresenta distinções como as que existem no Direito Brasileiro, entre cargo e emprego público, o “emprego” abrange nossa noção de cargo. A estabilidade não se submete às oscilações em virtude de um novo governo¹⁵.

A Constituição de Portugal consagra a submissão ao princípio da legalidade dos órgãos e agentes administrativos que, no exercício de suas funções, devem respeitar os princípios da

igualdade, da proporcionalidade, da justiça e da imparcialidade (art. 266). O item 2 do art. 269 (Regime da Função Pública) dispõe que

“Os trabalhadores da Administração Pública e demais agentes do Estado e outras entidades não podem ser prejudicados ou beneficiados em virtude do exercício de quaisquer direitos políticos previstos na Constituição, nomeadamente por opção partidária”.

O Código de Procedimento Administrativo Português (Decreto - Lei nº 6/96, de 31 de janeiro de 1996) dimensiona os princípios da igualdade, proporcionalidade, imparcialidade e boa-fé, tendo em vista a prossecução do interesse público nas relações da Administração Pública com os seus particulares.

Em relação ao princípio da imparcialidade, o art. 6º (princípio da Justiça e Imparcialidade) dispõe: “no exercício da sua atividade, a Administração Pública deve tratar de forma justa e imparcial todos os que com ela entrem em relação”. A Constituição Espanhola, no seu art. 103, *caput*, numera os princípios aos quais a Administração pública se submete:

“A Administração Pública serve com objetividade aos interesses gerais e atua de acordo com os princípios de eficácia, hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação com a submissão plena à lei e ao Direito”.

O item 3 remete à lei ordinária o estatuto dos funcionários públicos, delimitando os princípios gerais, que devem ser obedecidos pelo legislador infraconstitucional:

“...acesso à função pública de acordo com os princípios de mérito e capacidade, as peculiaridades do exercício de seu direito de sindicalização, o sistema de incompatibilidades e as garantias de imparcialidade no exercício de suas funções”.

A Lei dos Funcionários (Decreto nº 315/64) dispõe no seu artigo 64 sobre o dever do Estado de proteger os funcionários no exercício de seus cargos. O item 2 assegura aos funcionários de carreira (conhecidos por nós como os efetivos) o direito ao cargo.

O Título quarto da Constituição do México regula as responsabilidades dos servidores públicos. O art. 109, inciso III, dispõe que serão aplicadas sanções administrativas aos servidores públicos, que por atos e omissões, ofendam aos princípios da legalidade, honradez, lealdade, imparcialidade e eficiência no exercício de seus empregos, cargos ou comissões.

¹⁵ BEN SALAH, Tabrizi. *Droit de la fonction publique*. p. 11.

A eficiência e transparência da função pública encontram como princípio informador corolário do princípio da imparcialidade. O princípio da neutralidade política da função pública, fundamento da garantia da estabilidade na função pública.

Repousa este princípio na satisfação de interesses gerais por parte dos corpos administrativos permanentes que não estão a serviço de um governo em particular. O governo possui um caráter temporário, enquanto que “os funcionários simbolizam a permanência da administração”. É por isso que o estatuto dos funcionários deve protegê-los de eventuais pressões provenientes do governo¹⁶. Este direito à proteção abrange proteção contra ameaças, violência, agressões, injúrias, difamação, ou qualquer ultraje que sofra o funcionário no exercício de suas funções, é a proteção penal (art. 11 da Lei de 13 de julho de 1983). A proteção civil, refere-se ao dever de indenização por parte da Administração de qualquer dano que o funcionário venha a sofrer, danos materiais de qualquer natureza e danos morais (art. 11, alínea 2, da Lei de 13 de julho de 1983)¹⁷. São considerados formas de proteção, em face da Administração, o princípio do recrutamento via concurso público, da progressão na carreira, das garantias disciplinares (devido processo) o direito de acesso à sua ficha funcional. As garantias disciplinares visam evitar o abuso de poder da autoridade hierarquicamente superior¹⁸.

Não se pode falar em Estado Democrático de Direito, se a cada mudança dos agentes públicos políticos, os agentes públicos de carreira, ou efetivos, estiverem sem garantias para o exercício imparcial da função pública.

Garrido Falla apresenta duas faces do princípio da neutralidade, a saber: a neutralidade política da Administração e a neutralidade administrativa do governo, ambos promovem a “eficácia indiferente”¹⁹. Continuando, o ilustre publicista sustenta que nas democracias modernas surgiu a preocupação de tornar “a função pública independente dos assuntos do governo determinados pela mutação dos partidos políticos no poder”.

A efetividade do princípio da igualdade de tratamento para os cidadãos usuários possui uma estrita conexão com a lealdade do

funcionário à Administração Pública-executora concreta de interesses metaindividuais. Entretanto, as relações entre o governo (com caráter transitório e político) e a Administração pública (com caráter permanente e técnico) são marcadas por uma tensão no sentido de um possível choque de interesses. Os interesses do aparelho estatal, muitas vezes, são antagônicos com os interesses positivados na Constituição como os fins da República. Contudo, a Constituição já fez a escolha de quais são os interesses superiores, e aqueles últimos, ou interesses, que devem prevalecer sobre os interesses secundários, ou interesses do aparelho estatal (Alessi).

A Administração Pública é uma instituição que, quando atua com força própria, apropria-se dos fins os quais persegue, regendo-se por normas próprias de comportamento que lhe dão um caráter de subordinação. A Institucionalização da Administração Pública torna-a capaz de funcionar quando o governo faltar²⁰.

Para Garrido Falla²¹, a neutralidade administrativa do governo é garantida pelo princípio da profissionalização da função pública cujo aceno é condicionado pelo mérito e capacidade (*merit system*). Dentro da subordinação normativa da Administração Pública, o princípio da profissionalização, interpretado sob a égide do princípio da igualdade, tem como resultado o princípio geral de acesso aos cargos, empregos e funções por meio de concurso. A profissionalização é condição para uma função pública eficiente independente do sujeito que dela usufrua (eficácia independente).

O princípio da imparcialidade da Administração Pública veda o tratamento desigual dos cidadãos por parte dos agentes públicos e impõe a “igualdade de tratamento dos direitos e interesses dos cidadãos por meio de uma uniformidade de ponderação dos interesses públicos (Canotilho). Ao lado de outros princípios como o da publicidade e o do acesso ao Judiciário, o princípio da imparcialidade é *princípio* fundamental²², fornecendo “diretivas materiais de interpretação de normas constitucionais” e principalmente “vincula o

²⁰ FALLA, op. cit., p. 60-61.

²¹ Ibid. p. 62.

²² CANOTILHO, op. cit., p. 171. “Consideram-se princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional”.

¹⁶ Ibid. p. 11.

¹⁷ Ibid. p. 12, 200, 201.

¹⁸ Ibid. p. 244.

¹⁹ Ibid. 61.

legislador, no momento legiferante, à luz dos princípios gerais de Direito”²³.

A ausência de garantias para os funcionários públicos compromete a estrutura do próprio Estado,²⁴ e “qualquer política que persiga a designação dos funcionários públicos, entre os afins ao partido no poder, acaba com a destruição do Estado se Direto”.

No Canadá, a “Lei sobre o emprego na função pública”, que dispõe sobre o regime jurídico da função pública, no seu art. 33, proíbe o funcionário trabalhar a favor ou contra um candidato; trabalhar a favor ou contra um partido; ser candidato.

4. A boa execução da função pública (O princípio da profissionalização, a reforma administrativa em face da estabilidade relativa, o aperfeiçoamento e a formação do funcionário público)

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 37, *caput* dispõe que

“A administração pública direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade”.

O inciso II consagra o princípio da profissionalização (*merit system*) por meio do acesso aos cargos, empregos e funções públicas (essas em sentido estrito) por concurso público de provas e títulos (efetivação do princípio da igualdade)²⁵.

E o art. 41 garante a estabilidade no emprego aos servidores de carreira nomeados em virtude de concurso público.

A estabilidade, entretanto, não é uma garantia absoluta, nem poderia sê-lo, em virtude do sistema normativo constitucional e infraconstitucional²⁶, sob pena de subversão e ani-

²³ Ibid. p. 172.

²⁴ FALLA, op. cit., p. 62.

²⁵ o legislador constituinte deixou margem para adoção do *spoils system*, o critério de afinidade política, quando no inciso V do art. 37 determinou que o acesso aos cargos em comissão e as funções de confiança (ambos com remuneração elevada na maioria dos casos) serão exercidos, preferencialmente, por servidores de carreira, o que não obriga efetivamente. O Projeto de Reforma poderia reservar um percentual desses cargos aos servidores de carreira.

²⁶ Lei nº 8.112/90 – Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, Autarquias e das Fundações Públicas Federais; Lei nº 8.027/90 ou

quilamento da ordem jurídica do Estado Democrático de Direito.

O que ocorre no Brasil é uma cultura de não mais avaliar o servidor público após o estágio probatório, no qual tenha sido aprovado, como se essa avaliação determinasse *ad aeternum* a capacidade, aptidão e eficiência do servidor público avaliado.

Como verificamos no item anterior, o Direito Comparado rege a função pública sob a égide de Direito Público, que traz consigo elementos inerentes às relações jurídicas produzidas neste quadro normativo, ou seja, princípio da estrita legalidade, supremacia do interesse público e potestade da Administração Pública.

O regime de Direito Público, derogatório do Direito comum, traz a garantia necessária ao exercício neutro, imparcial e igualitário da função pública. Desse modo, a proposta de modificação do art. 39, no sentido de adotar regimes jurídicos diferenciados para os servidores da União, Estados e municípios, além de minar a garantia de um serviço público eficiente, levará a Administração ao caos de legislação díspares com direitos e deveres diferentes para servidores que executam a mesma função, como ocorria antes da Constituição de 1988.

A expressão *regimes jurídicos diferentes* significa que ao lado de um regime jurídico (ou conjunto de normas que regula um instituto) de Direito Público, pode haver uma gama de regimes jurídicos de direito privado para a função pública. Melhor seria se a proposta de reforma, a exemplo do que acontece em outros países (França, por exemplo), dispusesse acerca de estatutos diferenciados para determinadas funções (universidades, hospitais, militares, etc.).

A suspensão da isonomia, disposta no § 1º do art. 39 do texto constitucional vigente, atenta contra o princípio da igualdade, pois preserva situações de profunda desigualdade. Um exemplo foi a decisão do STF condenando a União a pagar aos servidores civis o mesmo aumento dado aos servidores militares, um flagrante atentado ao princípio da igualdade.

Já a estabilidade consagrada no art. 41 sofre duas modificações iniciais:

a) aumento do estágio probatório para 5 anos (*caput*);

“Código de Ética do Servidor Público”; Lei nº 8.026/90 que dispõe sobre a aplicação da pena de demissão a funcionário público.

b) desligamento do servidor por necessidade da Administração Pública, visando a redução, ou reestruturação de quadros, bem como a adequação destes aos limites fixados com base no art. 169²⁷, observados os critérios de desligamento estabelecidos em lei complementar.

O fato de termos salientado as modificações acima destacadas obedece à lógica do óbvio, ou seja, os incisos I, II, III já existem, seja na própria Constituição ou em lei ordinária:

1º – a perda do cargo por sentença judicial transitado em julgada (inciso I) está disposta no § 1º do art. 41 da CF/88, sendo que o processo administrativo disciplinar que lhe seja assegurada os princípios do contraditório (art. 5º LV) e da ampla defesa;

2º – a desídia e a improbidade (inciso II) são faltas graves, puníveis com demissão nos termos dos incisos IV e XIII do art.132 do Regime Jurídico Único (Lei nº 8.112/90);

3º – a insuficiência de desempenho no exercício das funções é uma forma de desídia, pois, conforme já dissertamos (item I - infra), o grau de eficiência para com o desempenho do servidor público é maior do que para com a mesma junção numa relação de trabalho sob a égide do Direito Privado. Ademais trata-se de violação expressa dos incisos dos deveres do servidor dispostos no art. 116, especificamente nos incisos I e V.

Hodiernamente, tornou-se moda o discurso acerca da “flexibilização” da estabilidade do servidor público. A estabilidade positivada, ou seja, normativamente vigente é relativa, como demonstramos acima. Não nos parece que a questão de fundo acerca de uma maior eficiência, agilidade e transparência da função pública seja a tal “flexibilização,” e sim a aplicação das normas vigentes!

A questão reside no fato de que apesar do art.116, inciso XII, dispor que é dever do servidor a representação contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder, o controle do desempenho do servidor público é praticamente nulo.

Não há uma *práxis pública* no sentido de exigir do servidor uma conduta adequada, legal, para sermos mais exatos. Isto se deve muito à omissão da Administração Pública, que não forma no seu servidor uma consciência da

²⁷ O art. 169 dispõe acerca da vedação da despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos na Lei Complementar nº 82/95.

magnitude e extensão do que seja função pública.

Outros países, ao contrário, investem no aperfeiçoamento do funcionário público (aqui em sentido amplo), notadamente a França, que possui a ENA (Escola Nacional de Administração), e a Espanha, que no art. 64 de sua Lei de Funcionários (no Cap. II – Seleção, Formação e Aperfeiçoamento), dispõe ser dever do funcionário assistir aos cursos de aperfeiçoamento.

No projeto de reforma não há um só artigo que disponha sobre formas mais efetivas de controle do cumprimento das normas referentes à matéria (leia-se aplicação da norma), bem como de programas obrigatórios de formação e aperfeiçoamento (inclusive vinculados ao estágio probatório).

A figura de um *ombudsman* administrativo, com conhecimento da matéria, como órgão independente, existente em cada unidade administrativa dos três poderes e das três esferas políticas (ou seja, em cada ministério, secretaria, universidade, escolas federais, hospitais, etc.), encarregado de apurar as denúncias recebidas quando da violação dos deveres e das vedações impostas ao funcionário público, encaminhando-as às autoridades hierarquicamente superiores ao funcionário denunciado, e claro, atento ao processo disciplinar e ao seu resultado²⁸, seria uma inovação importante para o controle.

Cumpra-nos perquirir acerca do motivo de a proposta de reforma alterar para cinco anos o prazo para aquisição da estabilidade. Como já assinalamos, a estabilidade é relativa, a avaliação do cumprimento das normas que dispõe sobre os deveres e vedações do servidor é dever da autoridade hierarquicamente superior, ou poderia ser de uma comissão específica, como acontece no Canadá (Comissão da Função Pública)²⁹. Parece-nos que dois anos são suficientes para a Administração Pública conhecer o servidor que pretende consolidar seu ingresso na função pública.

Ademais, em função dos princípios da imparcialidade e neutralidade, cinco anos é um período longo (maior que um mandato eletivo),

²⁸ A figura do ouvidor, *ombudsman* ou *mediateur*, é consolidada em vários países, tendo concorrido para a melhoria da Administração Pública. Cf. nosso estudo desenvolvido no livro *Direito Administrativo de participação, cidadania, direito, município*.

²⁹ *Loi sur l'emploi de la fonction publique – art. 3º.*

posto que o servidor exerce suas funções sem a garantia necessária para tal, o que o transforma em um alvo fácil do arbítrio em razão da ameaça de não se tornar estável.

Se a Administração Pública visa a uma maior mobilidade, no sentido até mesmo de exonerar o funcionário em razão da precariedade do vínculo de trabalho, deveria planejar melhor sua estratégia para recursos humanos, optando pela não-realização do concurso público mesmo porque trata-se de uma despesa significativa.

O desligamento do servidor público por necessidade da Administração Pública é inovação de monta introduzida no texto da proposta de reforma. O motivo legal que autoriza o desligamento (conforme o inciso IV no art. 41) é a redução e reestruturação de quadros, sendo assegurado ao servidor o direito à indenização (na forma e graduação previstas em lei ordinária). O cargo do servidor desligado será considerado extinto, sendo vedada a viação de novo cargo para as mesmas funções durante um período de quatro anos (§ 2º).

A exposição de motivos (E. E. Interministerial nº 49/95) que antecede a proposta de reforma administrativa (emenda à CF/88) elenca entre outros princípios a *viabilização do federalismo administrativo*³⁰ por meio da cooperação dos serviços públicos, envolvendo União, Estados e Municípios, no sentido de remover obstáculos legais à transferência de bens e de pessoal (grifo nosso).

As estatísticas referentes (Anexo I) à qualificação do servidor público, ao quantitativo de servidores por ministério e da proporção de número de habitantes por servidor público no Brasil demonstram que o servidor público brasileiro é, em geral, qualificado; e que a proporção de habitantes por servidor é alta se comparada à França. Considerando-se o número de servidores da Administração

Central, (2.200.000 distribuídos por órgãos do governo), subtraídos os servidores das coletividades locais (departamentos, regiões, municípios) e os hospitais; a França conta com um servidor para 26 pessoas.

A média nacional, num país de dimensões continentais e com carência de serviços públicos, como o de saúde por exemplo, é de 277 pessoas para um servidor. Desse modo não nos parece que a regra geral para a redução e reestruturação dos quadros funcionais seja o desligamento. Se a proposta é de um *federalismo administrativo*, por que não a inclusão na emenda da reforma administrativa da aplicação do instituto da transferência do servidor para qualquer poder da Federação (União, Estado e município)?

Há carência de servidores públicos em vários quadros, e a própria Administração Pública reconhece que no prazo de quatro anos, um dado cargo poderá ser considerado novamente necessário, podendo ser criado, o que implica novo concurso público.

A justificativa da despesa (ou déficit público) para a adoção do desligamento não se sustenta.

O país tem sido pródigo em escândalos financeiros de toda ordem, em remunerações astronômicas para certas categorias, como os membros do Legislativo; o que demonstra que a receita é grande. A questão de fundo é a grande facilidade de se desviar o dinheiro público, a necessidade de controles mais efetivos e a melhor administração da Receita Pública.

Em relação ao servidor em disponibilidade (§ 6º do art. 41 da Reforma Administrativa), a solução encontrada pelo Canadá foi a determinação legal de sua prioridade de nomeação para outro posto, desde que haja qualificação; isso seria uma forma de aproveitamento.

A melhoria do serviço público brasileiro depende não só de medidas motivadas pela contingência do momento nacional, mas também do planejamento dos recursos humanos, de modo que haja uma política de qualificação para o cargo, ao lado de outra para o aperfeiçoamento na função pública por meio do conhecimento dos seus fins e do seu exercício eficiente e transparente. Além disso, surge uma uniformização legal do procedimento administrativo, principalmente o disciplinar, para um controle mais efetivo e uma maior celeridade das decisões administrativas com respeito aos princípios da publicidade, moralidade e impessoalidade, ou seja, a consagração fática do binômio imparcialidade/neutralidade.

³⁰ A livre circulação de funcionários na União Européia é garantida pelo art. 2º da Lei de 21 de julho de 1991: "Les ressortissants des Etats membres de la communauté économique européenne autre que la France ont accès, dans les conditions prévues au statut général, aux corps, cadres d'emploi et emplois dont les attributions soit sont séparables de l'exercice de la souveraineté, soit ne comportent aucune prérogative de puissance de l'état ou des autres collectivités publiques (...)", bem como, o art. 49 da Lei de 16 de dezembro de 1996. "Les fonctionnaires d'un Etat faisant partie de la communauté européenne pourront désormais être détachés dans la fonction publique française".

5. Anexo I

Estatísticas da Função Pública
Brasil/França*

Mare-Siape

Ministère de la Fonction Publique

Alguns quadros são transcrições, outros foram feitos com base nos dados fornecidos pelos dois ministérios

Efetivos reais dos agentes titulares civis por ministério e por categoria 31/12/94

Ministérios	Categoria A	Categoria B	Categorias C e D	Total de titulares civis
Assuntos Estrangeiros	2490	1290	3791	7571
Assuntos Sociais	4795	6162	10896	21853
Agricultura e Pesca	11044	6163	10006	27213
Veteranos Combatentes	155	329	1925	2409
Cooperação	2916	141	436	3493
Cultura	2890	1764	5160	9814
Dom-Tom	324	273	1013	1610
Economia e Finanças	37121	53978	94218	185317
Educação Nacional	493107	287195	126014	906916
Ensino Superior	66701	9342	24734	100777
Transportes	13014	20357	63658	97029
Indústria	2002	1094	2779	5875
Interior	8255	25658	126217	160170
Juventude e Esportes	4211	612	1660	6483
Justiça	10724	12049	34002	56795
Serviços do Primeiro Ministro	328	177	736	1241
Total	660.717	7614	20352	31514

França

I

Setor Público	
Empresas Públicas	1.830.000
Organismos de Seguridade Social	220.000
Coletividades Locais e Hospitais	4.340.000
Total	6.390.000

II

Função Pública	
Estado	2.200.000 sendo 200.000 não titulares e 80.000 empregados do estado.
Coletividades Locais	1.300.000
Hospitais	840.000
Total	4.340.000

III

Repartição do pessoal titular civil do Estado por categoria		
Categoria A	660.000	41%
Categoria B	430.000	27%
Categoria C	510.000	32%

* Categoria A: Diploma de Ensino Superior(Especialização, Mestrado, Doutorado)

Categoria B: Bacharelado e Equivalente

Categoria C: Sem condições de se diplomar, ou 1º grau ou 2º grau

Fonte: Ministério da Função Pública – França

Quantitativo de Servidores Civis Ativos do Executivo
Posição de agosto/96

Estado	Quantidade	Participação % no total de servidores	Prop. nº de hab./ servidor
Rio Janeiro	118.153	21,92	112
Minas Gerais	44.758	8,30	370
São Paulo	43.129	8,00	769
Distrito Federal	42.129	7,83	41
Mato Grosso Sul	7.279	1,35	263
Sergipe	5.273	0,98	303
Acre	3.012	0,56	101
Tocantins	1.978	0,37	500
Total em todo Brasil	546.558	100,00	277

fonte: SIAPE – SRH/MARE

Inclui os servidores civis da administração direta, autarquias e fundações da União

Distribuição dos servidores públicos civis ativos
do executivo e do setor privado

Escolaridade	Privado(a)	Público(b)
Analfabeto	5,0%	0,9%
1º grau incompleto	43,1%	16,6%
1º grau completo	12,2%	10,8%
2º grau incompleto	6,8%	4,9%
2º grau completo	16,3%	26,8%
Superior incompleto	4,3%	5,2%
Superior completo	12,3%	34,8%
Total	100,0%	100,0%

(a) Seade-Dieese, para o ano de 1995

(b) SIAPE, posição de junho/95

Quantitativo de pessoal por cargo e Ministério*
Posição de agosto/96

	Superior		Intermediário		Auxiliar		Total	
	Servidores	%	Servidores	%	Servidores	%	Servidores	%
Previdência**	2.858	33	4.006	47	1.745	20	8.609	100
EMFA	175	21	655	78	10	1	840	100
Ex-Ministérios	1.158	37	1.913	61	67	2	3.138	100
AGU	9	47	10	53	0	0	19	100
Ex-Territórios	10.223	36	15.644	55	2.503	9	28.370	100
Adm. Ref. Estado	335	30	745	66	45	4	1.125	100
Aeronáutica	1.686	17	6.826	69	1.431	14	9.943	100
Agricultura	4.552	26	11.249	64	1.815	10	17.616	100
Ciências e tecnologia	2.387	48	2.480	50	90	2	4.957	100
Comunicações	169	13	1.100	86	11	1	1.280	100
Cultura	1.396	53	1.189	45	62	2	2.647	100
Educação	80.777	48	68.638	41	18.494	11	167.909	100
Esportes	30	28	75	70	2	2	107	100
Exército	1.529	11	10.050	74	1.972	15	13.551	100
Fazenda	9.274	33	17.830	64	676	2	27.780	100
Ind. e Com.	732	34	1.351	63	62	3	2.145	100
Justiça	1.838	8	20.415	90	511	2	22.764	100
Marinha	1.709	14	8.509	70	1.984	16	12.202	100
Meio-Ambiente	2.542	28	6.247	70	196	2	8.975	100
Minas e Energia	695	32	1.435	66	58	3	2.188	100
Planejamento	2.763	22	9.813	78	11	0	12.587	100
Previdência	11.840	24	37.409	76	211	0	49.460	100
Relações Exteriores	1.589	56	1.228	44	5	0	2.822	100
Saúde	38.285	29	91.305	70	1.294	1	130.884	100
Trabalho	4.083	49	4.218	50	56	1	8.357	100
Transporte	1.216	20	4.875	79	78	1	6.169	100
Total	183.850	34	329.215	60	33.389	6	546.454	100

Fonte: SIAEPE – MARE

* Cargos Ocupados

** Inclui a Vice-Presidência e a SAE

*** Cargos Vagos.

Bibliografia

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Versión Ernesto Garzon Caldés. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Tradução de: *Theorie Der Grundrecht*.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Almedina : Coimbra, 1995.
- CASCAJO, Castro y Garcia Alvarez. *Constituciones extranjeras contemporáneas*. 3. ed. Madrid, 1994.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo : Atlas, 1992.
- DUEGER, M. *Institutions politiques et Droit Constitutionnel*. Paris, 1982. v.1-2.
- DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambrigde : Belknap, 1995.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução J. Baptista Machado. 6. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, RAMÓN FERNANDEZ, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo*. 7. ed. Madrid : Civitas, 1995. v. 1 e 7.
- GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid : Tecnos, 1994. v. 1-2.
- GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness : Application discourses in morality Law*. Albany : State University of New York Press, 1993.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra Ed. 1996.
- MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. Paris : Presses Universitaires de France, 1996.
- RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Coimbra : Almedina, 1991.
- CÓDIGO de Procedimento Administrativo. 2. ed. atual. Lisboa : Rei dos Livros, 1996.
- DERECHO Administrativo : normas básicas, legislación. Madrid : Grau XX, 1995.

