

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo  
PUC – SP

Ricardo Teixeira Lage

O regime jurídico especial dos agentes públicos e a abrangência de sua  
obrigatoriedade constitucional

Mestrado em Direito

São Paulo  
2016

Pontifícia Universidade Católica  
PUC – SP

Ricardo Teixeira Lage

O regime jurídico especial dos agentes públicos e a abrangência de sua  
obrigatoriedade constitucional

Mestrado em Direito

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Administrativo: Efetividade do Direito, sob orientação do Professor Doutor Maurício Zockun.

São Paulo  
2016

Banca Examinadora

-----

-----

-----

Dedico este trabalho às pessoas que, com a expressão do seu amor, acreditaram em mim e por isso tornaram possível essa etapa da vida.

Álvaro, Célia, Marcela e Fernando.

## Agradecimentos

Quem tem o privilégio, como eu, de concluir um trabalho acadêmico, sabe muito bem que isso não é possível sem o estímulo, o incentivo, o cuidado e o investimento de muitas outras pessoas. A seguir, tento registrar meu agradecimento a elas:

À Professora Carolina, que muito antes do mestrado me fascinou com as aulas de Direito Administrativo na PUC e me despertou o interesse pela matéria.

Ao Professor Maurício, que orientou não apenas este trabalho, mas todo o mestrado como processo de desenvolvimento, fazendo provocações, ponderações e colocações sem as quais não teria sido possível passar da *página dois*. Se passei, foi em grande medida motivado pelos seus questionamentos.

Mas também fui intensamente motivado pelos(a) Professores(a) Márcio Pugliesi, Márcio Cammarosano, Paulo de Barros Carvalho e Clarice Von Oertzen de Araújo. Suas aulas me despertaram para questões cuja profundidade é decisiva na minha formação, tanto como estudante do direito quanto como ser humano.

Aos Professores Dinorá Adelaide Musetti Grotti e José Roberto Pimenta Oliveira, que por ocasião da qualificação me fizeram observações, críticas e alertas determinantes para o resultado da dissertação.

A todos os amigos e colegas de mestrado, com quem tive oportunidade de debater e aprender intensamente, dividindo as agruras dos estudos. Particularmente Igor, Leonardo, Laís, Rodrigo, Solange, Márcio Alexandre, Mateus e Marcella. Aos dois últimos, especial agradecimento pelos aprofundados debates também fora da classe.

Aos meus cunhados, Antônio e Júlia, com quem dividi por vezes esse processo, pelo qual passamos também um pouco juntos.

Aos amigos e colegas de pós com quem dividi a luta por melhores condições de estudo.

Aos funcionários do Programa de Pós Graduação em Direito, Rui e Rafael, e da Biblioteca, Lucinha, que colaboraram na minha passagem pelo mestrado com sua atenção e profissionalismo.

Aos alunos da graduação com quem tive oportunidade de realizar o estágio acadêmico e o trabalho voluntário como assistente na PUC desde que me graduei. Suas dúvidas também deram norte a vários caminhos, e se os ensinei algo, foi ao mesmo tempo em que aprendi.

Aos amigos da vida, único patrimônio que importa levar dessa breve passagem, que ouviram infinitas vezes as minhas reclamações, sofrimentos, dúvidas e angústias. Em especial aos que, se interessando por esse assunto tanto quanto eu me interessei por álgebra, ainda se arriscaram a contribuir (e contribuíram muito): Caíque, Flávio, Lucas e Luiz.

E, por fim, a todas as pessoas que chegaram, saíram e passaram pela minha vida nesta jornada (elas sabem quem são), porque o mestrado ultrapassou muito a expectativa de vivência acadêmica e representou uma fase de florescimento pessoal único.

Muito obrigado, então, a todos vocês.

Finalmente, um agradecimento obrigatório e importante: este estudo foi parcialmente custeado por bolsa integral do CNPq, concedida entre março e setembro de 2015. Depois recebi desconto parcial concedido pelo CONSAD/FUNDASP entre abril e outubro de 2016, e então fui contemplado com bolsa CAPES/Taxa, que vigorou de novembro a dezembro de 2016. Relativamente a este último processo, registro meu agradecimento pessoal ao Professor Doutor Wagner Balera, Coordenador do Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, e à Professora Doutora Maria Amália Pie Abib Andery, então Pró-Reitora de Pós Graduação, que ouviram a mim e à comissão integrada pelos alunos atingidos pelo corte das bolsas que a Universidade sofreu em 2016.

**“Perguntei a um homem o que era o Direito. Ele me respondeu que era a garantia do exercício da possibilidade. Esse homem chamava-se Galli Mathias. Comi-o.**

**OSWALD DE ANDRADE** Em Piratininga Ano 374 da Deglutição do Bispo Sardinha." (*Revista de Antropofagia*, Ano 1, No. 1, maio de 1928.)

**“Como já se disse, somente as crianças e os loucos dizem a verdade. Por isso, às primeiras se educa; aos segundos, interna-se...”**

Rui Barbosa, “A Imprensa e o Dever da Verdade”

## Resumo

Este trabalho se propõe a investigar o regime jurídico de trabalho dos agentes públicos e a abrangência de sua obrigatoriedade constitucional. Pretendemos fixar as bases sobre as quais se dá a existência de um regime diferente de trabalho para aqueles que se ocupam da função pública e entender a abrangência desse regime. O tema se justifica, em nossa visão, em razão de uma dualidade de regimes existente e pela falta de disposição jurídico-positiva de forma restrita. A abertura constitucional enseja, em nosso ver, um exame científico dos regimes existentes e o oferecimento de uma visão sobre uma categoria maior, qual seja, o regime jurídico especial.

Para tanto, iniciamos nos capítulos um e dois com uma recuperação teórica sobre o Estado de Direito e o interesse público como viga mestra do Direito Público, e fizemos uma breve passagem sobre a visão de sistema dentro do direito. Em seguida, no capítulo três, firmamos o perfil constitucional dos agentes públicos brasileiros, registrando sobre a relação jurídica entre eles e o Estado, os diversos conceitos que cercam a matéria. Neste capítulo, distribuímos os agentes públicos em categorias, apoiando-nos em lições da doutrina. Ao final deste capítulo, enfocamos o estudo na categoria dos servidores estatais ou servidores públicos.

No capítulo quatro, estudamos os regimes jurídicos de trabalho existentes entre os agentes públicos, também com suporte em doutrina. Neste ponto, registramos nossa visão sobre os fundamentos e elementos do regime jurídico de trabalho diferenciado que existe entre os agentes públicos.

Enfim, no capítulo cinco, abordamos a abrangência do regime chamado especial e dos regimes nele contidos e previstos na Constituição, a partir do pensamento nacional e também referenciando o que os tribunais pátrios dizem a respeito. Fixamos nossa visão sobre o modo de eleição do regime jurídico mais adequado em cada caso, com os critérios e parâmetros que devem orientar essa opção legal.

Apresentamos, ao final, nossas conclusões em 22 tópicos resumidos.

## **Abstract**

This work aims to investigate the legal regime regulating the work of public agents and the reach of its imposition by the Constitution. We intend to identify the grounds based on which a special legal working regime applies to those who exercise a public function, to comprehend the reach of such regime. In our view, this proposal is relevant because of the existing duality of working regimes, and inspired by the lack of a legal norms restricting its applicability. IN our view, the broad constitutional approach to the subject requires a scientific study of these legal regimes, and the proposal of construction of a greater category, the special legal regime.

To that aim, we begin with a theoretical analysis about the Rule of Law and the public interest as the cornerstone of Public Law, and also make a brief passage about the concept of system in the theory of Law, both built in chapters one and two. Afterwards, in chapter three we establish the Brazilian public agent's constitutional profile, dealing with the legal relationship between those agents and the State, and the various concepts pertaining the matter. In this chapter, we have divided the public agents into categories, based on legal scholars' opinions. At the end of that chapter, the study focuses on the public servant's category.

In chapter four, we studied the existing legal working regimes applicable to public agents, also based on legal scholars' opinions. At this point, we set out our own view about the fundamentals and elements of the special legal working regime applicable to public work.

At last, in chapter five, we addressed the reach of the special legal working regime and the sub-regimes provided for in the Constitution, starting with the national doctrine and the take of Brazilian Courts case law on the subject. We then define our view about the most adequate legal regime in each case, the criteria and the parameters that must guide this legal option.

At the end, We presented our conclusions into 22 summarized topics.

## Sumário

|                                                                                                                                |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| O regime jurídico especial dos agentes públicos e a abrangência de sua obrigatoriedade constitucional.....                     | 1  |
| Agradecimentos .....                                                                                                           | 5  |
| Resumo .....                                                                                                                   | 8  |
| Abstract.....                                                                                                                  | 9  |
| Introdução.....                                                                                                                | 12 |
| Capítulo 1. O Estado de Direito e as funções estatais a serem desempenhadas pelos agentes públicos .....                       | 14 |
| 1.1. Configuração do Moderno Estado de Direito Social e Democrático .....                                                      | 14 |
| 1.2. Estado como entidade representativa do interesse geral: conceito de função e de interesse público, e sua supremacia ..... | 15 |
| 1.3. Funções estatais e a Administração Pública .....                                                                          | 16 |
| 1.4. O conceito de interesse público a ser realizado pelos agentes .....                                                       | 20 |
| 1.5. As atividades administrativas, minúcias da função executiva .....                                                         | 26 |
| Capítulo 2. Perspectiva sistêmica e a utilidade do conceito de regime jurídico.....                                            | 32 |
| 2.1. Sistema: perspectiva científica.....                                                                                      | 32 |
| 2.2. Regime Jurídico: uma decorrência da classificação .....                                                                   | 35 |
| Capítulo 3 – Dos Agentes Públicos: Perfil Constitucional e Dogmático .....                                                     | 41 |
| 3.1. Agente Público: Noção vulgar ou literária .....                                                                           | 42 |
| 3.2. A relação jurídica entre o servidor e o Estado .....                                                                      | 44 |
| 3.3. Conceito de Agente Público .....                                                                                          | 46 |
| 3.4. Classificação dos agentes públicos.....                                                                                   | 53 |
| 3.4.1. Agentes políticos .....                                                                                                 | 53 |
| 3.4.2. Agentes honoríficos .....                                                                                               | 56 |
| 3.4.3. Servidores estatais ou Servidores Públicos .....                                                                        | 57 |
| 3.4.4. Militares .....                                                                                                         | 62 |
| 3.4.5. Particulares em colaboração com a Administração / Poder Público .....                                                   | 63 |
| 3.5. Agente público e o problema semântico .....                                                                               | 67 |
| 3.6. Recorte dos servidores estatais .....                                                                                     | 67 |
| Capítulo 4 – Do regime jurídico do servidores estatais e suas características fundamentais 72                                  |    |
| 4.1. Regime jurídico dos servidores na Constituição: os regimes constitucionalmente assegurados.....                           | 72 |
| 4.1.1. Regime de cargo público e de emprego público.....                                                                       | 73 |

|                                                                                                                                  |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 4.1.2. Trabalho público temporário: regime jurídico de emprego público.....                                                      | 75  |
| 4.2. Do fundamento do regime especial.....                                                                                       | 85  |
| 4.3. Da estabilidade como característica fundamental do regime especial dos agentes públicos .....                               | 88  |
| 4.3.1. Da estabilidade como garantia histórica do agente público efetivo .....                                                   | 90  |
| 4.3.2. Da estabilidade no atual panorama constitucional .....                                                                    | 94  |
| 4.3.3. Dos principais consectários da estabilidade do servidor estatal ocupante de cargo efetivo .....                           | 98  |
| 4.3.4. Da estabilidade no direito comparado.....                                                                                 | 100 |
| 4.3.5. Breve exame da recorrente crítica à estabilidade funcional .....                                                          | 103 |
| 4.4. Da estabilidade do empregado público vinculado ao regime da CLT .....                                                       | 106 |
| 4.5. Nossa visão sobre a estabilidade e sua relevância no trabalho público.....                                                  | 113 |
| Capítulo 5 – Da medida de abrangência do regime jurídico especial.....                                                           | 117 |
| 5.1. O regime jurídico especial dos servidores estatais .....                                                                    | 117 |
| 5.2. Conteúdo da expressão regime jurídico único no art. 39 da Constituição .....                                                | 118 |
| 5.3. Regime jurídico estatutário e natureza da pessoa jurídica empregadora.....                                                  | 121 |
| 5.4. Âmbito de aplicação dos regimes .....                                                                                       | 125 |
| 5.5. Da indisponibilidade de um regime protetivo, não necessariamente estatutário ...                                            | 134 |
| 5.6. Da possibilidade de opção por regimes e da possibilidade de agregar garantias ao regime de emprego, quando necessário ..... | 136 |
| 5.7. Dos critérios para identificação do regime jurídico de trabalho adequado à função .....                                     | 138 |
| 5.7.1. Dos atributos decorrentes das competências públicas nas quais são investidos os seus exercentes.....                      | 139 |
| 5.7.2. Dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.....                                                                  | 144 |
| 5.7.3. Algumas elucubrações sobre a aplicação dos critérios sugeridos .....                                                      | 147 |
| Conclusões .....                                                                                                                 | 156 |
| Referências Bibliográficas por ordem de citação.....                                                                             | 159 |
| Referências bibliográficas por ordem alfabética .....                                                                            | 164 |

## Introdução

A breve vida da democracia que se seguiu ao regime militar do Brasil no século XX parece sugerir que o Estado brasileiro está se transformando fortemente pressionado por demandas de diversos grupos de interesses. Essas transformações, contudo, estão também fortemente limitadas pelos contornos que foram adotados na Constituição elaborada após o referido período militar.

Isso nos faz pensar que ao direito como instrumento de controle e ordenação das relações sociais, e à ciência que lhe corresponde, toca nesse contexto a função de estudar e cotejar as necessidades de reforma, ou entender o conteúdo da crise republicana moderna, com as limitações que se tem. Esse processo permite, em nosso ver, obter uma leitura jurídica dinâmica e que não desfigura o essencial.

Em matéria de agentes públicos, temos que para se desincumbir de seu papel central no desenvolvimento social, segundo os artigos 1º a 4º da Constituição da República de 1988, o Estado brasileiro precisa se aprovisionar de recursos humanos. Tais pessoas virão a manifestar os interesses almejados pela República, sendo verdadeiramente a voz do Estado.

Dentre as diversas categorias de agentes públicos que exercerão esse papel está uma parcela de agentes que compõem um corpo permanente, burocrático e técnico encarregado de desenvolver as atividades estatais. A essas pessoas chamamos de servidores estatais ou servidores públicos.

O regime jurídico de trabalho desses servidores é o objeto de nosso trabalho adiante desenvolvido. Certos de que as regras que presidem a atuação desses servidores não são comuns, vale dizer, não são as mesmas que presidem os demais trabalhadores do país, partimos para uma reconstrução desse regime e seus fundamentos.

Vale registrar que o estudo dos fundamentos do regime de trabalho dos servidores permite concluir sobre a necessidade de existência

desse regime no contexto moderno, delimitando e revelando o que é possível excluir, modificar ou manter em termos de direito positivo.

Com essa base, formamos uma avaliação crítica do panorama atual para tentar oferecer um estudo que concilie dois elementos, os quais nos pareceram de utilidade científica e prática, quais sejam:

- a teorização clássica do regime de trabalho dos servidores, passando pela concepção da relação jurídica que eles mantêm com o Estado e pelas justificativas de um regime especial e sua atualidade presente;
- os problemas modernos que se apresentam no direito administrativo brasileiro e mundial, em especial relativos à eficiência do Estado e ao dinamismo que dele se exige;

Assim, é importante destacar que nosso trabalho procura estabelecer um elo possível entre o formato teórico do Estado brasileiro que está plasmado na Constituição, o qual ainda se revela útil, e sua própria crise.

Esperamos, portanto, que as linhas que se seguem possam contribuir com o desenvolvimento da matéria. Nele colocamos em outras palavras e perspectivas o que já foi meditado pela doutrina e tentamos colocar novos problemas que nos pareceram de útil debate.

Se o trabalho animar o pensamento de qualquer leitor, seja porque nossas conclusões lhe pareceram proveitosas ou seja porque o refutar delas o leve a outro ponto de vista, terá então cumprido sua função.

## **Capítulo 1. O Estado de Direito e as funções estatais a serem desempenhadas pelos agentes públicos**

### **1.1. Configuração do Moderno Estado de Direito Social e Democrático**

O chamado Estado Social e Democrático de Direito é, na atualidade, um modelo amplamente adotado nas sociedades ocidentais. Essa configuração é fruto de um processo de formação e transformação sucessiva, evoluindo através de séculos para se chegar ao modelo atual, com razoável consenso sobre o que significa e o que representa.

Tal processo evolutivo agregou valores e teorizações advindas do convívio humano em sociedade, como observa Paulo Bonavides:

esta locução política 'Estado Moderno' só se faz inteligível na sua realidade contemporânea se houver primeiro remissão a elementos históricos que ilustram a natureza governativa da sociedade ocidental, já na antiguidade, já na Idade Média.<sup>1</sup>

Em outras palavras, o Estado é um produto da vida em sociedade, pressuposto amplamente aceito e assim descrito por Themístocles Brandão Cavalcanti<sup>2</sup>.

A maioria das aludidas teorizações foi inicialmente formulada no campo das ciências sociais, política e sociologia<sup>3</sup>. Isso significa dizer que a evolução teórica do Estado adota um sem número de pressupostos, muitos dos quais constituem pressupostos para a ciência jurídica e para o direito positivo.

Apenas por curiosidade, o etimologista Deonísio da Silva<sup>4</sup> acusa o uso do substantivo Estado desde os primórdios no assim batizado 'Estado

---

<sup>1</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 8ª Ed.. São Paulo: Malheiros, 2010, cap. 1, p. 33.

<sup>2</sup> CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Teoria do Estado*. 3ª Ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. P. 16

<sup>3</sup> Se é que se pode considerar política e sociologia coisas distintas numa acepção tão ampla como a que aqui fazemos.

<sup>4</sup> SILVA, Deonísio da. *De onde vêm as palavras*. 14ª Ed.. São Paulo: A Girafa Editora, 2004.

Romano', por Marco Túlio Cícero, célebre orador que encantou os romanos pelos recursos argumentativos e pelas paixões políticas que encampou.

Em sua trajetória de vida, Cícero teria inaugurado não apenas a famigerada palavra, a cunhar essa instituição moderna, mas também a quase mítica disputa pelo poder que a ela se relaciona.

Certo é que nosso estudo, tratando do regime de trabalho dos agentes públicos, se valerá dos estudos e teorias existentes entre a doutrina, que por sua vez adotam pressupostos dessa teoria geral do Estado formulada em outros campos do saber, e por essa razão consideramos relevante o registro em questão.

Interessa-nos nesse momento conhecer o Estado Moderno e sua formação sob o enfoque da força de trabalho, onde se situa o presente estudo. Entretanto, nos parece que não convém lançar noções históricas sobre os agentes públicos sem averbar que estes agentes estão circunscritos àquilo para que o Estado existe, sua razão de ser.

Tomando por pressuposto fundamental que o Estado existe para a gestão do bem comum da sociedade, podemos partir para breves elaborações sobre alguns conceitos que iluminam o cerne deste nosso ponto.

## **1.2. Estado como entidade representativa do interesse geral: conceito de função e de interesse público, e sua supremacia**

O bem comum é objeto de gerência e administração pelo Estado, e na forma historicamente desenvolvida nesse formato a que chamamos Estado Moderno, o Estado Social e Democrático de Direito.

Essa expressão do Estado moderno quer significar que estamos diante de uma instituição pública cuja submissão à lei e ao direito é característica formadora (Estado de Direito). Inclui-se nessa noção, ainda, que os objetivos primordiais do Estado serão a satisfação dos interesses da sociedade, assim definidos em princípios no documento jurídico que lhe origina, qual seja, a Constituição (Estado Social), e ainda que a condução desse processo político obedecerá fundamentalmente às decisões tomadas

de forma representativa ou direta por maiorias que se expressam no corpo social (Estado Democrático)<sup>5</sup>.

Cumpra aprofundar o conhecimento de um conceito importante dentro deste Estado que estudamos, e frequentemente abordado pelo direito administrativo tamanha é sua importância para todo o direito público. Estamos falando das ideias de função estatal e de interesse público.

### 1.3. Funções estatais e a Administração Pública

A gestão de coisa chamada comum por uma instituição em nome de todos tem origem no repasse, pelos seus integrantes, de parte de sua esfera de liberdade à instituição, o que remonta ao contrato social.

Assim fica claro que o estado não é um fim em si mesmo, mas algo criado para administrar interesses. Essa é sua função. E como a função é de administrar interesses de uma coletividade, podemos com isso falar em função estatal.

O conceito de que o Estado gere coisa de terceiro e em nome desse terceiro é muito bem exposto por Ruy Cirne Lima. Não consideramos prudente partir para qualquer outra lição doutrinária antes de expor esse pensamento, que exerce influência decisiva sobre os demais pensadores nacionais<sup>6</sup> em razão de um raciocínio que exala simplicidade e coerência.

---

<sup>5</sup> Anotamos, ainda, que as minorias também têm expressão na sociedade e progressivamente tem recebido atenção estatal no sentido de marcar a pauta e agenda política dos países. Contudo, não sendo este o objeto de nosso estudo, anotamos apenas que esse é um traço político de desenvolvimento do estado moderno, manifestação do estado de bem estar social e da democracia participativa. Sobre o tema, ver: BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014; e BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

<sup>6</sup> Juristas de referência em nosso trabalho citam as lições de Ruy Cirne Lima, publicadas há várias décadas e muito atuais em utilidade no nosso sistema. As ditas lições nos transmitem a agradável sensação de que há hoje entre os juristas brasileiros suficientes razões para acreditar em uma genuína tradição nacional de pensamento publicista, motivo de orgulho maior ainda quando nos deparamos, de outro lado, com inúmeros escritos, ideias e conceitos importados e mal adaptados à realidade brasileira.

Ruy Cirne Lima expõe<sup>7</sup> com uma clareza lapidar um conceito comum a todo o sistema de direito, e dele parte para o direito administrativo. Supondo que uma relação jurídica envolve um sujeito ativo de direito e um objeto sobre o qual incide esse poder, afirma existir uma outra conotação importante no comportamento que esse sujeito ativo pode exercer sobre o objeto e que ainda assim não desfigura a relação jurídica em seus elementos essenciais.

Trata-se da *finalidade* dessa relação.

Cedemos aqui à tentação de transcrever algumas de suas palavras neste ponto:

*O que se denomina 'poder' na relação jurídica, tal como geralmente entendida, não é senão a liberdade externa, reconhecida ao sujeito ativo, de determinar autonomamente, pela sua vontade, a sorte do objeto, que lhe está submetido pela dependência da relação jurídica, dentro dos limites dessa mesma relação. Limite-se ainda mais a liberdade externa de determinação, reconhecida ao sujeito ativo da relação jurídica, vinculando-o, nessa determinação, a uma finalidade cogente, e a relação jurídica se transformará imediatamente, sem alteração, contudo, de seus elementos essenciais. [...] À relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente, chama-se relação de administração [...]*

De posse da chamada relação de administração, ele a distingue do domínio, original formatação de maior liberdade na relação jurídica, justamente pela ausência da limitação que se impõe ao sujeito ativo. Diz que no domínio a vontade é predominante, e na administração predominam o dever e a finalidade.

Com isso quer-se dizer que quando a relação é de administração, administra-se em nome de outra coisa ou pessoa, perante os

---

<sup>7</sup> CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo*. 7ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p.105/109.

demais sujeitos. Não se pode determinar com total liberdade a sorte da coisa administrada quando o que a relação reclama é a satisfação de interesses de outros: os interesses ditados pelo objeto ou pelo sujeito que é seu senhor.

Para Cirne Lima essa relação de administração é elemento presente tanto no direito privado como no direito público. Esclarece, entretanto, que apenas estamos falando da verdadeira relação de administração quando ela aparece protegida pelo ordenamento jurídico contra o próprio sujeito ativo e contra terceiros. Por isso, diz, não se iguala ao mandato, onde o exercente vincula seu mandante em qualquer circunstância, desde que não exceda os limites do mandato.

Na administração, de outro lado, é confiada uma liberdade ainda mais estreita ao seu exercente, sujeito ativo, posto que como se viu existe a necessidade de proteger a coisa confiada – diga-se, o objeto da relação jurídica – contra o próprio administrador. O exemplo típico é a administração dos bens por tutores e curadores<sup>8</sup>, onde há imposição de uma boa gestão da coisa sem confiar total liberdade ao gestor.

Mas na Administração Pública é que, afirma o autor, se revela a plenitude de importância da relação de administração. Isso porque coexiste com a relação jurídica um direito subjetivo, ostentado pelo sujeito da relação. Quando em causa a coisa pública, no entanto, o sistema jurídico não prevê liberdade alguma ao exercente do direito subjetivo (ao exercente desse verdadeiro encargo, diríamos nós), resolvendo-se eventual conflito sempre em favor antes da relação jurídica de administração do que do sujeito supostamente detentor<sup>9</sup> do direito subjetivo.

Nas palavras do autor, “*a relação de administração domina e paralisa a de direito subjetivo*”, e ocorrendo no direito público, a relação jurídica de administração atrai a incidência de um regime jurídico de

---

<sup>8</sup> Para melhor interlocução do texto com a atualidade, registramos nossa alteração dos exemplos originalmente mencionados pelo autor. Os exemplos originais são a administração dos bens dos filhos pelos pais e a instituição de bem de família, constantes do Código de Beviláqua (Lei 3.071/16, ou Código Civil de 1916), mas optamos por atualizá-los aqui, estendendo a toda relação de tutela e curatela disposta nos artigos 1728 a 1783 do Código Civil de 2002, que estabelece regime jurídico similar, e suprimindo a instituição do bem de família em razão de lei nova (Lei 8.009/90), que disciplina diferentemente o assunto.

<sup>9</sup> É que o sujeito Estado sequer é detentor, mas meramente exercente da função.

total indisponibilidade pelo seu exercente. Só o direito positivo pode dispor do interesse em razão dessa paralisação. Assim é o caso, por exemplo, da inalienabilidade dos bens públicos, feita apenas por autorização legal<sup>10</sup>.

É o que nos basta por ora, na lição de Ruy, para assegurar a certeza de que a Administração Pública é o exercício de um encargo pelo Estado consistente em tutelar e bem administrar um interesse pertencente à coletividade.

As ideias adiante citadas beberão inadvertidamente desta fonte.

É que o autor elabora concepção que, a um só tempo, (a) traça os contornos iniciais da indisponibilidade do interesse público e de sua supremacia sobre o particular, pilares do direito administrativo a seguir explorados, e (b) deixa evidente como determinados institutos jurídicos revelam a unidade do direito como fenômeno e como ciência, separado didaticamente entre inúmeros ramos que encontram referências e raízes comuns.

Prosseguindo, temos que da relação de administração pública exsurge o exercício, pelo agente público, de uma função. Ora, se estamos bem com o fato de que o Estado e seus agentes não são senhores dos interesses que administram, há uma decorrência lógica de a administração por eles exercida ser uma verdadeira função.

Pois bem, a ideia de administrar interesses é mencionada de forma sintética por Sílvio Luís Ferreira da Rocha em seu manual<sup>11</sup> como sendo fundante para a noção de função estatal.

O autor diz que ela pressupõe certos poderes conferidos para administrar<sup>12</sup> sem os quais a pessoa incumbida não conseguiria desenvolver o trabalho. E certamente se estamos tratando de administrar interesses de uma sociedade, é claro que se está diante de uma outorga de

---

<sup>10</sup> Nos termos da Lei n. 8.666/93, art. 17 e ss.

<sup>11</sup> ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 46.

<sup>12</sup> E refere-se à etimologia de administrar: *ad* e *ministrare* como *servir*, *gerir* e *dirigir*. O prefixo *min* ou *mi*, indicativo de diminuição, quer dizer *subordinação* ou *subalternidade* (Obra citada, p. 46).

poderes dada por essa sociedade, visto que não se administra uma coisa própria, mas sobre ela se exerce o pleno domínio.

Maria Sylvia Zanella di Pietro faz expressa referência à construção intelectual de Ruy Cirne Lima<sup>13</sup> como a base da ideia da expressão administração, linha abordada pela autora para cunhar sua concepção de administração pública. A autora também recorda a lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>14</sup> registrada sobre a origem etimológica da expressão administrar, na qual o autor demonstra a clareza de propósitos e limitações do Estado como figura existente para curar a coisa alheia.

Por fim, é em Celso Antônio Bandeira de Mello que iremos encontrar uma fundamental noção de função em legítima correlação com a administração. Expressamente falando em função pública, dito autor brinda o leitor com um conceito que entrelaça a função pública com o interesse público na primeira página de seu curso<sup>15</sup>:

*Comece-se por dizer que função pública, no Estado Democrático de Direito, é a atividade exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica*

Com essa expressão, fechando a ideia de função, Bandeira de Mello nos abre o olhar para o conceito que subjaz à função pública e de que a seguir trataremos. Estamos a falar de interesse público.

#### **1.4. O conceito de interesse público a ser realizado pelos agentes**

A ideia de interesse público é de capital importância para qualquer tema em direito administrativo. O assunto é amplamente abordado pela doutrina, em especial no trato do princípio de sua supremacia sobre o

---

<sup>13</sup> DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 49.

<sup>14</sup> BANDEIRA DE MELLO. Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Vol. I. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 59.

<sup>15</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 29.

interesse privado, mas aqui assumimos uma redução do espectro do pensamento nacional em um autor, visando apenas alocar o conceito.

Por ora, a fim de destacar a importância temática desse assunto em nosso trabalho basta anotar que o regime jurídico de trabalho dos agentes públicos tem a precípua incumbência de regular o exercício de poderes-deveres instrumentais por aqueles que representam o Estado e expressam a vontade da lei. Essa incumbência incide decisivamente sobre os seus funcionários<sup>16</sup>, provocando profundas alterações naquilo que seria um regime de trabalho comum, mas tem como maior objeto protegido a satisfação do interesse público.

Passemos ao que Celso Antônio Bandeira de Mello chama de interesse público. Ou antes, o que não se contém na dita ideia.

O citado autor refere<sup>17</sup> que o interesse público não é a simples soma dos interesses individuais das partes da sociedade, e com efeito rejeita o antagonismo aparente entre o interesse das partes e o interesse do todo. Celso Antônio pontua que o interesse público não é um conceito que se separa dos interesses individuais, não tem existência autônoma em relação a eles, mas é justamente uma função qualificada dos interesses das partes, voltada para a dimensão coletiva.

Para fundamentar sua posição, o autor mostra ser impossível logicamente que um interesse público qualquer venha a discordar de todos os interesses individuais dos membros da sociedade. E essa impossibilidade, expõe o autor em termos didáticos, sintetiza-se na assertiva de que o bem de todos não pode ser o mal de cada um. Do mesmo modo, o mal comum a todos não poderia ser o bem de cada um.

A partir disso parte o referido jurista para desenhar a essência de seu conceito, no sentido de que o interesse público não é outra coisa senão *“a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos*

---

<sup>16</sup> Tomamos o cuidado de advertir que nesta fase introdutória de nosso texto, não adotamos o sentido técnico jurídico, ficando num espectro semântico mais amplo da nomenclatura, e assim referindo-nos aos agentes públicos de forma geral ora com esse nome, ora com o rótulo de agentes e mesmo de servidores.

<sup>17</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 59.

*interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade (entificada juridicamente no Estado)”<sup>18</sup>. E explica: na verdade, olhando apenas para seus interesses, o cidadão não desejará sofrer, por exemplo, um processo de desapropriação. Contudo, mesmo na óptica do interesse pessoal em sua dimensão pública, vê-se com clareza que é do interesse de cada cidadão que exista o dito processo desapropriatório.*

Da mesma forma, diz Celso Antônio, conquanto ninguém isoladamente deseja sofrer sanções quando incurso em certas infrações legalmente tipificadas, é do interesse de cada um que tais regramentos existam e sejam impostos para melhorar e organizar o convívio social entre os cidadãos<sup>19</sup>. Manifesta-se, nesses dois casos, a existência de um interesse público.

Há então, nessa lição, a clara coexistência de duas dimensões na esfera de interesses individuais. Uma primeira que respeita tão somente ao seu titular, e outra que, apontando para fora do seu círculo, enxerga necessidade de certas conformações desejáveis para atender aspirações maiores do corpo social, compondo um círculo concêntrico ao seu interesse exclusivamente individual. Essa linha de raciocínio encontra amparo junto à teoria contratualista de Montesquieu, de que antes falamos<sup>20</sup>.

Assim, o conceito de interesse público para Bandeira de Mello é *“o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”*.<sup>21</sup>

É de suma importância lembrar que o autor destaca duas importâncias práticas fundamentais desse conceito. Esse destaque

---

<sup>18</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 60.

<sup>19</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 61.

<sup>20</sup> É que a teoria de que falamos adota um pressuposto do contratualismo, e que aqui se manifesta fortemente, no sentido de que a vida em sociedade é desejável e útil, e contribui para o progresso da humanidade. Uma vez tida como positiva a existência da sociedade, sua formação e manutenção são bens que devem ser protegidos. Podemos dizer que o interesse público como categoria jurídica é expressão da proteção que se dá à existência da sociedade e de seus fins.

<sup>21</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 61.

deixa ainda mais evidentes algumas questões que perpassam o interesse público.

A primeira<sup>22</sup> é a aptidão do conceito para desmascarar a ideia de que o interesse público não seja suscetível de defesa por particulares, já que desmonta a base supositiva de que o interesse público não coincide com o interesse particular. Fala aqui o dito doutrinador do que chama de direito público subjetivo, pois uma vez que está firme a noção de que o interesse público se forma a partir de uma certa dimensão (pública) dos interesses individuais, é certo assistir aos detentores desses interesses (uma vez que são integrantes daquele) a razão (e daí o direito) em pretender desfazer indevidos gravames pelo descumprimento do dever do Estado, que é bem realizá-lo.

Da mesma forma, assistiria também este especial *direito público subjetivo* no sentido de o particular exigir a implementação da norma quando ocorrer a omissão estatal, de tal forma a dar integral satisfação para o seu interesse individual que está presente e é conteúdo do interesse público desatendido. É no mesmo sentido o pensamento de Ruy Cirne Lima<sup>23</sup>, vez que comungam da mesma origem quanto à relação de administração pública.

A segunda<sup>24</sup> importância destacada revela que também serve o conceito a mostrar que o Estado titulariza a defesa dos interesses públicos, que lhe são confiados, mas não é senhor<sup>25</sup> desses interesses, e constitui pessoa diversa do tal senhor. Não se pode, para Bandeira de Mello, permitir-se supor algo diferente disso, o que levaria ao equívoco de pensar que quaisquer interesses da entidade estatal representam efetivamente e sempre interesses públicos, porque aí se confundem titular e objeto titularizado<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 62.

<sup>23</sup> CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo*. 7ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 117, item XIV.

<sup>24</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 65.

<sup>25</sup> Evidenciando-se, uma vez mais, a utilidade do pensamento de Cirne Lima sobre a relação de domínio e administração.

<sup>26</sup> É interessante observar que estamos a sustentar que o Estado não titulariza o interesse público, mas apenas sua defesa. Sabemos que a doutrina sustenta, e nisso a acompanhamos, que nas relações de concessão de serviço público, o Estado trespassa ao

Poderá o Estado ostentar interesses cujo nascedouro não seja apenas a aludida “dimensão coletiva dos interesses individuais”, mas também interesses típicos e normais para quaisquer sujeitos de direitos. Isso porque o Estado, ainda que representando interesse público, não perde sua condição de pessoa jurídica que convive no universo de relações jurídicas com as demais pessoas e, de tais relações, é da lógica que decorram alguns interesses em antagonismo frente aos dos cidadãos. Quer-se dizer, haverá de se manifestar no seio do Estado certos interesse não tipicamente públicos, mas logicamente possíveis a qualquer pessoa.

Ocorre que esses interesses sofrem uma especial limitação, que os distingue dos interesses privados quaisquer, pois se o Estado é criado para a defesa do interesse público, essa é uma condição determinante em sua existência, e só poderá manifestar interesses próprios (assim ditos pessoais) quando estes não apresentem qualquer conflito com o interesse público para cuja defesa foi criado.

Esses são os termos nos quais Celso Antônio Bandeira de Mello nos introduz à sua ideia de interesses públicos primários e secundários, respectivamente.

O exemplo já clássico de mostrar a manifestação e adequação desses dois interesses é aquele citado por Celso Antônio como constante das lições de Carnelutti e Picardi referidas por Renato Alessi<sup>27</sup>. Nele vemos que o Estado poderá ter todo o interesse (secundário) de promover a exação tributária no máximo valor possível, arregimentando maior quantidade de dinheiros aos cofres públicos, ou ainda de remunerar os seus servidores pagando ínfimas retribuições laborais. Ocorre que esse interesse será sempre conformado por aquele outro (primário) que autoriza a tributação dos particulares nos estritos limites da capacidade contributiva, interesse primário por excelência, pois que não é desejável pela coletividade o escorcho financeiro dos cidadãos, senão um verdadeiro financiamento coletivo,

---

particular a prestação do serviço, mas não a titularidade do serviço público, que com ele permanece. E com ele permanece pois não é dono do serviço, mas só titular em nome de terceiro. Se repassasse a titularidade estaria dispondo de algo que, antes, não lhe pertence.

<sup>27</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 66/68.

proporcional e módico na medida do possível. Ou ainda, é de categoria primária e afim com sua razão de ser que o Estado deve remunerar adequadamente o exercício das funções públicas por seus agentes, para que o façam da melhor maneira e com maior qualidade.

Por isso refere o doutrinador que ao interesse público secundário só é dado existir quando coincidente com o interesse público primário. No suposto conflito entre ambos, prevalece o interesse primário, subjugando o que com ele não for compatível no interesse secundário<sup>28</sup>.

Quanto a este último ponto, o autor frisa que essa importante distinção entre interesse primário e secundário tem razão por ser o interesse uma categoria lógico-jurídica. E observa que a identificação do que consiste em interesse público primário propriamente dito, porquanto tratar-se de uma categoria jurídico-positiva, deve encontrar referibilidade no direito positivo. Isso é, o próprio direito positivo fornecerá os elementos agregadores e condicionadores do que representa o interesse público<sup>29</sup>.

Uma vez colocados alguns conceitos elementares sobre o Estado e o interesse público que lhe é dado gerir, se faz imperioso para o fim a que nos endereçamos neste trabalho dizer brevemente de algumas funções exercidas pelo Estado, porquanto estas serão objeto de exercício direto e material pelos seus agentes, de quem pretendemos identificar o regime jurídico adequado para o trabalho em face das funções.

---

<sup>28</sup> Bem ilustra aqui o dito popular: “*a pessoa é para o que nasce*”, e o Estado não nasce para representar interesses seus, devendo manter-se fiel ao interesse público, que é para o que ele nasce.

<sup>29</sup> Neste trecho, Celso Antônio expressa o primado do positivismo jurídico em sua teoria afirmando que o interesse público é objeto definido no direito positivo. Cita, por exemplo, que poderá haver dissonância em dado momento sobre se o monopólio da atividade de exploração do petróleo deverá ou não ser assegurado ao Estado. E afirma que o direito positivo resolverá tal questão, colocando a aludida atividade como monopolizada e então assegurando-lhe o caráter de interesse público, ou de outro lado relegando a atividade exploradora aos particulares, quando ela deixará de ostentar esse caráter de interesse público. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 69)

### 1.5. As atividades administrativas, minúcias da função executiva

A seguir faremos uma breve exposição sobre as funções do Estado e as atividades administrativas, onde se pode ver as competências e os atributos delas decorrentes, para que então se possa perscrutar sobre regime jurídico adequado.

O Estado existe para a satisfação do interesse público, nunca é demais lembrar. Assim, cria-se uma pessoa incumbida de reunir para si aquilo que a sociedade considera importante, o que alguém deve fazer em nome de todos, e a ela se atribui o dever de zelar por esse interesse qualificado como público.

Entretanto, a dimensão coletiva dos interesses individuais, isto é, o interesse público, não enseja o desenvolvimento de uma atividade apenas, nem de algumas, mas de inúmeras delas. Como qualquer conjunto que se compõe de diversos elementos, separamos essas atividades em grupos.

A tripartição de poderes é o primeiro elemento que a Constituição da República revela sobre o tratamento das atividades do Estado. O art. 2º da carta política dá conta da adoção dessa teoria, consagrada nas constituições modernas e formulada por Montesquieu (Charles-Louis de Secondat, barão de Montesquieu), visando o controle do poder pelo próprio poder<sup>30</sup>.

Vejamos o texto do referido dispositivo:

*Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*

Assim é que o poder emanado do povo e em seu nome exercido pelos representantes que integram o Estado já se divide, desde o

---

<sup>30</sup> MONTESQUIEU, Barão de (Charles-Louis de Secondat). *O espírito das leis*. Obra de domínio público, disponível em tradução do francês original ao português, sem crédito de tradutor:  
[http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh\\_montesquieu\\_o\\_espirito\\_das\\_leis.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_montesquieu_o_espirito_das_leis.pdf)  
(consultada em 09.09.2016), pp. 74.

início, entre Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, segundo nosso texto constitucional.

Importante registrar que essa tripartição não é uma regra universal.

Aliás, não é sequer uma regra, como já averbaram Celso Antônio<sup>31</sup> e Geraldo Ataliba<sup>32</sup>, mas representa sim uma fórmula teorizada e amplamente aceita nos sistemas modernos. Vale dizer, uma fórmula de sucesso que, não obstante, encontra formulações críticas da maior respeitabilidade<sup>33</sup>.

Elegemos trabalhar com as funções tripartidas do poder estatal porquanto esta é a forma adotada no texto constitucional e, fundamentalmente, porque a adoção de uma ou outra formulação diferente não nos parece produzir relevante mudança no objeto final de nosso estudo.

---

<sup>31</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 31.

<sup>32</sup> ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 3ª Ed., São Paulo, Malheiros Editores: 2011, p. 123.

<sup>33</sup> O caráter questionável (e, porque não, até equívoco) da tripartição antes formulada por Montesquieu foi objeto de procedentes críticas doutrinárias, culminando diversas formulações alternativas com bastante embasamento. Registramos, aqui, que Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Vol I. 3ª Ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007, pp. 49/53) sustenta que são em verdade apenas duas as funções fundamentais do poder. De um lado, a função administrativa, com as faces da ação legislativa e da ação executivas, que tem por fim comum a realização ou integração da ordem social. Do outro, a função jurisdicional, que tem por objeto o próprio direito, e consiste na sua aplicação à lide concreta, mantendo vigente a ordem jurídica pela decretação em caráter definitivo do direito das partes.

De outro lado, Hans Kelsen, elaborando sua Teoria Geral do Direito e do Estado, também discorda da formulação clássica de Montesquieu (KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. de Luís Carlos Borges. 3ª Ed., 2ª Tir.. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 385/386), a qual ele identifica representada em um julgado de 1880 da Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte. Para Kelsen, é impossível uma separação orgânica das funções criativa, de aplicação e resolução de conflitos no direito, a não ser para fins didáticos. Todavia, pensa esse filósofo que apenas há duas funções políticas ou poderes no Estado, quais sejam aquela que envolve a criação do direito (a cargo do poder legislativo) e sua aplicação ou execução (a cargo do poder executivo, dentro do qual está a função jurisdicional). Separa-se, assim, o poder legislativo e o poder executivo, restando ao poder judiciário um espaço como aplicador do direito dentro da função executiva (tudo isso, reforce-se, dada a premissa de inseparabilidade geral entre o processo criativo e de aplicação).

Para nosso trabalho e visando um estrito âmbito de abordagem, elegemos a opção tradicional (tripartição do poder) pela sua maior reprodução no meio jurídico e por ser aquela expressamente adotada na Constituição, e tendo em conta ainda que a divisão das funções do estado ser feita de uma ou outra forma não altera o resultado que perseguimos, razão última e maior desta escolha despreocupada.

A função precípua do Poder Legislativo é elaborar as leis, que expressam os desígnios da sociedade e a todos se impõem, inovando na ordem jurídica.

A função precípua do Poder Executivo é fazer cumprir as leis emanadas pelo Poder Legislativo, concretizando-as, exigindo seu cumprimento e implementando-as naquilo que ao Estado foi incumbido fazer.

A função precípua do Poder Judiciário consiste em resolver os conflitos existentes entre os integrantes da sociedade e entre estes e o Estado, em face do descumprimento das normas jurídicas, da divergência de entendimento sobre seu alcance, interpretando-as e dando resolução com caráter definitivo aos conflitos que lhe são submetidos.

Essa tripartição, simples e de muita utilidade, pode sugerir que não são muitas as funções e atividades do Estado, posto que divididas em apenas três. Ocorre que a satisfação do interesse público (razão de existir do Estado) em uma sociedade humana moderna e complexa, com inúmeras demandas e necessidades, impõem ao Estado a realização de muitas atividades por meio da Constituição e das leis.

Diante dessa classificação inicial é evidente que ao Poder Executivo incumbe, por sua natureza de implementar as normas, exercer as inúmeras atividades que o Estado chama para sua responsabilidade, e que não sejam apenas produzir leis ou julgá-las. Daí a óbvia complexidade do Poder Executivo, que com tantas atividades por desenvolver, exerce funções que ensejam subdivisão própria.

Às atividades tipicamente de alçada do Poder Executivo chamaremos, em consonância com a doutrina, atividades administrativas.

Essas atividades, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>34</sup>, subdividem-se nas seguintes:

(a) *Serviços Públicos*, que são as atividades materiais que o Estado entende como sendo de tal relevância pública que as assume para si, como dever. Em razão disso, são prestados sob um regime de direito público específico, visando a proteção do interesse público resguardado, tanto

---

<sup>34</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 683.

do Estado e das pessoas que cria para prestá-los, como dos particulares que possam vir a prestá-los sob regime de concessão ou permissão, porquanto a Constituição assim prevê. Nesta categoria estão também as obras públicas que o Estado, visando a satisfação geral, promove a realização para utilização da sociedade em geral ou para prestação de seus próprios serviços, igualmente fazendo-o pessoalmente ou por terceiros;

(b) *Intervenção no domínio econômico e social*, uma vez que a atividade econômica é livre ao exercício pelos particulares, mas não dispensa a atuação do Estado para fomentá-las, exigir-lhes o cumprimento de disciplina legal específica ou mesmo, em casos excepcionais, atuando em concorrência com os particulares no desenvolvimento de atividades econômicas. Ademais, o Estado fomenta a atividade social para defesa de direitos e garantias tidas como fundamentais; e o faz pessoalmente ou estimulando terceiros que se irrogam nessa função<sup>35</sup>;

(c) *Poder de polícia*, que significa a intervenção do Estado na liberdade e na propriedade dos particulares para conformar seu exercício e uso ao interesse público e social. Essa atividade se desenvolve pela fiscalização de diversas condutas, por vezes reprimindo-as e outras prevenindo-as, procedendo-se à efetiva imposição de certo modo de comportar-se aos atingidos pela norma;

(d) *Imposição de sanções pela prática de infrações*, que consiste no apenamento das condutas a serem desestimuladas nos termos do exercício do poder de polícia, ou também de imposição de penalidades decorrentes de relações específicas travadas entre Administração e particulares e para as quais haja previamente sido aventada essa hipótese;

(e) *Sacrifícios de direito*, consistentes em providências adotadas para a satisfazer o interesse público e que importam na eliminação, supressão ou redução de direitos dos particulares, com base em lei, dando-

---

<sup>35</sup> Este assunto, quanto ao domínio social, está exaustivamente abordado em obra de Carolina Zancaner Zockun, *Da Intervenção do Estado no Domínio Social* (São Paulo: Malheiros, 2009), cuja leitura recomenda-se enfaticamente a quem quer que pretenda conhecer melhor o assunto.

se aos atingidos o direito de serem indenizados pelos prejuízos efetivamente sofridos. Diferem da limitação da liberdade e propriedade (poder de polícia) porquanto atingem direitos efetivamente existentes, quando aquelas não atingem direitos por conformá-los desde o início à medida legalmente desejada;

(f) *Gestão de bens públicos*, por meio do manejo dos bens assim qualificados, classificando-os e a eles dando a destinação que satisfaça adequadamente o interesse público.

Assim, em breve retomada temos que as funções do Estado se dividem em três, que ensejam a formação dos Poderes: atividade legislativa, atividade executiva e atividade judiciária. E, ainda, temos que as atividades típicas do Poder Executivo se subdividem em outras categorias, acima expostas.

É necessário, porém, registrar que as atividades de cada um dos três poderes são o que chamamos funções típicas, isto é, aquelas sumariamente descritas acima.

Acontece que, conforme anota Celso Antônio Bandeira de Mello, ao Poder Legislativo também incumbe exercer função administrativa de forma atípica, como quando adquire bens ou serviços, e função judiciária igualmente atípica, quando procede a julgamentos administrativos de seus servidores ou mesmo na excepcional hipótese de julgar autoridades por crime de responsabilidade<sup>36</sup>, e do mesmo modo toca ao Poder Judiciário exercer função administrativa atipicamente quando adquire bens e serviços, ou função legislativa quando expede seus regulamentos internos.

Por fim, também ao Poder Executivo incumbe exercer atipicamente função judiciária quando apura e pune as infrações de seus

---

<sup>36</sup> Registre-se, quando aos crimes de responsabilidade, que o eminente jurista deixa claro na obra citada (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 33) que o julgamento por crime de responsabilidade não constitui atividade judiciária atípica do Poder Legislativo mas, apoiado em Agustín Gordillo (GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 5ª Ed., vol I. Fundación de Derecho Administrativo, 1998, p. IX-18, disponível em <http://www.gordillo.com/>) defende tratar-se de ato eminentemente administrativo e contrastável plenamente perante o Poder Judiciário, inclusive quanto à existência ou não do ato imputado e quanto à atribuição dessa qualidade jurídica a um ato com ela incompatível. Para o autor remanesce intocável, contudo, o mérito do aludido ato, como é mesmo de sua teoria no que se refere a essa questão.

servidores, das empresas com quem mantém contratos e mesmo dos cidadãos em geral quanto à matéria de infrações, podendo ainda exercer a função legislativa ao expedir seus comandos interiores e regulamentos, os quais embora não inovem na ordem jurídica de forma inaugural tratam geral e abstratamente de comportamentos impostos.

Dito isso, podemos prosseguir tendo consignado que trataremos dos três Poderes teorizados e explicitamente adotados na Constituição como formato do Estado, mas reforçando que a investigação aqui é do exercício da função administrativa, ainda quando é realizada pelos três poderes.

Ora, sendo de nosso interesse para esse estudo tratar de qual regime jurídico de trabalho deve o Estado adotar quando necessita recrutar pessoas físicas para seu aparato e assim desenvolver suas diversas funções e atividades, estamos a falar pois de Direito Administrativo em sentido amplo, porquanto relativo à função administrativa em sentido igualmente amplo, exercida quanto a esse proceder por todos os três Poderes.

Em outras palavras, se o Direito Administrativo se ocupa da função administrativa em sentido amplo<sup>37</sup>, para falarmos da abrangência constitucional regime jurídico aplicável aos servidores de todo o Estado brasileiro convém anotar que o exercício das atividades administrativas se dá nos três Poderes.

Uma vez colocadas essas premissas, temos de passar, ainda que brevemente, por dois temas elementares que contribuirão na construção de nosso raciocínio mais adiante.

São eles o caráter sistêmico do direito e a noção de regime jurídico, do que a seguir nos ocupamos.

Com tais temas é possível fechar um contexto de formação e composição do Estado e dois critérios para, no cerne de nosso tema, a extensão de um regime jurídico adequado para tal e qual função pública.

---

<sup>37</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 36, nota 9.

## Capítulo 2. Perspectiva sistêmica e a utilidade do conceito de regime jurídico

### 2.1. Sistema: perspectiva científica

Tratar do conceito de sistema importa trazer à baila longa doutrina filosófica e epistemológica, fruto de pesquisas dos diversos campos do conhecimento científico desenvolvidos particularmente ao longo do século XX.

A perspectiva sistêmica trabalhada por Jean-Louis Le Moigne em sua obra *A Teoria do Sistema Geral*<sup>38</sup>, cuja edição original data de 1977, tem marca distintiva em relação a outros filósofos do conhecimento ditos sistêmicos por adotar o paradigma da modelização, da adoção de modelos que operam no interior dos sistemas. Os modelos, sendo perfeitamente alteráveis e adaptáveis, revelam a possibilidade de enxergar os sistemas como estruturas gerais, mas constantemente influenciados pelo modelo que dentro deles opera.

Fato é que a ideia de sistema para o autor francês a que nos reportamos é, antes de mais nada, um sistema geral. Sua definição mais simples do objeto do sistema geral é:

***alguma coisa*** (não importa o que, presumivelmente identificável) **que em alguma coisa** (ambiente) **para alguma coisa** (finalidade ou projeto) **faz alguma coisa** (atividade = funcionamento) **por alguma coisa** (estrutura = forma estável) **que se transforma com o tempo** (evolução)<sup>39</sup> (g.n.)

---

<sup>38</sup> LE MOIGNE, Jean-Louis. *A Teoria do Sistema Geral: Teoria da Modelização*. Trad. Jorge Pinheiro, Lisboa: Piaget, 1996.

<sup>39</sup> LE MOIGNE, Jean-Louis. Ob. Cit., p. 76-77.

Mas o referido autor não deixa de reconhecer a amplitude de definições de sistema, assunto que tem uma ampla vastidão, ao mencionar que a Enciclopédia de Diderot e d'Almeida tem 45 páginas com as definições mais variadas de sistemas nas diversas áreas de conhecimento e ação humanas<sup>40</sup>.

Já Márcio Pugliesi, nas considerações feitas em sua *Teoria do Direito*<sup>41</sup>, que ajusta muito mais seu foco aos sistemas sociais, citando o filósofo Edgar Morin, traz outras várias definições de sistemas. Visando manter o foco do estudo, ora citamos algumas construções do aludido autor, a saber:

*Sistema (sentido global): conjunto de elementos inter-relacionados e organizados de modo a constituírem uma unidade global.*

*Sistema (sentido específico): todo o sistema que manifesta autonomia e emergência em relação aquilo que lhe é exterior.*

*Microssistema: o sistema que, dotado de autonomia, constitui um elemento de outro sistema igualmente autônomo.*

*Subsistema: todo o sistema que manifesta subordinação relativamente a um sistema no qual se integra como parte.*<sup>42</sup>

Essas definições de Pugliesi, que cremos ser fruto dos desenvolvimentos propostos por Le-Moigne, Morin e outros epistemólogos sistêmicos, certamente não é a única de que poderíamos aqui lançar mão, mas citá-las apenas ilumina mais a ideia central que se quer transmitir sobre sistema.

---

<sup>40</sup> LE MOIGNE, Jean-Louis. Ob. Cit., p. 77, nota de rodapé n. 1.

<sup>41</sup> PUGLIESI, Márcio. *Teoria do Direito*. 2a Edição, São Paulo: Saraiva, 2009

<sup>42</sup> PUGLIESI, Márcio. Ob. Cit., p. 64-65.

Uma outra conceituação sistêmica para o direito frequentemente aludida na doutrina e lembrada por Geraldo Ataliba em seu *Hipótese de Incidência Tributária*, mostra importantes considerações de Paulo de Barros Carvalho<sup>43</sup> que aqui transcrevemos:

*É noção cediça que toda classificação só tem valor realmente científico na proporção em que se conduz à consequências de natureza prática. Essa colocação, inobstante, tem uma virtude de demonstrar que a regra jurídica - analisada em si mesma, como realidade independente do todo sistemático em que se insere – não apresenta qualquer significação, porque destituída da coatividade, que só a ordenação total lhe pode conferir. Ao mesmo tempo, é confirmação irrefutável da unidade do sistema jurídico como um todo incidível, indivisível. É demonstração eloquente do cânone da totalidade do sistema jurídico.*

*Se nos fora possível isolar algo que pudesse apresentar todos os elementos estruturais do sistema jurídico, só por isso, estaríamos reconhecendo a outra unidade e, por conseguinte, haveria de ser o reconhecimento da divisibilidade do sistema. A ordenação jurídica total deixaria de ser una, indivisível, para ser formada de tantas partes quantas fossem as unidades isoladas (...).*

Tais conceitos valorizam bastante a unicidade de perspectiva do sistema, mais do que seu funcionamento em si (o qual, como se disse, está ligado ao modelo adotado). A perspectiva unitária referida por esse autor é ponto central e do qual não temos visto os demais sistêmicos em geral divergindo, e constitui também um axioma nosso.

---

<sup>43</sup> BARROS CARVALHO, Paulo. *A relação jurídica tributária e as impropriamente chamadas "obrigações acessórias"*, in RDP 17/382, *apud*: ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6ª Ed., 10ª Tiragem, São Paulo, Malheiros Editores: 2009, p. 45.

Essas breves considerações irão, em cotejo com a noção de regime jurídico de que também trataremos adiante, auxiliar sobremaneira na composição de nossa óptica sobre o regime jurídico aplicável aos agentes públicos em geral.

Deverão, assim desejamos, funcionar como verdadeiras lentes ou prismas através dos quais a visão científica e dogmática que pretendemos traçar a respeito do tema ficará mais clara.

Isso porque não nos parece ser possível conceber o enfrentamento do tema de qual a abrangência do regime jurídico especial dos agentes públicos em face das pretensões desenhadas pelo constituinte sem, também, tomar em conta que a própria Constituição é origem e matriz de um sistema jurídico erguido sob sua égide.

Vale dizer, se o regime jurídico mais adequado em face das funções a serem cometidas aos agentes públicos decorre da própria Constituição e do direito sob ela construído, enxergar nos fins almejados os núcleos de um sistema é mais do que útil, é necessário.

Dito isso, passemos, pois, a elaborar brevemente o conteúdo da expressão regime jurídico, que com os sistemas se relaciona de forma a ser, também o regime jurídico, um sistema dentro de outro, a que podemos chamar de subsistema.

## **2.2. Regime Jurídico: uma decorrência da classificação**

A expressão que intitula esse subitem de nosso trabalho é de alta frequência entre os juristas em que nos referenciamos. Com ela se costuma denotar uma área, um aglutinado de preceitos, princípios e regras que presidem o entendimento de certos e determinados institutos jurídicos.

No Direito Administrativo é comum o uso desse conceito, e a doutrina clássica brasileira introduz seus manuais com ensinamentos a esse respeito.

Celso Antônio Bandeira de Mello, em capítulo de seu curso exclusivamente dedicado a esse fim<sup>44</sup>, debruça-se sobre a utilidade metodológica do estabelecimento de um regime jurídico administrativo.

Aquele autor explica que uma disciplina jurídica aparece quando a ela corresponde um regime jurídico, significando tal expressão o seguinte:

*um conjunto sistematizado de princípios e regras que lhe dão identidade, diferenciando-a das demais ramificações do Direito. Só se pode, portanto, falar em Direito Administrativo, no pressuposto de que existam princípios que lhe são peculiares e que guardem entre si uma relação lógica de coerência e unidade compondo um sistema ou regime: o regime jurídico-administrativo.*<sup>45</sup>

Essa caracterização de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o valor do regime jurídico é de tal importância em sua teorização geral do Direito Administrativo que comumente aparece também em algumas de suas definições de conceitos jurídicos administrativos, como por exemplo a noção que ele fornece sobre serviço público<sup>46</sup>, entre outras.

Ademais, esse mesmo autor tem obras autônomas tratando do assunto de regime jurídico, do que é exemplo seu *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*<sup>47</sup>, editado pela primeira vez em 1990.

Vê-se que esse seu pensamento caminhou sempre nas linhas de sistematização e resumo das pedras angulares do direito administrativo

---

<sup>44</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. Cit., p. 53 a 59.

<sup>45</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. Cit., p. 53.

<sup>46</sup> Definição esta que está assim formulada em seu curso: "Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente, e que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo", e prossegue em nota de rodapé sobre a complexidade da noção em comentário (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. Cit., p. 689).

<sup>47</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*. 2ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

como sendo de suma importância não apenas para sua síntese, mas para toda a sua análise como campo do saber jurídico.

É o que se colhe de texto publicado em 1986 no qual, tratando sobre os princípios fundamentais de direito administrativo e citando lições de Ruy Cirne Lima na área<sup>48</sup>, já antecipava essa visão antes mesmo da organização de seu Curso completo como o conhecemos hoje<sup>49</sup>.

Vejamos:

*Essa visão do Prof. Rui Cirne Lima sobre a relação de administração pública, essa admirável **síntese do que há de nuclear no Direito Administrativo, pode nos servir como guia, como critério, como vetor, para interpretarmos os diferentes tópicos do Direito Administrativo, e vai nos auxiliar seguramente a desentranhar os diferentes princípios que comandam o Direito Administrativo.**(grifamos)<sup>50</sup>*

As palavras acima nos remetem a um fechamento da ligação entre o que já vimos sobre a relação de administração em Cirne Lima e o que agora encontramos no conceito de regime jurídico.

Caminha no mesmo sentido a lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro quanto à unicidade de perspectiva no Direito, que inaugura um regime jurídico. A referida autora identifica como regime jurídico administrativo também o conjunto de princípios que informam e orientam a Administração Pública na consecução de seus fins e objetivos, com os seguintes termos:

*(...) a expressão regime jurídico administrativo é reservada tão-somente para abranger o conjunto de traços, de conotações, que tipificam o Direito*

---

<sup>48</sup> Lições cuja importância, na organização de nosso estudo, serão mais adiante tratadas.

<sup>49</sup> Esclarecemos que a obra hoje chamada Curso de Direito Administrativo, de Celso Antônio Bandeira de Mello, e aqui frequentemente citada, é editada com esse nome desde 1993, a partir da 4ª edição do anterior Elementos de Direito Administrativo (conforme consta no verso de sua primeira página), e que a obra coletiva a seguir mencionada é outra, que reúne escritos de renomados administrativistas em vários campos desse ramo e também se chama Curso, sob coordenação daquele autor.

<sup>50</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (coord.) *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. P. 15.

*Administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa*<sup>51</sup>

E a autora, após explicar sobre a origem do paradoxo das prerrogativas e restrições impostas à Administração Pública e que decorrem desse chamado regime jurídico, encerra o tópico com visão sistemática parecida:

*O conjunto das prerrogativas e restrições a que está sujeita a Administração e que não se encontram nas relações entre particulares constitui o **regime jurídico administrativo**. Muitas dessas prerrogativas e restrições são expressas sob a forma de princípios que informam o direito público e, em especial, o Direito Administrativo.*<sup>52</sup>

Com esses breves exemplos, fica evidente como se valem os dois autores da noção de regime jurídico para condensar normas que orientam um determinado conceito ou ramo jurídico.

Apenas para dar dimensão da importância da noção em comento, notamos na doutrina que boa parte dos modernos administrativistas brasileiros se vale desse conceito como um aglutinado de regras típicas do direito administrativo que lhe dão a face.

Como exemplos, mencionamos Lúcia Valle Figueiredo<sup>53</sup>, José Cretella Jr.<sup>54</sup>, Marçal Justen Filho<sup>55</sup> e Sílvio Luís Ferreira da Rocha<sup>56</sup>.

---

<sup>51</sup> ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 25ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 61.

<sup>52</sup> ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. Op. Cit., p. 63.

<sup>53</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 65/68.

<sup>54</sup> CRETELLA JR, José. *Manual de direito administrativo: curso moderno de graduação*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. P. 3/13 (destacamos que esse autor define o próprio direito administrativo como aquilo que os outros identificam ser o regime jurídico administrativo).

<sup>55</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. P. 48/56.

<sup>56</sup> ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 48/54.

Parece-nos assim que regime jurídico é um conceito útil como método não apenas quando estamos apartando ramos jurídicos grandes, como exemplificamos classicamente com o direito público e o direito privado, mas para além disso.

Já pudemos mostrar que não se limita o uso desse conceito para subdividir o direito dentro das grandes áreas, abrindo-nos também os campos do direito administrativo, direito tributário, direito urbanístico e direito ambiental, por exemplo. E vemos também o regime jurídico separando objetos de estudo por vezes muito próximos, integrantes de um mesmo ramo, como é o caso de nosso tema aqui.

Ora, não nos parece mais autorizada outra conclusão senão a de que se o regime jurídico é, em verdade, um apartamento de características relevantes para segregar objetos por suas diferenças. O que seria o regime jurídico senão a reunião de critérios, elementos e diferenças que foram empregados de forma ampla num processo sucessivo de escolhas para separar objetos de acordo com suas características?

E mais, escolhas feitas de acordo com as características que foram ou são relevantes para aquele que promove a construção do tal regime jurídico.

Há que se ter em conta que processos de classificação, e daí obtenção de regimes jurídicos, são ações humanas orientadas por critérios.

Assim, em conclusão, é de fundamental importância considerar que os processos de elaboração ou desvendamento de um regime jurídico tem, obviamente, de encontrar critérios e nortes no texto positivo. De outra forma, não se pode reconhecer aos fenômenos jurídicos a ocorrência de um conjunto de fatores, causas e características comuns que não encontre referibilidade na norma jurídica positiva.

Com isso resta evidente que o processo de obtenção de um regime jurídico adequado ao exercício da função pública pelos diversos agentes nela investidos deverá encontrar amparo direto naquilo que se recolhe do texto constitucional.

Adiante ingressaremos no assunto dos agentes públicos propriamente ditos sempre tendo em conta que, a par de categorias

encontradas pela doutrina, em todos eles se manifesta o exercício de uma função pública e que, para cada uma delas, haverá de corresponder um regime consentâneo com a proteção constitucional dada (ou rejeitada) para o exercício daquela atividade.

### **Capítulo 3 – Dos Agentes Públicos: Perfil Constitucional e Dogmático**

Bem se vê, a este tempo, que o Estado como realidade social e jurídica só pode mesmo exercer seus diversos misteres através de pessoas físicas com as quais mantém uma relação jurídica especial. Tais pessoas, por meio desta relação, recebem a incumbência de manifestar no mundo real as ações tendentes à satisfação do interesse público, em função do que o Estado existe.

Sendo objeto de nosso estudo essa relação, tratemos de expô-la seguindo fundamentalmente a linha adotada na Constituição e nas leis sobre o assunto.

Inicialmente, cumpre asseverar que são diversas as formas de conceituar e classificar os agentes públicos, e a partir disso elaborar concepções sobre seu regime de trabalho. Os autores que consultamos concebem classificações normalmente apoiados em ciência jurídica de diversas inspirações, mas em geral tendo em conta os sistemas jurídicos positivos sob a égide dos quais escrevem, alguns dos quais superados por ordenações positivas supervenientes.

Como neste capítulo pretendemos elaborar um pensamento sobre o atual panorama constitucional do regime jurídico dos agentes públicos, o faremos com apoio no pensamento de alguns autores na matéria e que fazem considerações classificatórias que nos pareceram consentâneas com a atualidade.

Isso porque somente a partir da fixação de bases constitucionais segundo a leitura da doutrina é que poderemos tecer nossos próprios comentários sobre identidades e diferenças que se encontram nas variadas linhas de pensamento, elaborando uma posição em respeito à ordem constitucional e legal vigente e alimentada das construções doutrinárias referenciadas que, de resto, são fundamentais para o desenvolvimento da ciência.

### 3.1. Agente Público: Noção vulgar ou literária

Parece-nos interessante apontar que a par de definições e conceitos, os funcionários públicos<sup>57</sup> recebem tratamento bastante relevante fora do direito.

Acreditando numa visão interdisciplinar do direito como técnica para seu aprimoramento, e também cientes de que o direito é um produto cultural que recolhe na multifacetada experiência humana seus valores, pensamos valer a pena observar o traço do funcionário público como é tradicionalmente configurado fora do mundo jurídico, mesmo porque o foco do estudo é eminentemente jurídico e a isso não nos furtaremos logo mais adiante.

Régis Fernandes de Oliveira<sup>58</sup> quando trata, em texto dedicado aos servidores públicos civis, do modelo weberiano de moderna burocracia estatal, aponta que o sociólogo Max Weber teria enxergado na burocracia altamente racionalizada e organizada o funcionamento de um Estado rígido e eficiente, apto a responder a demandas por meio de processos internos complexos, previstos e controlados.

Nesse espaço, o agente público é o operador do sistema, dessa verdadeira máquina que viabiliza o funcionamento estatal. Em face da alta previsibilidade das condutas possíveis, o que descortina também raízes do princípio da legalidade estrita, o agente público em geral é tido por pessoa com modesto âmbito de liberdade para pensar, orientado quase sempre por normas de toda ordem que condicionam sua conduta.

No mesmo texto, o autor afirma que a literatura dos séculos XIX e XX trata do servidor público muito em função desse modelo

---

<sup>57</sup> Destacando, novamente, para a concepção atécnica que usamos da palavra ainda neste ponto.

<sup>58</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Servidores Público Civis. In DALLARI, Adilson Abreu. NASCIMENTO, Carlos Valder do. SILVA MARTINS, Ives Gandra da. *Tratado de Direito Administrativo*. Vol 2. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 179 e ss.

weberiano de burocracia, de forma a apresentar pessoas com pouca ambição e desestimuladas por um sistema onde não lhes é dado pensar. Estados nacionais conhecidos por alto nível de burocratização como a Rússia czarista pré-revolucionária e mesmo a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas viram surgir produções artísticas em que o funcionário do aparelho estatal tem seu aspecto humano sequestrado por estruturas controladoras e agigantadas do Estado excessivamente burocratizado.

Fernandes de Oliveira observa que uma das obras mais famosas de Fiódor Dostoiévski, *Crime e Castigo*, desenvolve o pensamento da personagem principal Raskolnikov como alguém que divide a sociedade entre pessoas medíocres e repetidoras de cultura e conceitos que lhes foram ensinados, e outras pessoas possuidoras do dom da inteligência para inovar em seu meio. Os funcionários públicos ficam na primeira categoria de membros do corpo social, na concepção literária de Dostoiévski.

Franz Kafka, anota Fernandes de Oliveira, também criou textos literários brilhantes retratando mazelas de um Estado onde o império da burocracia é digno das mais ferrenhas críticas. Quanto a esse autor, relembremos ser ele o criador de obra tão recorrente em matéria de crítica à burocracia, o livro *O Processo*, que seu nome se tornou atributo daquilo excessiva e desnecessariamente complicado, verdadeiramente um adjetivo: processo *kafkiano* ou *kafkaniano*. Trata-se de obra em que o personagem central passa a trama sendo vítima de um processo confuso, no qual não lhe é dado entender os motivos do sufocamento processual, mas sofre intensamente as suas consequências. O personagem Josef K, entre sonhos bizarros e situações reais absurdas, é submetido à forte sensação de injustiça que decorre de uma lei maior sendo aplicada de forma cega e ininteligível, o que revela uma desumanidade atroz da burocracia e dialoga com o próprio aspecto não humano do personagem<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> Esclarecendo, neste ponto, que a abordagem da obra em nosso trabalho tem a limitadíssima intenção de retratar o esmagamento da humanidade pelo processo burocrático desumanizado, passando ao largo da ampla discussão filosófica que decorre da obra.

Kafka, que fora funcionário público de entidade estatal do Império Austro-Húngaro, tem suas obras em geral marcadas por brilhantes construções em que retrata a miséria humana em face da burocracia dos Estados, fazendo uso de uma estética formidável para o tema: a da sensação de claustrofobia. A crítica é dirigida muito às pessoas como criadoras das estruturas, e menos à instituição estatal, que ademais não tem vontade nenhuma em si. De outro lado, pode-se ter a crítica literária ao Estado como produtor de funcionários burocratas irracionais.

A mensagem que disso se recolhe é que os servidores, funcionários e agentes são os responsáveis por implantar e praticar a burocracia que pode tender à corrupção e ineficiência.

Mas tanto quanto são parte do problema, aos funcionários pode ser dado o protagonismo da solução.

O importante é ver que, assim como na literatura jurídica, as demais ciências sociais (e mesmo a ciência política) enxergam no servidor a pessoa apta a operação do Estado, à manifestação concreta de sua existência, vontades e interesses, e que o exercício dessas vontades é atividade de alta relevância para a vida social.

### **3.2. A relação jurídica entre o servidor e o Estado**

Francisco de Salles Almeida Mafra Filho, em obra dedicada ao tema<sup>60</sup>, quando menciona os ensinamentos de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, nota que aquele doutrinador separa em duas as teorias sobre o modo adequado para a regência jurídica do serviço público profissional, adotadas ao longo do tempo: teorias unilaterais e teorias bilaterais ou teoria do estatuto. Trata-se, em verdade, de um esboço histórico da relação jurídica existente entre Estado e seu servidor.

---

<sup>60</sup> ALMEIDA MAFRA FILHO, Francisco de Salles. *O servidor público e a reforma administrativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 26/28.

As teorias bilaterais seriam aquelas mais antigas, ligadas e na verdade oriundas de conceitos típicos do direito privado, de onde emprestam fundamentos, para sustentar que o Estado pode estabelecer uma relação consensual com seu servidor a ponto de haver verdadeira contratação entre a Administração e a pessoa física envolvida.

Demais dessa concepção ser bastante estranha a qualquer contexto mais moderno do direito público, seja porque contém pressuposto de disponibilidade pela Administração dos interesses públicos que tutela ou seja porque tampouco parece contemplar a existência de um regime contratual especial para as relações de trabalho, é bastante interessante registrá-la como uma origem histórica. Esse período remonta a uma baixíssima variedade dos institutos de direito, que em razão dessa escassez eram aplicados com maior amplitude.

Por outro lado, não se pode negar a importância da origem histórica porque vemos, após muito desenvolvimento científico, soluções jurídicas brilhantes que passam justamente pelo remontar da origem comum dos variados institutos hoje existentes.

Dito isso, o autor registra ainda apoiado em Moreira Neto que as teorias unilaterais foram um avanço, porquanto percebia-se já que a relação jurídica profissional entre Estado e servidor não poderia ser pautada por uma livre disposição entre as partes, senão mesmo por um regime disciplinar estabelecido apenas pela Administração e tendo com fim o interesse público. Essas teorias tinham apoio na ideia do ato administrativo como soberano, potente o suficiente para criar, modificar e extinguir a função pública da forma como professado por Otto Mayer e Marcello Caetano, conforme os refere Almeida Mafra Filho<sup>61</sup>.

Por fim, alguns passos adiante levam-nos à teoria mais atual, unilateral ou do estatuto, que tem sua base distintiva em relação à teoria unilateral anterior pelo posicionamento entendendo que o ato administrativo, emanado unilateralmente, vincula o servidor de forma indevida porquanto é emanado

---

<sup>61</sup> ALMEIDA MAFRA FILHO, Francisco de Salles. *Ob. cit.*, p. 23/24

pela Administração como pessoa<sup>62</sup>. O estatuto, por outro lado, seria mais adequado e eficiente quando a vez o regime de trabalho do servidor é então definido na lei, mesmo que unilateralmente.

Essa concepção faz mais sentido quando se tem em mente que a lei tem a maior aptidão de definir com legitimidade os valores prestigiados na defesa do interesse público, porquanto realiza o antes referido interesse público primário<sup>63</sup>, e o faz por meio da produção legislativa dos representantes diretos do povo.

### 3.3. Conceito de Agente Público

Com o panorama acima podemos seguir na conceituação atual do agente público em sentido amplo, fundamental para encontrar a abrangência do regime jurídico que lhe seja aplicável.

Conceitos são reduções e limites que se colocam sobre objetos – materiais ou ideais – a pretexto de lhes atribuir um rótulo estanque. O caráter sujeito ao equívoco dos processos classificatórios (enquanto resultado de ciência, sujeita ao falibilismo) pode levar a conceituações formuladas sem os devidos cuidados e que darão em conclusões inúteis, como é sabido em matéria de processos classificatórios e obtenção de regimes jurídicos.

Quanto aos agentes públicos tomados em sua generalidade, José Cretella Jr. registra a noção de Themístocles Brandão

---

<sup>62</sup> Vale recordar, aqui, a distinção que se faz entre a Administração Pública como representante de um interesse público secundário, emanado por atos administrativos, e o a Administração Pública como representante de um interesse público primário, delineado, editado e protegido pela lei. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 66/68). A par das críticas que possa receber essa concepção (principalmente no sentido de que o interesse público secundário não seria sequer interesse público), a noção aqui nos vem a calhar pois mostra que, como quer que se chame, há uma evidente distinção entre o interesse prestigiado pelo ato administrativo e aquele prestigiado pela lei em sentido estrito, chame-se a qualquer deles interesse público ou não.

<sup>63</sup> Cf. nota anterior: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 66/68

Cavalcanti<sup>64</sup> de que “*nada é mais difícil do que definir o que seja funcionário público*”.

Muito embora acreditemos que essa afirmação tem, em face dos conhecimentos modernos sobre os agentes públicos, mais efeito performático do que substantivo, o estudo do assunto revela pensamentos diversos em matéria de servidores.

Há frequentemente questões controvertidas que decorrem do conceito que se atribua a agente público, a despeito de por vezes aqueles que com essas questões se digladiam não estarem a perceber que se trata de mera questão de conteúdo daquilo que se pretende abrigar sob um mesmo rótulo. Esse problema nos remete também à questão da classificação e do regime jurídico como técnicas, relevando aqui dizer que não se pode prescindir de adotar uma boa técnica lógica em tais processos.

Também é de relevo observar que conceitos importados de sistemas jurídicos positivos devem ser abordados com máxima cautela e feitas adaptações que se impõem pelas circunstâncias particulares do sistema que os recebe. Petko Stainof<sup>65</sup> bem afirmou que a questão de definir funcionário público passa antes por um problema de se ter a noção de funcionário, porque a definição<sup>66</sup> estaria ligada ao sistema de direito positivo, enquanto por noção se pode ter algo um pouco mais universal.

Vemos que a doutrina trata de maneira sóbria e direta do conceito de agente público, e cremos que por pragmatismo, chega por vezes a abraçar conceitos amplíssimos talvez porque se revelem mesmo mais seguros.

---

<sup>64</sup> CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*, 3ª ed., vol IV, p. 51 *apud* CRETELLA JR., José. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2ª Ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 455.

<sup>65</sup> STAINOF, Petko. *Le fonctionnaire*. Paris: Delagrave, 1933, p. 24 *apud* CRETELLA JR., José. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2ª Ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 456.

<sup>66</sup> Tratamos definição e conceito, aqui, como similares de raiz jurídico-positiva, e noção como ideia de radicada em lógica jurídica. Alertamos, quanto ao problema semântico e científico das expressões definição, conceito e noção, que delas aqui não iremos nos ocupar para além de, como está exposto no subtítulo, conceituar agente público e diferenciar o conceito ou definição de noção, como ora fizemos. Por nos parecer inútil neste estudo é que, sem ignorar amplo e frutuoso debate epistemológico sobre o alcance desses vocábulos, nos furtamos de nele ingressar.

José Cretella Jr. aduz<sup>67</sup> que basta que o Estado reconheça ou delegue qualquer parcela de sua força jurídica aos atos de alguém para que a este se possa chamar de agente público.

É assim que nessa categoria ampla, José Cretella Jr. traz, entre alguns pensadores estrangeiros, o dizer de Enrique Sayagués Laso<sup>68</sup>, para quem não há qualquer distinção orgânica entre empregado público e funcionário público, sendo todos agentes públicos no problema das subclasses de uma espécie maior. Cretella Jr.<sup>69</sup> menciona ainda que, no Brasil, doutrina, lei e jurisprudência contribuem para que se possa entender como de fato muito ampla a categoria de agentes públicos.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>70</sup>, por sua vez, também chama de *agentes públicos* à categoria mais ampla possível, em definição simples, que abarca todas e quaisquer pessoas por meio de quem o estado se manifeste. Não custa lembrar, estão essas pessoas a promover a ação estatal que visa, sempre e inexoravelmente, a satisfação do interesse público.

Nessa categoria, verdadeiro gênero que comporta também muitas espécies, incluem-se para tal autor todos aqueles que expressam a vontade estatal, de forma permanente ou mesmo que episodicamente (ou apenas uma única vez). O autor, quando fala dessa categoria, afirma que nela se acham desde os chefes do Poder Executivo federal, estadual, distrital e municipal, bem assim os parlamentares dessas três esferas de governo, toda sorte de ocupantes de cargos, empregos e funções nos três poderes estatais, e ainda aqueles delegados de função pública, e mesmo os requisitados e contratados pela Administração para serviços ou missões ocasionais. Com isso o autor quer dizer tratar-se de fato da mais ampla categoria de pessoas incumbidas de manifestar o interesse público.

---

<sup>67</sup> CRETELLA JR., José. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2ª Ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 455.

<sup>68</sup> SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. 1953, vol I, p. 263 *apud* CRETELLA JR., José. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2ª Ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 456

<sup>69</sup> CRETELLA Jr., José. *Idem, ibidem*.

<sup>70</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 248.

Essas pessoas recebem do Estado o dever de cumprir uma missão, e a essa missão o Estado associa sua força jurídica, emprestando poderes instrumentais de que disporão os ditos agentes para cumprirem suas incumbências.

Concordamos com a acepção ampla de Celso Antônio acima enunciada, valendo oferecer em outras palavras que agente público é aquele que se expressa no mundo físico com algum fundamento no direito administrativo e veiculando a voz do Estado.

Um ponto importante de ser lembrado é que essa força jurídica são os poderes jurídicos. Os poderes-deveres, instrumentais que são, devem ter sempre a medida necessária e suficiente para o atingimento do fim. A diminuição do poder instrumental necessário para o exercício da função pública constitui menosprezo do interesse público. De outro lado, o exagero na atribuição da dita qualidade jurídica constitui agressão ao interesse público, que pode ver seu obrigatório protagonismo ameaçado por uma potencial utilização desmesurada<sup>71</sup>.

Pois prosseguindo em um preciso e delicado processo classificatório, de todo respeitoso a uma acurada técnica lógica como lhe é marcante, Celso Antônio averba que a primeira distinção que se faz nas categorias de agentes públicos é aquela concernente aos que integram e aos que não integram o aparelho estatal<sup>72</sup>.

Isso porque o doutrinador estabelece dois requisitos para que se chame a alguém um agente público: um de ordem objetiva, consistente no exercício pela pessoa da função pública, e outro de ordem subjetiva, respeitante à investidura nessa função.

O conceito de agente público, para o autor, é de construção acadêmica e doutrinária e provoca efeitos no sistema jurídico positivo<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> Essa premissa nos é também muito cara, e servirá de apoio fundamental em conclusões que só mais à frente teremos.

<sup>72</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 249.

<sup>73</sup> Vale anotar, quanto a isso e a título de registro filosófico do positivismo jurídico, que aqui se mostra como o sistema lógico jurídico é capaz de identificar com precisão a manifestação

O exercício de função pública ou de atividade tipicamente estatal enseja, em face do agente, contraste de seus atos pela via consagrada do mandado de segurança<sup>74</sup>, seja o agente integrante ou não do aparelho estatal. O autor anota também como exemplo que, da mesma forma e em geral, submete-se o agente público a controle do seu excesso de poder<sup>75</sup> e à configuração de seus atos como improbidade administrativa<sup>76</sup>.

Maria Sylvia Zanella di Pietro quando trata deste assunto em seu curso<sup>77</sup> inicia esclarecendo questão sobre a taxonomia dos tipos de servidores.

Diz a referida autora que há na doutrina uma tradição em designar as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado de forma profissional como funcionários públicos, mas que, em razão dos termos empregados na Constituição da República de 1988, uma mudança nesse paradigma se operou. Isso ocorre ao menos quanto à forma de designar os servidores em matéria constitucional, vez que a legislação ordinária continua designando os agentes conforme a nomenclatura antiga, muito em função de normas antigas permanecerem em vigor, apenas recepcionadas pela Constituição.

Assim é que se designa modernamente o gênero como agentes públicos, abrangendo “toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta”<sup>78</sup>. A essa concepção aderimos, sendo que adiante esclareceremos o problema semântico.

Diz a autora que hoje, em razão do texto constitucional em seu art. 37, exige-se a inclusão sob tal rótulo todos aqueles acima definidos, isto é, incluindo os servidores e empregados de pessoas jurídicas

---

da função pública para, só após, recolher no sistema positivo essas manifestações que se apresentam mais como exemplos do que como fontes de saber sobre o fenômeno analisado.

<sup>74</sup> Ação constitucional de inquestionável valor jurídico, assegurada pelo art. 5º, da Constituição da República, e disciplinada na Lei 12.016/2009.

<sup>75</sup> Pela via do abuso de autoridade, também de valor lógico jurídico clássico e entre nós regradada pela Lei 4.898/65.

<sup>76</sup> Qualificação jurídica de atos que quebram a esperada confiança no agente público, modalidade punitiva e controladora inovadora e de alto potencial regulada na Lei 8.429/92.

<sup>77</sup> ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 25ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 580 e ss.

<sup>78</sup> ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Idem*, p. 581.

de direito privado instituídas pelo Poder Público; nomeadamente as fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista.

De sua parte, a par de diversas citações e um caminho no sentido de que o conceito de funcionário ou agente público é vago demais, Cretella Jr. finaliza<sup>79</sup> sua exposição também arguindo que vigoram, no direito brasileiro, em geral duas definições ou conceitos para agentes públicos.

A primeira se recolhe da norma estatutária dos servidores, seu Estatuto, e nela se vem afirmando<sup>80</sup> que funcionário público é aquele legalmente investido em cargo público.

A segunda, e mais abrangente, consiste na admissão do que conceito de funcionário público dado pelo Código Penal, quando dispõe sobre os crimes cometidos por funcionários contra a Administração<sup>81</sup>, e averba no art. 327, *caput*: “*considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública*”. O § 1º deste dispositivo, com redação dada pela Lei 9.983/2000 ainda o alarga: “*equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública*”.

Essa concepção penal de funcionário público, porquanto ampla e registrada em direito positivo, nos parece bastante acertada.

Anotamos ainda como é curioso e até irônico que a legislação esparsa, a pretexto de tratar de questões de outros campos do direito ou ao largo de precisar conceitos para o direito administrativo, por vezes aborda com maior precisão problemas de direito administrativo do que

---

<sup>79</sup> CRETELLA JR., José. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2ª Ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 468.

<sup>80</sup> Porque, anotamos, desde o primeiro estatuto em 1939 até aquele em vigor (de 1990), os textos federais a respeito trabalham com uma definição bastante restrita, e até mesmo pobre, desse conceito.

<sup>81</sup> Código Penal, Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Título XI, Capítulo I, arts. 312 a 327.

quando a lei é editada para dispor sobre questões da Administração Pública propriamente dita<sup>82</sup>.

Edmir Netto de Araújo<sup>83</sup> também fala no agente público como aquele que maneja no mundo real as ações do Estado. O autor registra que essas pessoas desempenham função ou atribuição considerada pelo Poder Público como a si pertinente, por meio de diversos títulos jurídicos possíveis.

Odete Medauar<sup>84</sup> sintetiza nos agentes públicos a categorias mais ampla, que abarca “todos aqueles que mantêm vínculo de trabalho com os entes estatais, de qualquer poder”.

Embora as definições que ora abordamos sejam amplas demais para a fixação de nosso objeto de estudo aqui, não se pode negar a elas a fundamental característica de serem recolhidas do direito positivo, característica esta bastante estabilizadora em nossa cultura positivista. De outro lado, não entendemos que fere a acuidade da pesquisa passar por tais definições, porquanto elas vem contribuir com a noção geral de agente público e isso nos é caro em termos de fixar bases.

O mesmo ocorre com a classificação dos agentes públicos, de que a seguir nos ocuparemos visando registrar a formação de

---

<sup>82</sup> Referimo-nos ao parágrafo 1º do art. 327 do Código Penal, não quanto a definição de funcionário, mas quanto à referência às atividades típicas da Administração como elemento caracterizador da função pública, coisa que as vezes não se vê em legislação especial sobre agentes e servidores. O mesmo ocorre, para ilustrar, com o problema do art. 247 da Constituição Federal que, ao tratar da forma e procedimento para demissão de servidores, alude a carreiras exclusivas de Estado, abrindo uma remissão à futura lei para definição do que seja isso. A referida disposição constitucional de eficácia limitada, instituidora de princípio segundo a conhecida sistematização de José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 126) não se opera ainda hoje, entretanto, à falta da lei que a regulamente.

São questões da maior relevância para a matéria de agentes públicos e que, a exemplo de tantas outras, permanecem aguardando deliberação do Congresso Nacional para integração de um sistema jurídico-positivo mais sólido, de que tanto carece nosso direito positivo e do que com razão reclama a ciência jurídica nacional. Não nos olvidamos, por outro lado, que nada é melhor que pouco quando se trata de produção legiferante de péssima qualidade técnica, restando assim apenas o voto de que o futuro nos reserve melhores legisladores.

<sup>83</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 288/289.

<sup>84</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 16ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 293.

categorias. Repita-se, o regime jurídico estatutário ou os demais regimes existentes também encontram nessas formulações lógicas amparo para identificarmos mais adiante a medida de sua abrangência constitucional no direito brasileiro.

### **3.4. Classificação dos agentes públicos**

O processo de acomodação dos agentes públicos brasileiros em classes pode adotar, como processos de classificação em geral podem, diversos critérios e assim resultar em múltiplas possibilidades.

O estudo do assunto na doutrina nacional revela que a linha de classificação preconizada por Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>85</sup> e Maria Sylvia Zanella di Pietro<sup>86</sup> são muito frequentemente adotadas pelos demais autores modernos, sem prejuízo da existência de outras proposições de alto valor científico com maiores ou menores divergências.

Por essa razão, trataremos aqui das categorias a que se referem estes autores, à diferença de apenas uma, abrindo eventualmente novas categorias quanto a autores que as estabelecem e cujo processo classificatório nos tenha parecido relevante em face de nossos objetivos.

#### *3.4.1. Agentes políticos*

A primeira categoria é a dos agentes políticos, sumarizados nesta expressão que é esclarecedora até a quem não trata hodiernamente com o sistema jurídico. Para Celso Antônio, são eles os titulares dos cargos estruturais da organização do estado, os mais elementares e iniciais núcleos de condução e direção do estado e que, por

---

<sup>85</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 251 a 258;.

<sup>86</sup> ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 25ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 580 e ss.

isso mesmo, normalmente têm seu papel disciplinado na Constituição da República.

São os titulares dos cargos que dão o perfil organizacional do estado brasileiro. Fala-se aqui dos chefes do poder executivo nas três esferas de governo, seus auxiliares diretos na função política (Ministros de Estado, Secretários de Estado e Secretários Municipais) e os titulares de mandato parlamentar, vale dizer, todos os congressistas integrantes do poder legislativo, também nas três esferas de governo.

Tais agentes não são profissionais da função pública, mas ocupam seus cargos pela qualidade de cidadãos, e têm vínculo de natureza política com o Estado. Justamente em razão da natureza desse vínculo é que são os responsáveis pela condução dos destinos da sociedade. Anota-se, ainda, que sua relação jurídica com o estado tem amparo e substrato direto na Constituição e nas leis, não em nenhuma disposição ou acordo contratual. É sempre e necessariamente a chamada relação estatutária.

Destaca-se, quanto a tais agentes, a existência de uma dupla responsabilização jurídica por seus atos no exercício dos mandatos. Isso porque Supremo Tribunal Federal tem entendido<sup>87</sup> que aos agentes políticos aplica-se uma dupla normatividade sobre seus atos, ficando sujeitos tanto a crimes de responsabilidade (Lei 1.079/50) quanto a improbidade administrativa (Lei 8.429/92), à exceção do Presidente da República, que se submete apenas ao regime dos crimes de responsabilidade.

Maria Sylvia menciona também o pensamento de Hely Lopes Meirelles a respeito dos agentes políticos<sup>88</sup>, para quem tal categoria engloba ainda as pessoas investidas em funções e atribuições delineadas apenas no texto constitucional. É sabido que a concepção do referido pensador tem amplitude larga com essa base, abrangendo não apenas aquelas pessoas chamadas à categoria por Celso Antônio, mas também os

---

<sup>87</sup> Entendimento esposado, pelo menos, na ACO 2.356/PB, Pet 3.923/SP e AC 3585 AgR/RS.

<sup>88</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16ª Ed. São Paulo: Malheiros *apud* ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 25ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 580 e ss..

membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, vale dizer, os magistrados e Promotores de Justiça e Procuradores da República, como ainda todos os integrantes destas carreiras (Procuradores de Justiça, Procuradores Regionais da República, Desembargadores, ministros de tribunais superiores e etc.).

Reconhecendo nesta categorização um critério do qual discorda (o perfil constitucional dos cargos), a autora a rejeita para preferir os contornos dados por Celso Antônio Bandeira de Mello, excluindo os membros dos Poderes Judiciário e do Ministério Público, bem como os integrantes das carreiras da Advocacia e Defensoria Pública, por entender que tais cargos exercem atribuições técnicas, e não políticas, sendo que sua atuação não é marcada pelo desenho político institucional e pela realização de juízos de conveniência e oportunidade. Vale dizer, a atuação desses órgãos não é pautada por escolhas políticas dentro de contornos legais e por meio da legitimidade democrática normalmente reconhecida na sua atuação.

Desnecessário seria repetir os termos teorizados por Celso Antônio quanto aos agentes políticos não abrangerem membros do judiciário e Ministério Público, posto que já o fizemos linhas atrás e dito que Maria Sylvia a eles adere de forma geral.

Cumprido, entretanto, anotar que esta doutrinadora anota em seu texto<sup>89</sup> uma tendência jurisprudencial no sentido de reconhecer aos membros da magistratura uma função política a justificar seu enquadramento nesta categoria. Cita, por oportunidade deste pensamento, voto do então Ministro do Supremo Tribunal Federal Néri da Silveira proferido no Recurso Extraordinário 228.977/SP, no qual ficou esposado entendimento neste sentido e calcado justamente no exercício de atribuições constitucionais, com liberdade funcional, prerrogativas próprias e legislação específica. Isto é, o entendimento mencionado adere à teorização de Hely Lopes Meirelles com os mesmos fundamentos antes lançados pelo administrativista.

---

<sup>89</sup> ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Idem*, p. 583.

Edmir Netto de Araújo<sup>90</sup> fala também dos agentes políticos, em linhas gerais, da mesma forma como o fazem os anteriormente citados. O caráter de representatividade (político) de suas funções e a sua transitoriedade, num ambiente democrático, são os traços marcantes desses agentes para o autor. Araújo anota, ainda quanto aos agentes políticos, que normalmente ocupam suas funções por eleição (no primeiro escalão, Chefes de Poder Executivo e Parlamentares) ou por confiança dos primeiros (no segundo escalão, Ministros e Secretários em geral). Na mesma linha é a doutrina de Odete Medauar<sup>91</sup> a respeito, quanto a eleição e a correspondente nomeação em confiança dos agentes políticos de primeiro e segundo escalão, respectivamente.

#### 3.4.2. Agentes honoríficos

A doutrina reconhece também a categoria dos agentes honoríficos, nome também de boa precisão semântica. Esta categoria, vale destacar, é exposta com menor frequência na doutrina, sendo tratada por Celso Antônio, mas também por Camen Lúcia Antunes Rocha<sup>92</sup>.

Trata-se de pessoas que ocupam funções altamente relevantes na República, mas cuja conduta não determina os destinos políticos da nação. Têm eles acesso a tais cargos em razão da nomeação por agentes políticos e ela se dá em geral por conta de relevantes conhecimentos que detém em certas e determinadas áreas (mesmo na política).

Estas pessoas normalmente não têm atribuições que lhe tomam a integralidade do expediente de trabalho, e por isso também geralmente não são remuneradas de forma fixa, seu trabalho é de regra gratuito e prestado à nação. Por vezes recebem retribuição pelo

---

<sup>90</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 290/291.

<sup>91</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 16ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 293

<sup>92</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 35.

comparecimento a reuniões de que participam. Cuida-se, em geral, de membros de conselhos consultivos e deliberativos sobre questões de ordem nacional (Conselho da República, Conselho de Defesa Nacional, etc.).

### 3.4.3. *Servidores estatais ou Servidores Públicos*

Em seguida, Celso Antônio fala nos servidores estatais, que são aqueles cuja relação jurídica mantida com o Estado é de natureza profissional, não eventual e com vínculo de dependência. Trata-se da forma mais comum e ampla, que verdadeiramente estrutura o exercício da função pública no que toca a operação diuturna do estado.

Anotamos nós, ainda, serem estes os mais assemelhados aos empregados que prestam serviços de forma profissional e natureza não eventual às empresas privadas. Vale dizer, são a força motriz de trabalho da Administração Pública.

Subdividem-se os ditos servidores em duas categorias (espécies ou subespécies), anotadas por Celso Antônio como existentes em razão da disciplina constitucional do assunto<sup>93</sup>: os servidores públicos e os servidores governamentais das pessoas de direito privado.

Os primeiros, servidores públicos, são os que mantêm relação jurídica de trabalho com as pessoas jurídicas de direito público, e podem ser os servidores titulares de cargos públicos (antes chamados de funcionários públicos) ou servidores empregados públicos, admitidos sob regime da legislação privada, qual seja, a Consolidação das Leis do Trabalho (com a influência das inderrogáveis normas de direito público) em razão de uma contratação para atividades materiais subalternas, ou por remanescência de regime jurídico anterior<sup>94</sup>, ou por contratação temporária para atendimento de excepcional interesse público nos termos do art. 37, IX, da Constituição.

---

<sup>93</sup> Sobre a disciplina constitucional dos servidores públicos falaremos mais adiante, bastando apenas mencionar isso como fundamento da classificação ora em estudo.

<sup>94</sup> Ainda que se trate de regimes marcados de inconstitucionalidade, como anota Celso Antônio. O mesmo comentário quanto a esses remanescentes e a inconstitucionalidade de sua admissão e convívio no serviço público é feito por Silvio Luis Ferreira da Rocha (ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 215).

Os segundos, servidores governamentais das pessoas jurídicas de direito privado, são os empregados das empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista) e fundações de direito privado instituídas pelo Estado, que adotam o regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Vale dizer, quanto a estes também, que a CLT aplicada a agentes públicos quaisquer que sejam sofre indisfarçável influência do regime jurídico administrativo quanto a algumas regras<sup>95</sup>.

Na categoria que chama de servidores públicos, Maria Sylvia encaixa por sua vez três subespécies de servidores. São elas: servidores estatutários, empregados públicos e servidores temporários.

Vê-se que sua categorização não difere substancialmente da que antes abordamos, de Celso Antônio; a diferença é de espectro de observação, posto que a classificação por ela proposta foca mais na natureza da relação jurídica do que na natureza da pessoa jurídica “empregadora”.

Quanto aos servidores estatutários, a posição de Maria Sylvia não diverge do que estudamos ao comentar os escritos de Celso Antônio. Trata-se de servidores ocupantes de cargos públicos, regidos por lei específica (o seu estatuto) que, como evidente, é objeto de deliberação e ajuste unilateral pelo Poder Público por meio de lei, respeitados os direitos adquiridos.

Na categoria dos empregados públicos, a autora designa aqueles empregados contratados sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, ocupando empregos públicos que são inafastavelmente influenciados pelas normas constitucionais que regem os agentes públicos em geral, ou ao menos a espécie servidores públicos.

A seguir a autora trata dos servidores temporários, os quais são contratados para exercer funções temporariamente e submetidos a um regime jurídico especial a ser disciplinado por cada ente da federação. Trata-se de funções a serem preenchidas conforme uma previsão constitucional expressa, contida no art. 37, IX, que exige a instituição de lei

---

<sup>95</sup> Essa questão, pela sua relevância em nosso trabalho, também comentaremos mais adiante.

para estabelecer “casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”.

A esse respeito a doutrinadora faz comentários mais aprofundados, citando exemplo de lei paulista que, a pretexto de regulamentar as condições do trabalho temporário na Administração estadual antes da Constituição de 1988 acabou por desvirtuar a ideia de temporariedade (antes já existente no regime constitucional de 1967) e criar séries de funções-atividades com caráter permanente. Diz a autora que só depois de 21 anos de vigência do texto constitucional atual, em 2009, foi editada nova norma regulamentando adequadamente a questão.

Para a esfera federal, a autora comenta a existência da Lei 8.745/93 regulamentando o inciso IX do art. 37 da Constituição.

Quanto ao regime de emprego em caráter definitivo, o caso dos empregados públicos, anotamos junto da autora a existência da Lei 9.962/00 regulamentando o assunto no âmbito da Administração federal. Neste ponto registramos que os Estados, em razão de não terem competência legislativa sobre direito do trabalho<sup>96</sup>, não podem instituir leis próprias para regulamentar seus empregos públicos, senão aplicar integralmente a CLT, excepcionando e conformando-a apenas naquilo que foi expressamente disposto pela Constituição da República, da mesma forma que a lei federal citada o fez.

Tratando de casos específicos, a doutrinadora menciona também a parte os agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias. Em razão das Emendas Constitucionais 51 e 63, tais profissionais tiveram algumas disposições constitucionais dedicadas às suas atribuições e ao seu funcionamento dentro do Sistema Único de Saúde. Existe para estes agentes previsão constitucional de processo seletivo público na sua admissão, o que chama a atenção, como anotado por Maria Sylvia, em razão da diferenciação da cláusula constitucional geral que exige a realização de

---

<sup>96</sup> Conforme Constituição da República, Artigo 22: “Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; (...)”

concurso público para cargos e empregos em geral (art. 37, II, da Constituição)<sup>97</sup>.

A hipótese desses agentes, comentada pela doutrinadora, nos chama maior atenção em face da Lei Federal 11.350/2006, que regulamenta o parágrafo 5º do art. 198 da Constituição da República e disciplina as atividades desses funcionários. Ocorre que a referida lei, em seu artigo 8º e a propósito de regular o regime jurídico dos ditos profissionais, dispôs estarem eles submetidos ao regime da CLT, “salvo se, no caso dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, lei local dispuser de forma diversa”.

Parece-nos excessiva a vagueza da dicção legal quando trata de certa função pública a ser desempenhada e, com tal função fixando a correspondência de um cargo com nomenclatura e atribuições específicas, resolve deixar ao talante do legislador ordinário futuro a escolha do regime jurídico adequado, aparentemente a ser adotada conforme critérios abertos de conveniência e oportunidade. Vale dizer, a aparência de uma opção legislativa denotar ampla e indesejável discricionariedade nos parece odiosa.

Fixa-se neste ponto questão fundamental de nosso tema de estudo. Porque poderia a lei deixar uma margem de escolha legislativa futura a eleição de regime jurídico para certa e determinada função? Inexiste desde logo um regime mais adequado e compatível, em face dos atributos exercidos pelo agente? Ou ainda, inexistem parâmetros pré-existentes que devam orientar uma eventual eleição de regime pelos entes federados e municípios, a ponto de não constarem do texto de lei?

Tornaremos à questão no momento oportuno.

Pois, comentando sobre a expressão funcionário público, abandonada na Constituição da República de 1988 e substituída, no entender da autora, pela expressão servidor público, Maria Sylvia alude ao tema de nosso estudo quando fala do regime jurídico único mencionado

---

<sup>97</sup> Anotamos, quanto a isto, que a emenda constitucional em questão provavelmente é fruto de discussão legislativa pouco amadurecida ou apressada em resolver um problema específico, uma vez que não se revela nada óbvio em qual medida diferem as funções de tais agentes das demais inúmeras funções públicas organizadas em carreiras de servidores e que estão submetidas à obrigatoriedade do concurso público.

originalmente no *caput* do art. 39 da Constituição, aplicável aos servidores da Administração direta, às autarquias e fundações públicas.

Ela observa que o texto original foi alterado pela Emenda Constitucional 19/1998, com supressão da expressão *regime jurídico único* e assim abrindo a possibilidade, em seu entender, de coexistência de regimes diversos dentro de um mesmo órgão ou entidade. Anota que a mudança foi desfeita após julgamento de medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal, restabelecendo-se a partir de então o texto original<sup>98</sup>.

Para a autora, algumas categorias de servidores estão necessariamente submetidas ao regime estatutário, ocupando cargos por disposições de leis próprias, como já vimos com os membros da magistratura, do Ministério Público, dos tribunais de contas, da advocacia e da defensoria pública. O mesmo entendimento se aplica, em seu entender, aos serviços auxiliares da justiça. E segue a autora afirmando que ocupam cargos públicos, ainda, os servidores que desenvolvem atividades exclusivas de Estado, na linha do disposto pelo art. 247 da Constituição da República com a redação alterada pela mesma Emenda Constitucional 19/1998, uma vez que se lhes exigem especiais condições para a ruptura da relação de trabalho travada com a Administração.

Tais carreiras não foram definidas em lei, mas a autora assegura que dentre elas poder-se-á achar aquelas acima mencionadas, acrescidas das carreiras policiais, de controle, fiscalização, diplomacia e regulação.

Para os servidores das chamadas empresas estatais e fundações privadas, a autora entende ser correto o regime da CLT, vez que a Constituição assim dispõe expressamente para as estatais exploradoras de atividade econômica (art. 173, § 1º, em razão da concorrência normal), o mesmo se estendendo às demais entidades por ser o regime que se coaduna com a natureza de direito privado eleita para governar a constituição e funcionamento dessas pessoas jurídicas.

---

<sup>98</sup> Relegamos, uma vez mais, o aprofundamento desse tema, regime jurídico único, para o capítulo posterior, em que trataremos dos regimes jurídicos de trabalho.

Por fim, temos que Edmir Netto de Araújo<sup>99</sup> registra também que os servidores públicos são o grande contingente de agentes públicos que faz funcionar a máquina estatal em geral. Na mesma linha de Maria Sylvia, o autor afirma que esses servidores são os profissionais da Administração, em relação de trabalho e sob vínculo de dependência econômica com o Estado, em escalas hierárquicas e com subordinação entre eles. Destaca, ainda, que o vínculo dos servidores públicos é de natureza permanente, não transitório ou eventual.

Araújo observa, também, que os servidores se encaixam em dois grandes grupos quanto a sua relação jurídica com o Estado. São eles os de regime estatutário e aqueles de regime contratual.

Neste ponto aderimos à classificação proposta por Celso Antônio e Maria Sylvia, mencionadas, por nos parecer suficientemente adequada a formulação destes autores para estabelecer as distinções fundamentais, verdadeiras subdivisões, na classe dos servidores públicos ou servidores estatais.

#### 3.4.4. Militares

Maria Sylvia destaca também essa categoria, menos frequente na doutrina, afirmando que os servidores militares formam uma categoria à parte porque, muito embora também submetidos a regime jurídico estatutário, a Emenda Constitucional 18/1998 os segregou da categoria geral dos servidores públicos. Registramos que Álvaro Lazzarini também redigiu monografia própria sobre os servidores militares<sup>100</sup>, alçando-os como categoria própria.

Quanto aos militares, vige, para Maria Sylvia, regime jurídico próprio com as mesmas características de estatutário – disposto por força de lei e livre de avenças possíveis entre servidor e Estado, alterável

---

<sup>99</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 290/291.

<sup>100</sup> LAZZARINI, Álvaro. *Servidores Militares*. In DALLARI, Adilson Abreu. NASCIMENTO, Carlos Valder do. SILVA MARTINS, Ives Gandra da. *Tratado de Direito Administrativo*. Vol 2. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 244 e ss.

unilateralmente – com aplicação de diversas regras regentes dos trabalhadores em geral por disposição constitucional expressa (art. 142, § 3º, VIII), que determina o deferimento de diversos direitos e obrigações que podem ser tidos, justamente em razão disso, como fundamentais das relações de trabalho.

Em face da semelhança quase total com os servidores estatais antes tratados, registramos que em nosso entender os servidores militares não devem ser tratados como categoria em separado. Apenas o fato de terem recebido tratamento em título distinto pela Constituição não parece revelar, na leitura do texto, reais diferenças que justifiquem esse tratamento diferente. A hipótese para eles, em nosso entender, é de que integram a categoria dos servidores estatais de forma geral, com algumas regras (especialmente disciplinares e penais) específicas, insuficientes para desfigurar a sua identidade geral como servidores públicos.

#### *3.4.5. Particulares em colaboração com a Administração / Poder Público*

Nessa categoria abarca-se os particulares que não perdem sua condição de estranhos à intimidade da Administração, mas recebem o encargo da função pública, mesmo que episodicamente.

Dividem-se, segundo Celso Antônio em cinco subespécies, a saber:

Os requisitados para prestação de atividade pública, assim sendo aqueles que não travam nem eventualmente uma relação de trabalho com o Estado, mas são chamados a colaborar em ocasiões específicas e esporádicas pelo exercício de um *munus* público. São os jurados, os chamados mesários (membros de mesa receptora de votos), os recrutas de serviço militar obrigatório, etc.

Há aqueles que, por iniciativa própria, assumem gestão e organização da coisa pública em razão de situações de necessidade pública urgente ou emergentes, excepcionais. Também não tem qualquer vínculo contínuo com a Administração e sequer são chamados a ter: veem-se diante de situações nas quais apenas passam a agir, chamando para si a atividade

pública, dela se despedindo tão logo se normalize a situação que ensejou sua atuação ou assim que o Estado passe a assumí-la adequadamente.

Os contratados por locação civil de serviços são aqueles que o Estado elegeu para prestar um serviço específico, remunerado, em situação também especial. Celebram um contrato administrativo pelo qual se obrigam a essa tarefa específica, normalmente de notória especificidade que torna inexigível a licitação. O exemplo dado por Celso Antônio é a contratação de um advogado contratado apenas para uma sustentação oral perante tribunal superior em causa de interesse da Administração, ante sua nítida especialidade no litígio em questão.

Tem-se, ainda, os concessionários e permissionários de serviços públicos. Tais são aquelas pessoas físicas ou jurídicas de direito privado que, em regra, por meio de licitação, celebram um instrumento administrativo pelo qual o estado lhes repassa a prestação material de um serviço público para que prestem sob sua própria conta, risco e perigos, e explorem o dito serviço como atividade econômica regulada, retirando normalmente do serviço sua remuneração. Reforce-se que não se cuida aqui de exploração de atividade econômica, senão de prestação de serviço público por particular com fins econômicos, isto é, obtenção de lucro. E nem poderia, pois é sabido entre nós que serviços públicos não são objeto de comércio, vale dizer, atividade econômica de livre mercado.

Finalmente, há os delegados de função ou ofício público. Distinguem-se dos concessionários e permissionários pois não exercem atividade material, mas atividade jurídica. Assim, embora sejam remunerados por taxa, tarifa ou preço público, suas atividades não consistem em prestação material, mas na prática de atos jurídicos típicos de função pública e que, em razão da expressa disposição constitucional<sup>101</sup>, são exercidas por particulares e sem que percam essa condição.

---

<sup>101</sup> É o caso do artigo 236 da Constituição da República, dispondo que a atividade notarial e de registro será delegada a particulares para que a exerçam em caráter privado, regulamentada pela Lei 8.935/94.

Citando Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Edmir Netto de Araújo<sup>102</sup> observa que aquele autor já havia anotado que os particulares em colaboração com a Administração no passado não foram sequer alocados como categoria de agentes públicos. Esse entendimento depois foi alterado pela doutrina, informa citando então Maria Sylvia Zanella<sup>103</sup>, Hely Lopes Meirelles<sup>104</sup> e Diógenes Gasparini<sup>105</sup>, pois ainda quando seja apenas transitória, a função exercida por tais agentes constitui sim expressão do Poder Público.

É digna de nota, entretanto, a afirmação de Odete Medauar<sup>106</sup> de que aqueles que “*de modo efêmero, exercem atribuições públicas, sem remuneração, como os jurados, os mesários e apuradores em eleições, integrantes de comissões e grupos de trabalho, não se incluem eles em nenhuma categoria acima*”. Para essa autora, sem distinguir quanto aos delegatários, concessionários e permissionários de função pública, não há em verdade função pública sendo exercida por particulares em situação excepcional, ficando de certa forma autorizada a conclusão de que os particulares em colaboração não seriam agentes públicos em nenhuma medida.

Na categoria dos particulares em colaboração, por seu turno, Maria Sylvia elenca algumas atividades que foram designadas a particulares, mas cujo exercício decorre de certa função pública e, em razão de disposição constitucional, legal ou mesmo pela natureza do serviço atribuído, são prestadas em caráter privado. A autora fala em três

---

<sup>102</sup> BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Princípios Gerais de Direito Administrativo. Vol II. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 360 *apud* ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 290/291.

<sup>103</sup> ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 25ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 603/604 *apud* ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 290/291.

<sup>104</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16ª Ed. São Paulo: Malheiros, p. 78, nota 33 *apud* ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 290/291.

<sup>105</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 219 e ss *apud* ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 290/291.

<sup>106</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 16ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 294.

subespécies e as agrupa conforme sejam remuneradas ou não e também se for sua atividade episódica ou em caráter de continuidade.

Os primeiros são aqueles que atuam sob delegação do Estado, como empregados de concessionárias ou permissionárias de serviços públicos, os exercentes de serviços notariais e de registro, conforme disposto no art. 236 da Constituição; os leiloeiros, tradutores e intérpretes públicos; todos esses têm em comum a remuneração, que não é arcada pelos cofres públicos, mas pelos usuários dos serviços que prestam. Tais atividades são prestadas em caráter contínuo.

De outro lado estão aqueles que por requisição, nomeação ou designação prestam alguma função pública relevante, como os jurados, os conscritos e alistados para serviço militar ou eleitoral obrigatório, e outros particulares como membros de comissões, grupos de trabalho e etc., todos os quais servindo em geral sem remuneração e sem vínculo de trabalho com a Administração Pública. Essas atividades são, embora perenes, episódicas em relação aos recrutados para tal.

Por fim, a autora designa em outra subespécie também aqueles gestores de negócios de que falamos e que, por motivo de calamidade ou desastre, assumem para si a função pública para normalização da situação, até que a atuação estatal se faça presente e suficiente de modo a tornar desnecessária sua atuação excepcional. Se olharmos esse grupo sob a óptica da atividade, podemos afirmar que seu serviço é episódico, imprevisível e, ainda que faça parte dos cometimentos do Estado, nada se pode antever quanto à sua ocorrência ou necessidade.

Essas distinções que encontramos na categoria dos particulares em colaboração com a Administração não agregam questões fundamentais a nosso estudo, que tem como objeto o regime dos servidores estatais. Ora, se é certo que nessa categoria estão particulares em regime de colaboração, nada há de útil para este trabalho em neles nos aprofundarmos.

Por isso é que, diante de certa divergência doutrinária, optamos por apresentar uma parcela do pensamento a respeito sem tomar uma posição na matéria.

### **3.5. Agente público e o problema semântico**

Com base na exposição até aqui feita, cumpre-nos anotar que a literatura, como se viu acima, faz referência de forma reiterada a funcionário público, servidor público e agente público, entre outras expressões, estabelecendo algumas distinções.

A doutrina jurídica, de sua parte, preocupa-se com certo acordo semântico a respeito dos nomes e, em nosso ver, com razão, procura adotar nomenclatura de forma estanque.

Respeitada a divergência e mesmo a diversidade de propostas e abordagens existentes, a nós parece mais acertada a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello que, a par de uma classificação de boa qualidade, adota nomes que nos parecem mais afins com os conteúdos que abarcam.

Por essa razão, passaremos a adotar a nomenclatura do aludido autor, sem nos furtar quando for o caso de expressar alguma observação, desambiguação ou mesmo divergência que pareça necessária.

### **3.6. Recorte dos servidores estatais**

Como dissemos, se nosso trabalho tem a pretensão de examinar a abrangência do regime jurídico especial dos servidores, em face da Constituição, de certo que não poderemos confrontar diretamente opções e versos explícitos do texto constitucional brasileiro.

Assim é que, quanto à classe dos agentes políticos, ficamos com a doutrina quase uníssona de que a ela se aplica o regime estatutário com as especificidades das atribuições dadas a eles pela Constituição da República, pelas Constituições dos Estados, pelas Leis Orgânicas dos Municípios e demais leis especiais que os regulam. Vale dizer, essa classe ostenta em geral prerrogativas e atribuições minudenciadas em disposições legais, que da mesma forma que se somam ao seu regime,

impõem a adoção de um regime jurídico geral protetivo de sua autonomia, independência e liberdade funcional.

E de fato os agentes políticos não diferem dos servidores públicos senão apenas por duas distinções fundamentais: não exercem essa função de forma profissionalizada e em caráter permanente, mas justamente entram e saem dos quadros do Estado em razão da alternância democrática. E, depois, porque entre suas competências estão a condução política da Administração, sempre submetidos à Constituição e às leis, mas neste quadro desenhando os caminhos da nação por meio de escolhas pautadas pela política.

Em razão do exercício de relevantes funções na República, aos agentes políticos é deferida uma parcela adicional de garantias para o bom exercício de suas funções. Insta registrar que, como sempre, as garantias são do interesse público, do princípio republicano e do povo que a conduz, e não para gozo pessoal dos agentes.

São alguns exemplos dessas garantias as imunidades parlamentares, dispostas no art. 53 da Constituição<sup>107</sup>, bem como o foro privilegiado para julgamento perante Tribunais Superiores para Chefes do Poder Executivo e seus auxiliares diretos, parlamentares<sup>108</sup>, entre diversas outras.

Afora isso, são servidores enquanto pessoas que mantêm relação jurídica com o Estado e recebem dele parte de seus poderes-deveres para atuação tendente a satisfazer o interesse público, com as prerrogativas compatíveis com quem define a diretriz política do Estado apoiado na legitimidade do voto popular.

Quanto à classe, também consagrada na doutrina, dos particulares em colaboração com a Administração, nos parece tranquilo que essas pessoas prestam suas atividades ou serviços de forma autônoma, não criando nenhum vínculo de natureza funcional ou empregatícia com o Estado,

---

<sup>107</sup> As imunidades parlamentares previstas neste artigo são aplicáveis, por força do art. 27, § 1º da mesma carta política, aos deputados estaduais. Aos vereadores são asseguradas genericamente as imunidades nos termos do art. 29, VII, da Constituição,

<sup>108</sup> Conforme art. 102, I, b e c, da Constituição.

titularizando no máximo uma concessão, outorga ou delegação de poderes-deveres<sup>109</sup>, mas sempre para exercício em caráter privado<sup>110</sup>.

Isto é, não são profissionais do serviço público, mas profissionais particulares em atuação colaborada com a Administração. Podem até mesmo prestar serviço público em sentido amplo, com o regime jurídico que lhe é peculiar, mas o fazem sem relação de dependência profissional do Estado brasileiro.

Nesse sentido, ante algumas expressas disposições Constitucionais, não faz sentido algum questionar sobre o regime jurídico aplicável a estas classes de agentes públicos<sup>111</sup>.

Cumpre-nos, portanto, deitar maior atenção na categoria dos servidores estatais, onde reside a dúvida que colocamos.

Até agora tivemos oportunidade de fazer um estudo sobre como tratam a constituição e as leis, a partir da doutrina, do tema dos agentes públicos e os regimes de trabalho que a eles se aplicam.

A existência de algumas formas de conceituar agentes públicos e a elaboração de algumas categorias e classes distintas deles nos indica o que iremos tratar em seguida.

Isso porque a formulação de algumas concepções sobre o enquadramento dos agentes, parte fundamentalmente da premissa de que os diversos tipos de agentes existentes se diferenciam entre si porque exercem atribuições diferentes na operação das funções estatais. Vale dizer, a grande quantidade de papéis de que se incumbiu o Estado dá ensejo à necessidade de agentes públicos dos mais variados tipos para exercer concretamente estes papéis. Daí, evidentemente, é que surgem as variadas classes.

---

<sup>109</sup> E porque não dizer até mesmo de efetiva avocação da competência pública, quanto aos gestores de negócios públicos.

<sup>110</sup> Conforme disposição explícita do art. 236 da Constituição, para o caso dos notários, tabeliães e registradores – exercício de atividade jurídica.

<sup>111</sup> Ademais, como vimos nas classificações doutrinárias exploradas em título precedente, já houve fundada dúvida sobre se os particulares em colaboração com o Estado deviam ou não ser alocados como agentes públicos.

Em cada classe de servidores podemos encontrar características comuns que os unem, notadamente como resultado de um processo lógico de classificação.

Nosso propósito agora é efetuar um contraste entre o que há de conteúdo nos dois regimes jurídicos de agentes públicos assegurados pela Constituição e o que do texto constitucional se pode recolher como fundamento e justificativa para a existência dessas categorias. Isso significa que propomos contrastar os regimes existentes com as atribuições que decorrem das competências constitucionais confiadas àqueles que receberam o dito encargo.

Com tantas variações, e de certo diferenças, é claro que um único regime jurídico para regular todas essas atividades não poderia ser suficiente. A pretexto de regular grandes disparidades, tal regime uniformizado acabaria por produzir distorções, conferindo garantias excepcionais a quem delas não necessita, ou deixando de atribuí-las aos que, sem elas, não irão bem exercer o seu papel.

O problema remanesce pulsante quanto à extensa categoria dos servidores estatais, servidores públicos ou funcionários públicos. A pluralidade de nomes não impede o cerco a um tipo conhecido de agentes: são aqueles, como vimos, que expressam a vontade do Estado (exceto a vontade política) e com ele mantêm vínculo de natureza profissional, de dependência econômica e de caráter não eventual. Essas as expressões de Celso Antônio, que dentre as diversas concepções doutrinárias, aqui adotaremos<sup>112</sup>, reforçando que a categoria abarca tanto as pessoas jurídicas de direito público, como aquela de direito privado criadas ou mantidas pelo Estado.

Para estes, que chamaremos de servidores estatais, a Constituição da República parece admitir a adoção de regime jurídico estatutário e regime jurídico de trabalho comum, apenas.

---

<sup>112</sup> Quanto ao conceito de servidores públicos, embora denotando subclasses distintas, Maria Sylvia não destoia dos preceitos de Celso Antônio, tudo conforme citamos em capítulo anterior.

Isso é o que se saca das diversas disposições constitucionais sobre servidores e a sua melhor leitura indica que a carta republicana ao falar de cargo quer referir-se ao regime estatutário, e ao falar de emprego quer referir-se ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho, ou o regime de trabalho ordinário e comum dos trabalhadores de todo o país.

## **Capítulo 4 – Do regime jurídico do servidores estatais e suas características fundamentais**

### **4.1. Regime jurídico dos servidores na Constituição: os regimes constitucionalmente assegurados**

Pelo que podemos expor até o momento, parece claro que os servidores públicos inseridos no sistema jurídico positivo brasileiro têm algumas condições de trabalho diferenciadas.

Essas condições de proteção ao trabalhador que desenvolve atividade profissional no interior do Estado e a pretexto de representá-lo têm como fundamento, como também já afirmamos, o fato de que tais trabalhadores desempenham o interesse público, agem em nome da coletividade.

Trata-se de uma concepção lógico jurídica adotada no Estado brasileiro e que tem arrimo na teoria geral do Estado. Como o interesse público é, além de razão de existência do Estado, um interesse de especial relevância, reconhece-se como necessário àquele incumbido de ser a voz do Estado um certo plexo de deferências e condições para que exerça seu mister com maior autonomia e isenção.

A nós parece que a Constituição, ao dispor sobre o regime de trabalho dos agentes públicos brasileiros, adotou em linhas gerais apenas dois regimes possíveis.

Em alguns casos, deve ser adotado o que assim chamamos de regime jurídico estatutário, previsto em lei própria e estabelecendo condições às quais o agente simplesmente adere ao tomar posse em cargo público.

Em outras hipóteses, preconiza-se a adoção do regime de emprego similar àquele em geral adotado para todos os trabalhadores, mas que só pelo fato de ser exercido na administração pública se transforma em parte para adquirir também certas condições especiais em geral não

deferidas aos demais trabalhadores. Nessa hipótese fala-se em emprego público.

O estudo mais aprofundado desses regimes é do que nos ocupamos a seguir.

#### *4.1.1. Regime de cargo público e de emprego público*

Celso Antônio Bandeira de Mello realiza um estudo<sup>113</sup> mais detido sobre essa categoria amplíssima e que constitui a grande massa de trabalho da Administração Pública: os chamados servidores estatais, bem como do regime jurídico que lhes é aplicável. Como se disse, é de ciência jurídica e de dogmática constitucional que se nutrem as lições do autor na matéria e, por isso, não se pode chamar sua análise nem de apenas doutrinária, e tampouco de exclusivamente jurídico-positiva.

O autor afirma que embora a Constituição tenha adotado a expressão regime jurídico único no *caput* do art. 39 da Constituição, refere-se repetidamente a cargos e empregos públicos, bem como a função pública numa acepção mais restrita. Tal situação dá ensejo à diferenciação que o autor fará entre essas concepções.

Para Celso Antônio, o cargo público é a mais simples e indivisível unidade de competência a ser desempenhada por uma pessoa, com número certo, denominação própria, criada por lei<sup>114</sup> e com remuneração paga pelas pessoas jurídicas de direito público. Tais pessoas submetem-se a um regime especial, o estatutário, todo disciplinado em lei e de natureza institucional, ou seja, não contratual ou convencional.

---

<sup>113</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 258 a 271.

<sup>114</sup> O autor destaca, quanto à criação de serviços auxiliares do Poder Legislativo, que os cargos criam-se por resolução das ditas casas parlamentares, e não necessariamente por lei como ocorre a todos os demais cargos. Ocorre que tal situação existe em razão da legitimidade democrática e representativa de que goza o Poder Legislativo, composto de integrante eleitos diretamente pelo povo, associada à sua atividade típica, que é legislar. Assim, reconhecer às suas deliberações colegiadas, quando se referam à aspectos administrativos e internos, uma força jurídica similar à lei não constitui mácula do direito, senão exercício dessa legitimidade por meio formal diverso e que contém mesma substância material: resolução legislativa ou lei.

A função pública, o autor reconhece como sendo um plexo unitário de atribuições semelhantes ao cargo, mas com intenção específica de designar funções de direção, chefia ou assessoramento. Assemelha-se essa unidade ao cargo em comissão, mas o autor menciona que a Constituição se refere à função pública com esse nome específico para diferenciá-la mesmo do cargo, cujo provimento é em geral permitido sem o prévio concurso público e, portanto, dado às pessoas sem relação de natureza permanente com a Administração, quando as funções são reservadas aos integrantes de carreiras efetivas<sup>115</sup>.

Por fim, o autor chama de emprego público ao núcleo de encargo de trabalho a ser preenchido por agente contratado pela Administração sob uma relação contratual, bilateral, na qual se adota, portanto, o regime normal da Consolidação das Leis do Trabalho com algumas influências de normas de direito público.

Enquanto encargos de trabalho, os empregos devem também ser criados por lei e por ela extintos quando necessário. Para Celso Antônio há cargos e empregos nas carreiras das pessoas jurídicas de direito público (integrantes da Administração Direta e Indireta), enquanto nas pessoas governamentais de direito privado, assim entendidas as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de direito privado, existem apenas empregos públicos.

Da mesma forma que o faz Celso Antônio, Maria Sylvia<sup>116</sup> também destaca especial estudo para conceituação e encaixe das categorias cargo público, emprego público e função pública.

---

<sup>115</sup> O art. 37, V, da Constituição, dispõe sobre funções de confiança e cargos em comissão, destinados a atribuições de direção, chefia e assessoramento, sendo as primeiras, privativas dos servidores integrantes de carreira, vale dizer, titulares de cargos efetivos, e os segundos, acessíveis a pessoas sem relação anterior com a Administração, resguardado um percentual mínimo previsto em lei também restrito a servidores titulares de cargos efetivos. Anota-se, por oportuno, que é raro encontrar leis prevendo tais percentuais mínimos de cargos em comissão a serem preenchidos por integrantes de carreiras efetivas. Isso nitidamente privilegia a nomeação de pessoas estranhas à intimidade da Administração, desprestigiando as carreiras existentes.

<sup>116</sup> ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Idem*, p. 580 e ss.

Para a autora, se a Constituição trata em diversos dispositivos, da existência de cargos, empregos e funções, é certo que não o faz sem rigor técnico.

Com o abandono da nomenclatura funcionário público veio para ela a admissão do regime de emprego público, passando o direito brasileiro a referir-se em cargo público quando trate de servidor estatutário e em emprego público quando queira falar sobre servidor em regime da CLT.

O conceito teórico aplicável a cargo e emprego para a autora é similar, que cita Celso Antônio e adere a seu pensamento quanto a este tema<sup>117</sup>.

Da mesma forma, a distinção que entre essas categorias se opera, para Maria Sylvia, é o tipo de vínculo que liga o servidor ao Estado: o vínculo contratual de emprego, para o ocupante de emprego público, e o vínculo legal estatutário, para o titular de cargo.

#### *4.1.2. Trabalho público temporário: regime jurídico de emprego público*

Para a expressão função, quando em matéria de agentes públicos, estamos alinhados com a citada posição de Celso Antônio de que as mesmas não representam outra coisa senão complementos de cargos efetivos para exercício em confiança da autoridade nomeante. Vale dizer, não correspondem a um novo plexo de atribuições autônomo (um cargo ou um emprego novo), senão um acréscimo especial de trabalho a quem titulariza cargo público ou emprego público.

Por outro lado, Maria Sylvia<sup>118</sup> adota o entendimento de que, antes do vigente texto constitucional, correspondiam à expressão ao menos dois significados distintos: as funções de chefia, assessoramento ou direção, providas em confiança e dentre membros das carreiras efetivas, e as funções dos servidores extranumerários, interinos ou temporários.

---

<sup>117</sup> Pensamento este que se transcreve: “cargo é a denominação dada à mais simples unidade de poderes e deveres estatais a serem expressos por um agente” – aqui já citada, e referida na obra da autora: ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Idem*, p. 589.

<sup>118</sup> ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Idem*, p. 580 e ss.

O primeiro significado não é entre nós desconhecido, porquanto remanesce representada no texto constitucional expresso (art. 37, V, da CR) a existência da função de confiança e seu âmbito de aplicação, como já comentamos acima.

Quanto aos antigos servidores extranumerários, Maria Sylvia registra que as funções públicas eram antes dispostas em quadros excepcionais de funcionários, separados dos quadros regulares de servidores efetivos de cada órgão ou entidade, e que elas constituíam similares dos cargos e empregos “mimetizadas”, mas providas de forma livre e do mesmo modo exoneráveis. A autora anota que essa prática sempre foi adotada no passado de forma a acomodar apadrinhamentos políticos na Administração e contornando, por meio da criação de funções em vez de cargos, a exigência de concurso público para admissão de pessoal.

A autora afirma que desde a Constituição de 1967 já havia se pretendido restringir esses quadros paralelos de pessoal, exigindo que as funções fossem providas apenas em caráter temporário, e não mais para atividades permanentes. Em sua visão, o texto constitucional de 1988 fechou, com essa intenção, ainda mais as possibilidades de contratações em regime de função ao exigir concurso público para provimento de cargos e empregos (art. 37, II), bem como exigir regime jurídico único para os servidores, no texto do art. 39.

Como exceção ao regime jurídico único, a Constituição teria expressamente disposto no art. 37, IX, que, apenas em caráter temporário e para atendimento de excepcional interesse público, houvesse contratação por tempo determinado de servidores. Trata-se então dos servidores temporários, como já aludido.

Para Maria Sylvia o desenho possível que viabiliza a adoção de um regime para a *função* na atualidade, e de forma consentânea com os comandos constitucionais, é a função provida temporariamente para atendimento de excepcional interesse público, na forma do art. 37, IX, ou as funções permanentes que constituem exercício de atribuições de chefia, direção ou assessoramento, ou seja as funções de confiança providas exclusivamente dentre integrantes de carreiras efetivas.

Rigorosa quanto a esse reduzido plexo de possibilidades para o uso de função nos quadros de servidores, a autora diz que é por essa razão que o mencionado art. 37, II, da Constituição da República teria referido a exigência de concurso público apenas para cargos e empregos públicos, vez que as funções públicas seriam providas apenas em confiança ou, em situações excepcionais, de forma temporária e por necessidade excepcional.

Cumpra apenas destacar em alto relevo que a natureza da função a ser provida nos termos do art. 37, IX, é necessariamente transitória. Quer-se com isso dizer que, para normal estabelecimento de um regime de primazia do concurso público para cargos e empregos em geral (em prestígio da isonomia e impessoalidade), o caráter do serviço temporário a ser cometido deve ter, além de um excepcional interesse público, a necessária natureza passageira, transitória. Do contrário, a constituir situação continuada ou que perdure no tempo, não seria hipótese de serviço temporário, mas permanente, exigindo um quadro de servidores igualmente permanente composto de cargos ou empregos a serem providos por meio de concurso público.

No mesmo sentido é o dizer de Márcio Cammarosano<sup>119</sup>, comentando essa imposição constitucional (do regime anterior, vale dizer, mas idêntico ao atual quanto a isso), e que já anotou ser esse o critério constitucional para se perquirir sobre a necessidade de concurso público ou não, a saber, o da permanência ou temporariedade da atividade a ser desenvolvida.

Também se alinha nesse posicionamento a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que pode ser sintetizada no julgado proferido na ADI 3.430-8, julgada em 12.08.2009 e de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski<sup>120</sup>.

---

<sup>119</sup> CAMMAROSANO, Márcio. O Estado Empregador, in BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (coord.). *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1986, p. 56/57.

<sup>120</sup> EMENTA: "CONSTITUCIONAL. LEI ESTADUAL CAPIXABA QUE DISCIPLINOU A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE SERVIDORES PÚBLICOS DA ÁREA DE SAÚDE. POSSÍVEL EXCEÇÃO PREVISTA NO INCISO IX DO ART. 37 DA LEI MAIOR. INCONSTITUCIONALIDADE. ADI JULGADA PROCEDENTE.

Neste ponto, em especial quanto à natureza temporária e transitória do serviço, concordamos integralmente com os ditos autores<sup>121</sup>.

Entretanto, para nós o regime jurídico aplicável às atividades temporárias parece ser o da Consolidação das Leis do Trabalho, a ensejar ocupação de emprego público em caráter temporário.

E assim pensamos não porque os atributos decorrentes das competências em que são investidos tais servidores exigem o dito regime, como é nossa posição adiante defendida<sup>122</sup>, mas porque a Constituição é explícita em mencionar<sup>123</sup> que estes são *contratados*, e pensamos que a relação contratual (tipicamente bilateral) em matéria de pessoal da Administração Pública só pode enquadrada como emprego, vez que os cargos públicos ensejam submissão do servidor a um regime jurídico disposto

---

*I - A contratação temporária de servidores sem concurso público é exceção, e não regra na Administração Pública, e há de ser regulamentada por lei do ente federativo que assim disponha.*

*II - Para que se efetue a contratação temporária, é necessário que não apenas seja estipulado o prazo de contratação em lei, mas, principalmente, que o serviço a ser prestado revista-se do caráter da temporariedade.*

*III - O serviço público de saúde é essencial, jamais pode-se caracterizar como temporário, razão pela qual não assiste razão à Administração estadual capixaba ao contratar temporariamente servidores para exercer tais funções.*

*IV - Prazo de contratação prorrogado por nova lei complementar: inconstitucionalidade.*

*V - É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de não permitir contratação temporária de servidores para a execução de serviços meramente burocráticos. Ausência de relevância e interesse social nesses casos.”.*

<sup>121</sup> Assim é que para serviços públicos de prestação obrigatória pelo Estado, como por exemplo educação e segurança pública, não se pode ter em conta a admissão de professores ou policiais temporários, senão considerar-se a admissão em carreiras efetivas, com intuito permanente, de pessoas para tais atividades que, ademais de relevantíssimas, são das mais perenes no Estado brasileiro preconizado na Carta de 1988. Exceção é feita, e com muito destaque, aos serviços cujo incremento da necessidade de pessoal para atender foi totalmente imprevisível. A hipótese nos parece, em períodos de normalidade institucional e paz interna, de rara ocorrência.

A experiência revela, entretanto, que se adotou por muito tempo (e ainda às vezes se vê ocorrendo) a prática de recrutar servidores temporários para funções tipicamente permanentes, em desprestígio direto da ordem constitucional. A profundidade dos comentários de Maria Sylvania e de Márcio Cammarosano a esse respeito revela preocupação com o tema, no que concordamos com os autores sobre a necessidade de expurgar tais práticas da Administração, que prejudicam o bom funcionamento de serviços públicos e atividades administrativas em geral.

<sup>122</sup> Posição essa que, como já dissemos e tornaremos a fundamentar em capítulo adiante, está a dizer que o exercício de um especial interesse público pelo agente reclama na verdade regime estatutário ou condições particulares de seguro desempenho da função pública. Contudo, o texto expresso da Constituição não nos parece permitir outra leitura.

<sup>123</sup> Literalidade do artigo 37, inciso IX, da Constituição da República de 1988.

exclusivamente em lei<sup>124</sup>. Em outras palavras, a necessária precisão técnica das expressões usadas nesse assunto indica que ninguém pode ser contratado para trabalhar sob regime estatutário.

Do contrário, a pretender a Constituição que fosse lançado o regime estatutário (qualquer que seja o estatuto) para tais servidores, teria falado em nomeação ou designação de servidores para, aderindo então ao regime disposto em lei, ocuparem temporariamente a função.

Nessa leitura sobre as disposições expressas do texto constitucional vincularem a interpretação, nos idos de 1983 identificamos a posição de Genásio Vivanco Solano Sobrinho<sup>125</sup> na mesma direção. Para o autor, comentando os regimes existentes no regime constitucional anterior, a adoção de um regime de trabalho de forma explícita na carta, ainda que dê azo a incompatibilidades, deve ser objeto de exercício interpretativo vinculado ao que se elegeu.

Quanto a ser correto, especificamente o regime de emprego desenhado na CLT, assim pensamos, pois nos parece que violaria a igualdade (Constituição da República, art. 5º, *caput*) a elaboração de um regime jurídico distinto para tais servidores, porquanto o regime de emprego já foi designado pela Constituição para a regência de todo pessoal que não esteja subordinado a estatuto próprio. E este regime está disciplinado na Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei 5.452/43).

---

<sup>124</sup> Não ignoramos, é claro, a hipótese de contratação de prestadores de serviços, a chamada *terceirização*. Nesses casos, entretanto, o que se tem é provisionamento de recursos humanos para a Administração por meio de contrato administrativo celebrado com pessoa jurídica que os fornece, sem relação jurídica direta da Administração com os prestadores de serviços. A questão é abordada de forma lapidar por Carolina Zancaner Zockun, como tema central de sua obra *Da terceirização na Administração Pública* (São Paulo: Malheiros, 2014). Também não nos passa despercebida certa corrente em formação na doutrina a entender que existe, em certos casos, verdadeiro contrato administrativo de função pública, celebrado de forma individual (diferente, pois, da terceirização) e por tempo certo. O caso, que elabora conceito importado por exemplo do direito português, como mencionado por Manoel Rabelo (RABELO, Manoel. *Aspectos jurídicos da relação funcional de servidor público no Brasil e em Portugal*. In FORTINI, Cristiana (org.) et al. *Servidor Público. Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, pp. 263), é de contrato administrativo e não disciplina regime jurídico de trabalho, pelo que foge de nosso tema.

<sup>125</sup> SOLANO SOBRINHO, Genásio Vivanco. *Regime Jurídico dos Servidores Públicos*. Revista de Direito do Trabalho, v. 44. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, pp. 45/52.

Em nosso ver, a adoção do regime de emprego para os servidores temporários está também sendo albergada pelas leis que regulamentam o dispositivo constitucional em questão, como a Lei Federal 8.745/93 (artigos 1º e 4º) e a Lei Complementar Paulista 1.092/2009 (artigos 1º e 23), para o âmbito do Estado de São Paulo.

As leis citadas não dispõem expressamente que será adotado outro regime que não o do emprego público. Igualmente, não foram criadas normas gerais para a regência desses servidores por meio, exclusivamente, de lei.

No entanto, tanto a doutrina como a jurisprudência sinalizam que o regime dos servidores temporários deve ser mesmo o estatutário, em alguma medida, ou ao menos entende-se que a relação jurídica em questão é de natureza administrativa.

Carolina Zancaner Zockun<sup>126</sup> sustenta expressamente que para estes servidores existe um regime jurídico diferenciado, novo. No mesmo sentido, Ivan Barbosa Rigolin<sup>127</sup> também se manifesta. De se mencionar, ainda, posição nesse sentido defendida por Gustavo Filipe Barbosa Garcia<sup>128</sup> em trabalho sobre o tema dos regimes jurídicos existentes.

Discordamos dos referidos autores, porquanto embora nos pareça claro que a Constituição exclui mesmo o regime estatutário quando faz uso da expressão *contratação*, como dizem tais autores, não se pretendeu a criação de novo regime.

E a nós parece que a distinção destes servidores em relação aos empregados públicos, ainda que possa existir em certos aspectos, não enseja o reconhecimento de um novo regime jurídico, senão a adaptação do regime jurídico de emprego público a eles<sup>129</sup>.

---

<sup>126</sup> ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da terceirização na Administração Pública* (São Paulo: Malheiros, 2014, p. 111/116.

<sup>127</sup> RIGOLIN, Ivan Barbosa. *O Servidor Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 89.

<sup>128</sup> BARBOSA GARCIA, Gustavo Filipe. *Servidores e Empregados Públicos: Regimes Jurídicos*. Revista de Direito do Trabalho, vol. 153. São Paulo: RT, 2013, pp. 239/257.

<sup>129</sup> Vale acrescentar: a existência de um regime jurídico próprio, em matéria de classificação, só se evidencia por um grupo de características centrais e gerais do objeto, e que lhe sejam próprias. Algumas diferenças ou particularidades, em nosso ver, ensejam apenas subclasses ou novas espécies, mantendo-se os objetos ainda ligados à raiz comum que é o regime jurídico. O argumento comporta, sem dúvida, oposição de perspectiva: para alguns, certa

Não há dúvida de que a admissão dos temporários prescinde de concurso público, procedimento de todo incompatível com a celeridade exigida pela excepcional necessidade de satisfazer o interesse público a breve tempo<sup>130</sup>. A inexigibilidade de concurso público para admissão dos temporários não é, entretanto, suficiente para desfigurar o regime de emprego que vislumbramos ter se estabelecido na Constituição pois, a ser de modo diverso, igualmente não poderia ter-se excepcionado o concurso para os cargos em comissão, os quais nem por isso deixam de ser vinculados a um regime jurídico particularizado e previamente definido.

Vale dizer, em matéria de regime jurídico de trabalho público, a exigência ou não de concurso público não nos parece ser determinante para a adoção de um regime específico, uma vez que ela já está excepcionada na Constituição quando o constituinte entendeu ser o caso, independente de qual seja o regime jurídico adotado.

Da mesma forma, a mera aplicação de diversas normas de um estatuto aos servidores temporários, como ocorre no art. 11 da citada Lei Federal 8.745/93<sup>131</sup> não atrai a incidência do regime estatutário se, da essência das regras atraídas, não se pode vislumbrar a opção pelo legislador (nem implícita) pelo regime de onde foram sacadas. Aplica-se aqui, ademais, o mesmo raciocínio quanto à previsão constitucional de existência do regime jurídico estatutário e de emprego: quando se pretende assegurar a existência de um regime, a Constituição o faz de forma expressa.

Note-se que as inúmeras normas aplicáveis aos temporários por força da Lei 8.745/93 são apenas direitos sociais aplicáveis

---

perspectiva elucida existência de regime jurídico, e para outros, “da mesma distância” só se pode enxergar mera subdivisão.

<sup>130</sup> Neste ponto concordamos com Carolina Zockun, na obra citada, quanto à imperiosa necessidade de admissão dos servidores temporários após processo seletivo simplificado, de caráter público, como está previsto no art. 3º da Lei Federal 8.745/93.

Entendemos, outrossim, que a lei nem precisaria assim dispor expressamente (embora seja recomendável), porquanto a impessoalidade (art. 37, *caput*, da C.R.) já impôs uma seleção pública objetiva, sem espaço para dúvidas.

<sup>131</sup> Lei 8.745/93, Art. 11: “Aplica-se ao pessoal contratado nos termos desta Lei o disposto nos [e 54; 57 a 59; 63 a 80; 97; 104 a 109; 110, incisos I, in fine, e II, parágrafo único, a 115; 116, incisos I a V, alíneas a e c, VI a XII e parágrafo único; 117, incisos I a VI e IX a XVIII; 118 a 126; 127, incisos I, II e III, a 132, incisos I a VII, e IX a XIII; 136 a 142, incisos I, primeira parte, a III, e §§ 1º a 4º; 236; 238 a 242, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.](#)”

aos trabalhadores em geral, bem como direitos e garantias fundamentais como direito de petição e de recurso, e outras diversas vedações e deveres que só fazem pesar sobre os ombros dos trabalhadores temporários. Por outro lado, nenhuma garantia ou proteção especial típica de servidores estatutários foi estendida aos servidores temporários a ponto de se poder neles reconhecer um regime peculiar e excepcionalmente garantidor de autonomia e liberdade<sup>132</sup>.

Ou seja, da essência dessas normas “arrastadas” do estatuto não se pode afirmar que o que é fundamental no regime estatutário foi também transposto, mas ao contrário, do estatuto federal os temporários só levaram deveres adicionais, ou garantias que são dadas aos cidadãos em geral (e não garantias típicas dos servidores estatutários), que sequer precisariam constar de lei para terem aplicabilidade.

Por essas razões, uma vez que a Constituição e mesmo a referida norma federal não tenham expressamente adotado um regime estatutário, ainda que próprio ou especial, o regime que lhes resta aplicar é o de emprego público, único cuja adoção é assegurada pela Constituição.

Como dissemos, deferir aos servidores temporários um regime especial pela só condição de transitoriedade da sua função nos parece criar diferença não autorizada, em verdade expressamente vedada pela expressão constitucional adotada (*contratados*), ferindo a isonomia sem um justo *fator de discrimen*. Em outras palavras, se o regime de emprego público é apto a balizar as relações de trabalho temporárias com a Administração Pública, segundo a Constituição, não há razão para que a estas relações seja dada condição diferente da generalidade dos trabalhadores.

Mas a jurisprudência também é ampla no sentido de entender pela adoção do regime estatutário aos servidores temporários, ou de regime especial ou diferenciado.

Geralmente, o Supremo Tribunal Federal se posiciona pela competência da Justiça Comum ou Federal para dirimir controvérsias de

---

<sup>132</sup> Ainda que, como dissemos, certas funções públicas, temporárias ou não, merecessem especial proteção do servidor no aspecto da autonomia e imparcialidade.

servidores temporários por entender que a relação é jurídico-administrativa<sup>133</sup>, salvo exceções relacionadas ao regime constitucional anterior<sup>134</sup>.

Quanto ao regime anterior à Constituição da República vigente, nota-se por curiosidade que o artigo 104 da Constituição de 1967 determinava de forma expressa a adoção do regime trabalhista comum (vale dizer, o regime da CLT) aos temporários contratados para obras ou funções de natureza técnica ou especializada<sup>135</sup>.

A Justiça comum e federal também tem se posicionado de forma expressa no sentido de que o regime aplicável aos temporários não é o chamado celetista<sup>136</sup>.

Pensamos incidir em erro de leitura tais julgados, com máximo respeito pela divergência que, afora o apoio em ampla doutrina, prevalece fortemente nos tribunais.

Desnecessário repetir nossos fundamentos para refutar em âmbito acadêmico o entendimento das Cortes de Justiça, relevando apenas dizer que a jurisprudência vê nas normas infraconstitucionais que regulam relações jurídicas de temporários a existência de uma relação jurídico-administrativa, com o que concordamos, mas que em nosso ver não

---

<sup>133</sup> Como o faz, a título de exemplo, na Recl. 7208 AgR, Relator o Ministro Marco Aurélio, Relatora para o acórdão a Ministra Carmen Lúcia, j. em 16.09.2009.

Em nosso ver, contudo, o fato de uma relação jurídica ser de natureza administrativa não enseja a adoção de regime jurídico estatutário. Do contrário, o próprio regime de emprego público teria um problema de encaixe lógico jurídico: como poderia a Constituição prever a adoção de emprego público quando todas as suas relações com os servidores estatais são, em face da sua presença em um dos polos, relações jurídico-administrativas, e essas relações ensejam regime jurídico disposto em lei (estatutário).

<sup>134</sup> Como no RE 573202 / AM, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, j. em 21.08.2008, ou mesmo no RE 105370 / MG, Relator o Ministro Aldir Passarinho, j. em 09.06.1987.

<sup>135</sup> Constituição de 1967, artigo 104: "Aplica-se a legislação trabalhista aos servidores admitidos temporariamente para obras, ou contratados para funções de natureza técnica ou especializada."

<sup>136</sup> Como se vê, no Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo nos processos n. 0011193-36.2014.8.26.0191 (12ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. José Luiz Germano, j. 05.10.2016) e 0001025-12.2015.8.26.0038 (9ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. José Maria Câmara Júnior, j. 02.09.2016) e no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por exemplo nos processos 0004201-28.2013.8.19.0017 (21ª Câmara Cível, Rel. Des. André Ribeiro, j. 20.09.2016) e 0151213-65.2011.8.19.0001 (21ª Câmara Cível, Rel.ª Des.ª Marcia Cunha de Carvalho, j. 07.06.2016). Na esfera federal, citamos como exemplos julgado do Tribunal Regional Federal da 5ª Região no processo 08039486720144058400 (1ª Turma, Rel. Des. Fed. José Maria Lucena, j. 11.06.2015).

determina por si só a adoção de um regime estatutário ou regime especial e diferenciado.

Como já afirmamos, tomando como exemplo duas normas que regulam a questão (em esfera federal a Lei 8.745/93, e no Estado de São Paulo a recente Lei Complementar Estadual 1.093/2015), não se vê nas ditas normas a determinação nem de regime estatutário comum nem de regime especial e diferenciado, sendo que a expressão *contrato* nos remete inarredavelmente ao regime celetista, única organização material de normas assegurada pela Constituição da República, em nossa visão.

Remanescemos, assim, com o pensamento e fundamentos acima expostos para, respeitosamente, discordar do pensamento majoritário.

E estamos acompanhados nesta posição de poucos autores.

Adilson de Abreu Dallari<sup>137</sup> já mencionou também os mesmos fundamentos sobre os quais nos apoiamos nessa visão, segundo a qual o regime dos temporários só poderia mesmo ser o de emprego público em face dos termos constitucionais. Calcado em diferentes fundamentos, Márcio Cammarosano<sup>138</sup> se posiciona também nesse sentido.

Cumprе ressaltar que nossa posição parte de uma leitura sistemática da disciplina constitucional, mas que respeita as disposições expressas.

Como adiante veremos, a nós parece que os atributos decorrentes das competências exercidas pelos agentes públicos são o critério adequado para a definição do seu regime jurídico, e da mesma forma o seriam para os servidores temporários, não fosse a deliberada e prévia exclusão do regime estatutário pelo uso da expressão *contratados*<sup>139</sup>.

---

<sup>137</sup> DALLARI, Adilson de Abreu. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 1992, p. 124.

<sup>138</sup> CAMMAROSANO, Márcio. *Provimento de Cargos Públicos no Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 1984, p. 21.

<sup>139</sup> A posição defendida está, portanto, afinada com a coerência lógica de nossa postura sobre o que está previamente definido pelo constituinte. Por outro lado, não se pode deixar de repetir que muitas vezes as competências exercidas pelos servidores temporários tocam diretamente com o trato do interesse público e sua proteção, por meio das garantias funcionais típicas do estatuto, seria de máxima utilidade. Nos parece que o ponto ensejaria

Assim, como a nós não parece possível estipular regime jurídico diverso do estatutário e do regime de emprego, a existência de função está a ensejar mesmo a adoção de emprego público.

#### **4.2. Do fundamento do regime especial**

Com o quadro até aqui desenhado sobre os regimes jurídicos que entendemos possíveis na administração pública, podemos nos debruçar sobre as características elementares desses regimes.

De início, vale fazer uma breve retomada do raciocínio sobre o interesse público que governa a atuação do Estado e, por isso, de seus agentes.

Vimos que os agentes são as vozes do Estado, incumbidos de lhe representar e daí buscar a satisfação do interesse público. Essa atuação pede, portanto, um plexo de proteção especial ao agente para que possa desempenhar sua função com maior imparcialidade e isenção possíveis, livre de ingerências políticas e do comando transitório da administração pública.

Isso porque o interesse público é em grande medida plasmado pela lei. Assim, em regra, os fundamentos para a atuação do Estado já se encontram na norma produzida pelo Poder Legislativo e eventualmente complementada pelo Poder Executivo no exercício do poder regulamentar. Assim é que a atuação do agente público deve se pautar estritamente pelo que foi definido como interesse juridicamente relevante na norma, sem sofrer a influência externa, na ocasião de sua aplicação, dos interesses de terceiros prejudicados ou abonados com o comportamento estatal em um ou outro sentido.

Num primeiro momento pode parecer que tal raciocínio faria sentido apenas quando do exercício, pelo agente público, da

---

reforma do texto constitucional para, suprimindo a expressão *contratados*, permitir a adoção do regime jurídico mais adequado em face da função pública exercida pelo agente.

competência discricionária<sup>140</sup> instituída ou reservada em lei. Contudo, também e quiçá mais frequentemente no exercício da competência vinculada<sup>141</sup> poderá ocorrer a influência indevida de interesses não prestigiados pela norma ou divorciados do interesse público e que poderão resultar em prática de ato com desvio de poder ou desvio de finalidade<sup>142</sup>.

Então, de maneira geral esse é o fundamento da proteção especial ao agente público para sua livre e isenta atuação em conformidade com a lei. Essa proteção não se dá em favor do agente, para seu próprio benefício, mas em favor da coletividade cujos interesses o agente expressa e para benefício da coletividade.

Com esse raciocínio podemos firmar nossa leitura sobre a importância do interesse público, e sobre ser a sua realização o verdadeiro fundamento de validade de certa proteção e condições diferenciadas de trabalho dadas aos agentes públicos.

Desmistifica-se, assim, uma noção corrente no Brasil, mas também em outros países, de que os agentes do Estado gozam de prerrogativas para seu desfrute pessoal, de condições de trabalho excepcionalmente mais agradáveis do que os demais trabalhadores, apenas em decorrência de práticas coloniais, imperiais, paternalistas e de toda sorte de comportamentos espúrios adotados secularmente em tempos passados<sup>143</sup>.

---

<sup>140</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 977/981.

<sup>141</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 977/981.

<sup>142</sup> O assunto foge de nosso tema de pesquisa, mas enseja interessantíssimo aprofundamento e mesmo debate doutrinário (que se encontra desenvolvido, por exemplo, no pensamento de Afonso Rodrigues Queiró [QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do desvio de poder em Direito Administrativo. RDA 11/57 *apud* BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 982]). Releva, aqui, apenas registrar o desvio de poder como categoria jurídica a ocorrer potencialmente nos atos administrativos em geral e assim viciá-los, não sem que venham a produzir efeitos nefastos.

<sup>143</sup> Não se está aqui a negar origens históricas brasileiras de diversos benefícios e regalias concedidas indevidamente a servidores públicos por conta de raízes imperiais, palacianas, patrimonialistas e elitistas (dentre outras, cujo caráter sociológico se desvia demasiado de nosso ponto) e que tinham por escopo unicamente o abrigo e excessiva proteção de pessoas ligadas aos detentores do poder. Essa prática, que caminha para o fim mas ainda se vê ocorrer, não se confunde com proteção do interesse público, de que são instrumento as garantias dadas ao servidor. Em palavras mais singelas, funcionários fantasma, servidores encostados, preguiçosos, corruptos e ineficientes nada tem a ver com servidores

Não é isso que se coaduna com o espírito da Constituição e com o que quer para si o Estado brasileiro como foi desenhado. E não estamos a falar de interpretação estreita ou mesmo de leitura aventureira do texto que funda a ordem jurídica, senão da literal disposição da Constituição não apenas em matéria de agentes públicos, mas dos anseios sociais ali manifestados.

Ora, não poderia a chamada Carta Cidadã, que prima pela valorização do trabalho e da livre iniciativa<sup>144</sup>, e tem como objetivo uma sociedade livre, justa e solidária<sup>145</sup>, registrando em alto relevo seu apreço pela igualdade<sup>146</sup>, querer conceder aos agentes do Estado incumbidos de satisfazer o interesse público uma deliberada vantagem em relação aos demais cidadãos em matéria das relações de trabalho.

Não há para tanto um justificado fator de *discrímen*<sup>147</sup>.

E por isso que se reconhece no regime especial uma garantia à sociedade, e sua aplicação àqueles que não tenham como incumbência defender direta ou indiretamente o interesse público passa a ser odioso benefício, em desigualdade com os demais.

Para satisfação do interesse público, então, é que a teoria do direito administrativo elabora, e a Constituição da República adota, um regime de trabalho diferenciado para os servidores. Não fosse isso, não nos pareceria possível enxergar outra razão que justificasse estarem os agentes públicos brasileiros sob governo de regras diferentes na sua relação de trabalho diante de todos os demais trabalhadores da nação.

Em outras palavras, a plena realização do interesse público é o fator de discriminação que justifica a adoção de um regime de trabalho especial para os agentes públicos. Se assim não fosse, estaria

---

comprometidos com o espírito público e cuja atuação livre é protegida pela Constituição e em nome de todos os cidadãos.

<sup>144</sup> Constituição da República de 1988, art. 1º, inciso IV.

<sup>145</sup> Constituição da República de 1988, art. 3º, inciso I.

<sup>146</sup> Constituição da República de 1988, art. 5º, *caput*.

<sup>147</sup> Reportamo-nos ao fator de discriminação que justifica tratamento diferente, brilhantemente exposto por Celso Antônio Bandeira de Mello em seu *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade* (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª Ed., 23ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 24)

maculado um princípio fundamental da República que é a isonomia, cristalizado no *caput* do artigo 5º da Carta.

Esse pensamento, embora possa ostentar algo de óbvio ou autoevidente para a maioria dos estudiosos do direito, é de muita importância em nosso estudo, que trata da abrangência do regime especial de trabalho. E sua raiz não é tão óbvia quanto pode parecer, a uma porque não está explícita na Constituição e decorre de uma composição teórica e lógica, e depois porque raramente se vê nos estudos sobre o assunto, principalmente nos estudos mais recentes quando propugnam um desenho de estado gerencial e influenciado pelo neoliberalismo, um retorno a essa raiz fundamental e que fundamenta o regime diferenciado.

Por isso é que retomar o fundamento de validade de um regime diferente aos agentes públicos nos leva a reconhecer sua atualidade e importância no direito administrativo.

Mas, nessa linha de raciocínio, importa dizer quais seriam as características fundamentais desse regime diferenciado, necessárias para a especial proteção do interesse público.

#### **4.3. Da estabilidade como característica fundamental do regime especial dos agentes públicos**

Partindo da premissa de que a proteção ao interesse público é o fundamento do regime de garantias especiais que se dá ao agente público, haveremos então de questionar sobre as características de tal regime de garantias.

Quais são as garantias fundamentais devidas ao agente público para que possa bem desempenhar o papel que lhe é incumbido?

E a responder tal questionamento, a nós parece que a garantia fundamental do agente público é a estabilidade no trabalho.

Pelo vocábulo estabilidade entende-se a posição assegurada ao objeto, ou no caso o sujeito, no sentido de que em regra não

será removido de tal posição. A ideia, lógica, contém uma premissa: a regra da estabilidade é a permanência do *status quo*, e não sua transitoriedade.

Júlio César dos Santos Esteves<sup>148</sup> já anotou que a estabilidade funcional no direito brasileiro é da tradição constitucional e da Administração Pública no país. O autor discorre sobre a relevância do instituto que, apesar de ensejar contraditório ódio e desejo por parcela da sociedade<sup>149</sup>, tem importância fundamental para a atuação isenta do servidor.

Para ele, com o que concordamos, a impessoalidade na Administração e o exercício funcional livre de pressões políticas exigem garantia dessa magnitude. Mencionando os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles<sup>150</sup> e Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>151</sup> no assunto, coloca-se que a ideia foi forjada na tradição clássica das escolas francesas de Administração e Direito Público, por efeito da jurisprudência do Conselho de Estado Francês<sup>152</sup>.

Seu valor foi reconhecido na teorização administrativa brasileira de tal forma a se cristalizar no ordenamento jurídico.

Régis Fernandes de Oliveira<sup>153</sup> também anota que a estabilidade é, antes de um benefício ao agente, uma garantia de atuação

---

<sup>148</sup> ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Uma reflexão sobre a estabilidade funcional e sobre o prazo do estágio probatório*. In FORTINI, Cristiana (org.) et al. *Servidor Público. Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, pp. 203-223.

<sup>149</sup> Porque o instituto da estabilidade em nível constitucional é, nos termos do citado autor, apesar de severamente combatido entre a imprensa, empresariado e classe média, objeto de intensa busca que se revela pelo mercado milionário de preparação para concursos públicos.

<sup>150</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 17ª ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Delcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1992 *apud* ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Uma reflexão sobre a estabilidade funcional e sobre o prazo do estágio probatório*. In FORTINI, Cristiana (org.) et al. *Servidor Público. Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, pp. 203-223.

<sup>151</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005 *apud* ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Uma reflexão sobre a estabilidade funcional e sobre o prazo do estágio probatório*. In FORTINI, Cristiana (org.) et al. *Servidor Público. Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, pp. 203-223

<sup>152</sup> É o que observa, também, Ramón Parada (PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo II, Organización y empleo público*, 18ª ed., Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, Barcelona, 2005, p. 414 *apud* SPARAPANI, Priscilia. *A estabilidade do Servidor Público Civil após a Emenda Constitucional nº 19/98*. Mestrado em Direito defendido na PUC/SP em 2008 (ref. bibliográfica da Biblioteca da Universidade: DM 340 S736e), p. 76.

<sup>153</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Servidores Públicos*. São Paulo, Malheiros, 2004, pp. 37.

imparcial e isenta dele para a Administração – e por conseguinte, para a coletividade cujo interesse é cuidado pelo Estado. Esse autor observa, ainda, que a estabilidade é condição típica dos agentes durante a normalidade constitucional. Contudo, por vezes é dada estabilidade de forma pródiga a inúmeros servidores que meramente ocupam cargos ou empregos na Administração, por ocasião de transição constitucional<sup>154</sup>.

Para nós, a estabilidade é a garantia fundamental devida em um regime jurídico protetivo do servidor público, e funciona como maior instrumento de independência do serviço público para uma atuação adequada.

Como dissemos em tópico anterior, nada justifica a existência de regime diferenciado de trabalho aos agentes públicos brasileiros senão o trato com o interesse público. E essa proteção usa a estabilidade funcional como ferramenta, vale dizer, como garantia de bom exercício.

Como teste desse raciocínio, podemos fazer uma comparação simples entre o Estado e o setor privado. A legitimidade democrática do chefe do Poder Executivo é a cláusula condicional de alguém ocupar o comando do Estado, sem a qual nada justifica que alguém venha a ocupá-lo.

#### *4.3.1. Da estabilidade como garantia histórica do agente público efetivo*

Priscilia Sparapani<sup>155</sup>, em trabalho dedicado ao estudo da estabilidade do servidor público após a reforma do Estado de 1998, ocorrida com a conhecida Emenda 19, realiza um estudo sobre a evolução histórica da estabilidade dos agentes públicos brasileiros desde o império.

Do texto da autora recolhemos que no tempo do Império, sob vigência da Carta de 1824, segundo os citados comentários de Paulino José Soares de Sousa, Visconde do Uruguai e administrativista da época, não

---

<sup>154</sup> É o caso, por exemplo, do artigo 19 de ADCT da Constituição da República de 1988, assim chamado de pródigo por Régis Fernandes de Oliveira no trabalho citado.

<sup>155</sup> SPARAPANI, Priscilia. *A estabilidade do Servidor Público Civil após a Emenda Constitucional nº 19/98*. Mestrado em Direito defendido na PUC/SP em 2008 (ref. bibliográfica da Biblioteca da Universidade: DM 340 S736e), p. 98 e ss..

havia muitos critérios para a admissão e demissão de servidores, os quais estavam sujeitos aos movimentos do poder.

Contudo, desde então já se conservavam alguns agentes com certa segurança no cargo em razão de seu especial relevo para o Estado<sup>156</sup>. Isso se exemplifica com a inamovibilidade de professores de instrução e estabilidade de certas patentes militares, estes últimos demissíveis apenas por sentença judicial. Também já naquele tempo, a função da magistratura era considerada vitalícia<sup>157</sup>.

A autora observa que a vitaliciedade dos magistrados e a inamovibilidade de certos funcionários era, contudo, a exceção.

Na chamada República Velha, entre 1891 e 1934, Sparapani recolhe dos comentários dos estudiosos de então que já existia duas categorias de agentes públicos: os vitalícios e inamovíveis, como magistrados, e os inamovíveis pelo decurso de tempo na função.

Essa segunda categoria, assevera, era regulada pela Lei 2.924/1915, cujo artigo 125 dava a condição de estabilidade após 10 anos de efetivo exercício sem penas disciplinares, ressalvados os que exercessem a função em comissão. Contudo, a condição de estabilidade era apenas dada por lei a certas categorias de funcionários, em especial minoritárias<sup>158</sup>.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no entanto, já sinalizava a necessidade de justo motivo para fundamentar a demissão dos agentes públicos<sup>159</sup>.

---

<sup>156</sup> O critério do que é relevante para o estado, nessa época, é apontado como importância da função e dificuldade de certas habilitações, vale anotar, conforme o texto mencionado.

<sup>157</sup> CARVALHO, José Murilo de (org.). Paulino Jose Soares de Sousa, Visconde do Uruguai. Coleção Formadores do Brasil. São Paulo: Editora 34, 2002, p. 206 *apud* SPARAPANI, Priscilia. *A estabilidade do Servidor Público Civil após a Emenda Constitucional nº 19/98*. Mestrado em Direito defendido na PUC/SP em 2008 (ref. bibliográfica da Biblioteca da Universidade: DM 340 S736e), p. 101.

<sup>158</sup> SPARAPANI, Priscilia. *A estabilidade do Servidor Público Civil após a Emenda Constitucional nº 19/98*. Mestrado em Direito defendido na PUC/SP em 2008 (ref. bibliográfica da Biblioteca da Universidade: DM 340 S736e), p. 103/104.

<sup>159</sup> São os acórdãos comentados no trabalho em questão, recolhidos de Viveiros de Castro (VIVEIROS DE CASTRO, Augusto Olympio. *Estudos de Direito Público*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1914, p. 684 *apud* SPARAPANI, Priscilia. *A estabilidade do Servidor Público Civil após a Emenda Constitucional nº 19/98*. Mestrado em Direito defendido na PUC/SP em 2008 (ref. bibliográfica da Biblioteca da Universidade: DM 340 S736e), p. 104, nota de rodapé n. 291.

Nota-se desses movimentos da doutrina e jurisprudência no período já a forte tendência de reconhecer a certas categorias de agentes públicos, ainda que de forma incipiente, a garantia da estabilidade em algum nível. E o fundamental que aqui nos interessa: essa garantia tinha como fundamento o bom exercício do cargo, livre de pressões e interferências políticas e de interesses não prestigiados no direito.

Na constituição de 1934 é que se vê a positivação da estabilidade aos agentes efetivos, a quem era assegurado que:

*depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em geral, depois de dez anos de efetivo exercício, só poderão ser destituídos em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, regulado por lei, e, no qual lhes será assegurada plena defesa.*<sup>160</sup>

Esse é o panorama da época, já delineando que exceto os cargos em confiança, em geral a todos os funcionários era assegurado algum nível de permanência no serviço ou proteção contra ingerência de saberes políticos.

Quanto à Constituição que vigorou no Estado Novo, de 1937 a 1945, nela não se nota grande novidade ao tratamento já inovador dado aos agentes públicos em matéria de estabilidade.

Já na Constituição de 1946, reinaugurando o período democrático, os artigos 188 a 190 assim dispunham:

*Art 188 - São estáveis:*

*I - depois de dois anos de exercício, os funcionários efetivos nomeados por concurso;*

---

<sup>160</sup> Texto extraído do artigo 169 da Constituição de 1934. Íntegra: “Art 169 - Os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em geral, depois de dez anos de efetivo exercício, só poderão ser destituídos em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, regulado por lei, e, no qual lhes será assegurada plena defesa. Parágrafo único - Os funcionários que contarem menos de dez anos de serviço efetivo não poderão ser destituídos dos seus cargos, senão por justa causa ou motivo de interesse público.”

*II - depois de cinco anos de exercício, os funcionários efetivos nomeados sem concurso.*

*Parágrafo único - O disposto neste artigo não se aplica aos cargos de confiança nem aos que a lei declare de livre nomeação e demissão.*

*Art 189 - Os funcionários públicos perderão o cargo:*

*I - quando vitalícios, somente em virtude de sentença judiciária;*

*II - quando estáveis, no caso do número anterior, no de se extinguir o cargo ou no de serem demitidos mediante processo administrativo em que se lhes tenha assegurado ampla defesa.*

*Parágrafo único - Extinguindo-se o cargo, o funcionário estável ficará em disponibilidade remunerada até o seu obrigatório aproveitamento em outro cargo de natureza e vencimentos compatíveis com o que ocupava.*

*Art 190 - Invalidada por sentença a demissão de qualquer funcionário, será ele reintegrado; e quem lhe houver ocupado o lugar ficará destituído de pleno ou será reconduzido ao cargo anterior, mas sem direito a indenização.*

Nota-se que com o novo quadro geral dado pela Constituição de 1946 já estava desenhada a estabilidade de grande parte das categorias de agentes públicos brasileiros de forma similar ao que temos hoje.

A Constituição de 1967 não trouxe significativas mudanças no panorama geral da estabilidade dos então chamados funcionários públicos<sup>161</sup>, contendo texto similar aos supracitados artigos da Constituição de 1946<sup>162</sup>.

---

<sup>161</sup> Afora questões específicas sobre estabilização de servidores admitidos em regime anterior e sobre os combatentes de guerra, o que nos foge ao âmbito da pesquisa, mas é objeto de comentários da citada autora Priscilia Sparapani.

<sup>162</sup> O texto em questão está, substancialmente, nos artigos 99 e 103 da antiga carta.

Transcrevemo-os:

*“Art 99 - São estáveis, após dois anos, os funcionários, quando nomeados por concurso.*

*§ 1º - Ninguém pode ser efetivado ou adquirir estabilidade, como funcionário, se não prestar concurso público.*

*§ 2º - Extinto o cargo ou declarada pelo Poder Executivo a sua desnecessidade, o funcionário estável ficará em disponibilidade remunerada, com proventos proporcionais ao tempo de serviço. [\(Redação dada pelo Ato Complementar nº 40, de 1968\)](#)*

(...)

Da mesma forma, a Constituição de 1969 também não promoveu substancial mudança no panorama geral em questão.

Afora o registro e estudo sobre se algumas categorias estariam ou não abrangidas pela estabilidade, o que é de suma importância nesse ponto é que a estabilidade ao servidor público brasileiro vem, à moda da ideia lógica de proteção ao interesse público por meio dessa garantia ao agente, sendo incorporada no ordenamento brasileiro há um bom tempo.

Evidente que a simples evolução histórica não ratifica o acerto da adoção de estabilidade como solução mais adequada, mas sem dúvida o contexto histórico é fundamental para compreendermos a importância dessa noção tanto na teoria do direito administrativo brasileiro, mas também a reforçar a utilidade e o valor da estabilidade como garantia fundamental ao agente público para bem exercer sua função.

#### *4.3.2. Da estabilidade no atual panorama constitucional*

Para os agentes públicos brasileiros, a norma está definida no artigo 41 da Constituição da República.

Mas é necessário, antes de observá-lo, registrar sua recente alteração, porquanto o texto em questão foi objeto da mesma reforma constitucional que derrubou o regime jurídico único (a Emenda Constitucional 19/98), passando por substancial alteração que, registre-se, não foi objeto de questionamento e cujo teor, portanto, é não apenas válido como tido por aceito e cristalizado.

Antes da dita reforma, o artigo 41 da Carta assim dispunha:

---

*Art 103 - A demissão somente será aplicada ao funcionário:*

*I - vitalício, em virtude de sentença judiciária;*

*II - estável, na hipótese do número anterior, ou mediante processo administrativo, em que se lhe tenha assegurado ampla defesa.*

*Parágrafo único - Invalidada por sentença a demissão de funcionário, será ele reintegrado e quem lhe ocupava o lugar será exonerado, ou, se ocupava outro cargo, a este será reconduzido, sem direito à indenização."*

*Art. 41. São estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público.*

*§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa.*

*§ 2º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade.*

*§ 3º Extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade remunerada, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.<sup>163</sup>*

Com a reforma de 1998, o texto foi alterado para vigorar com o seguinte teor:

*Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

*§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

*I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

*II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

---

<sup>163</sup> Texto original do artigo 41 da Constituição da República extraído de: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html> , consultado em 08.11.2016.

*III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)*

*§ 2º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)*

*§ 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)*

*§ 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)<sup>164</sup>*

Nota-se em ambos os textos que o núcleo do conceito jurídico-positivo de estabilidade do servidor público brasileiro, plasmado neste texto, é o exercício pelo agente, por determinado tempo, de certa função na Administração, a qual acessou pela via do concurso público.

Antes da reforma, o texto não fazia a distinção entre o regime jurídico ao qual estivesse vinculado o servidor. Com a reforma, nota-se que a garantia constitucional da estabilidade é assegurada ao servidor público nomeado para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. Com isso, temos que o atual panorama é literal apenas em relação aos agentes ocupantes de cargo público e vinculados a regime estatutário.

---

<sup>164</sup> Texto atual do artigo 41 da Constituição da República extraído de: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm), consultado em 08.11.2016

O tempo de exercício, aumentado de dois para três anos de efetivo exercício, não influi em nosso foco, e o acesso pelo servidor ao trabalho por meio de concurso público foi mantido.

Vê-se, portanto, que são quatro os elementos da atual estabilidade conferida ao servidor público ocupante de cargo efetivo: aprovação em concurso público, nomeação para cargo de provimento efetivo, realização de estágio probatório, aprovação em avaliação especial de desempenho.

Esse o perfil da estabilidade positivada e dada ao servidor público ocupante de cargo no direito brasileiro.

Como dissemos, o fato de a estabilidade do servidor ser tratada em dispositivo separado da Constituição (sendo um dos três artigos na seção dedicada à matéria na Carta), e a lógica do deferimento de um regime especial de trabalho aos agentes públicos nos faz crer que a estabilidade é a característica elementar de tal regime.

As demais cominações legais que não se relacionam diretamente com a estabilidade e que são conferidos aos servidores compõem, em nosso ver, uma gama de direitos conquistados pela luta de trabalhadores, tanto quanto o são os direitos trabalhistas legislados e convencionados pelos diversos setores de trabalho da nação.

Evidentemente que algumas licenças, garantias de disponibilidade, a garantia de defesa especial contra a própria demissão (essa prevista no próprio art. 41, § 1º, II, da C.R) são benefícios decorrentes diretamente da estabilidade assegurada ao servidor, e por vezes da noção geral de segurança no cargo que lhe é dada. Mas como afirmamos acima, os demais benefícios a que fazem jus os agentes públicos, sejam esses servidores abrangidos ou não pela estabilidade, não dizem respeito a qualquer proteção que almeje boa satisfação do interesse público<sup>165</sup>.

---

<sup>165</sup> As razões para instituição de outros benefícios podem ser, em nossa visão, as mais variadas, tais como: a força de união dos servidores e agentes em geral em movimento sindical organizado, pressionando pela melhora em condições de trabalho, inclusive por meio de greve assegurada constitucionalmente (C.R., arts. 9º e 37, VII); o interesse da Administração em deferir benefícios como atrativos para as carreiras públicas, e assim recrutar profissionais mais capacitados no mercado de trabalho (a chamada profissionalização do servidor, que não deixa de se alinhar, em última medida, com o

Acontece que nossa visão sobre a importância da estabilidade como elemento fundamental do regime jurídico diferenciado importa reconhecer que o atual ordenamento positivo não pretendeu assegurar tal estabilidade aos servidores empregados públicos, vale dizer, aqueles vinculados ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho que, como dissemos, também é admitido na Administração Pública.

Assim é que, afora a garantia positiva de estabilidade em certas condições dada aos servidores ocupantes de cargo, e por isso vinculados ao regime estatutário, convém investigarmos sobre a extensão dessa garantia aos servidores empregados públicos, de forma a prosseguir no exame da extensão de um e de outro. Faremos isso a breve tempo, mas mais adiante.

#### *4.3.3. Dos principais consectários da estabilidade do servidor estatal ocupante de cargo efetivo*

Priscilia Sparapani<sup>166</sup>, em trabalho já mencionado, anota que são quatro as consequências fundamentais decorrentes da estabilidade assegurada em nível constitucional ao servidor público.

São eles os direitos à reintegração, à disponibilidade, ao aproveitamento e à recondução. Esses direitos estão hoje cristalizados nos §§ 2º e 3º do artigo 41 em comento, e a autora sobre eles tece algumas considerações.

Saca-se do texto em questão que a reintegração é o direito do servidor estável de acessar novamente o cargo do qual fora destituído e cuja destituição venha a ser invalidada por sentença.

---

interesse público); o interesse da Administração em promover a satisfação geral de seus trabalhadores para melhor desempenho (e assim também a feliz e eficiente consecução do interesse público); entre outros que se possa imaginar.

Sobre o direito dos servidores de obter negociação coletiva de condições de trabalho, sugerimos o recente trabalho seguinte: MUÇOUÇA, Renato de Almeida Oliveira. O direito fundamental dos trabalhadores do setor público à negociação coletiva em face da Convenção 151 do OIT. Revista de Direito do Trabalho, vol. 168. São Paulo: RT, 2016, pp. 197/221.

<sup>166</sup> SPARAPANI, Priscilia. A estabilidade do Servidor Público Civil após a Emenda Constitucional nº 19/98. Mestrado em Direito defendido na PUC/SP em 2008 (ref. bibliográfica da Biblioteca da Universidade: DM 340 S736e), p. 141.

Nessa mesma hipótese, se o cargo tiver sido extinto ou declarado desnecessário, o dito servidor ficará em disponibilidade remunerada à proporção de seu tempo de serviço.

A colocação em disponibilidade do servidor enseja uma remuneração diferenciada que, no entender de Priscilia Sparapani, deve ser apenas e tão somente proporcional ao tempo de serviço na ativa, com o que concordamos em face de ser a expressa disposição constitucional.

Na disponibilidade, surgindo novo cargo com remuneração e atribuição compatíveis com o cargo titularizado pelo servidor estável, tem ele o direito ao aproveitamento no referido cargo.

É curioso observar, ainda, que a disponibilidade remunerada já foi tomada tanto como direito do servidor como penalidade a ser imposta, no caso dos magistrados, no antigo art. 107, § 2º, da Constituição da República de 1967. A regra editada com base nessa normativa na Lei Orgânica da Magistratura Nacional, artigo 42, IV, da Lei Complementar n. 35/1979 permanece vigente, e sendo aplicada tanto pelos tribunais do país quanto mesmo pelo Conselho Nacional de Justiça<sup>167</sup>.

Por fim, a recondução é o direito do servidor estável que, ocupando um certo cargo, tem que ser dele removido em razão do retorno de seu titular. Assim, a recondução se dá no cargo em que o servidor adquiriu a estabilidade e, se não for possível, a ele aplica-se a disponibilidade e aproveitamento.

Convém notar que o estatuto dos servidores ocupantes de cargo público na esfera federal, instituído pela Lei 8.112/90, prevê também como hipótese de recondução o retorno do servidor ao cargo em que era estável quando da não aprovação em estágio probatório para permanecer no cargo em que ocupava até então<sup>168</sup>.

---

<sup>167</sup> Como se vê, por exemplo, em notícia divulgada via internet pelo próprio Conselho Nacional de Justiça em 10.03.2010, disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/69076-cnj-coloca-juiz-maranhense-em-disponibilidade>, consultado em 08.11.2016.

<sup>168</sup> Lei 8.112/90: “Art. 29. Recondução é o retorno do servidor estável ao cargo anteriormente ocupado e decorrerá de: I - inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo;”

Essa hipótese, como se vê, não decorre diretamente da Constituição e sim da lei federal que regulamenta a questão para os agentes da referida esfera de governo, sendo que por isso não podemos chamá-la de uma garantia geral (porque não é nacional) aos servidores brasileiros. Por outro lado, a hipótese revela boa lógica, sendo que não nos parece vedado aplicar esse raciocínio em caráter nacional, ainda que não disposto expressamente em outros estatutos, porque a recondução ocorreria de toda forma com o servidor que, vendo-se privado de um cargo, retorna àquele em que antes já detinha estabilidade<sup>169</sup>.

#### 4.3.4. Da estabilidade no direito comparado

É importante observar que também em outros sistemas jurídicos a estabilidade dos agentes públicos existe. Faremos aqui uma apertada menção a outros sistemas, elegendo como paradigmas os sistemas francês, italiano e espanhol.

Como acima já afirmamos, a França é produtora de ampla doutrina em direito administrativo que inspira sobremaneira a doutrina nacional. Nessa senda, é fácil ver como há grande semelhança entre o panorama jurídico-positivo francês e o brasileiro.

Em breve análise do tema da estabilidade na França, Lúcio Reiner observa que no direito francês a ampla generalidade dos servidores públicos é protegida por este instituto<sup>170</sup>. Naquele sistema, informa

---

<sup>169</sup> A questão suscita o debate, que a nós não interessa nesse trabalho mas que registramos pela oportunidade, sobre a prática comum da Administração de exigir a total desvinculação em relação ao anterior empregador de um servidor estável aprovado em concurso público como condição para a posse no referido cargo ou emprego. O debate está posto, por exemplo, em comentário de José Wilson Granjeiro (GRANJEIRO, José Wilson. *STJ muda posição sobre vacância de cargo público*. Congresso em Foco, 22.03.2014, disponível em <http://congressoemfoco.uol.com.br/opinioao/columnistas/stj-muda-posicao-sobre-vacancia-de-cargo-publico/>, acesso em 10.10.2016).

<sup>170</sup> REINER, Lúcio. *Regimes Jurídicos de Funcionários Públicos – França. Estudo da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados realizado em novembro de 1995*. Brasília/DF, disponível em: <http://www2.camara.leg.br/internet/publicacoes/estnottec/tema3/pdf/510859.pdf>, consultado em 08.11.2016, pp. 04.

o autor, as condições para expulsão dos servidores em geral também são a prática de faltas graves ou comprovada insuficiência de desempenho, o que em muito se assemelha ao que vemos no sistema brasileiro.

Aos servidores franceses também é assegurado o instituto da disponibilidade, importante consequência prática da estabilidade para a hipótese de extinção de cargos, serviços ou carreiras enquanto não reenquadrado o servidor no local adequado.

Interessante é que o sistema francês garante, para o julgamento dos seus servidores quando a falta tenha aptidão de romper a garantia da estabilidade (e assim de lhes levar à demissão) a composição paritária dos órgãos entre membros da Administração e servidores de carreira<sup>171</sup>.

Na Itália, refere Sparapani<sup>172</sup>, o modelo doutrinário em matéria administrativa também sofreu influência histórica do modelo francês, sendo que a regra sempre foi um regime de maior estabilidade e segurança aos servidores.

Contudo, a reforma administrativa operada naquele país nas últimas décadas teria resultado na quase extirpação do modelo estatutário dos servidores, no qual era assegurada a estabilidade, para a adoção do modelo trabalhista comum, vale dizer, a legislação de regência dos empregados do setor privado foi amplamente adotada para regência de agentes públicos. É o que refere Ramón Parada<sup>173</sup>.

Essa transformação, cujo maior objetivo era de fato retirar a estabilidade dos servidores com a finalidade de tornar dinâmica,

---

<sup>171</sup> REINER, Lúcio. *Regimes Jurídicos de Funcionários Públicos – França. Estudo da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados realizado em novembro de 1995.* Brasília/DF, disponível em: <http://www2.camara.leg.br/internet/publicacoes/estnottec/tema3/pdf/510859.pdf>, consultado em 08.11.2016, pp. 04.

<sup>172</sup> SPARAPANI, Priscilia. *A estabilidade do Servidor Público Civil após a Emenda Constitucional nº 19/98.* Mestrado em Direito defendido na PUC/SP em 2008 (ref. bibliográfica da Biblioteca da Universidade: DM 340 S736e), p. 141.

<sup>173</sup> PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo II, Organización y empleo público*, 18ª ed., Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, Barcelona, 2005, p. 414 *apud* SPARAPANI, Priscilia. *A estabilidade do Servidor Público Civil após a Emenda Constitucional nº 19/98.* Mestrado em Direito defendido na PUC/SP em 2008 (ref. bibliográfica da Biblioteca da Universidade: DM 340 S736e), p. 79.

produtiva e eficiente a Administração, apresenta seus primeiros resultados maléficis após quase vinte anos, segundo o mesmo Ramón Parada, que de sua parte refere-se a forte crítica formulada por Sabino Cassese<sup>174</sup>.

Por fim, recolhemos de Priscilia Sparapani<sup>175</sup> que na Espanha também há forte influência histórica do sistema francês. E, assim como na Itália, ocorreram reformas relevantes decorrentes do movimento neoliberal que vieram a flexibilizar a garantia da estabilidade que então era ampla e geral.

Essa tendência, contudo, é mais branda na Espanha, segundo a citada autora, de tal forma que a configuração atual espanhola preserva em grande medida a adoção de um regime diferenciado de trabalho aos agentes públicos no qual é assegurada estabilidade.

Isso sem prejuízo da crescente discussão sobre implantação do regime jurídico contratual privado para regência de agentes públicos que, na visão da doutrina tratada por Sparapani, apenas mitiga bases essenciais da teoria do Estado, como a imparcialidade e segurança de seus agentes.

Com esses comentários podemos concluir que a estabilidade é prestigiada em sistemas estrangeiros mais antigos do que o nosso, revelando a origem teórica do instituto na França e sendo aplicada nos demais países.

Das observações acima destacamos também que o insucesso de movimentos reformistas do estado em aplicar regime jurídico comum, privado aos agentes públicos, pode revelar, em alguma medida, o acerto da teoria clássica, que prestigia a estabilidade.

---

<sup>174</sup> Os comentários de Sabino Cassese sobre o fracasso da reforma italiana que afastou a estabilidade são no sentido de que, removendo-a, hoje o cenário italiano mostra uma burocracia transitória e um governo estável, em vez do inverso. (PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo II, Organización y empleo público*, 18ª ed., Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, Barcelona, 2005, p. 414 *apud* SPARAPANI, Priscilia. *A estabilidade do Servidor Público Civil após a Emenda Constitucional nº 19/98*. Mestrado em Direito defendido na PUC/SP em 2008 (ref. bibliográfica da Biblioteca da Universidade: DM 340 S736e), p. 76.)

<sup>175</sup> SPARAPANI, Priscilia. *A estabilidade do Servidor Público Civil após a Emenda Constitucional nº 19/98*. Mestrado em Direito defendido na PUC/SP em 2008 (ref. bibliográfica da Biblioteca da Universidade: DM 340 S736e), p. 83-84.

#### 4.3.5. Breve exame da recorrente crítica à estabilidade funcional

É claro que não ignoramos a crítica à estabilidade, que se faz principalmente por atribuir a este instituto a pecha de grande causadora da inação e ineficiência administrativa, o que também anota o citado Júlio César dos Santos Esteves<sup>176</sup>, mas nesse ponto o problema do Estado paternalista e excessivamente protetor do servidor enseja, em nossa visão, uma outra discussão.

É frequente a discussão sobre a estabilidade funcional ser pautada pelo entendimento de que a falta de risco ao agente público em perder seu trabalho dá a ele uma indesejável segurança. Por não correr esse risco, o servidor se sentiria à vontade para ser pouco produtivo, ineficiente e descomprometido com o trabalho. Essa discussão pautou, em verdade, toda a reforma constitucional que culminou com a pré-citada Emenda 19/98.

A síntese da crítica mostra que ela se confronta diretamente com o argumento teórico antes lançado, no sentido de que a segurança funcional é mais que desejável, é necessária.

Acontece que a segurança funcional não é, como já afirmamos, uma garantia do servidor, mas do interesse público em função do qual ele trabalha. Assim, bastaria dizer em suma que o servidor ineficiente, preguiçoso e desidioso não atende interesse público qualquer, e sua expulsão dos quadros da Administração não contraria a estabilidade.

Para nós, a solução do problema de ineficiência da Administração – que reconhecidamente assola inúmeros órgãos e entidades dos três poderes da República e nas três esferas de governo – não enseja extinção da estabilidade por duas razões.

A primeira, de ordem teórica, é mesmo nossa posição no sentido de que não parece possível implementar uma burocracia legalista

---

<sup>176</sup> ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Uma reflexão sobre a estabilidade funcional e sobre o prazo do estágio probatório*. In FORTINI, Cristiana (org.) et al. *Servidor Público. Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, pp. 203-223

e cumpridora dos interesses públicos plasmados na lei sem que aqueles incumbidos de praticá-la tenham segurança para tanto.

Em outras palavras, é sabido que por vezes a norma jurídica é editada na proteção dos desfavorecidos, dos desprestigiados. Trata-se de uma característica muito típica do Estado Social desenhado pela Constituição da República<sup>177</sup>. E para que seja regularmente aplicada em favor de quem se pretendeu proteger, é óbvio que interesses não de ser contrariados. Para contrariar o interesse de grupos dominantes, poderosos econômica e politicamente, o agente público precisa da segurança em seu trabalho, sob pena de que se a tiver sequestrada, ver-se frequentemente constrangido a ceder a pressões de toda ordem para manter-se empregado.

Mas veja-se que independente de prestígio a interesses de poderosos, é da lógica que a solução jurídica de uma questão colocada ao juízo do servidor público – qualquer que seja ela – haverá de contrariar um interesse qualquer, e se assim tal interesse tiver maior acesso a forças quaisquer que sejam, potencialmente fica exposto o interesse público a esta indesejada conformação<sup>178</sup>.

A segunda razão, de ordem prática, é no sentido de que não vemos necessidade mesmo em extinguir ou mitigar a estabilidade do servidor público em geral para mudar a cultura de protecionismo, paternalismo e que é supostamente a causadora da ineficiência.

Para tanto, a Emenda Constitucional 19/98 trouxe interessantes inovações como a avaliação periódica de desempenho, e até mesmo a avaliação especial de desempenho por ocasião da aquisição de

---

<sup>177</sup> Com a qual em nosso ver pouco espaço há para crítica, concordância ou discordância, na medida em que a essência do Estado que se propugnou, por diversos conteúdos do art. 5º da Constituição, é formada de cláusulas pétreas.

<sup>178</sup> E nessa linha, como se sabe, se ao Poder Judiciário é dado decidir o direito litigioso em concreto, com força de definitividade em suas decisões, com maior razão se defere aos magistrados a vitaliciedade, expressão máxima da estabilidade, pelo condicionamento da demissão à existência de sentença judicial transitada em julgado, conforme artigo 95, I, da Constituição da República (“*Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;*”)

estabilidade pelo servidor<sup>179</sup>. Tais instrumentos, frutos também da cristalização do princípio da eficiência administrativa implantados no *caput* do art. 37 da Constituição, revelam potencial transformador suficiente.

Ocorre que a cultura paternalista está impregnada e arraigada na nossa prática. Pratica-se dentro da Administração, também, o que se pode chamar de pacto da mediocridade, consistente em recíprocas avaliações positivas para suplantar o risco e medo das avaliações negativas<sup>180</sup>.

E essa cultura é que merece ser revista, por meio do bom uso dos supracitados instrumentos, exigindo-se dos agentes em geral desempenho, produtividade e qualidade em seus serviços, e não extinguindo a estabilidade que tem fundamental importância para o bom serviço público.

Como menciona Júlio César dos Santos Esteves<sup>181</sup> nesse ponto, tanto antes como depois da Emenda 19 já se dispunha de espaço jurídico-positivo para a transformação da cultura excessivamente protecionista. Também é o dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, nesse ponto, que há muito tempo os diversos estatutos de servidores previam a possibilidade de demissão do servidor ineficiente e descumpridor de seus deveres<sup>182</sup>, antes até de qualquer reforma.

A cultura, contudo, passa a se transformar apenas com a evolução da discussão pública e social, muito mais do que pela produção legiferante ou alteração da Constituição<sup>183</sup>. Ou seja, a cobrança – seja da

---

<sup>179</sup> Constantes do texto reformado do art. 41 da Constituição, de que cuidaremos adiante.

<sup>180</sup> E nesse ponto, parece-nos importante anotar a existência de um ciclo negativo que se retroalimenta: a crescente dificuldade de obter aprovação em concurso público alimenta o valor que se dá aos cargos acessados por concurso, que alimenta o medo de perdê-los por ineficiência e assim sustenta o chamado pacto da mediocridade. Contra isso só mesmo o trato sério e austero com a eficiência, dentro da própria administração, pode operar mudanças.

<sup>181</sup> ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Uma reflexão sobre a estabilidade funcional e sobre o prazo do estágio probatório*. In FORTINI, Cristiana (org.) et al. *Servidor Público. Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, pp. 203-223

<sup>182</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª Ed.. São Paulo: Malheiros, 213, p. 295.

<sup>183</sup> O problema de produzir normas para solucionar problemas passa, aliás, por uma discussão filosófica em direito que envolve saber se é o direito incumbido de promover transformações sozinho ou de tornar estático e obrigatório um interesse previamente discutido pelo corpo social, este sim transformador. Em outras palavras, a nós parece que não constitui

sociedade ou dos órgãos de controle – é que é apta a transformar a cultura, e os instrumentos jurídicos para tanto já estão disponíveis.

O assunto pede, portanto, mais coragem e enfrentamento de cultura do que transformação do edifício teórico sobre o qual se funda a Administração Pública.

Cumpra asseverar, à guisa de conclusão desse raciocínio, que o combate à estabilidade funcional na administração pública como ideia de solução do problema de eficiência contém, em nosso ver, uma equivocada premissa de que a causa da ineficiência é a estabilidade, quando nos parece que a causa da ineficiência é a cultura paternalista.

Com isso encerramos frisando: a participação da sociedade na gestão das coisas públicas, especialmente na forma de exigência popular da eficiência estatal, conta com suficientes instrumentos jurídicos. Da mesma forma, a coragem dos servidores em enfrentar os próprios vícios e mazelas tem incrível potencial.

Transformar a estrutura teórica de nosso direito, importando ideias e conceitos de outros contextos teóricos, é medida ineficaz e errática diante da pujante potencialidade transformadora que é a cobrança social por um estado eficiente.

Não é demais observar que, como vimos em tópico anterior, a experiência italiana de despedir-se em grande medida da estabilidade funcional não parece surtir resultados extraordinários em termos de uma máquina burocrática mais eficiente, com nota de ruptura ou enfraquecimento da isenção, segurança e continuidade.

#### **4.4. Da estabilidade do empregado público vinculado ao regime da CLT**

Como dissemos, se em nossa visão a estabilidade no trabalho é característica fundamental para o bom desempenho das funções

---

o direito uma varinha mágica transformadora, mas ao contrário exige-se da ação humana a conduta correspondente ao que se pretende promover, sendo o direito para essa ação um instrumento, não a própria solução autorrealizável.

de que se incumbe o agente público, temos de perquirir sobre seu alcance no regime da Consolidação das Leis do Trabalho quando aplicado à Administração Pública, já que esse regime também se adota na Administração conforme antes observamos.

Historicamente, as Constituições brasileiras não faziam distinção de regime jurídico ao deferir a garantia da estabilidade aos servidores em geral, mesmo porque a dualidade de regimes ou não era presente ou não ensejava o debate sobre extensão de cada um deles, debate que é próprio do regime atual.

Como vimos na recuperação histórica sobre a estabilidade funcional em item precedente, a Constituição de 1967 ainda falava em estabilidade dos funcionários<sup>184</sup>. Na época, a expressão funcionário público abrangia apenas os integrantes de carreiras efetivas providas por concurso e compostas de cargos públicos, com regime estatutário.

Já no texto constitucional de 1988, o citado artigo 41 em sua redação original, somado ao artigo 19 do ADCT<sup>185</sup>, *caput* e § 2º, dava estabilidade a todas as categorias de servidores da Administração, estabelecendo como requisito apenas a admissão por concurso ou o exercício por 5 anos anteriores à carta, no caso dos estabilizados pela norma transitória.

Não se fazia, como se vê, distinção entre servidores ocupantes de cargos e empregos, pelo que estava amplamente autorizada a leitura de que a estabilidade era garantia dada à categoria que neste trabalho chamamos de servidores estatais, salvo raros posicionamentos dissonantes, como se vê em trabalho de Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena<sup>186</sup>, no qual

---

<sup>184</sup> Como se viu no texto transcrito do art. 99 da Constituição da República de 1967.

<sup>185</sup> Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: “Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público. (...) § 2º O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do “caput” deste artigo, exceto se se tratar de servidor.”

<sup>186</sup> VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Servidor público “celetista” concursado e estabilidade: Constituição de 1988*. Revista de Direito do Trabalho, vol. 79. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 54/62.

sustenta que a estabilidade é mesmo incompatível com as carreiras de emprego público.

Contudo, com a reforma decorrente da Emenda 19/98, o novo texto constitucional fez referência, ao tratar da estabilidade no artigo 41 da Constituição da República, apenas aos servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público, como também já anotamos.

O emprego da expressão cargo nessa nova disposição restringe a garantia então àqueles que, por ocuparem cargo público, estão submetidos ao regime estatutário. Como destacado na obra coordenada por Armando Marcondes Machado Jr.<sup>187</sup>, se a Constituição desejasse estender o benefício à generalidade dos servidores, não teria empregado a expressão restritiva “cargo”.

Por isso, não é demais concluir que a estabilidade não é mais assegurada aos servidores ocupantes de emprego público, em qualquer caso. Tal se dá, evidentemente, sem prejuízo dos que tenham adquirido a estabilidade na vigência do texto anterior, que não os excluía.

Aqui temos, portanto, um ponto de fundamental distinção entre os regimes estatutário e celetista na atualidade, que é o de se restringir apenas ao primeiro a garantia que consideramos fundamental no regime de trabalho público, vale dizer, a estabilidade.

Mas cabe questionar, se aos empregados públicos não é (mais) assegurada a estabilidade, qual é a força e a tendência a definitividade de seu vínculo de trabalho com a Administração.

Ademais, cumpre questionar também se o fato de não terem estabilidade garantida na Constituição torna essa prerrogativa vedada aos empregados públicos.

Quanto à primeira questão, claro que, à primeira vista e tendo em conta nossa própria posição sobre o conteúdo da estabilidade, se ela não é assegurada a tais servidores, seu vínculo com o poder público não tem mais a tendência de se manter.

---

<sup>187</sup> MACHADO JR., Armando Marcondes (coord.). *Direito Municipal. Um olhar abrangente*. São Paulo: Conam, 2015, pp. 406;

Mas para os atos administrativos em geral, dentre os quais a dispensa de empregado público, incidem princípios da administração pública que tem força suficiente para transformar a relação de emprego público. Assim, não é o fato de não se deferir aos empregados públicos o benefício da estabilidade que os deixa expostos, como os empregados em geral no setor privado, à despedida sem justa causa e imotivada, acionada apenas pela vontade subjetiva do administrador.

Vejamos, então, com que fundamentos podemos concluir que os empregados públicos, muito embora não gozem da estabilidade dada pela Constituição aos ocupantes de cargos públicos, também não estão expostos a demissão imotivada e arbitrária pelos seus empregadores.

O princípio da motivação dos atos administrativos, como averbado por Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>188</sup>, impõe que as decisões administrativas em geral venham acompanhadas dos fundamentos de fato e de direito em questão.

A ideia central da motivação é de permitir aos titulares do poder- o povo, segundo o parágrafo único do art. 1º da Constituição da República, o entendimento e escrutínio daquilo que é feito em seu nome, viabilizando o controle e o atendimento aos demais objetivos e princípios do sistema.

Por outro lado, a impessoalidade, princípio administrativo expresso no art. 37, *caput*, da Constituição, exige não apenas a realização de concurso público para admissão dos servidores, mas também e especialmente a fundada motivação sobre uma causa de fato juridicamente apta a romper o vínculo de trabalho com a Administração.

Assim, se a simples vontade pessoal e subjetiva do administrador não é uma causa juridicamente relevante para que se tenha como desnecessário um certo empregado, haverão de servir de fundamento para a demissão apenas as causas albergadas no direito, e devidamente fundamentadas.

---

<sup>188</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 115/116.

Com esse quadro, temos que o empregado público no panorama constitucional atual não goza de estabilidade, mas não pode ser demitido sem um regular processo administrativo, no qual lhe seja assegurada ampla defesa nos termos do art. 5º, LV, da CR, e cuja decisão esteja fundada em motivação juridicamente relevante para operar tal consequência.

Essa leitura é também a mais frequente entre os autores que se manifestaram sobre o tema após a reforma constitucional em questão. Tomando como exemplo as palavras de Francisco Gérson Marques de Lima<sup>189</sup>, é imperiosa a aplicação das exigências de motivação, impessoalidade, legalidade, ampla defesa e contraditório aos processos administrativos tendentes à expulsão de servidores empregados.

Importa sublinhar que, a par das imposições gerais de motivação do ato de dispensa do empregado público, no âmbito federal e para a Administração Pública dessa esfera de governo, a já citada Lei 9.962/2000, que regulamenta o emprego público, plasmou critérios adicionais e específicos para a perda do emprego público.

No dizer de Flávia Malavazzi Ferreira<sup>190</sup>, esta norma complementa os deveres gerais existentes com as regras especiais do art. 3º da citada lei<sup>191</sup>. Em tal dispositivo, são elencadas como causas de dispensa a

---

<sup>189</sup> LIMA, Francisco Gérson Marques de. *A emenda constitucional 19/98 e o servidor público*. Revista dos Tribunais, vol. 762. Doutrinas essenciais de Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 106/117.

<sup>190</sup> FERREIRA, Flávia Malavazzi. O direito à estabilidade e a dispensa do servidor público concursado sob regime da CLT. Artigo publicado no portal Conteúdo Jurídico em 17.11.2014, disponível em: [http://www.conteudojuridico.com.br/artigo\\_o-direito-a-estabilidade-e-a-dispensa-do-servidor-publico-concursado-sob-o-regime-da-clt,50674.html](http://www.conteudojuridico.com.br/artigo_o-direito-a-estabilidade-e-a-dispensa-do-servidor-publico-concursado-sob-o-regime-da-clt,50674.html), acessado em 08.11.2016.

<sup>191</sup> Lei 9.962/2000: “Art. 3º O contrato de trabalho por prazo indeterminado somente será rescindido por ato unilateral da Administração pública nas seguintes hipóteses:

*I – prática de falta grave, dentre as enumeradas no art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT;*

*II – acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;*

*III – necessidade de redução de quadro de pessoal, por excesso de despesa, nos termos da lei complementar a que se refere o art. 169 da Constituição Federal;*

*IV – insuficiência de desempenho, apurada em procedimento no qual se assegurem pelo menos um recurso hierárquico dotado de efeito suspensivo, que será apreciado em trinta dias, e o prévio conhecimento dos padrões mínimos exigidos para continuidade da relação de emprego, obrigatoriamente estabelecidos de acordo com as peculiaridades das atividades exercidas.*

*Parágrafo único. Excluem-se da obrigatoriedade dos procedimentos previstos no caput as contratações de pessoal decorrentes da autonomia de gestão de que trata o § 8º do art. 37 da Constituição Federal.”*

prática de falta grave nos termos da CLT, acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções, necessidade de redução de despesa nos termos de lei complementar e insuficiência de desempenho apurada em processo próprio com as garantias constitucionais<sup>192</sup>.

A jurisprudência também propugna, de forma ampla, pela garantia do contraditório, ampla defesa e motivação em causa juridicamente relevante para a demissão dos empregados públicos.

Ostentando um caráter ainda mais protetivo, a jurisprudência da Justiça do Trabalho tem sido resistente em aplicar a nova regra que veda a estabilidade aos empregados, normalmente estendendo a garantia a tais carreiras. O assunto foi inclusive objeto de Súmula do Tribunal Superior do Trabalho que assim dispõe:

*ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 229 e 265 da SBDI-1 e da Orientação Jurisprudencial nº 22 da SBDI-2) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005*

*I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJs nºs 265 da SBDI-1 - inserida em 27.09.2002 - e 22 da SBDI-2 - inserida em 20.09.2000)*

*II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em*

---

<sup>192</sup> O parágrafo único da norma, acima citado, exclui desses critérios apenas a contratação de pessoal decorrentes da celebração do chamado contrato de gestão previsto no § 8º do art. 37 da Constituição. A inconstitucionalidade ou mesmo inviabilidade jurídica do referido contrato de gestão, contudo, já foi objeto de comentários de Celso Antônio Bandeira de Mello (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 229/246), aos quais aderimos em linhas gerais apenas para, na leitura do referido parágrafo único, reconhecer sua limitada aplicabilidade como exceção à regra do *caput* do art. 3º da L. 9.962/2000. Vale dizer que, se como anota Celso Antônio, “contratos de gestão” não podem reduzir ou modificar o que está disposto em lei e imposto assim à qualquer nível da Administração, a reafirmação disso em lei, como o fez o referido parágrafo único, não muda essa realidade.

*concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJ nº 229 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)*

O já mencionado texto de Júlio César dos Santos Esteves<sup>193</sup> manifesta o posicionamento de que tal súmula ostenta conteúdo que afronta a Constituição da República. Editada em 2005, já sob a vigência do novo texto do art. 41 da Carta Federal, diz o autor que a referida corte superior não poderia ter elaborado distinção à contrariedade do texto constitucional.

Tal posicionamento do TST dá azo a que certos estudos em matéria de estabilidade de empregados públicos foquem-se apenas sobre os empregados excluídos por esse verbete, como é o caso de Ronaldo Nogueira Martins Pinto<sup>194</sup>. Este autor posiciona-se pela aplicação das regras de restrição à despedida de empregados a que acima nos referimos de forma mais especial aos empregados das empresas estatais, pessoas jurídicas de direito privado (sejam elas prestadoras de serviços públicos ou exploradoras de atividade econômica).

Muito embora em nossa visão a estabilidade seja garantia importante ao servidor estatal em geral, tanto do empregado quanto do servidor ocupante de cargo, a dicção constitucional reformada é bastante clara em optar pelo deferimento dessa garantia apenas aos ocupantes de cargo público.

Não podemos deixar de registrar a crítica a essa concepção. Para criticá-la, lançamos mão do exemplo de Celso Antônio Bandeira de Mello citado por Márcio Cammarosano<sup>195</sup>: se uma norma proíbe o ingresso num estabelecimento com cachorro, está a norma a dizer que é permitido o ingresso com um urso? Parece que a finalidade da norma no caso

---

<sup>193</sup> ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Uma reflexão sobre a estabilidade funcional e sobre o prazo do estágio probatório*. In FORTINI, Cristiana (org.) et al. *Servidor Público. Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, pp. 203-223.

<sup>194</sup> PINTO, Ronaldo Nogueira Martins. *Do direito à estabilidade do empregado da empresa de caráter estatal*. Revista de Direito do Trabalho, vol. 136. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 178/201.

<sup>195</sup> CAMMAROSANO, Márcio. *O Estado Empregador*, in BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (coord.). *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1986, p. 63.

é vedar o ingresso de animais em geral. Porque considera que no tal espaço animais não são compatíveis com o ambiente.

Então, do mesmo modo e abordando assim a segunda questão colocada: se uma norma dá estabilidade a servidores ocupantes de cargo, está a vedar a estabilidade aos servidores empregados? Sabemos que sim. Entretanto, parece que a norma visa prestigiar o exercício isento da função pública. Porque considera que exercê-la de forma exposta a outros interesses não é compatível com o ambiente estatal. Assim, para esses fins: há fundamental distinção entre servidores empregados e servidores ocupantes de cargo, quando exercem função pública?

Pois sem embargo da animada crítica, parece que a constituição fez sim a referida distinção. Por isso, deferir tal garantia aos empregados, no atual panorama constitucional, nos parece destoar da pretensão expressa do legislador constituinte derivado, que restringiu sua aplicação de forma bastante clara, promovendo inclusive reforma em um texto que antes era mais abrangente.

Isso, contudo, não significa de forma alguma que a estabilidade funcional está vedada aos empregados públicos. Quer dizer, apenas e tão somente, que essa garantia não está assegurada em nível constitucional. Poderão assim, então, os atos legislativos infraconstitucionais virem a dispor sobre tal garantia às carreiras de empregados, mormente calcados na necessidade para bom exercício das competências públicas de que sejam encarregados.

#### **4.5. Nossa visão sobre a estabilidade e sua relevância no trabalho público**

Uma vez que pudemos colocar a estabilidade funcional no cerne do regime jurídico diferenciado do trabalho dos servidores estatais, posição adotada para a fundamentação desse trabalho, convém que façamos algumas considerações finais sobre o assunto.

Como afirmamos acima, em nosso ver, o bom desenvolvimento das atividades administrativas passa, de forma indeclinável, por uma condição adequada de trabalho aos seus agentes.

Da mesma forma que no setor privado a conveniência e os interesses daqueles que detém o comando – a qualquer título – da organização, no setor público também impera essa vontade.

A necessária distinção se dá, contudo, no fato de que no setor privado há em geral uma pessoa ou um grupo de pessoas que detém o poder de decisão sobre os destinos de sua organização. No setor público, de outro lado, o grupo de pessoas que detém o poder de decisão sobre os destinos da organização é a coletividade, e o interesse é curado numa relação de administração, no dizer de Cirne Lima<sup>196</sup> e sobre a qual falamos no capítulo 1. Essa é a fundamental base teórica do regime jurídico de trabalho diferenciado que é deferido aos agentes públicos.

Diferente do que possa parecer num exame a distância, os encarregados de conduzir os destinos da máquina administrativa são, todos e sem exceções, mandatários da coletividade. Assim, tais pessoas não o fazem em nome pessoal, mas segundo os interesses de seus mandantes. Os interesses dessa coletividade são dispostos em diversos níveis normativos (Constituição, leis, regulamentos, atos administrativos), e grande parte desses interesses já estão delineados.

Nesse quadro, é evidente que a sorte de quem vier a integrar os quadros da organização chamada estado só poderá mesmo ser decidida segundo os interesses dos titulares da organização, a saber, o povo.

Essa é uma razão maior da estabilidade funcional, que protege os agentes públicos fundamentalmente da ingerência dos mandatários.

Não porque os mandatários tenham tendência a se desviar dos objetivos que os levaram a ocupar tal posição (muito embora essa seja uma razão prática muito atual em face da realidade que

---

<sup>196</sup> CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo*. 7ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p.105/109

experimentamos), mas especialmente porque a tais mandatários não deve ser dado fazer um juízo pessoal sobre quais agentes devam permanecer nos quadros da Administração e quais não devam, quando estes agentes são encarregados de dar cumprimento ao interesse da coletividade, e não dos comandantes políticos. O juízo a cargo de tais mandatários<sup>197</sup> deve ser técnico-jurídico e corresponde ao exame de situações de fato juridicamente qualificadas como ensejadoras da ruptura do vínculo (ou de outras penalidades).

A isso se acrescenta, então, a estabilidade funcional, a qual significa em nosso direito vigente a tendência do servidor de se manter nos quadros administrativos e apenas deles sair por motivo de falta grave, insuficiência de desempenho medida objetivamente<sup>198</sup>.

Pois concordando com o edifício teórico sobre o qual se fundam as garantias dos servidores brasileiros, fixamos com base no acima estudado as seguintes conclusões (as quais observam, diga-se, o direito vigente para o futuro, e não as normas transitórias de adaptação<sup>199</sup>):

- a) Todos os servidores estatais brasileiros admitidos por concurso público e integrantes de carreiras têm o direito de serem apenados ou desligados apenas mediante devido processo legal, com contraditório e ampla defesa, e enquadramento de sua conduta como fato juridicamente relevante;
- b) Todos os servidores públicos ocupantes de cargos efetivos e providos por concurso público – ou seja, os regidos por regime jurídico estatutário – têm direito a estabilidade funcional, que lhes assegura permanência na função, com vias mais estreitas para seu desligamento involuntário;

---

<sup>197</sup> Convém reafirmar, nesse ponto, que no Brasil o juízo administrativo sobre a demissão de servidores é dado ao mandatário, que o exerce solitário. Como vimos no direito comparado, na França em geral essas decisões são tomadas em colegiados com composição paritária, entre mandatários e servidores de carreira.

<sup>198</sup> São os termos do art. 41, § 1º e incisos, da Constituição da República. Todas as demais hipóteses ensejam ativação de direitos decorrentes da estabilidade, como a disponibilidade.

<sup>199</sup> Aqui nos referimos a toda sorte de agentes estabilizados à força de lei, sem uma fundamentação jurídico-teórica para tanto, como por exemplo o artigo 19 do ADCT.

Das conclusões acima, se saca que a generalidade dos servidores estatais, exceto aqueles ocupando cargos ou funções de confiança, estão em alguma medida protegidos contra despedida arbitrária, imotivada e levada a efeito pela só vontade de uma pessoa, sem fundamento no direito. Trata-se da conclusão da alínea *a* acima.

Vê-se, ainda, que não está proibida a garantia da estabilidade funcional aos empregados públicos, podendo por ato normativo ser estendida a tais carreiras tal como dada pela Constituição aos servidores ocupantes de cargos.

Assim, considerando que já afirmamos que a adoção do regime jurídico especial deve encontrar alguma medida de adequação no caso concreto, resta partir a elaboração desses critérios, que revelará ao final a abrangência do regime jurídico especial.

## **Capítulo 5 – Da medida de abrangência do regime jurídico especial**

### **5.1. O regime jurídico especial dos servidores estatais**

No capítulo que ora iniciamos, o objetivo é condensar a visão até aqui estudada sobre os servidores estatais e seu regime de trabalho, culminando com uma elaboração do âmbito de aplicação dos regimes existentes, sua medida e peculiaridades, em face de alguns critérios.

É imperioso, contudo, estabelecer um padrão semântico que adotaremos, esclarecendo-o no texto para que se evitem confusões.

Propomo-nos até aqui a estudar o espaço em que se dá a relação jurídica de trabalho público no panorama brasileiro, bem como encontrar quais são os regimes jurídicos de trabalho assegurados constitucionalmente, e suas respectivas características.

Em face das conclusões já sustentadas, consignamos que em nossa visão todo e qualquer trabalho desempenhado em favor do Estado e mediante retribuição – a saber, aquele que enseja o enquadramento do agente como servidor estatal ou servidor público – dá azo ao exercício de trabalho sob um regime especial.

Com isso queremos dizer que, se nosso estudo se propõe a examinar a abrangência do regime especial dos servidores, já se pode concluir que essa abrangência é total. Ou seja, em matéria de trabalho desempenhado profissionalmente ao Estado, qualquer que seja o nome do regime jurídico dado, há um núcleo que o caracteriza e permite estabelecê-lo como especial em relação ao trabalho comum.

Esse núcleo fundamental, como vimos no capítulo antecedente, é a tendência do vínculo de trabalho com o Estado só se desfazer quando ocorrer circunstância prevista em lei, e por conseguinte ser vedada a demissão meramente voluntária de servidor público.

Isto porque, como afirmado, o vínculo mais tênue do servidor estatal é o de emprego público sem estabilidade funcional. E mesmo

nessa hipótese, em qualquer esfera de governo e como corolário do princípio da legalidade estrita, é vedado à Administração demitir o servidor sem uma causa juridicamente relevante e verificada de forma burocrática. Isso sem se falar, evidentemente, dos servidores que gozam da estabilidade funcional como benefício típico (regime estatutário) ou atípico (regime de emprego com estabilidade deferida por lei ou ato normativo) de seu regime.

Essa conclusão, então, nos leva a dar forma ao que pensamos sobre ser o regime jurídico especial: qualquer vínculo de trabalho efetivo com o Estado e as pessoas por ele criadas para desempenho de tarefas públicas.

Ademais, o regime tanto é especial de forma genérica que, para certos aspectos como a alteração unilateral dos contratos, Roberto Sorbilli Filho<sup>200</sup> já sustentou identidade entre os regimes tanto na relação estatutária quanto na de emprego, porque sempre está em causa o trabalho público.

Com essa conformação prosseguimos, pois, no estudo mais minudente dos dois regimes existentes, sua aplicação e nas particularidades que podem ostentar em face das competências exercidas.

## **5.2. Conteúdo da expressão regime jurídico único no art. 39 da Constituição**

Inicialmente, cumpre-nos delinear como a doutrina trata do âmbito de aplicação dos dois regimes jurídicos que vislumbramos como possíveis segundo o ordenamento constitucional positivo.

Tornando aos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>201</sup>, temos que o autor afirma que os titulares de cargos públicos mantêm com a Administração uma relação institucional chamada estatutária,

---

<sup>200</sup> SORBILLI FILHO, Roberto. *A alteração unilateral das normas do regime de trabalho com o Estado*. In FORTINI, Cristiana (org.) et al. *Servidor Público. Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, pp. 402.

<sup>201</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 258 a 271.

porque definida e regulada sempre em lei e nos seus regulamentos. Não se trata de uma convenção ou ajuste de vontades, não há acordo ou combinado. Os titulares de cargo apenas aderem ao regime como está posto, e a Administração tem o poder de, por meio de lei, alterar as condições do serviço destes agentes sem consultá-los ou ter de promover alterações individuais.

Anota Celso Antônio, quanto a isso, que a natureza estatutária se diferencia da natureza contratual justamente em razão da independência entre a vontade da lei e a vontade do servidor, que não concorre para a formação de um ajuste. Pode a Administração, assim, promover alterações no estatuto subtraindo direitos ou mudando sobremaneira a condição do serviço, sem direito dos titulares dos cargos de contra isso se insurgirem.

Evidentemente que, quanto aos titulares de cargo que tenham implementado as condições aquisitivas de um determinado direito ou mesmo já estivessem exercendo-o ao tempo de uma alteração legal qualquer, estes têm para si o dito direito garantido, porque adquirido, mas quaisquer outros que não o tenham, terão a mera expectativa suprimida.

Quanto aos ocupantes de emprego, por outro lado, sua relação com o Estado é regida por um contrato, como seria com uma pessoa privada qualquer. O contrato se caracteriza pelo acordo de vontades e resulta desse acordo, expressando assim algo bilateral e oriundo de negociação. Ademais, o contrato gera direitos entre as partes desde a sua formação, assegurando que certas expectativas futuras sejam garantidas às partes e não possam, como vemos ocorrer no regime estatutário, ser unilateralmente suprimidas<sup>202</sup>.

---

<sup>202</sup> Sobre o entendimento de que no regime estatutário está ao dispor da lei a alteração unilateral das condições de trabalho do servidor a ele aderente, recomendamos a leitura do trabalho de Priscilia Sparapani que, em recente tese de doutoramento apresentada na PUC/SP, defendeu (entre outras valiosas conclusões) a vedação ao retrocesso social como implicante direta neste tipo de regime jurídico (ou seja, de que o retrocesso social constitui impedimento material de mudança no regime estatutário), o que a autora propõe ser contrastado pela técnica da equivalência jurídica das alterações eventualmente promovidas (SPARAPANI, Priscilia. *O princípio da vedação ao retrocesso social e sua aplicação ao regime jurídico dos servidores públicos*. Tese de Doutorado. PUC/SP. São Paulo: 2013. Disponível em: [http://www.sapientia.pucsp.br/tde\\_arquivos/9/TDE-2013-05-16T06:14:00Z-13617/Publico/Priscilia%20Sparapani.pdf](http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/9/TDE-2013-05-16T06:14:00Z-13617/Publico/Priscilia%20Sparapani.pdf) ). Também, Roberto Sorbilli Filho (SORBILLI FILHO, Roberto. *A alteração unilateral das normas do regime de trabalho com o Estado*. In

Quanto ao âmbito de aplicação de um regime ou de outro, a posição de Celso Antônio a respeito é muito clara.

Isso porque a Constituição dispunha, originalmente, no *caput* do art. 39<sup>203</sup>, que aos servidores da administração direta, autarquias e fundações públicas seria instituído pelo respectivo ente da federação um regime jurídico único de trabalho. Contudo, a emenda constitucional n. 19, editada em 1998 – chamada “emendão”<sup>204</sup> – suprimiu a expressão regime jurídico único para empregar uma determinação outra, que nada trata sobre regime jurídico dos servidores, mas sobre política de administração e remuneração de pessoal no serviço público<sup>205</sup>.

A referida emenda foi questionada no Supremo Tribunal Federal por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade<sup>206</sup> manejada por alguns partidos políticos sob fundamento de vício de tramitação, a ensejar inconstitucionalidade formal<sup>207</sup>. O Supremo Tribunal, em 2007, concluiu longa votação na medida cautelar na referida ação e deliberou pela suspensão do texto aprovado com efeitos a partir de então (*ex nunc*), restaurando provisoriamente a antiga redação e mantendo vigor da alteração derrubada apenas pelo período de sua inserção até a suspensão.

---

FORTINI, Cristiana (org.) et al. *Servidor Público. Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, pp. 383/402) já defendeu certa vinculação das regras de alteração unilateral apenas à otimização do serviço público em causa, de certa forma sendo indistinta a natureza da relação jurídica, se estatutária ou contratual.

<sup>203</sup> Texto original: “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.”

<sup>204</sup> O autor se refere com frequência à dita emenda com essa expressão, tanto em seu curso como também em “*Licitação nas estatais em face da EC Nº 19*”, disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-6-JUNHO-2006-CELSONANTONIO.pdf>, consultado em 08.11.2016.

<sup>205</sup> Texto reformado: “Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.”

<sup>206</sup> ADI 2.135-4/DF.

<sup>207</sup> Maurício Zockun (ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade Patrimonial do Estado. Matriz Constitucional, a responsabilidade do Estado por atos legislativos, a obrigatoriedade da prévia indenização e a responsabilidade pessoal do parlamentar*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, pp. 75/76), comentando sobre o processo de formação dos atos legislativos e o produto legislativo em si mesmo já destacou que, no caso da citada ADI, o que ocorreu foi contestação do processo legislativo, vale dizer, contestação formal. Asseveramos, apoiados nesta fundamental distinção, que nada disse e nem poderá dizer o Supremo Tribunal sobre o conteúdo da Emenda Constitucional 19/98, porquanto a materialidade da mudança constitucional não foi objeto de impugnação na demanda judicial comentada.

Celso Antônio, quanto a esta questão, comenta que suscitava dúvidas o sentido da expressão original – *regime jurídico único* – em face da possibilidade de convivência entre regimes de emprego e de cargo público explicitada em outros dispositivos constitucionais.

Entende ele que a expressão regime jurídico único era, como agora voltou a ser, empregada no texto com o fito de evitar na verdade uma pluralidade de regimes em situações similares, como a criação de um regime jurídico distinto, um estatuto para cada pessoa jurídica existente numa mesma esfera de governo. Trata-se, pois, de exigir uniformidade de regime em carreiras ou encargos semelhantes, sem com isso negar a possibilidade de que certas atividades ensejam a criação de empregos públicos, como funções materiais subalternas, e certas outras exigem a necessidade de cargos públicos para exercício de atividades básicas e essenciais da administração.

É quase redundante dizer, a este tempo, que estamos aderindo a esta posição quanto à constitucionalidade dos dois regimes, porque já o fizemos em capítulo anterior, falando sobre a asseguarção constitucional de ambos os regimes.

Aparentemente, porque não manifestado de forma expressa na sua obra, o pensamento de Celso Antônio não vê com bons olhos a alteração constitucional que está suspensa. E não por conta do apontado vício formal de constitucionalidade, mas porque o texto provavelmente está a tornar inócua a obrigatoriedade geral do regime jurídico estatutário para as diversas funções públicas, o que constitui um postulado científico desse autor.

Parece-nos que a expressão regime jurídico único albergada no texto constitucional original tem mesmo esse conteúdo e alcance, e prima pela existência do regime jurídico estatutário para os servidores públicos em convivência com o regime de emprego público.

### **5.3. Regime jurídico estatutário e natureza da pessoa jurídica empregadora**

A discussão sobre o âmbito de abrangência do regime jurídico de cargo e de emprego na Administração é cabível, para Celso Antônio, apenas quando se trata de pessoas jurídicas de direito público integrantes da Administração direta e indireta, conquanto no que se refere às pessoas jurídicas governamentais de direito privado, o regime de trabalho de seus servidores seria sempre e obrigatoriamente o de emprego público, vale dizer, o da Consolidação das Leis do Trabalho, em razão da natureza jurídica de direito privado destas pessoas.

O mesmo, e com as mesmas razões, sustenta Maria Sylvia<sup>208</sup>.

Neste ponto, ousamos lançar um questionamento sobre o posicionamento dos referidos autores por nos parecer, de outro lado, que a natureza jurídica das pessoas criadas pelo Estado para consecução de fins públicos não deveria determinar, só por isso, o regime jurídico de seus servidores.

Em verdade, se o regime jurídico da pessoa criada pelo Estado para consecução de determinados fins públicos é, sozinho, determinante para a incidência de toda e qualquer regra de direito para aquela pessoa, não poderíamos falar então em controle orçamentário<sup>209</sup> das pessoas privadas criadas pelo Estado, tampouco em exigência de concurso público para admissão de seus servidores<sup>210</sup>, sujeição deles ao enquadramento de seus desmandos como improbidade administrativa<sup>211</sup>, exigência de licitação para celebrar contratos em geral<sup>212</sup>, entre outras inúmeras.

De outro lado, se existisse um único regime de emprego adequado para as pessoas jurídicas em razão de sua natureza pública ou privada não teria a Constituição albergado, como se sabe, um regime típico e um atípico para as pessoas jurídicas de direito público em geral. É dizer, o

---

<sup>208</sup> ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 25ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 580 e ss..

<sup>209</sup> Do que é exemplo o art. 71, incisos II, III, IV e V, da Constituição da República, tratando da fiscalização orçamentária dessas entidades pelo Tribunal de Contas da União.

<sup>210</sup> Nos termos do art. 37, *caput* e inciso II, da Constituição.

<sup>211</sup> Nos termos do art. 1º, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92).

<sup>212</sup> A teor do art. 37, XXI, da C.R., aplicável às empresas públicas inclusive por expresse teor do art. 22, XXVII, *in fine*, da mesma carta.

regime jurídico de trabalho dos servidores não parece defluir da personalidade jurídica da pessoa que os recruta, mas da natureza da atividade a ser exercida. E nem sempre há coincidência entre ambos.

Como se sabe, o regime jurídico administrativo incide onde houver atuação finalística do Estado, que é a defesa do interesse público, e essa incidência ultrapassa a mera qualificação da natureza jurídica das pessoas criadas ou não<sup>213</sup> pelo Estado para atingir sua finalidade integralmente. O ponto fundamental é saber a medida de influência do regime jurídico administrativo, que pode ser aplicado segundo as necessidades específicas de cada entidade ou órgão.

Muito embora possa soar estranha a adoção do regime diferenciado para servidores estatais integrantes de empresas públicas, essa é uma forte sensação que decorre em nosso exame<sup>214</sup>.

Em outras palavras, a incidência do regime jurídico administrativo não é regra de Direito Público, mas regra de Direito, que se aplica a quem quer que esteja, sob variados rótulos, natureza ou personalidade, desde que incumbido da relação de Administração Pública a que aludiu Cirne Lima<sup>215</sup>.

---

<sup>213</sup> Ao revés, há entre pessoas jurídicas totalmente privadas aquelas que se sujeitam a normas de direito público (protetivas diretamente do interesse público), como é o caso das pessoas jurídicas subvencionadas, parcialmente custeadas ou só receptoras de incentivos fiscais pelo Estado para fomento econômico e social, fiscalizadas pelo Tribunal de Contas da União nos termos do art. 70, parágrafo único, da Constituição, e cujos atores se sujeitam à Lei de Improbidade Administrativa quando atentam contra seu patrimônio, nos termos do amplíssimo art. 1º, *caput* e parágrafo único, da Lei 8.429/92.

<sup>214</sup> Para aclarar nosso raciocínio, tomemos como exemplo o caso dos serviços autônomos de água de esgoto de diversos municípios brasileiros. Por vezes, são configurados como empresas públicas prestadoras de serviços públicos, de natureza de direito privado, portanto. Em outros casos são criados como autarquias, com personalidade de direito público. Mas a atividade de imposição de penalidades aos usuários por excesso de consumo de água ou outros desvios de conduta no consumo, independentemente se se a reconhece como exercício de poder de polícia ou não, enseja uma competência que na verdade impõe aplicação imparcial, segura e isenta das leis e regulamentos da matéria. Por essa razão, a atividade desenvolvida nos parece reclamar regime estatutário. Até porque, de toda forma o exercício desta específica competência deve se dar necessariamente via regime estatutário se for prestada por pessoa de Direito Público e, novamente, não em vista da natureza da pessoa jurídica. Então, inexistindo diferença entre o exercício da dita atividade por empresa pública, autarquia ou órgão municipal (ou seja, a atividade é a mesma onde quer que seja prestada), nos parece que o regime dos servidores competentes para a atividade deve acompanhar essa falta de diferença, estabelecendo-se pela competência pública a ser exercida, e não pela natureza jurídica do órgão ou entidade.

<sup>215</sup> CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo*. 7ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p.105/109.

Assim, pensamos que apenas na hipótese do art. 173, II, da Constituição da República<sup>216</sup>, que tem dicção explícita, o regime jurídico já estaria previamente determinado.

Nas demais pessoas jurídicas de direito privado instituídas ou mantidas pelo Estado, as empresas estatais em geral quando criadas para a prestação de serviços públicos, o regime jurídico adequado aos seus servidores deve ser determinado pelas atribuições a serem exercidas por estes e os atributos que delas decorrem.

Embora essa posição não seja comum na doutrina nacional, Ana Fernanda Neves<sup>217</sup> registra em seu estudo do mesmo tema, que o Conselho de Estado francês emitiu manifestação em 1993 no sentido de que empresas públicas incumbidas de prestar serviço público e com capital majoritariamente público mantenham regime diferenciado de seus servidores mesmo após transformação societária que lhes atribuisse natureza de direito privado.

Na hipótese citada, estava em questão o regime jurídico dos funcionários da empresa France Telecom, e o Conselho lançou entre suas razões o princípio da neutralidade e continuidade no provimento de serviços públicos, e sua boa prestação em atendimento ao interesse público.

Vale dizer que a hipótese se encaixa no que ora propugnamos: a essência do serviço desenvolvido deve ser a razão determinante do regime jurídico funcional a ela associado.

Contudo, reconhecendo que a formulação teórica da relação jurídica entre Estado e agente público travada no âmbito do regime estatutário é solidamente apoiada no fato de que só as pessoas jurídicas de

---

<sup>216</sup> “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(...)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;”

<sup>217</sup> NEVES, Ana Fernanda. *A relação jurídica de emprego público*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 333, nota 1035.

direito público podem ostentar em suas carreiras os cargos públicos, parecidos que poderão os atos normativos regulamentadores das pessoas jurídicas de direito privado estabelecer garantias adicionais aos empregados públicos quando estas se apresentarem necessárias.

Ou seja, ainda que impossível a adoção do regime estatutário em pessoas com natureza privada, o regime de emprego nelas predominante poderá, como já dissemos ao final do tópico 4.4, receber acréscimos tais que as prerrogativas de tais servidores sejam suficientes para o bom desempenho da função pública.

#### **5.4. Âmbito de aplicação dos regimes**

Celso Antônio<sup>218</sup> sustenta ser, para as pessoas jurídicas de direito público, o regime estatutário como o normal, o prevalente e mais adequado à função pública. O autor aduz que não teria a Constituição disciplinado nos artigos 39 a 41 questões tão particulares quanto a esse regime se não fosse para ser o predominante. Sustenta, ainda, que o regime estatutário é o normal porquanto o art. 39, § 3º dispõe serem aplicáveis a esses servidores titulares de cargo também as normas gerais de proteção a todos os trabalhadores, isto é, àqueles submetidos ao regime tradicional e comum da CLT.

Mas o autor lança ainda mais um fundamento, e de maior importância a nosso ver, para que seja o regime estatutário prestigiado como o predominante na Administração Pública direta. É que ele entende, com o que veementemente vimos concordando neste trabalho, tratar-se a relação jurídica entre servidor e Estado de uma relação especial, na qual está em causa a satisfação do interesse público a ser provida diretamente pelas ações desses servidores. E por isso que a Constituição e as leis estabelecem as já mencionadas garantias e poderes-deveres específicos para esses

---

<sup>218</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 258 a 271.

servidores, visando garantir-lhes condições de uma atuação imparcial, isenta e segura, não sujeita às conveniências e particularidades que possam desejar ver atendidas as autoridades de plantão ou os grupos políticos que ocupam transitoriamente o poder. E o autor assevera, com indisfarçado ressentimento quanto a essa realidade, que a ingerência personalista e fisiologista é um vício comum na condução dos negócios públicos brasileiros.

As garantias especiais que se deferem aos servidores para essa atuação isenta e imparcial que se deseja ver adotada pelos ditos funcionários correspondem, para o autor, aos predicamentos da magistratura para os membros do Poder Judiciário e às imunidades parlamentares no Poder Legislativo, estas previstas na Constituição, mesmo que existam cargos públicos com exigências especiais também nos aludidos poderes, além do Poder Executivo. Trata-se de garantias correspondentes às atribuições dos cargos em questão.

Por outro lado, a Constituição frequentemente alude a cargos, funções e *empregos*, demonstrando que pretendeu a admissão também desse regime na administração.

Contudo, para nós, como já foi dito, o exercício de competências públicas sob regime especial não é restrito apenas ao regime jurídico estatutário. É, na verdade, mais protegido por esse regime, mas nada obsta que o regime de emprego venha a ter acrescidas certas garantias particulares – como a estabilidade funcional – de tal forma que se torne adequado também para várias carreiras públicas.

Mas, de sua parte, Celso Antônio averba que só serão compatíveis com o regime de emprego certas funções na Administração Pública que não demandem, para seu legítimo e seguro exercício (isto é, para a desejada atuação imparcial e isenta dos servidores) as garantias deferidas àqueles submetidos ao regime estatutário. São elas as funções materiais subalternas, cujo “modesto âmbito da atuação desses agentes não introduz riscos para a impessoalidade da ação do Estado em relação aos administrados caso lhes faltem as garantias inerentes ao regime de cargo”<sup>219</sup>.

---

<sup>219</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 269.

Assim é que, para ele, *cabera* a aplicação do regime de emprego apenas quando a adoção desse regime não comprometa os objetivos que levaram à estipulação do regime especial para os servidores em geral.

Destacamos desse pensamento que o autor entende pelo *cabimento* do regime de emprego nas hipóteses antes delineadas, militando pela prevalência do regime estatutário como normal. Não se trata, pois, de um entendimento fixo quanto ao âmbito de aplicação de um e outro regime, senão de predominância do regime estatutário.

Assim é dizer que Celso Antônio, em sua vasta obra<sup>220</sup>, entende pela admissibilidade do regime estatutário às hipóteses em que mostra cabível o regime de emprego, militando pela preferível adoção do primeiro, assim dito normal e prevalente<sup>221</sup>.

De igual forma Maria Sylvia Zanella di Pietro firma entendimento seu sobre o fato de que o regime estatutário é o normal e deve ser amplamente adotado na Administração Pública, em especial por conta da disposição constitucional revalidada exigindo instituição de regime jurídico único<sup>222</sup>.

José dos Santos Carvalho Filho<sup>223</sup> observa o panorama de posições doutrinárias no cenário nacional sobre a expressão regime jurídico único do art. 39. De sua parte, este estudioso sustenta que a correta leitura para tal expressão é que o regime preconizado pela Constituição é único, seja estatutário ou trabalhista, visando assim apenas estabelecer

---

<sup>220</sup> Pensamento também exposto em: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Regime dos Servidores da Administração Direta e Indireta*. 3ª Ed.. São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 88/95.

<sup>221</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Idem*, p. 94.

<sup>222</sup> A autora defende que, para o período de vigência da Emenda Constitucional 19 (o que nos permite concluir ser essa sua posição também para o caso de voltar a vigorar o texto reformado) houve abertura de liberdade aos entes políticos para optar entre o regime jurídico estatutário e o de emprego público, ressalvados apenas os casos em que a Constituição tenha exigido que os servidores ocupem cargos organizados em carreira, o que para ela corresponde às funções da Magistratura, Ministério Público, Tribunais de Contas, Advocacia Pública, Defensoria Pública e Polícia), mais as carreiras que vierem a ser definidas por meio de lei como *exclusivas de Estado*, nos termos do art. 247 da Carta (ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. MOTTA, Fabrício. *Administração Pública e Servidores Públicos. Tratado de Direito Administrativo*, vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 376).

<sup>223</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª Edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 613.

uniformidade. A noção é, portanto, de que uma vez feita a opção pela esfera de governo, todo o âmbito de sua administração estará jungido ao regime eleito.

Marçal Justen Filho<sup>224</sup> registra com bastante síntese seu posicionamento. Para o autor, o comentado *caput* do art. 39 da Constituição, com a redação original e restaurada em 2007, fez uma opção explícita por regime jurídico único que quer significar exclusivamente o regime de direito público, o regime estatutário. Nessa linha, durante a vigência do texto reformado pela Emenda Constitucional 19/1998 que eliminou a adoção de regime jurídico único, as pessoas jurídicas de direito público poderiam optar entre adoção de regime estatutário e regime de emprego. Quanto às pessoas jurídicas de direito privado, o autor defende, como a quase totalidade de nossa doutrina pátria, que apenas o regime jurídico de emprego se coaduna com tal natureza jurídica.

Por fim, Marçal explica que algumas competências funcionais, em particular no âmbito da Administração direta, exigem a adoção do regime de direito público, mas não especifica quais.

Essa posição do autor está calcada em seu entendimento sobre a origem e justificação de um regime de direito público, que embora seja muito parecida com a que vimos nos demais autores, vale a citação pelos termos breves e lapidares:

*A estruturação da atividade administrativa em carreiras estáveis, com o reconhecimento de garantias aos servidores públicos, reflete a diferenciação entre o corpo administrativo e burocrático e os cargos de direção superior. Não é possível impor a todos os exercentes das funções administrativas uma vinculação subjetiva à vontade da autoridade superior. (...) A democracia exige que as funções públicas sejam exercidas por pessoas físicas integradas de modo permanente nas instituições estatais, sujeitas a um regime jurídico que lhes*

---

<sup>224</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

*imponha e assegure atuação orientada à realização do direito. Isso significa a neutralização de influências indevidas, provenientes seja dos poderosos, seja da própria massa popular.*<sup>225</sup>

Na obra de Hely Lopes Meirelles<sup>226</sup>, atualizada *post mortem*, constam comentários ao art. 39 da Constituição com o teor da Emenda 19<sup>227</sup>. Extrai-se da posição geral externada na obra que a adoção de regime jurídico único comporta a eleição de regime estatutário ou de emprego público, havendo vinculação ao regime estatutário apenas na hipótese das carreiras exclusivas de Estado, referidas vagamente no art. 247 da Constituição da República.

Para nós, embora de grande valor o emprego da expressão *carreiras exclusivas de Estado* na Carta, o fato de ter sido feita em emenda formulada sem esse deliberado propósito e estar referida em uma única oportunidade, sem a definição legal ali requisitada ao Congresso, empobrece o seu potencial de estabelecer um critério. Vale dizer, pretendeu-se a proteção a determinadas carreiras por um processo demissional mais rígido, sem contudo esclarecer o conteúdo e alcance da expressão, o que muito viria a calhar na matéria<sup>228</sup>.

Wolgran Junqueira Ferreira<sup>229</sup>, a propósito de seus comentários sobre o estatuto dos servidores públicos federais, Lei 8.112/90, abordou brevemente, em obra editada em 1995, o texto do art. 39 da Constituição da República. Suas impressões foram registradas antes da

---

<sup>225</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 874.

<sup>226</sup> LOPES MEIRELLES, Hely. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

<sup>227</sup> Os quais foram produzidos na vigência da Emenda 19/98, cuja eficácia está suspensa, como se sabe.

<sup>228</sup> Sobre a importância do estabelecimento de carreiras exclusivas de Estado, em matéria de doutrina jurídica, reportamo-nos ao substancial texto de Juarez Freitas nesse sentido (FREITAS, Juarez. *Carreiras de Estado: o núcleo estratégico contra as falhas de mercado e de governo*. In FORTINI, Cristiana (org.) et al. *Servidor Público. Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, pp. 180/199.

<sup>229</sup> JUNQUEIRA FERREIRA, Wolgran. *Comentários ao Regime Jurídico dos Servidores Públicos Cíveis da União (Estatuto dos Funcionários Públicos) Lei 8.112*. 4ª Ed.. Bauru: EDIPRO, 1995, p. 15/16.

Emenda Constitucional 19/98, que promoveu alteração substancial no texto. Com o restabelecimento do conteúdo original por decisão do STF<sup>230</sup>, as palavras deste autor retomam contato com a realidade juspositiva vigente.

Para o jurista, o estabelecimento de regime jurídico único também impôs a adoção do regime estatutário como padrão. Diz o autor que a adoção de regime distinto do estatutário só poderia ser feita nos casos expressamente excepcionados pela Constituição e, como a Lei 8.112/90 instituiu a disciplina estatutária para toda a União, nessa esfera de governo já estaria excluída a adoção do chamado regime celetista para todos os servidores.

Comenta ainda que para reger as exceções é que o art. 114 da Constituição brasileira teria disposto sobre a competência da Justiça do Trabalho para dirimir conflitos baseados nas relações de emprego abrangendo os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta das três esferas de governo<sup>231</sup>. Quanto a isso, observa o comentário de Hely Lopes Meirelles<sup>232</sup> no sentido de que a competência é estrita aos servidores regidos pela CLT, respeitada no mais a competência da Justiça Comum para o conhecimento dos litígios envolvendo servidores estatutários.

E finaliza por discordar de Ivan Barbosa Rigolin<sup>233</sup>, para quem seria possível a instituição pela Administração de um regime jurídico inédito, diverso do estatutário e do celetista, desde que respeitados os parâmetros mínimos estabelecidos na Constituição, reforçando seu entendimento de que o regime jurídico único aludido pelo texto maior é sim o

---

<sup>230</sup> Conforme repetidamente mencionado neste trabalho, em Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.135-4/DF, o Supremo Tribunal Federal suspendeu a redação dada pela Emenda Constitucional 19/98 ao *caput* do art. 39 da Constituição da República, restaurando a redação anterior com efeitos *ex nunc*.

<sup>231</sup> Necessário registrar que o texto comentado por esse autor foi alterado pela Emenda Constitucional 45/2004, mas a alteração não produz mudança relevante no que comenta o texto citado, porquanto o conteúdo antes existente no *caput* do art. 114 foi fracionado entre o atual *caput* e o inciso primeiro, sem substancial alteração quanto a isso. A reforma foi, em verdade, para eliminar dúvidas de competência.

<sup>232</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16ª Ed. São Paulo: Malheiros *apud* JUNQUEIRA FERREIRA, Wolgran. *Ob. cit.*, p. 15.

<sup>233</sup> RIGOLIN, Ivan Barbosa. *O Servidor Público na Constituição de 1988*. Ed. Saraiva, pág. 120 *apud* JUNQUEIRA FERREIRA, Wolgran. *Ob. cit.*, p. 16.

estatutário, com prevalência geral e exclusividade na esfera federal em razão da Lei 8.112/90.

Quanto a esse ponto em particular, já manifestamos linhas atrás nosso entendimento de que os regimes albergados pela Constituição para regência dos agentes públicos, de emprego e de cargo (ou de CLT e estatuto) são suficientes para a proteção das competências públicas por eles exercidas, e foram objeto de escolha constitucional. Assim parecem não apenas desnecessária, mas efetivamente proibida porque não prevista na Carta nem como abertura implícita, a criação de regimes que não tenham essas alternativas por fundamento.

Francisco Salles de Almeida Mafra Filho<sup>234</sup> expõe que o regime jurídico único foi adotado como regra na redação original do art. 39 da Constituição da República. Embora o regime estatutário para os servidores já existisse em Constituições brasileiras desde a carta de 1934, com o primeiro estatuto datando de 1939 (e o segundo de 1952, já sob a égide constitucional de 1946), foi apenas em 1988 que o constituinte brasileiro teria delimitado a necessidade de regime jurídico especial e padronizado o regime jurídico único.

Prevalece o entendimento, segundo este autor, de que o regime preconizado pela Constituição foi o estatutário, a ser adotado como regra. A leitura de Almeida Mafra Filho é no sentido de que a abrangência dessa expressão *regime jurídico único* também é para que possa cada esfera de governo adotar seu estatuto, como foi o caso da Lei 8.112/90, aplicável ao servidor público civil da União, na Administração direta e indireta.

Por fim, o autor sustenta que a coexistência com o regime celetista para servidores públicos vinha sendo admitida desde antes da Constituição Federal de 1988 e não parece entender esse regime como contrário ao que quis a carta vigente. Diz, entretanto, que o regime estatutário tem característica prevalente e o celetista deve ser relegado às funções subalternas, com “bom senso e contribuição doutrinária” para adoção desse regime.

---

<sup>234</sup> ALMEIDA MAFRA FILHO, Francisco de Salles. *Ob. cit.*, p. 91/97.

O autor faz, entretanto, interessantes comentários sobre a pluralidade de regimes jurídicos existentes no âmbito da Administração e seu cabimento. Aprofundando a questão, Almeida Mafra Filho<sup>235</sup> igualmente observa, citando José Alfredo de Oliveira Baracho<sup>236</sup>, que as particularidades do serviço público clamam pela existência de um regime jurídico especial, a fim de consagrar e garantir a satisfação do interesse público, visão que já vimos acolhida também por outros autores aqui mencionados. O regime estatutário é apontado mais uma vez por esse autor sendo o instrumento ou meio mais adequado para o fim – interesse público – a que se destina.

É de relevo registrar que o autor traz, no contraponto à sua visão sobre o regime jurídico único que, segundo Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira<sup>237</sup>, com a conhecida Emenda 19/1998<sup>238</sup>, houve o fim do regime único pela alteração do *caput* do art. 39, que suprimiu essa expressão.

Para aquela autora, então, a redação nova permite que a Administração recrute livremente servidores sob regime celetista, inclusive para a Administração direta, aí incluídas também as carreiras exclusivas de Estado uma vez que, segundo ela, nada existe afirmando pela impossibilidade de adoção desse regime, e nem qual seria o conteúdo da expressão *carreiras exclusivas de Estado*.

Trata-se de posição incompatível com o julgamento a que procedeu o STF na citada ADI 2.135, revalidando o vigor do texto original do art. 39 da Constituição da República, mas cujo registro aqui fazemos por estar mantido o período em que vigorou a alteração e que poderá ainda voltar a valer após o julgamento a que deve proceder o Supremo Tribunal, conforme seja um ou outro o resultado.

---

<sup>235</sup> ALMEIDA MAFRA FILHO, Francisco de Salles. *Ob. cit.*, p. 22.

<sup>236</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral da Função Pública do Estado: A Despublicização do Direito da Função Pública*. Jornal O Sino do Samuel, FDUFG, p. 11, abril de 1998 *apud* ALMEIDA MAFRA FILHO, Francisco de Salles. *Ob. cit.*, p. 17.

<sup>237</sup> PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. *Reforma Administrativa: o Estado, o Serviço Público e o Servidor*. 2ª Ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1998, p. 269-273 *apud* ALMEIDA MAFRA FILHO, Francisco de Salles. *Ob. cit.*, p. 91/97.

<sup>238</sup> Vale lembrar, revertida parcialmente em medida cautelar concedida pelo STF na ADI 2.135-4/DF, votação concluída em 2007 e com efeitos *ex nunc*; mérito ainda sem julgamento.

Encerramos este tópico concluindo que entre os dois regimes de trabalho adotados pela Constituição, segundo nossa óptica, há uma razão pela qual é prevista a existência do regime jurídico estatutário.

E essa razão é a necessidade de proteção do interesse público. Recolhemos da doutrina, com ela concordando quanto ao ponto, que os servidores incumbidos de expressar a voz do Estado tratando diretamente com a satisfação do interesse público e o cumprimento da lei, necessitam de uma proteção especial, assegurando-lhes o exercício livre de pressões políticas e imparcial de suas competências.

Não fosse por essa razão, nos parece claro que não haveria justificativa para o estabelecimento de um regime jurídico diferenciado a alguns dos agentes estatais e a outros não ser deferido igual tratamento.

Observamos, ainda, que a natureza jurídica privada ou pública de uma pessoa criada pelo Estado para a satisfação de algum interesse público qualquer não deve determinar, sozinha e automaticamente, a exclusiva adoção de um único regime jurídico de trabalho para seus servidores, salvo quanto ao caso expresso pela Constituição na hipótese de atuação do Estado no mercado, visando a competição em igualdade com os particulares.

Nos demais casos, pensamos que o regime adequado para ordenação dos servidores de quaisquer pessoas integrantes da intimidade estatal deve ser definido em função das competências que serão exercidas pelos agentes públicos, perquirindo-se sobre a necessidade ou não de garantias a tais servidores.

E, ainda como também já afirmamos, a necessidade de tais garantias poderá ensejar a adoção do regime de emprego, desde que complementado com a estabilidade funcional como condição especial de segurança na atividade.

Assim, ao mesmo tempo que vislumbramos na posição ampla da doutrina (especialmente em Celso Antônio) que o regime estatutário deve ser o normal e dominante na Administração, particularmente a administração direta, parece-nos que o regime de emprego é de possível adoção em diversas carreiras públicas que, por exercerem competências que

reclamam isenção e imparcialidade, podem ter assegurado um regime de emprego agregado de estabilidade funcional.

A conclusão é, portanto, de que muito embora o regime estatutário tenha feição típica para o desempenho de funções públicas, o regime de emprego pode também se prestar a isso, desde que sua adoção venha adicionada da estabilidade.

### **5.5. Da indisponibilidade de um regime protetivo, não necessariamente estatutário**

Diante do que ora defendemos, impende registrar que, ao mesmo tempo em que a Constituição assegurou a aplicação de dois regimes jurídicos aos servidores estatais, ela parece exigir a existência de ambos.

Com a justificativa para a existência de um regime jurídico especial a certos servidores, o regime estatutário funda-se na necessidade de proteção máxima ao interesse público por eles tratado, e por isso a existência do regime jurídico estatutário não é, pois, uma faculdade, mas uma obrigação em certos casos.

Embora não se possa afirmar qual seria o conteúdo mínimo de um regime jurídico estatutário sem ingressar numa seara, aqui vedada, de substituir-se à vontade do legislador ordinário, é certo que qualquer que seja o conteúdo de um estatuto de servidores, este deve conter normas de especial proteção àqueles a ele submetidos para o exercício livre e imparcial de suas funções, isto é, normas que sejam instrumentos para essa finalidade.

A estabilidade funcional, como antes afirmamos, parece ser o maior elemento contido num determinado regime jurídico protetivo, assim dito especial ou diferenciado.

Vale dizer, os servidores em qualquer esfera de governo devem encontrar, no seu regime jurídico, normas que os protejam da

interferência indevida dos governantes que transitoriamente exercem a diretriz política da Administração e que tenham compromisso com certos interesses não albergados pelo direito<sup>239</sup>. Os interesses prestigiados na lei, cuja tutela será exercida pelos servidores estatais, devem ser assegurados pela atribuição de prerrogativas e defesas funcionais aos seus exercentes.

E afirmamos com segurança que esse entendimento deve ser aplicado a todas as três esferas de governo, dentre os três poderes da República, porquanto já tivemos oportunidade de dizer que está sempre em causa, em matéria de certas competências administrativas, a satisfação do interesse público, e à Administração de qualquer nível não é dado dispor de sua satisfação ou proteção. Em outras palavras, por mais específica e dificultosa que seja a circunstância, a satisfação do interesse público é não apenas inadiável, como indeclinável e indisponível.

Por isso é que, como corolário do que se está a sustentar, não nos parece possível que União, Estado ou qualquer Município venha a entender como mais viável ou mais adequado o regime jurídico com menos proteção para o exercício de competências públicas que nitidamente ensejam a adoção do regime mais protetivo<sup>240</sup>.

E defendemos por fim que esta posição não está a agredir o princípio federativo, como pode parecer numa visão mais tímida, porquanto a salvaguarda do interesse público, como se tem afirmado, não é dada a fazer ou não fazer, senão como dito uma obrigação indisponível da Administração Pública onde quer que se manifeste. A liberdade da União, dos Estados Federados e seus Municípios não pode resvalar em nenhuma medida

---

<sup>239</sup> Convém anotar, também, que a diretriz política do Estado não é feita evidentemente de comandos e pensamentos destoantes do direito. Mas a operação diuturna da República reclama conformidade ao direito prestigiado na Constituição, independente de se o projeto político escolhido por meio do voto encontre nela muito ou pouco respaldo, e em que medidas. De outro lado, aos agentes políticos compete a formulação desse projeto de forma consentânea com a Carta Constitucional, sem com isso se apropriar da maior parte da força motriz da Administração Pública, seus servidores efetivos.

<sup>240</sup> Como já anotou Márcio Cammarosano nos idos de 1986 (CAMMAROSANO, Márcio. *O Estado Empregador*, in BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (coord.). *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1986, p. 62), lança-se mão indevidamente do regime de emprego público com a intenção de promover o barateamento do custo com servidores, inclusive pelo aviltamento de salários que é mais fácil nesse regime, o que resulta no recrutamento de pessoas menos qualificadas, expulsando aqueles mais qualificados que vão em busca de empregos no setor privado.

a indisponibilidade do interesse público, que reclama adoção do regime estatutário nas hipóteses delineadas.

Contudo, ainda em face dessas considerações, não se pode negar que ambos os regimes constitucionalmente assegurados tem aptidão potencial para satisfazer a maior parte do exercício de competências públicas (desde que, quanto ao regime de emprego público, em certos casos a característica fundamental da estabilidade seja agregada). A questão da adequação do regime a cada carreira é, portanto, matéria de medida da proteção necessária ao servidor, e não de prévia determinação excludente do regime oposto.

#### **5.6. Da possibilidade de opção por regimes e da possibilidade de agregar garantias ao regime de emprego, quando necessário**

Na linha do que estamos afirmando, entretanto, é de se notar que não propugnamos pelo estabelecimento prévio e inflexível de um regime jurídico a certa atividade administrativa.

Como dissemos, muito embora o regime estatutário seja de maior valor para várias atividades administrativas, nos parece certo que nas pessoas jurídicas de direito privado o regime jurídico dos servidores seja mesmo o de emprego público.

Tais pessoas jurídicas, como se sabe, desenvolvem por vezes atividades econômicas, até mesmo em competição com os particulares que as exploram, e mesmo quando prestam serviços públicos o fazem com a imposição de eficiência, quando não também nesse caso em competição com outros particulares que exploram a atividade.

Por isso é que não nos parece adequado defender a ampla adoção do regime estatutário nessas hipóteses.

Da mesma forma, a Administração direta também poderá, em certos casos, optar pela adoção do regime jurídico de emprego público em certa pessoa jurídica, por entendê-lo mais conveniente à atividade

a ser desenvolvida. Trata-se de valoração política que escapa ao âmbito do direito.

Em outras palavras, estamos a afirmar então que há sim algum nível de liberdade na adoção de um regime jurídico ou outro pelo poder público quando cria ou transforma carreiras em órgãos ou pessoas jurídicas.

Contudo, também é nossa posição já exposta que certas atividades ensejam a aplicação do regime jurídico tão mais protetivo aos servidores quando esteja em causa um relevante interesse público.

A proposta é, assim, por gradação da necessidade que venha a se apresentar.

É importante observar, ainda, que como vimos no Capítulo 4, item 4.3., a estabilidade funcional é elementar na proteção do servidor estatal contra ingerências externas, e esta última é a maior razão de um regime diferenciado.

Por isso é que vimos chamando o regime jurídico de trabalho público, seja ele o estatutário ou o de emprego, de especial ou diferenciado. Porque quando se trata de agente público, é dado inicial da equação que o seu regime de trabalho será inafastavelmente mais protetivo do que aquele usado no setor privado. Seja pelo deferimento da garantia da vitaliciedade, seja pela proteção geral e ampla do estatuto, seja pela proteção contra a despedida arbitrária e sem fundamento em falta juridicamente relevante no emprego público ou outra razão legalmente estatuída<sup>241</sup>.

Uma vez dado que o regime de trabalho público, qualquer que seja, é sempre especial, impõe-se ainda constatar que não está vedado o acréscimo de garantias a certo regime menos protetivo, como o de emprego, que sejam típicas de regime mais protetivo, como o estatutário.

Está, portanto, a nos parecer que a eleição pelo poder público do regime de emprego, quando lhe parecer mais conveniente, deverá

---

<sup>241</sup> Como já dissemos, se na despedida do empregado público é exigida motivação em causa juridicamente relevante (e na esfera federal é exigida ainda a ocorrência de justa causa nos termos da CLT, conforme art. 3º, I, da Lei 9.962/2000), é certo que os empregados públicos em geral gozam de razoável nível de proteção e não estão sujeitos a despedida sem justa causa, em nenhuma hipótese (salvo, à toda evidência, os ocupantes de empregos providos em comissão ou em confiança).

vir acompanhada dos correspondentes acréscimos de garantias na medida de sua necessidade.

É o caso das empresas estatais em que, em alguma medida, aparece o exercício de certa função cujo exercício demanda isenção e imparcialidade ao agente. Ora, ainda que se entenda que nas estatais se pode adotar apenas o regime de emprego em razão da natureza jurídica privada, não está vedado que as carreiras dentro dessa pessoa que venham a exercer verdadeiro poder de polícia, por exemplo, tenham asseguradas para si a estabilidade funcional<sup>242</sup>. Nesse caso, a estabilidade viria disposta em lei ou regulamento, conforme seja a origem dos atos instituidores da pessoa jurídica, e deferida a tais carreiras em função da atividade desenvolvida.

Com essa solução, nos parecem adequadamente atendidos alguns elementos fundamentais, como a imposição de regime de competição a certas pessoas jurídicas com o intento de dar-lhes maior eficiência, compatível a adoção de regime menos protetivo desde que preservada a especial proteção a algumas carreiras que delas necessitem para bem exercer seu mister.

Essas colocações ensejam, contudo, a formulação de critérios jurídicos para adoção de um regime ou de outro e, ainda, para lançar mão de acréscimos em termos de garantias a certas carreiras de servidores.

### **5.7. Dos critérios para identificação do regime jurídico de trabalho adequado à função**

Pudemos afirmar até aqui que é a natureza das atribuições exercidas pelos agentes públicos o principal critério para definir o regime de trabalho a ser adotado, respeitadas as limitações constitucionais.

---

<sup>242</sup> Sobre a necessidade de regime especialíssimo para certas atribuições de poder de polícia, inclusive com exclusividade em pessoas jurídicas de direito público, essa é a posição de Juarez Freitas, em já citado texto sobre carreiras exclusivas de estado (FREITAS, Juarez. *Carreiras de Estado: o núcleo estratégico contra as falhas de mercado e de governo*. In FORTINI, Cristiana (org.) et al. *Servidor Público. Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, pp. 192).

Dissemos, ainda, que há níveis de proteção e garantias dados aos ditos agentes em face da necessidade que eles têm ao exercer suas atribuições.

E afirmamos, também, que existe certa margem de liberdade ao legislador e ao administrador na eleição de um regime jurídico de trabalho, por julgá-lo mais conveniente aos intentos que pretende satisfazer com a criação de certo órgão ou entidade.

Essas conclusões ensejam um maior detalhamento, pelo que formulamos os critérios para identificação ou eleição do regime mais adequado a seguir.

#### *5.7.1. Dos atributos decorrentes das competências públicas nas quais são investidos os seus exercentes*

Temos que o problema central é que o texto constitucional não foi verbalmente taxativo quanto a qual regime – estatutário ou de emprego – seria o adequado para o exercício de cada competência pública pelos diversos servidores.

Nesse passo, a nós parece que o primeiro conteúdo dessa vagueza constitucional é a intenção deliberada de abrir certa margem de liberdade ao legislador e administrador público para fazer opções por regimes.

Por outro lado, essa liberdade deve ser exercida com respeito a alguns critérios e limitações também decorrentes da Constituição e de sua teoria geral.

Ora, parece certo que a Constituição não faz uso de expressões ou termos técnicos sem que enxergue neles uma utilidade. Assim, não foi por outra razão que os artigos 37 e 39 da Carta Política, entre tantos outros, lançam mão de *cargo* e *emprego público* diversas vezes, bem como outras disposições constitucionais também o fazem de modo mais derivado, senão porque se reconhece nessas expressões coisas distintas, que ensejam regimes diversos, e se aplicam a situações igualmente diferentes.

À míngua de uma disposição constitucional expressa que delimite a abrangência dos regimes, parece-nos possível recolher da Constituição, com apoio também nas formulações doutrinárias existentes, um critério que pode denotar a opção constitucional implícita e que se coaduna com o perfil constitucional do Estado brasileiro.

E esse caminho, para nós, é o do exame dos atributos das competências a serem exercidas. Tal critério, como se verá, não opera sozinho uma solução, e nem é esse seu propósito, mas indica um caminho relevante no exame do regime mais apropriado.

Convém observar, quanto a esse critério, que ele está de certa forma colocado em toda a formulação teórica do regime que chamamos especial e abrange todos os servidores, tido como o único instrumento geral protetivo aos agentes. Parece-nos, contudo, que a formulação reclama mais aprofundamento, até porque já afirmamos que o regime estatutário não é o único suficientemente protetivo da atuação isenta e imparcial dos servidores.

Esse critério, ademais, já foi mencionado como o mais adequado, de forma expressa, por Dinorá Adelaide Musetti Grotti<sup>243</sup> em trabalho sobre o regime jurídico único, presente no artigo 39 da Constituição da República. A autora, nessa ocasião, destaca que a prática de ato administrativo ou não pelo servidor seria critério fundamental para a distinção do regime aplicável, a ser o estatutário ou celetista.

Não cremos, em ponto de fundamental discordância com parte dos autores estudados, que o regime jurídico especial dos agentes públicos possa ser utilizado conforme o livre arbítrio do legislador.

Em verdade, essa *faculdade* por vezes vislumbrada deve se reduzir ou até desaparecer quando se aplica o entendimento que sugerimos, no sentido de identificar fundamentalmente o papel do servidor público no aparelho estatal, tornando-se em certas hipóteses uma *obrigação*. E para essa identificação a Constituição nos dá fundamentos suficientes.

---

<sup>243</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Apontamentos sobre o regime jurídico único dos servidores públicos civis*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pp. 153/160.

De posse do que podemos chamar de identidade da competência pública, em face dos limites<sup>244</sup> e critérios constitucionais, poder-se-á vislumbrar que quando está em causa uma legítima competência pública certo regime jurídico pode ser obrigatório, vedada a adoção de outro. Por um resultado lógico, a outra face dessa proposição é que quando a competência pública não está diretamente em causa poderá haver obrigação de adotar o regime de emprego, que não é por isso mera possibilidade.

Para o normal desempenho da função estatal dos três poderes, na verdade como quaisquer outras pessoas jurídicas de toda natureza, os Poderes da República deverão se valer de servidores que farão os trabalhos corriqueiros relacionados à organização, manutenção e cuidado com as coisas públicas e demais pessoas envolvidas na Administração.

Trata-se do que Celso Antônio Bandeira de Mello chama, conforme antes mencionamos, de atividades materiais subalternas. Essas atividades, em geral físicas e não intelectuais (ou, melhor dizendo, de predominância física) são aquelas que tendem apenas à conservação da repartição pública qualquer que seja, e ao andamento do serviço principal, como atividades logísticas e de transporte.

O autor ensina que, quanto a tais atividades, em razão de seu modesto âmbito de atuação, sem possibilidade de tratar diretamente com o interesse público no cuidado que é exigido do Estado, a tais funções deve ser atribuído o regime de emprego público. Mas o autor deixa quanto a elas a marca de ser preferível sempre a adoção do regime estatutário por meio da criação de cargo público.

A nós, de outro lado, parece que o regime de emprego público, sem as garantias especiais que se deferem aos titulares de cargo pelo regime estatutário e mesmo sem a estabilidade funcional (ou seja, na sua forma normal), é tanto mais adequado que vem a tornar-se obrigatório para esta hipótese.

É que diante do questionamento sobre se para o exercício de tais atividades de “modesto relevo” está em causa o trato direto

---

<sup>244</sup> Quer-se dizer, das expressas vedações e opções feitas na carta.

com o interesse público, sendo conveniente que se protejam os agentes de ingerências políticas ou indevidas influências pessoais sobre seu serviço, a resposta seria evidentemente que não.

Assim, deferir aos encarregados de atividades típica e exclusivamente materiais, integrantes de qualquer poder estatal, seria em verdade um exagero. Essas atividades não ensejam empréstimo pelo Estado empregador, em referência à feliz expressão de Márcio Cammarosano<sup>245</sup>, de parcela dos poderes jurídicos de que dispõe para a satisfação das suas incumbências em nome de terceiros, nos termos do que disse Ruy Cirne Lima<sup>246</sup>.

Ora, se não se apresenta qualquer necessidade de proteção especial, que justificativa haveria em deferi-la a quem dela não precisará fazer uso?

Neste sentido também se apresenta o pensamento de Carolina Zancaner Zockun<sup>247</sup>.

Ana Fernanda Neves, em conclusões de sua dissertação de mestrado apresentada na Universidade de Coimbra e que já tivemos oportunidade de mencionar linhas atrás, apresenta<sup>248</sup> um posicionamento muito similar ao que ora sugerimos.

Embora apegada, como não poderia deixar de ser, ao sistema constitucional português e aos critérios ali delineados, apresenta um raciocínio bastante claro sobre as competências exercidas pelos servidores e o regime jurídico que ensejam:

*As opções de formas e regimes devem ser justificadas pela e adequadas à realidade organizacional e funcional de um serviço ou organismo público (não sendo bastante a invocação genérica de necessidade de eficiência e eficácia).*

---

<sup>245</sup> CAMMAROSANO, Márcio. *O Estado Empregador*, in BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (coord.). *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1986, p. 50/60.

<sup>246</sup> CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo*. 7ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p.105/109.

<sup>247</sup> ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da terceirização na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 125.

<sup>248</sup> NEVES, Ana Fernanda. *Relação Jurídica de Emprego Público*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 332/333.

*O prover (ou não) da força de trabalho à execução de missões de serviço público de um organismo (a explicitar no seu objeto social), a substância das funções a desenvolver (v.g., funções de concepção, funções meramente auxiliares de conservação e limpeza de espaços públicos) e a política econômica e social face a uma massa extensíssima de trabalhadores são os barômetros adentro dos parâmetros constitucionais*

Não é demais repetir que se extrai do pensamento de tal autora a posição no sentido de serem as competências nas quais serão investidos os seus exercentes o critério adequado para definição do regime jurídico a ser adotado, e não exclusivamente a natureza jurídica da pessoa sob a qual se dará o trabalho.

O que releva registrar é que, sendo certo que a Constituição previu a adoção dos dois regimes – de cargo e de emprego – não o fez para que o legislador ordinário criasse núcleos de trabalho com o regime que melhor lhe aprouver segundo seus próprios critérios, senão para que adotasse em cada caso o regime adequado à preservação do interesse público. Ainda, também como dissemos, deve o legislador adaptar o regime de emprego à realidade de garantias quando, escolhendo tal regime, ainda se verifique a necessidade de proteção à atividade por ele regida.

Assim, a nós parece que todas as atividades em geral exercidas no seio do Estado e que não digam direta ou indiretamente com o trato do interesse público ensejam a adoção do regime jurídico de emprego público sem acréscimo de outras garantias. E isso se estende, portanto, para além das chamadas atividades materiais subalternas e atinge também carreiras de maior destaque dentro da Administração, quando nelas não se identifique nenhuma competência pública que exija proteção.

É o que se saca da Constituição Federal, que, como afirmamos, alberga os dois regimes, e o faz, conforme lição da ampla doutrina mencionada, para deferir um regime jurídico mais protetivo, o estatutário, apenas para proteger a cura do interesse público, e não para a outorga de benefícios aos servidores.

Não é demais trocar em miúdos: a única razão que justifica a existência de um regime jurídico diferente dos demais trabalhadores da nação para os agentes públicos é a salvaguarda do interesse público.

Essa é a tônica de obrigatoriedade do regime jurídico estatutário deferido a certos agentes públicos incumbidos de funções diretamente relevantes para o interesse público. As competências que vierem tais agentes a exercer, tratando diretamente com a finalidade do estado, é que são para nós a medida de abrangência do referido regime protetivo.

Mas, como se disse, esse critério não pode ser usado sem a ponderação dos valores envolvidos. Se é evidente que na eleição pelo legislador ou administrador do regime jurídico de trabalho mais adequado aos servidores estará em causa a boa satisfação do mesmo, ponderá-lo por meio de princípios parece-nos condição agregadora do processo de desvelamento em questão.

#### *5.7.2. Dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade*

Os princípios jurídicos passaram no decorrer das últimas décadas por forte processo de (in)formação e transformação. Tal processo acabou por elevar a ideia de princípio à categoria de norma jurídica com densidade normativa suficiente para atuar na solução de casos jurídicos, e no entender de alguns até de forma solitária.

O desenvolvimento do processo de emancipação dos princípios, por assim dizer, toca diretamente com os estudos que fizeram sobre eles Robert Alexy<sup>249</sup> e Ronald Dworkin<sup>250</sup>, em obras que se tornaram referência obrigatória quando se lança mão de princípios e sua teoria.

Para nós, o exame dos atributos que decorrem das competências exercidas pelos agentes públicos como técnica de eleição do regime jurídico adequado de trabalho público revolve, necessariamente, um exame de adequação da norma ao caso concreto. Contudo, parece que o

---

<sup>249</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>250</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

exame de certas situações por meio de princípios deve ocorrer lançando-os como critérios de decidibilidade do conflito, ao final do cálculo de possibilidades<sup>251</sup>.

Em outras palavras, os princípios agem, em nosso ver e especialmente em matéria de eleição de regime jurídico de trabalho público, como aparadores de arestas do conflito, entrando no exame hermenêutico ao final para solucionar uma dúvida ou pesar a escolha em favor de certa solução possível.

Assim é que a adequação entre regime e competência pública exercida é que suscita, em nosso ver, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade para que se chegue à escolha do regime mais adequado. Não podemos deixar de afirmar, ainda, que em face de nossa posição mais flexível quanto à vigência de um ou outro regime jurídico, com maiores ou menores influxos do regime protetivo geral (estabilidade), haverá inúmeras hipóteses em que o regime poderá tanto ser um ou outro, sem que caiba uma afirmação peremptória sobre a adequação que não esteja se substituindo à vontade política do legislador ou administrador público.

É o que Genaro Carrió<sup>252</sup> chama de zonas cinzentas, entre a zona de certeza positiva e a zona de certeza negativa.

Entretanto, não é a convicção de que haverá de remanescer a possibilidade de optar-se pelo regime jurídico mais adequado aos servidores que torna desnecessária a atuação e ponderação dos valores em questão através dos princípios. Ao contrário, através deles é que se chegará a um número muito maior de soluções cuja adequação seja contrastável, mais do que se apenas utilizássemos o critério das atribuições pura e simplesmente.

---

<sup>251</sup> O que se faz, sem dúvida, somando também inúmeros outros fatores como a política, a ética do discurso e a ponderação dos valores presentes no conflito. A respeito da teoria da decisão no sistema de direito, reportamo-nos novamente ao lapidar trabalho de Márcio Pugliesi (PUGLIESI, Márcio. *Teoria do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2009).

<sup>252</sup> CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. 4ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, pp. 31/32..

Segundo José Roberto Pimenta Oliveira<sup>253</sup>, a ideia do razoável como critério técnico não é da tradição do direito brasileiro, fortemente influenciado pela teoria juspositivista que tem como pressuposto o prévio estabelecimento de soluções pela norma jurídica estrita. Esse reencontro entre ética e direito, marca do pós-positivismo, é na visão do citado autor o momento em que a razoabilidade ganha campo em nosso sistema.

O mesmo autor observa, ainda, que a razoabilidade é um critério informador de decisão jurídica que não encontra definição positiva em nosso sistema.

Com esse contexto é que, apoiado em Helenilson Cunha Pontes<sup>254</sup>, Pimenta Oliveira observa uma certa distinção entre o princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade baseada na origem de ambos: o primeiro foi forjado em sistemas anglo-saxônicos de direito (a saber, a *commom law*) e o segundo tem formação nos sistemas romano-germânicos (nosso sistema, também chamado *civil law*). Essa distinção, para o autor, não se justifica porquanto a proporcionalidade poderia ser espécie do gênero razoabilidade<sup>255</sup>.

Muito embora o autor trate da fungibilidade entre tais princípios justamente a se considerar essa origem distinta que, aparentemente, quer produzir os mesmos resultados em cada um desses sistemas, a precisão de suas lições nos sugere que para este estudo basta o exame da proporcionalidade como princípio suficiente no exame da adequação meio-fim do regime jurídico de trabalho dos agentes públicos. Isso tomando-se também que, na visão do citado autor e à qual aqui aderimos, a proporcionalidade é faceta mais minudente da razoabilidade.

Assim é que podemos, baseados também na premissa de que os princípios devem atuar ao final da equação hermenêutica jurídica,

---

<sup>253</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 123/124.

<sup>254</sup> PONTES, Helenilson Cunha. O princípio da proporcionalidade e o Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2000, *apud* OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 193/194.

<sup>255</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 196

em apertadíssima síntese, tomar o princípio da proporcionalidade em matéria de regime jurídico de agentes públicos como o questionamento a seguir sintetizado:

- o regime jurídico eleito protege adequadamente os fins públicos da competência a ser exercida pelo(s) agente(s) em questão? Há adequação entre o meio de que se lança mão e o fim objetivado pela norma, sendo este a proteção da isenção dos agentes contra influências externas, quando existentes?

Com essa assertiva, poder-se-á enquadrar uma plêiade de casos em que, havendo duas ou mais opções de como se configurar o regime jurídico dos agentes públicos de determinado órgão ou entidade pública, a solução mais adequada não seria identificável apenas com o primeiro critério que elencamos.

Com esses dois critérios temos que a identificação do regime jurídico mais adequado para certas carreiras de agentes públicos ficará mais próxima de um ideal, reconhecidamente inatingível, de clareza total quanto à adequação entre meio e fim.

### *5.7.3. Algumas elucubrações sobre a aplicação dos critérios sugeridos*

Como adiante veremos em termos de conclusões, nos parece que o desenho dogmático do regime jurídico dos agentes públicos brasileiros comporta alguns níveis de flexibilidade e ponderação pelo legislador ou administrador público sobre qual o regime mais adequado.

É claro que haverá uma infinidade de casos nos quais deflui uma principal conclusão como sendo notoriamente a mais adequada. Tais são os casos de certeza, positiva ou negativa, sobre a adequação do regime, que linhas atrás mencionamos.

Mas nossa proposta com este estudo é suscitar justamente onde reside a dúvida, onde não se apresente com máxima clareza uma única solução possível, havendo nesses casos de que se efetuar

escolhas políticas mediante uma plausível justificativa jurídica, contrastável então com os critérios que elencamos.

Para um maior senso prático de nossa proposta, no sentido de se visualizar o que pretendemos, temos alguns exemplos de carreiras de que podem ser aqui colocados.

#### *5.7.3.1. Hipótese da autarquia de fiscalização de trânsito e da atividade sancionatória*

Por exemplo, nos parece possível que uma certa autarquia incumbida de exercer funções típicas de poder de polícia em matéria de trânsito venha a suscitar a dúvida: deverão as carreiras fiscalizatórias e com poder sancionatório dessa autarquia estar adstritas ao regime jurídico estatutário ou de emprego público?

É certo que as funções de fiscalizar a conduta dos administrados e aplicar-lhes sanções em caso de descumprimento das prescrições legais enseja, ao menos, o conflito entre o interesse da norma e o interesse daquele administrado potencialmente sancionado. Nesses casos, o evidente conflito poderá influir na decisão administrativa a ser tomada.

Assim, parece mais adequado o regime protetivo do estatuto, mediante provimento de cargos públicos, com os quais os agentes neles investidos poderão exercer livremente suas atribuições (decidindo apenas e conforme a lei sobre a aplicação ou não de sanções em matéria de trânsito).

Por outro lado, partindo-se da premissa de que a estabilidade funcional é garantia fundamental para o exercício imparcial de algumas funções públicas, nada impede que seja adotado apenas para as carreiras fiscais na referida autarquia de trânsito o regime de emprego com estabilidade. Assim é que o ato normativo que vier a criá-la poderá deliberar pelo regime de emprego, desde que assegure a tais carreiras o regime de estabilidade funcional.

#### *5.7.3.2. Hipótese do hospital público e do transplante de órgãos humanos*

Se, de outro lado, pensarmos na criação de uma autarquia cuja finalidade seja a prestação da garantia constitucional da saúde, parece que o exercício das atividades finalísticas de tal entidade – carreiras de médicos, enfermeiros, auxiliares, fisioterapeutas, psicólogos, etc. – não enseja a necessidade de especial proteção porquanto o trato diuturno destes servidores será apenas com a população assistida e sem se apresentar um conflito de interesses no exercício da competência.

Dessa forma, o regime de emprego público mostra-se como o mais adequado para regência das relações de seus servidores com a entidade, desprovido mesmo da estabilidade funcional que nele não é regra, pois não se vislumbra qualquer competência funcional que exija tal especial proteção.

Ainda neste caso, se por alguma razão se possa cogitar de uma específica atividade em que a competência exercida possa oferecer conflito entre interesse público na prestação do serviço e interesses particulares outros, poder-se-á deferir a garantia da estabilidade funcional no emprego público apenas aos profissionais em que se manifeste tal conflito potencial. Essa garantia, em nosso ver, pode até mesmo ser concedida de forma transitória, enquanto o servidor esteja no exercício específico da competência que a demanda, a exemplo da estabilidade transitória da gestante segundo a CLT<sup>256</sup>.

Seria o caso, nesse exemplo, de se selecionar pacientes de acordo com a gravidade médica de seus casos para concorridíssimo transplante de órgão, cuja ocorrência de disponibilidade do órgão humano seja demasiado rara. Nesse caso, a decisão administrativa de elencar uma ordem, a partir de critérios de saúde, entre os pacientes que dele necessitam

---

<sup>256</sup> Decreto-Lei 5.452/43, Consolidação das Leis do Trabalho: “Art. 391-A. A confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. [\(Incluído pela Lei nº 12.812, de 2013\)](#)”

Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: “Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. [\(Vide Lei Complementar nº 146, de 2014\)](#)”

pode ensejar a proteção especial apenas aos servidores que tenham essa incumbência e enquanto a tenham.

### *5.7.3.3. Hipótese da escola pública e a seleção de alunos bolsistas*

Na mesma linha do exemplo anterior, podemos pensar também no ensino público, de prestação obrigatória e gratuita pelo Estado<sup>257</sup>.

Em geral, o ensino público infantil, fundamental e médio enseja a adoção de uma política pública de ensino, essa formulada por servidores em carreira organizados segundo características que abordaremos a seguir (subitem 5.2.3.4. e 5.2.3.5.). O ensino superior tem maior liberdade, estando afeito também a políticas públicas de educação, mas garantida expressa liberdade didático-científica<sup>258</sup>.

Os professores, portanto, aparentemente apenas aplicam essa política pública e estão a ela vinculados. Resguardada a liberdade de cátedra e pesquisa nas escolas e universidades, não se evidencia grande necessidade de estabilidade funcional a tais profissionais.

No entanto, certas funções poderão ensejar conflitos de interesses que pedem melhor proteção no caso específico.

É o que ocorre se pensarmos que uma equipe de professores de escola ou universidade venha a ter a incumbência de selecionar alunos para o sorteio de bolsas de estudo, as quais seriam pagas como prêmio por desempenho escolar ou para que esses estudantes se dediquem mais ou exclusivamente a seus estudos. Nesse caso, fica evidente o surgimento de um conflito de interesses entre os alunos, e mesmo entre professores e alunos. Para a hipótese, a estabilidade direcionada apenas aos profissionais integrantes destas bancas de seleção pode solucionar a questão, de tal forma que o regime de emprego público pode imperar na entidade escolar, sendo deferida estabilidade especial (e eventualmente transitória) aos professores integrantes destas bancas.

---

<sup>257</sup> Constituição da República, arts. 205 e 206, V.

<sup>258</sup> Constituição da República, art. 207.

#### 5.7.3.4. Hipótese em que a mesma função enseja regime diverso

Parece importante tornarmos ao caso das funções materiais subalternas a que se refere Celso Antônio<sup>259</sup>, e de que tratamos linhas atrás.

Para este autor, tais funções de modesto relevo na Administração ensejam a criação de empregos públicos como possibilidade.

A par de pensarmos diversamente que, quando a função em questão seja de tal modesto relevo que dispense a proteção especial esta esteja, na verdade, a exigir um regime menos protetivo, em respeito à igualdade e ausência de fator de discrimen, podemos ainda suscitar outra distinção.

É que às funções materiais subalternas pensamos, em geral, naquelas atividades de conservação do espaço público, limpeza e manutenção do serviço público mais básico. Tais funções ensejam, num primeiro exame, sempre o regime menos protetivo possível, pois seus ocupantes não estão a realizar função de alto interesse público.

Mas não é impossível elaborar que determinado município venha a ser qualificado juridicamente como estância turística em razão de sua condição de preservação ambiental e que tenha no turismo sua principal fonte de renda. Nesse hipotético município, poderá a Administração necessitar de jardineiros e podadores, os quais executarão as funções de selecionar árvores e vegetação para a poda, retirada ou manutenção.

Essas funções, especificamente em tal espaço urbano, constituem o que Carolina Zancaner Zockun<sup>260</sup> já chamou de autosserviço, atividade interna e permanente, o qual sequer seria passível de contratação/terceirização em razão de seu caráter interno e permanente.

---

<sup>259</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 269.

<sup>260</sup> ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da terceirização na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 140/144.

Mas, ainda adiante, tais atividades podem vir a ensejar uma proteção especial aos agentes públicos incumbidos da jardinagem que não seja suficientemente feita pelo regime de emprego público comum. Isso porque, embora em geral a jardinagem e conservação de parques não enseje um especial interesse público, neste município há destacado interesse público na preservação dessas áreas.

Assim, nesses casos poder-se-á também deferir a tais agentes a estabilidade funcional, garantindo-lhes que sua função será protegida de ingerências políticas, como seria o caso de uma administração política que pretendesse industrializar o município em detrimento do meio ambiente conservado e assim ameaçasse a função de seleção e poda de árvores em razão disso<sup>261</sup>.

Trata-se, como se vê, de hipótese que embora específica não é de impossível ocorrência. E, caso verificada, a eleição ou configuração de um regime jurídico especial de trabalho viria a calhar no atendimento do interesse público.

#### *5.7.3.5. Hipótese do instituto de recenseamento e a formulação e execução de política pública*

O problema do conflito entre Estado e religião, muito embora seja de tradição laica o Estado brasileiro, frequentemente suscita a confusão pelas classes políticas entre caráter laico do Estado e liberdade religiosa. Casos há, como é notório, que se pretende a imposição de certos costumes religiosos a toda a população, por meio da autorização ou proibição de certos comportamentos, de tal forma a agredir a liberdade do indivíduo.

Pois nesse quadro, pense-se na necessidade de criar-se um instituto de recenseamento para aferir as características sociais da população brasileira. A formulação da política pública de recenseamento, no

---

<sup>261</sup> É evidente que tal administração o faria à força, tendo em vista o caráter turístico e ambiental do município em questão. Nada impede, contudo, que a administração lance mão dessa força pela pressão aos servidores encarregados de cuidar da atração turística, entre os quais os ditos jardineiros, constringendo-os a direcionar seu plano de trabalho ou atuação em tal e qual maneira.

caso, poderá resultar em forte conflito entre a cúpula da Administração, que exerce mandato temporário, e os servidores encarregados não apenas de elaborá-la, mas de dar-lhe execução.

Isso porque não é vedado à cúpula do governo que tenha um eleitorado, digamos, religioso e conservador em termos de costumes, aplicando em favor dessa linha de pensamento a diretriz política de seu governo. Contudo, é certamente vedado aos servidores estatais incumbidos de elaborar uma política pública de recenseamento que o façam orientados por certas inclinações religiosas.

Nesse caso, o regime estatutário parece ser o mais adequado para carreiras de servidores analistas e gestores de políticas públicas na área. Contudo, a pessoa jurídica disso incumbida poderá ser uma empresa pública, com personalidade de direito privado. Assim não nos parece vedada a adoção do regime de emprego público para tal instituto. Contudo, aos servidores técnicos e especializados, encarregados da formulação da política de recenseamento, deverá ser resguardada estabilidade funcional em maior medida, porquanto assim se verão livres da ingerência política que pretenda, confundindo a liberdade religiosa com a liberdade de costumes, enfatizar ou sonegar determinada característica da população brasileira a ser pesquisada.

Essa hipótese, aliás, se estende à potencial confusão entre liberdade de pensamento político da Administração mandatária e a efetiva execução de políticas públicas pelos servidores estatais em inúmeros setores, e nos suscita outro exemplo a seguir.

#### *5.7.3.6. Hipótese de empresa de comunicação social e a política pública de comunicação social*

A comunicação social é tratada em nível constitucional no Brasil. Os artigos 220 a 224 da Constituição da República tratam do assunto, impondo inclusive o princípio da complementaridade entre os sistemas privado, público e estatal de comunicação social.

Quanto a esse princípio, nos parece que a estabilidade funcional de empregados públicos de empresa com tal finalidade comparece com máxima utilidade. Ora, se determinados servidores estatais ficarão incumbidos de estabelecer a programação, conteúdo e edição de certo meio de comunicação social público, e para isso já dispõem de princípios elencados na Constituição (art. 221<sup>262</sup>), com maior razão devem ser protegidos da indesejável intervenção política em sua atividade.

Na matéria, aparece ainda o art. 224 da Constituição determinando que o Congresso Nacional, como encarregado das concessões ao setor privado, constitua Conselho de Comunicação Social na forma da lei. Nesse caso, nos parece também que viria ao encontro da proteção ao interesse público relevantíssimo em questão que ao menos parte dos integrantes de tal Conselho não fossem meros membros de funções honoríficas, mas servidores de carreira técnica cuja função, protegida pelo regime estatutário, seja elaborar a política pública de comunicação social brasileira.

Estas, pois, algumas hipóteses que nos ocorrem como corolário da aplicação dos critérios que entendemos juridicamente embasados para a eleição de regime jurídico dos agentes públicos e a configuração minudente de tal regime aos específicos casos que se apresentam.

#### *5.7.3.7. Hipótese de órgão fiscal de rendas*

Como também dissemos, certas atividades ensejam um regime jurídico com muita clareza. No caso dos órgãos administrativos incumbidos de arrecadar e fiscalizar impostos, temos um tratamento

---

<sup>262</sup> Constituição da República, art. 221: “A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

*I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;*

*II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;*

*III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;*

*IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.”*

constitucional minudente<sup>263</sup> o suficiente para que seja a eles aplicado ostensivamente o regime estatutário. Esse é também o entendimento de Juarez Freitas que já mencionamos antes<sup>264</sup>.

Vale dizer, nesses casos o regime de emprego público, ainda que agregado de estabilidade funcional, não parece ser suficiente para a proteção dos servidores encarregados dessas funções. Até por isso, os autores que citamos antes entendem que esses servidores estão previamente incluídos nas carreiras exclusivas de Estado a que se refere o art. 247 da Constituição da República.

Assim sendo, declinar de um regime jurídico estatutário com amplo nível de proteção, para além da estabilidade (atingindo também garantias maiores contra remoção involuntária e exercício de atribuições fiscais com exclusividade na carreira) parece contrariar o interesse público a ser desenvolvido na competência confiada a esses servidores.

---

<sup>263</sup> Por exemplo, na Constituição da República, os arts. 37, XVIII e art. 237, entre outros.

<sup>264</sup> FREITAS, Juarez. *Carreiras de Estado: o núcleo estratégico contra as falhas de mercado e de governo*. In FORTINI, Cristiana (org.) et al. *Servidor Público. Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, pp. 180/199

## Conclusões

Diante de todo o exposto, podemos concluir em síntese que:

1. A realização do interesse público, que preside a atuação estatal, é manifestada pelos agentes públicos.
2. A atuação dos agentes públicos, para a satisfação do interesse público, se dá nos três poderes da República, e em geral no exercício de atividade administrativa típica ou atípica.
3. O regime jurídico dos agentes públicos é uma decorrência da classificação que se lhes atribui, e a visão sistêmica desse regime é essencial para compreender seus fundamentos e utilidade.
4. A relação jurídica entre o servidor e o Estado pode ser estatutária, regida por lei especial e alterável unilateralmente segundo certas condições, ou de emprego público, regida por contrato com fundamento na Consolidação das Leis do Trabalho e sob forte influxo do regime jurídico administrativo.
5. Os agentes públicos em geral se colocam em quatro categorias, a saber: agentes políticos, agentes honoríficos, servidores estatais ou servidores públicos e particulares em colaboração com a Administração.
6. Optando pela adoção da nomenclatura de servidores estatais ou servidores públicos, entendemos que esses são a grande massa de trabalho profissionalizado da Administração Pública e se caracterizam por uma relação jurídica de trabalho não eventual, remunerados pelos cofres públicos.
7. Os regimes jurídicos possíveis entre os servidores estatais são o estatutário, decorrentes da ocupação de cargo público, e trabalhista público ou celetista, decorrente da ocupação de emprego público.
8. O trabalho público temporário enseja adoção de regime de emprego público, o se saca de nossa leitura da disposição do art. 37, IX, da Constituição da República de 1988.

9. A relação jurídica de trabalho com a Administração Pública importa, necessariamente, a adoção de um regime jurídico de trabalho que chamamos especial, seja ele estatutário ou de emprego público.
10. O fundamento para o regime especial ou diferenciado dos trabalhadores públicos é a existência de um interesse público a ser atendido, sempre presente em alguma medida nas funções do Estado.
11. A estabilidade funcional é uma característica fundamental desse regime especial de trabalho existente na Administração Pública.
12. No atual panorama constitucional, a estabilidade funcional é prevista apenas aos servidores públicos titulares de cargos efetivos e nomeados em virtude de concurso público.
13. O empregado público, pela redação atual da Constituição, não tem direito à estabilidade funcional, mas não é vedado que essa garantia seja dada aos empregados por lei ou ato normativo congêneres.
14. A expressão regime jurídico único dos servidores, constante da redação vigente do art. 39 da Constituição da República, abrange a convivência do regime estatutário com o regime de emprego público, na medida do cabimento de cada regime.
15. Não é disponível à Administração a adoção do regime jurídico especial, de forma que o Estado não pode dele abrir mão para regência geral das relações jurídicas com seus servidores.
16. Nesse sentido, é ampla a abrangência do regime jurídico especial dos agentes públicos servidores estatais.
17. Dentro do regime jurídico especial, existe a possibilidade de opção entre o regime estatutário e o regime de emprego público em certos casos, desde que atendida a necessária proteção ao servidor contra influência e interesses no exercício das competências públicas que lhe forem confiadas, na medida de sua existência em cada competência.
18. Quando a atividade do servidor não revelar o exercício direto ou indireto de nenhuma competência pública relevante, de forma que o interesse público não seja ameaçado pela sua atuação ou seja pouco ameaçado, a adoção do regime menos protetivo, de emprego público,

é obrigatória, pois o deferimento de garantias a tais servidores se torna um benefício não autorizado pela Constituição.

19. A adaptação do regime de emprego público com o acréscimo da estabilidade funcional permite a sua adoção a diversas hipóteses em que haveria necessidade de regime estatutário, porque agregado da estabilidade funcional o regime de emprego é protetivo da imparcialidade de forma suficiente para o exercício de diversas competências públicas.
20. O critério central para identificação do regime jurídico de trabalho adequado às carreiras de servidores é o exercício de competências públicas confiadas a seus exercentes e sua medida, respeitadas as limitações constitucionais expressas.
21. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade devem ser usados para medir a adequação entre meio (regime jurídico) e fim (proteção do interesse público em questão) de um regime jurídico de trabalho – estatutário ou celetista – a cada carreira criada nos órgãos e entidades da Administração Pública em geral, revelando a partir das competências exercidas pelos servidores se o regime é ou não suficiente para a regência dos mesmos.
22. Também se deve lançar mão da razoabilidade e da proporcionalidade para examinar a necessidade de conformação e modificação parcial do regime de emprego público, revelando esse exame a necessidade ou não de se acrescentar estabilidade funcional a servidores empregados públicos.

## Referências Bibliográficas por ordem de citação

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 8ª Ed.. São Paulo: Malheiros, 2010.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Teoria do Estado*. 3ª Ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

SILVA, Deonísio da. *De onde vêm as palavras*. 14ª Ed.. São Paulo: A Girafa Editora, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo*. 7ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Vol. I. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 3ª Ed., São Paulo, Malheiros Editores: 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. de Luís Carlos Borges. 3ª Ed., 2ª Tir.. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da Intervenção do Estado no Domínio Social*. São Paulo: Malheiros, 2009.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 5ª Ed., vol I. Fundación de Derecho Administrativo, 1998, p. IX-18, disponível em <http://www.gordillo.com/>, acesso em 08.11.2016.

LE MOIGNE, Jean-Louis. *A Teoria do Sistema Geral: Teoria da Modelização*. Trad. Jorge Pinheiro, Lisboa: Piaget, 1996.

PUGLIESI, Márcio. *Teoria do Direito*. 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2009.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6ª Ed., 10ª Tiragem, São Paulo, Malheiros Editores: 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*. 2ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (coord.) *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 8a Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CRETELLA JR, José. *Manual de direito administrativo: curso moderno de graduação*. 7a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERREIRA DA ROCHA, Sílvio Luís. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Servidores Público Civis. In DALLARI, Adilson Abreu. NASCIMENTO, Carlos Valder do. SILVA MARTINS, Ives Gandra da. *Tratado de Direito Administrativo. Vol 2*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ALMEIDA MAFRA FILHO, Francisco de Salles. *O servidor público e a reforma administrativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRANDÃO CAVALCANTI, Themístocles. *Tratado de Direito Administrativo*, 3ª ed., vol IV.

CRETELLA JR., José. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2ª Ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 16ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 2000.

LAZZARINI, Álvaro. Servidores Militares. In DALLARI, Adilson Abreu. NASCIMENTO, Carlos Valder do. SILVA MARTINS, Ives Gandra da. *Tratado de Direito Administrativo. Vol 2*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAMMAROSANO, Márcio. O Estado Empregador, in BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (coord.). *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1986.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da terceirização na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2014.

RABELO, Manoel. *Aspectos jurídicos da relação funcional de servidor público no Brasil e em Portugal*. In FORTINI, Cristiana (org.) et al. *Servidor Público. Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

SOLANO SOBRINHO, Genásio Vivanco. *Regime Jurídico dos Servidores Públicos*. Revista de Direito do Trabalho, v. 44. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. *O Servidor Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BARBOSA GARCIA, Gustavo Filipe. *Servidores e Empregados Públicos: Regimes Jurídicos*. Revista de Direito do Trabalho, vol. 153. São Paulo: RT, 2013.

CAMMAROSANO, Márcio. *Provimento de Cargos Públicos no Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 1984.

DALLARI, Adilson de Abreu. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 1992.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª Ed., 23ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Uma reflexão sobre a estabilidade funcional e sobre o prazo do estágio probatório*. In FORTINI, Cristiana (org.) et al. *Servidor Público. Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Servidores Públicos*. São Paulo, Malheiros, 2004.

SPARAPANI, Priscilia. *A estabilidade do Servidor Público Civil após a Emenda Constitucional nº 19/98*. Mestrado em Direito defendido na PUC/SP em 2008 (ref. bibliográfica da Biblioteca da Universidade: DM 340 S736e)

MUÇOUÇAH, Renato de Almeida Oliveira. O direito fundamental dos trabalhadores do setor público à negociação coletiva em face da Convenção 151 do OIT. Revista de Direito do Trabalho, vol. 168. São Paulo: RT, 2016.

GRANJEIRO, José Wilson. *STJ muda posição sobre vacância de cargo público*. Congresso em Foco, 22.03.2014, disponível em

<http://congressoemfoco.uol.com.br/opiniaocolumnistas/stj-muda-posicao-sobre-vacancia-de-cargo-publico/> , acesso em 10.10.2016.

REINER, Lúcio. *Regimes Jurídicos de Funcionários Públicos – França. Estudo da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados realizado em novembro de 1995.* Brasília/DF, disponível em: <http://www2.camara.leg.br/internet/publicacoes/estnottec/tema3/pdf/510859.pdf> , consultado em 08.11.2016.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Servidor público “celetista” concursado e estabilidade: Constituição de 1988.* Revista de Direito do Trabalho, vol. 79. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MACHADO JR., Armando Marcondes (coord.). *Direito Municipal. Um olhar abrangente.* São Paulo: Conam, 2015.

LIMA. Francisco Géron Marques de. *A emenda constitucional 19/98 e o servidor público.* Revista dos Tribunais, vol. 762. Doutrinas essenciais de Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERREIRA, Flávia Malavazzi. O direito à estabilidade e a dispensa do servidor público concursado sob regime da CLT. Artigo publicado no portal Conteúdo Jurídico em 17.11.2014, disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-direito-a-estabilidade-e-a-dispensa-do-servidor-publico-concursado-sob-o-regime-da-clt,50674.html> , acessado em 08.11.2016.

PINTO, Ronaldo Nogueira Martins. *Do direito à estabilidade do empregado da empresa de caráter estatal.* Revista de Direito do Trabalho, vol. 136. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SORBILLI FILHO, Roberto. *A alteração unilateral das normas do regime de trabalho com o Estado.* In FORTINI, Cristiana (org.) et al. *Servidor Público. Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra.* Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

SPARAPANI, Priscilia. *O princípio da vedação ao retrocesso social e sua aplicação ao regime jurídico dos servidores públicos.* Tese de Doutorado. PUC/SP. São Paulo: 2013. Disponível em: [http://www.sapientia.pucsp.br/tde\\_arquivos/9/TDE-2013-05-16T06:14:00Z-13617/Publico/Priscilia%20Sparapani.pdf](http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/9/TDE-2013-05-16T06:14:00Z-13617/Publico/Priscilia%20Sparapani.pdf) , acesso em 08.11.2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Licitação nas estatais em face da EC Nº 19*, artigo disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/RETE-6-JUNHO-2006-CELSO%20ANTONIO.pdf> , consultado em 08.11.2016.

ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade Patrimonial do Estado. Matriz Constitucional, a responsabilidade do Estado por atos legislativos, a*

*obrigatoriedade da prévia indenização e a responsabilidade pessoal do parlamentar.* São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

NEVES, Ana Fernanda. *A relação jurídica de emprego público.* Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Regime dos Servidores da Administração Direta e Indireta.* 3ª Ed.. São Paulo: Malheiros, 1995.

ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. MOTTA, Fabrício. *Administração Pública e Servidores Públicos. Tratado de Direito Administrativo, vol. 2.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Curso de Direito Administrativo.* 27ª Edição. São Paulo: Atlas, 2014.

LOPES MEIRELLES, Hely. *Direito Administrativo Brasileiro.* 33ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

FREITAS, Juarez. *Carreiras de Estado: o núcleo estratégico contra as falhas de mercado e de governo.* In FORTINI, Cristiana (org.) et al. *Servidor Público. Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra.* Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

JUNQUEIRA FERREIRA, Wolgran. *Comentários ao Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União (Estatuto dos Funcionários Públicos) Lei 8.112.* 4ª Ed.. Bauru: EDIPRO, 1995.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Apontamentos sobre o regime jurídico único dos servidores públicos civis.* Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously.* Cambridge: Harvard University Press, 1978.

CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre Derecho y Lenguaje.* 4ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro.* São Paulo: Malheiros, 2006.

## Referências bibliográficas por ordem alfabética

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA MAFRA FILHO, Francisco de Salles. *O servidor público e a reforma administrativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2015.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 3ª Ed., São Paulo, Malheiros Editores: 2011.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6ª Ed., 10ª Tiragem, São Paulo, Malheiros Editores: 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª Ed., 23ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. *Regime dos Servidores da Administração Direta e Indireta*. 3ª Ed.. São Paulo: Malheiros, 1995.

\_\_\_\_\_. *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*. 2ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

\_\_\_\_\_. *Licitação nas estatais em face da EC Nº 19*, artigo disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-6-JUNHO-2006-CELSO%20ANTONIO.pdf> , consultado em 08.11.2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (coord.). *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Vol. I. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARBOSA GARCIA, Gustavo Filipe. *Servidores e Empregados Públicos: Regimes Jurídicos*. Revista de Direito do Trabalho, vol. 153. São Paulo: RT, 2013.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 8ª Ed.. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. *Ciência Política*. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CAMMAROSANO, Márcio. *Provimento de Cargos Públicos no Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 1984.

\_\_\_\_\_. O Estado Empregador, in BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (coord.). *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1986.

CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. 4ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª Edição. São Paulo: Atlas, 2014.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Teoria do Estado*. 3ª Ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Administrativo*, 3ª ed., vol IV, São Paulo: RT, 1958.

CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo*. 7ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

CRETELLA JR, José. *Manual de direito administrativo: curso moderno de graduação*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2ª Ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DALLARI, Adilson de Abreu. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 1992.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

ESTEVES, Júlio César dos Santos. *Uma reflexão sobre a estabilidade funcional e sobre o prazo do estágio probatório*. In FORTINI, Cristiana (org.) et al. *Servidor Público. Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

FERREIRA, Flávia Malavazzi. O direito à estabilidade e a dispensa do servidor público concursado sob regime da CLT. Artigo publicado no portal Conteúdo Jurídico em 17.11.2014, disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-direito-a-estabilidade-e-a->

[dispensa-do-servidor-publico-concursado-sob-o-regime-da-clt,50674.html](#) ,  
acessado em 08.11.2016.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 8a Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FREITAS, Juarez. *Carreiras de Estado: o núcleo estratégico contra as falhas de mercado e de governo*. In FORTINI, Cristiana (org.) et al. *Servidor Público. Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 5ª Ed., vol I. Fundación de Derecho Administrativo, 1998, p. IX-18, disponível em <http://www.gordillo.com/> , acesso em 08.11.2016.

GRANJEIRO, José Wilson. *STJ muda posição sobre vacância de cargo público*. Congresso em Foco, 22.03.2014, disponível em <http://congressoemfoco.uol.com.br/opiniaocolumnistas/stj-muda-posicao-sobre-vacancia-de-cargo-publico/> , acesso em 10.10.2016.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Apostamentos sobre o regime jurídico único dos servidores públicos civis*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

JUNQUEIRA FERREIRA, Wolgran. *Comentários ao Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União (Estatuto dos Funcionários Públicos) Lei 8.112*. 4ª Ed.. Bauru: EDIPRO, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. de Luís Carlos Borges. 3ª Ed., 2ª Tir.. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAZZARINI, Álvaro. *Servidores Militares*. In DALLARI, Adilson Abreu. NASCIMENTO, Carlos Valder do. SILVA MARTINS, Ives Gandra da. *Tratado de Direito Administrativo. Vol 2*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LE MOIGNE, Jean-Louis. *A Teoria do Sistema Geral: Teoria da Modelização*. Trad. Jorge Pinheiro, Lisboa: Piaget, 1996.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *A emenda constitucional 19/98 e o servidor público*. Revista dos Tribunais, vol. 762. Doutrinas essenciais de Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOPES MEIRELLES, Hely. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MACHADO JR., Armando Marcondes (coord.). *Direito Municipal. Um olhar abrangente*. São Paulo: Conam, 2015.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 16ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MUÇOUÇAH, Renato de Almeida Oliveira. O direito fundamental dos trabalhadores do setor público à negociação coletiva em face da Convenção 151 do OIT. *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 168. São Paulo: RT, 2016.

NEVES, Ana Fernanda. *A relação jurídica de emprego público*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Servidores Público Civis. In DALLARI, Adilson Abreu. NASCIMENTO, Carlos Valder do. SILVA MARTINS, Ives Gandra da. *Tratado de Direito Administrativo. Vol 2*. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *Servidores Públicos*. São Paulo, Malheiros, 2004.

PINTO, Ronaldo Nogueira Martins. *Do direito à estabilidade do empregado da empresa de caráter estatal*. *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 136. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PUGLIESI, Márcio. *Teoria do Direito*. 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2009.

RABELO, Manoel. *Aspectos jurídicos da relação funcional de servidor público no Brasil e em Portugal*. In FORTINI, Cristiana (org.) et al. *Servidor Público. Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

REINER, Lúcio. *Regimes Jurídicos de Funcionários Públicos – França. Estudo da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados realizado em novembro de 1995*. Brasília/DF, disponível em: <http://www2.camara.leg.br/internet/publicacoes/estnottec/tema3/pdf/510859.pdf>, consultado em 08.11.2016.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. *O Servidor Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Deonísio da. *De onde vêm as palavras*. 14ª Ed.. São Paulo: A Girafa Editora, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOLANO SOBRINHO, Genásio Vivanco. *Regime Jurídico dos Servidores Públicos*. Revista de Direito do Trabalho, v. 44. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

SORBILLI FILHO, Roberto. *A alteração unilateral das normas do regime de trabalho com o Estado*. In FORTINI, Cristiana (org.) et al. *Servidor Público. Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

SPARAPANI, Priscilia. *A estabilidade do Servidor Público Civil após a Emenda Constitucional nº 19/98*. Mestrado em Direito defendido na PUC/SP em 2008 (ref. bibliográfica da Biblioteca da Universidade: DM 340 S736e)

SPARAPANI, Priscilia. *O princípio da vedação ao retrocesso social e sua aplicação ao regime jurídico dos servidores públicos*. Tese de Doutorado. PUC/SP. São Paulo: 2013. Disponível em: [http://www.sapientia.pucsp.br/tde\\_arquivos/9/TDE-2013-05-16T06:14:00Z-13617/Publico/Priscilia%20Sparapani.pdf](http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/9/TDE-2013-05-16T06:14:00Z-13617/Publico/Priscilia%20Sparapani.pdf), acesso em 08.11.2016.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Servidor público “celetista” concursado e estabilidade: Constituição de 1988*. Revista de Direito do Trabalho, vol. 79. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. MOTTA, Fabrício. *Administração Pública e Servidores Públicos. Tratado de Direito Administrativo, vol. 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da Intervenção do Estado no Domínio Social*. São Paulo: Malheiros, 2009.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da terceirização na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2014.

ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade Patrimonial do Estado. Matriz Constitucional, a responsabilidade do Estado por atos legislativos, a obrigatoriedade da prévia indenização e a responsabilidade pessoal do parlamentar*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.