

Regime Jurídico Único: inclusão, sem concurso, de servidores celetistas

SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA

S U M Á R I O

1. Regime Jurídico Único. 2. Regime estatutário. 3. Regime estatutário e direito adquirido. 4. Cargo; emprego público; investidura. 5. Efetividade; estabilidade; concurso público. 6. Regime Jurídico Único e concurso público.

1. *Regime Jurídico Único*

A Constituição da República, em seu art. 39, obrigou as entidades federativas a instituir regime jurídico único para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

A aplicação dessa regra tem levantado, dentre outros problemas, o seguinte: é constitucional a norma municipal que, independentemente de concurso, inclua no regime único servidores celetistas admitidos anteriormente à Constituição de 1988?

Várias opiniões dão resposta negativa a essa pergunta, invocando o disposto no art. 37, II, da Lei Magna:

"a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;"

Entendo ser afirmativa a resposta: o Município pode, independentemente de concurso, incluir no regime único servidores celetistas admitidos anteriormente à Constitui-

Sérgio Sérvulo da Cunha é advogado.

ção de 1988. E, para demonstrá-la, empenho-me como segue:

2. Regime estatutário

Há, em nosso direito, a tradição de designar-se como *estatuto* a lei geral concernente ao funcionalismo público; assim, o estatuto dos funcionários públicos da União e, em seus respectivos níveis e âmbito, os vários estatutos pertinentes ao funcionalismo estadual e municipal. No direito pátrio, a mulher casada, o advogado, o menor de idade têm seu estatuto. Estatuto é também o termo com que se designa a regra particular de uma associação civil, ou sindicato (o que, em Roma, corresponde à *lex collegii*).

Durante a Idade Média estabeleceu-se uma certa oposição entre estatuto e lei, na medida em que se entendia como obrigatória apenas a norma posta pelo rei ou pelo papa; o termo estatuto, indicativo de uma certa autonomia, passou entretanto a compagnar-se com a lei na medida em que estatutos particulares vinham a ser reconhecidos ou outorgados pelo poder real. Desse ponto de vista, há certa sinonímia entre estatuto, carta de foral e carta colonial.

Ninguém aproximou-se tanto da noção que temos hoje de estatuto quanto John Salmond: "uma condição pessoal imposta a um homem pelo direito independentemente de seu consentimento, por oposição à condição que ele pode adquirir por si mesmo voluntariamente" (v. *Archives de Philosophie du Droit*, XIII:143).

Modernamente, a noção de estatuto opõe-se à de contrato, segundo a conhecida distinção de Sumner Maine. Na obra *Ancient Law*, esse historiador e sociólogo, assinalando a dissolução gradual da dependência familiar, sustenta que a evolução das sociedades procede do estatuto para o contrato.

Dal que, ao definir a relação estatutária, os administrativistas apontam, como sua principal característica, o fato de que a administração, mediante lei, pode alterá-la unilateralmente.

3. Regime estatutário e direito adquirido

Essa noção de relação estatutária parece chocar-se com uma outra, que abriga cânone

das garantias individuais: a noção de direito adquirido.

A noção de direito adquirido, em direito constitucional, associa-se à de irretroatividade da lei. Diz o art. 5.º, XXXVI, da Constituição brasileira:

"a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;"

E, a seu turno, o art. 6.º da Lei de Introdução ao Código Civil:

"A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

(...)

§ 2.º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem."

Ninguém, entre nós, estudou os direitos adquiridos quanto Pontes de Miranda. Pontes critica a pretensão de se definir, em lei, o direito adquirido, pois "é pelo conhecimento das regras do direito substancial que se sabe se um direito foi adquirido ou não" (*Com. à Const. de 1967*, p. 66); e subordina a controvérsia ao conceito de força imediata da lei:

"A ciência do direito intertemporal tem de partir de pesquisa assaz delicada: a da linha que divide o efeito normal e o efeito anormal da lei nova. É indagação sutil de pontos do tempo. Quer-se saber, no plano do direito intertemporal, o que é passado e o que é presente (...)

O efeito retroativo, que invade o passado, usurpa o domínio de lei que já incidiu; é efeito de hoje, riscando, cancelando, o efeito pretérito: o hoje contra o ontem, o voltar no tempo, a reversão na dimensão fisicamente irreversível." (Id., pp. 72-73)

Os direitos, assim, não são eternos; definem-se segundo a lei do tempo respectivo,

incidente sobre os fatos dos quais eles nasceram. Sobre os fatos do passado (*facta praeterita*, fatos consumados, atos jurídicos perfeitos) incidem as leis do passado; sobre os fatos do presente incidem as leis do presente. Retroagir significa invadir, com lei do presente, a dimensão do passado.

A situação do servidor perante a lei nova foi sintetizada em voto do Ministro Antônio Neder (STF, Agr. Instr. 53.498, Rev. Dir. Adm., 117:112), com apoio em Ruy Cirne Lima (*Princípios de Dir. Adm. Brasileiro*, 3.^a ed., p. 168):

"A investidura do funcionário não subjetiva, de um golpe, todos os direitos que o direito objetivo lhe enuncia. Pela investidura, o indivíduo adquire, antes de tudo, o *status* de funcionário, mero requisito para que se lhe tornem aplicáveis aquelas disposições do direito objetivo, à proporção que se verificarem os demais pressupostos de sua aplicação. Daí decorre que assim o Estatuto dos Funcionários Públicos como o direito dos servidores públicos são suscetíveis de alterações, por via legislativa, ainda quanto às situações vigentes. A lei poderá, portanto, em princípio, reduzir vencimentos; truncar ou modificar qualquer carreira administrativa; prescrever deveres novos; impor encargos antes dispensados etc. A alteração acaso introduzida, salvo exceções definidas, terá aplicação imediata. Os funcionários que o forem, ao tempo da lei nova, salvo garantias constitucionais, ou situações já subjetivadas, ficar-lhe-ão sujeitos às disposições". (Grifo meu)

4. Cargo; emprego público; investidura

Diz o art. 37, II, da Constituição brasileira que "a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público (...)" (Grifo meu)

O conceito de cargo público é preciso, não obstante a variedade de definições, oferecidas por inúmeros autores. Nos termos da Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, "cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades, previstas na estrutura or-

ganizacional, que devem ser cometidas a um servidor" (art. 3.º). A noção fornecida por Celso Antonio Bandeira de Mello é mais trabalhada:

"Cargo é a denominação dada à mais simples unidade de poderes e deveres estatais a serem expressos por um agente. É pois um complexo (ou um ponto, ou um termo) unitário e indivisível de competências, criado por lei, com número certo e designação própria concernente a funções da organização central do Estado, suas autarquias e fundações públicas". (*Regime constitucional dos servidores*, Ed. Rev. dos Tribunais, p. 28.)

Como se vê, um cargo público é indissociável da idéia de um servidor, que o ocupa, chegando-se, por isso, a falar em "direito ao cargo," por parte de seu "titular". Esse direito ao cargo ressalta com maior visibilidade ao se tratar de cargo efetivo. Na verdade, efetivo é o cargo – quando permanente – e não o funcionário que o ocupa (v. Hely Lopes Meirelles, *Dir. adm. bras.*, 5.^a ed., p. 408).

Também é conhecido o conceito de *investidura*, ato complexo que compreende, segundo uns, a nomeação (ou outra forma de provimento) e a posse; e, segundo outros, a nomeação (ou outra forma de provimento), mais a posse e o exercício. Para o art. 7.º da Lei n.º 8.112/90, "a investidura em cargo público ocorrerá com a posse".

Esta é, porém, a primeira das nossas Constituições que fala em *emprego* público, termo sobre cujo significado ainda não se demoraram os estudiosos. Há razões históricas para isso visto que o regime estatutário faz parte de nossa tradição, havendo sempre existido, do ponto de vista legal, apenas *cargos*, mas não *empregos* públicos. Após a ordenação de 1967, o termo *cargo* passou a designar genericamente tanto o *cargo* quanto o que hoje se denomina *emprego* público.

Foi a ordenação de 1967 que rompeu aquela tradição, ao dispor, em seu art. 104:

"Aplica-se a legislação trabalhista aos servidores admitidos temporaria-

mente para obras, ou contratados para funções de natureza técnica ou especializada."

Não obstante a alteração dessa regra pela ordenação de 1969 (art. 106), prosseguiu em todos os níveis da administração a contratação de servidores, aos quais se aplicava a legislação trabalhista. Até que a Constituição de 1988, em vigor, consagrou a denominação *emprego* público, como análoga a *cargo*.

A possibilidade de se estabelecer relação de emprego – e não relação estatutária – entre o servidor e a administração deu lugar naturalmente a uma certa correspondência ou simetria entre as duas estratificações.* Tanto assim que – à semelhança do que faz o art. 3.º da Lei n.º 8.112/90 – é possível definir-se o emprego público como "o conjunto de atribuições e responsabilidades, previstas na estrutura organizacional, que devem ser cometidas a um servidor". Essa "unidade de poderes e deveres" (Celso Antonio Bandeira de Mello) é ontologicamente idêntica quer se trate de cargo, ou de emprego; o que determina a denominação a lhe ser dada é uma externalidade, ou característica extrínseca: o tipo de relação (estatutária ou trabalhista) que se estabelece entre seu ocupante e a administração.

* Comentando a Lei n.º 6.185, de 11 de dezembro de 1974, dizia o consultor do CEPAM Eurípedes Clóvis de Paula:

"Possibilitado o engajamento pelo regime trabalhista no serviço público federal, está todavia inculpida na norma advertência que as contratações ficarão adstritas aos cargos do plano de classificação com o vencimento correspondente, significando isto que o emprego terá o mesmo dimensionamento de deveres do cargo público com as mesmas atribuições funcionais, além de salário idêntico. O emprego refletirá as responsabilidades de um cargo já criado no plano de classificação da União, conforme sistema estabelecido pela Lei federal n.º 5.645, sendo nesse caso o servidor admitido como um empregado público, ainda que com as atribuições de um cargo. O vínculo que o liga à administração é contratual, e não estatutário." ("Criação de empregos na administração municipal", *Revista de Direito Público*, v. 63, p. 209, jul./set. 1982).

5. Efetividade; estabilidade; concurso público

O cargo efetivo se define hoje, legalmente, por oposição ao cargo de confiança – ou em comissão (v. art. 9.º da Lei n.º 8.112/90). Este é de livre nomeação e exoneração; naquele, a investidura depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos (art. 37, II, da Constituição).

Adquire-se efetividade com a investidura em cargo efetivo. Ou seja, a efetividade não é condição pessoal do servidor, mas situação que lhe é comunicada pela natureza do cargo. Sendo o cargo efetivo, seu titular só poderá ser afastado segundo as hipóteses previstas em lei. Seu estado não é instável ou provisório como o dos exercentes de funções de confiança, que podem ser afastados *ad nutum*. Assim, a efetividade não confere necessariamente a estabilidade, embora possa existir entre o cargo e seu titular um liame, decorrente da lei, que dificulta seu afastamento. Já estabilidade significa inadmissibilidade de dispensa, podendo ser absoluta ou relativa, por tempo certo ou por prazo indeterminado. Há estabilidade relativa quando a continuidade do servidor no cargo ou emprego não depende da discricionariedade de seus superiores hierárquicos, mas da ocorrência ou não, na vida funcional, de fatos objetivos previstos na lei.

A afinidade – em alguns casos, superposição – entre esses dois conceitos suscita não pouca confusão ou polêmica, de que é exemplo o repertório dos debates judiciais na vigência da ordenação de 1967/1969.* Para o esclarecimento da matéria não contribuem termos imprecisos tal como *efetivação*, cujo emprego deveria ser evitado em linguagem técnica. *Efetivação* – efeito de investidura

* O art. 177 da ordenação de 1967, em seu § 2.º, dispusera:

"São estáveis os atuais servidores da União, dos Estados e dos Municípios, da administração centralizada ou autárquica, que, à data da promulgação desta Constituição, contêm, pelo menos, cinco anos de serviço público."

Com base nesse artigo, inúmeros servidores pleitearam *efetivação* (v. Raimundo Nonato Fernandes, "A estabilidade na disposição transitória da Constituição", *Rev. Dir. Adm.*, 174:239 ss.).

em cargo efetivo – é termo inócuo, que a admissão em massa de servidores precários – contratados, extranumerários ou interinos – pôs em circulação com o sentido de "acesso a cargo efetivo".

A Constituição de 1934 foi a primeira, entre nós, a dedicar uma seção inteira ao funcionalismo público. Ela fazia obrigatório o concurso "de provas ou títulos" para a primeira investidura nos postos de carreira. A Constituição de 1946 manteve o preceito, ampliando a exigência de concurso para "a primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinar". Foi somente com a ordenação de 1967 que se materializou em forma precisa, suficientemente abrangente, o princípio de igual acessibilidade aos cargos públicos:

"A nomeação para cargo público exige aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos." (Art. 97, § 1.º)

A ordenação de 1969, entretanto, regrediu no tempo:

"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.*" (Art. 97, § 1.º) (Grifo meu)

A exceção foi imprudente. De sorte que a Constituinte de 1988 deparou-se com massa de servidores não concursados, estatutários ou celetistas. Em seu corpo, a nova Lei Fundamental voltou a consagrar, na formulação a mais precisa e rígida que já alcançamos, o princípio de igual acessibilidade aos cargos públicos:

"A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;" (Art. 37, II)

Esta é a regra que incide a partir de sua promulgação. No tocante aos atos pretéritos, e considerando-se que em face da Constitui-

ção não existe direito adquirido, a nova Carta poderia, em tese, ter declarado nulas as nomeações sem concurso efetuadas na vigência da ordenação de 1967/1969 ou poderia determinar que os nomeados fossem submetidos a concurso, sob pena de perda do cargo ou emprego. Não o fez, todavia, ressaltado o disposto no art. 18 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

"Ficam extintos os efeitos jurídicos de qualquer ato legislativo ou administrativo, lavrado a partir da instalação da Assembléia Nacional Constituinte, que tenha por objeto a concessão de estabilidade a servidor admitido sem concurso público, da administração direta ou indireta, inclusive das fundações instituídas e mantidas pelo poder público."

Com isso, a Constituição autolimitou seu poder de retroagir, no tocante a direitos dos servidores; decidiu purgar o passado até um limite de tempo: a data de instalação da Constituinte.

No que diz respeito aos demais servidores – investidos em cargos ou empregos públicos sob a ordenação de 1967/1969 –, a nova Constituição poderia ter silenciado, sem, com isso, alterar sua situação; mas, preferindo não deixar dúvidas, e à semelhança das Cartas de 1946 e 1967, criou benefício de estabilidade em favor dos servidores com mais de cinco anos de exercício (art. 19 do ADCT).

A enunciação acima – que acompanha desde a Constituição de 1934 até a de 1988 – evidencia que, na tradição recente, a investidura em cargo público, salvo exceções, tem tido como requisito a aprovação em concurso público. A causa final do concurso, a razão pela qual se faz, é a investidura em cargo ou emprego público. Não se pode dizer, destarte, que o objetivo do concurso é a *efetivação* em cargo público, mesmo porque pode haver concurso para investidura em cargo não-efetivo, ou em emprego público.

6. Regime Jurídico Único e concurso público

Inexiste qualquer incompatibilidade, ou antinomia, entre a regra constitucional que determina haja aprovação em concurso para a investidura em cargo ou emprego público (art. 37) e a regra do art. 39:

"A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas."

Por sua vez, o art. 24 do ADCT assim dispõe:

"A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios editarão leis que estabeleçam critérios para a compatibilização de seus quadros ao disposto no art. 39 da Constituição e à reforma administrativa dela decorrente, no prazo de dezoito meses, contados da sua promulgação". (Grifo meu)

O Regime Jurídico Único, assim, não se deve instaurar, paulatinamente, apenas com relação aos funcionários admitidos já sob a nova Carta, ou que venham a ser admitidos. Ele deve apanhar a massa dos funcionários dos quadros já existentes, mediante sua compatibilização. Objetivo da reforma é suprimir as disparidades existentes, uniformizando o tratamento legal dos servidores, o que significa, mediante a escolha de um só regime dentre os possíveis, reduzir à disciplina de suas normas aqueles que se achavam subordinados a outras.

No momento de se instaurar, mediante lei, o Regime Jurídico Único, apresenta-se o seguinte problema: caso o Regime Jurídico Único venha a ser estatutário, como normatizar a integração, a esse regime, dos servidores com vínculo trabalhista? Alguns têm dito — sem atentar ao problema de direito intertemporal — que esses servidores, investidos na vigência da ordenação de 1967/1969, devem ser submetidos a concurso, para que

possam continuar no exercício das respectivas funções.

Mas parece evidente que o legislador municipal — para que possa instaurar o Regime Jurídico Único — está autorizado: a) a dispensar os servidores celetistas não-estáveis, caso seja de seu interesse; b) a transformar empregos em cargos, caso opte por regime estatutário; c) a transformar cargos em empregos, caso opte pelo regime trabalhista.

A Constituição manda que se crie regime jurídico único. A regra que o faça deve ser geral, contemplando todas as categorias de servidores. Caso haja interesse da administração, o conjunto dos servidores celetistas não-estáveis, admitidos anteriormente à Constituição, pode ser dispensado; o ato de reforma administrativa também pode suprimir todos esses respectivos empregos. Não há, aí, violação a direito adquirido. O ato de reforma também pode transformar tais empregos em cargos; nesse caso seus ocupantes, já investidos nos empregos, passarão automaticamente de celetistas a estatutários, sem necessidade de prestar qualquer concurso. Seria inconstitucional a reforma se, transformando os empregos em cargos, obrigasse seus ocupantes, sob pena de dispensa, a prestar concurso.

Admitamos, para argumentar, que a lei nova, a ser elaborada pelo Município, possa exigir do servidor a aprovação em concurso, para nova investidura em cargo ou emprego que já ocupa, ou em que se transforme aquele que já ocupa.

Como o mesmo cargo ou emprego não pode ter dois ocupantes, isso significa: a) a duplicação do cargo ou emprego; ou b) a colocação em disponibilidade do ocupante mal sucedido no concurso; ou c) sua dispensa. Qualquer dessas soluções não se encontra, indubitavelmente, na *mens constitutionis*.

Alguns, para demonstrar a necessidade de se submeter esses servidores a concurso, têm invocado o art. 19, § 1.º, do ADCT:

"O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei."

A lembrança parece inadequada, a começar do fato de que "os servidores referidos neste artigo" são tão-só e exatamente os que o ADCT, mediante esse mesmo artigo, considerou estáveis.

É impossível obter um entendimento sistemático do art. 19, § 1.º, do ADCT com eixo no termo *efetivação*. Compare-se essa regra, por exemplo, com o art. 41 da Constituição, que conferiu à estabilidade praticamente todos os efeitos da efetividade. Como *efetivar* quem já goza de efetividade? O que faz o art. 19, § 1.º, do ADCT é criar vantagem: a contagem como título, em eventual concurso, do tempo de serviço prestado por aqueles servidores. E não pode ser tido como obrigando tais servidores à prestação de concurso.

Entender de outro modo essa norma conduz a situações embaraçosas. O professor Raimundo Nonato Fernandes, por exemplo, é constrangido a ver na *estabilidade* referida nesse artigo algo diferente da *estabilidade* referida no art. 41 da Constituição (*Rev. Dir. Adm.* 174: 239, trab. cit.); já Sérgio Araújo

Nunes, assessor do IBAM, é levado a dizer que o concurso previsto no art. 19, I, do ADCT "não deve ser confundido com aquele a que se refere o inciso II do art. 37 da parte permanente da Constituição, o qual é público, ou seja, é para investidura em cargo, emprego ou função daqueles que pretendem entrar para o serviço público, e não para os que nele já se encontram" ("Regime Jurídico de Trabalho na Administração Pública", *Revista de Administração Municipal*, 38 (200):36, jul./set. 1991).

É lamentável a esbórnica que, sob a ordenação de 1967/1969, criou-se no funcionalismo público; é discutível a solução dada, pela Constituição de 1988, à situação que encontrou; mas nossos sentimentos com respeito a essa solução não têm o condão de alterá-la. O art. 19, § 1.º, do ADCT – na esteira dos artigos assemelhados das Cartas de 1946 e 1967 – contém regra que beneficia servidores públicos, concedendo-lhes estabilidade; seria paradoxal extrair-se, de regra protetiva, a conclusão de que está suprimindo direitos adquiridos.