

O REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS APÓS A EDIÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19/98

Sérgio Luiz Barbosa Neves
Subprocurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro

I — INTRODUÇÃO

A Constituição da República, promulgada em 1988 após o término da vintenária ditadura militar, não obstante o espírito democrático que pairava sobre a Nação quando de sua elaboração e de ter recebido mesmo a alcunha de *Carta Cidadã*, vem sofrendo a permanente ação do cinzel do Poder Constituinte derivado sob o argumento de que suas disposições não estão adequadas à atual realidade social, econômica e política do país e do mundo. A inserção do Brasil no cenário econômico mundial, realmente, estava a demandar alterações em nosso ordenamento jurídico, o qual não conseguiria ficar imune ao fenômeno da globalização.

Caberia, aqui, um debate político-filosófico referentemente à abertura da economia do país ou mesmo da vertente neoliberal que direcionou os rumos de nosso ordenamento jurídico. Entretanto, este trabalho não seria a sede própria para tal questionamento. Promovidas as mudanças legais e as Emendas Constitucionais, ao jurista cabe a sua interpretação que, felizmente, não está adstrita a *mens legislatoris*, que cede espaço e perde em importância em relação à *mens legis* obtida por intermédio de uma interpretação teleológica e sistemática do todo jurídico.

Dentre as mudanças promovidas no texto constitucional na conjuntura acima e em brevíssimas linhas delineadas, foi levada a efeito a denominada *Reforma Administrativa*, objeto da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998. Por intermédio desta, a relação jurídica mantida entre os servidores públicos e a Administração sofreu diversas alterações decorrentes da implantação dos novos conceitos políticos, numa tentativa de inculcar-se no serviço público uma preocupação mais de ordem finalística do que procedimental, isto é, o foco administrativo foi redirecionado dos meios para os resultados, estabelecendo-se a partir da Emenda, ao menos aparentemente, uma Administração eficiente.

Um dos institutos que ruíu e foi derrubado pelo forte movimento das placas tectônicas produzido pela EC nº 19/98 foi o do regime jurídico único previsto, inicialmente, no art. 39 da Constituição de 1988. Este dispositivo, bem como seus parágrafos, foram inteiramente modificados. As conseqüências daí oriundas é que se constituirão no objeto deste estudo, isto é, como serão ajustados os atuais regimes jurídicos dos servidores públicos à inovação operada.

Os reflexos da alteração do art. 39 em relação aos servidores públicos de cada um dos entes federados são evidentes. A questão merece ainda abordagem especial no que concerne ao interesse das Administrações Públicas estaduais e municipais.

Tanto os Estados como os Municípios editaram normas locais instituidoras dos regimes jurídicos de seus servidores, disciplinando os direitos e os deveres de cada qual. Tais normas tiveram fulcro não só na Constituição da República, como também nas Constituições dos Estados e nas Leis Orgânicas Municipais, que, invariavelmente, transcreveram em seu corpo as disposições da Carta Magna referentes aos servidores públicos, estipulando, assim, em norma local, a imprescindibilidade do regime jurídico único.

O exame da permanência ou não dessas disposições das Leis Orgânicas Municipais e das Constituições Estaduais em face do novo ordenamento jurídico constitucional é de suma importância para Municípios e Estados, impondo-se a sua análise previamente a qualquer decisão de caráter administrativo referente à alteração do atual regime jurídico dos servidores públicos de cada um daqueles entes.

Assim, no escopo de oferecer um estudo capaz de orientar os administradores na promoção das alterações nas relações mantidas com os servidores públicos, pretende este trabalho analisar, após um breve resumo histórico da evolução dos regimes jurídicos dos servidores públicos e da implantação do regime único, o art. 39 da Constituição da República com a redação que lhe foi dada pela Emenda nº 19/98, a pluralidade de regimes jurídicos funcionais que daí poderá advir, a natureza jurídica dos mesmos, ou seja, se será possível ou não, além do regime estatutário, a adoção do regime da CLT para uma ou algumas carreiras, e, por fim, verificar se as normas infraconstitucionais constantes de Leis Orgânicas e Constituições de Estados foram efetivamente recepcionadas por aquela Emenda, hipótese em que a exigência de um regime jurídico persistiria em sede local e, portanto, haveria o mister de se proceder, também, a alterações nas leis locais a fim de que a pluralidade de regimes funcionais pudesse ali ser concretizada.

Este o objetivo, em resumo, deste estudo que complementa e atualiza nosso trabalho anterior "*Regime Jurídico Único e os Servidores Públicos*", apresentada e aprovada no Encontro Nacional de Procuradores Municipais, realizado em Natal — RN, — no ano de 1989.

II — OS REGIMES JURÍDICOS ANTERIORES À CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Pluralidade de Regimes Estatutários

Quando da promulgação da Constituição de 1988, os Entes Públicos podiam manter vínculos de naturezas distintas com o conjunto de seus servidores. Embora pudesse variar de uma administração para outra, três eram as espécies de vínculos, então, constitucional, jurisprudencial e doutrinariamente admitidas: o vínculo estatutário, o de regime especial e o da CLT.

O regime estatutário era aquele aplicável aos então denominados funcionários públicos, os quais mantinham com a Administração um vínculo legal despido de caráter contratual. Não havia àquela época a imposição de uma unicidade de regime,

razão pela qual era juridicamente possível a existência de mais de um estatuto funcional no âmbito de uma mesma Administração. Desta sorte, os funcionários dos órgãos da administração direta de um Município, por exemplo, poderiam estar submetidos a um determinado estatuto funcional enquanto os de suas autarquias poderiam estar sujeitos a outros diplomas, também de natureza estatutária, porém diversos daquele aplicável aos órgãos precitados.

Assim, poderia haver mais de um regime estatutário num único Ente federado, fosse este um Município, um Estado, o Distrito Federal ou a União. Relembre-se que o regime estatutário só era aplicável aos funcionários públicos ocupantes de cargo público, o que só poderia haver na administração direta e nas autarquias. Em princípio, para tornar-se um servidor público ocupante de cargo de provimento efetivo, era mister a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos. Contudo, era praxe a realização de concursos internos cujo universo de participantes era limitado, consoante os editais dos mesmos, àqueles que já mantinham algum vínculo com a Administração, fosse este estatutário ou celetista. O fim desses concursos internos, admitidos pela jurisprudência prevalecente à época, foi decretado pelo inciso II do art. 37 da Constituição da República de 1988, que, diferentemente da Carta que a precedeu, passou a exigir o concurso público para toda e qualquer investidura em cargo ou emprego público que admitisse investidura originária, ao invés de referir-se, como a anterior, à *primeira investidura*.

Outra praxe, esta inconstitucional, era a transformação de empregos celetistas em cargos estatutários mediante lei, as denominadas leis de efetivação, as quais, por contrariarem o princípio concursal, já eram àquele tempo inconstitucionais.

2. O Regime da CLT

Pelas breves considerações acima lançadas, vê-se que o regime da CLT era utilizado, livremente, nas administrações direta e autárquica, independentemente de concurso público, como também o era no âmbito dos Poderes Legislativo e Judiciário, não obstante, nestes, o § 2º do art. 108 da Constituição vigente estabelecer que “os Tribunais Federais e Estaduais, assim como o Senado Federal, a Câmara dos Deputados, as Assembléias Legislativas Estaduais e as Câmaras Municipais somente poderão admitir servidores mediante concurso público de provas ou de provas e títulos, após a criação dos cargos respectivos, por lei aprovada pela maioria absoluta dos membros das casas legislativas competentes”.

A proibição de contratação de servidores sob o regime da CLT pelo Legislativo e pelo Judiciário decorria com clareza da exclusividade estatuída naquele preceito constitucional para a admissão, “*somente*”, por concurso público e para o provimento de *cargo público*, posição que só pode ser ocupada por funcionário estatutário. Contrariamente ao determinado pela Constituição da República, vários foram os servidores que ingressaram no serviço público em empregos criados no Legislativo e no Judiciário.

Além das violações ao Texto Constitucional levadas a efeito pelos membros daqueles Poderes, a própria Justiça do Trabalho chancelou inúmeras relações de emprego em decisões, flagrantemente, *contra legem*.

Os servidores das fundações públicas eram, todos, submetidos ao regime da CLT, pois as fundações, como pessoas de direito privado, não podiam admitir funcionários públicos sob um regime de direito público como o estatutário. As fundações constituem-se num dos mais tormentosos assuntos quando se intenta discutir a aplicação do regime jurídico único estatutário. Por contratarem pelo regime da CLT, os servidores podiam ingressar nos seus quadros independentemente de concurso público, mesmo que uma norma local tanto exigisse, eis que o contrato de trabalho é tido como um contrato realidade fulcrado na prestação fática de serviço não eventual mediante subordinação e remuneração (art. 3º da CLT), não podendo este preceito de lei federal ser afastado por norma estadual ou municipal.

Tal qualidade fez com que muitos administradores da coisa pública, mais preocupados em criar empregos no setor público que pudessem ser por eles livremente preenchidos do que em bem administrar, criassem fundações no lugar de autarquias e transformassem autarquias em fundações. A desnaturação das fundações, que passaram a prestar serviços tipicamente públicos e a sobreviver graças ao aporte permanente de capital pelo Poder Público que as instituiu, levou o Supremo Tribunal Federal a afirmar que algumas fundações ostentavam personalidade jurídica de direito público, pois eram verdadeiras autarquias, cunhando em suas decisões as expressões *fundações autárquicas* e *autarquias fundacionais* para designar esses seres erroneamente criados pelas diversas esferas da Administração Pública.

Adiantamos que, a nosso ver, seriam estas, tão-somente, as autarquias abrangidas pelo antigo art. 39 da Constituição de 1988, quando se referiu o mesmo às fundações públicas. Desta sorte, as fundações que houvessem sido corretamente criadas sob tal forma continuariam sendo pessoas de direito privado reguladas pelo Código Civil e, portanto, seus servidores haveriam de ser contratados pelo regime da CLT, não podendo jamais ser sujeitos ao regime estatutário.

Quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista, deixamos de formular maiores comentários, primeiro, porque não estavam abrangidas pelo regime jurídico único, segundo, porque, como sempre, continuam seus empregados sujeitos ao regime da CLT por imposição constitucional.

3. O Regime Administrativo Especial

Havia, ainda, um terceiro regime, conhecido por “regime administrativo especial”, previsto pelo art. 106 da EC nº 1/69. Este regime especial era aquele editado pelo próprio Ente Público, que, interessado em contratar pessoal especializado por tempo determinado, poderia fazê-lo mediante lei local que disciplinasse os direitos

e deveres dos contratados. Todavia, ante a facilidade de celebrar contratos por tempo determinado com fulcro na lei trabalhista, aquele regime de direito público acabava sendo, por este, preterido.

Estas, dessarte, as situações possíveis de serem encontradas na Administração Pública anteriormente à promulgação da Constituição de 1988. Em síntese, verificamos ser viável a existência de mais de um regime estatutário numa mesma Administração e de que com ele coexistissem os regimes da CLT e o administrativo especial do art. 106 da Carta Magna então vigente. Esta pluralidade de regimes era possível, ao menos de fato, em qualquer dos Poderes Constituídos e no âmbito da administração direta e autárquica, enquanto, nas fundações, só era possível o regime da CLT.

III — O REGIME JURÍDICO ÚNICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

1. Natureza Jurídica

Em nosso livro *O Regime Jurídico Único e os Servidores Públicos*, nascido da tese por nós apresentada no Encontro de Procuradores Municipais de 1989, salientamos que o regime estatutário, independentemente de qualquer outra disposição constitucional, seria o único admissível no âmbito da Administração Pública em razão do princípio da eficiência, tendo-se esta como uma das finalidades das quais não se podia apartar o administrador público. “*O poder-dever de agir da Administração Pública será sempre em função do interesse público. Um desses deveres é o dever de eficiência e, como é fácil de se constatar, o administrador não estará sendo eficiente optando pelo regime celetista, nem estará tampouco atendendo ao interesse público, eivando de inconstitucionalidade seu ato por desvio de finalidade*”¹.

Este argumento seria, talvez, suficiente para determinar como obrigatória para a Administração Pública a adoção do regime estatutário. Nossa história administrativa, porém, depõe em contrário a esta acepção. A tese, portanto, exige reforço, muito embora os dias atuais sejam outros e estejam nossos Tribunais e juristas cada vez mais atentos aos princípios gerais do Direito como normas propriamente ditas às quais todo o ordenamento deve conformar-se, sob pena de não ser aplicado algum dispositivo legal que atente contra algum daqueles princípios.

Em nossa tese enunciámos algumas razões, além do princípio da eficiência, que acabaram por prevalecer em nossa doutrina e demonstraram que o regime jurídico único haveria de ser o estatutário. Vejamo-las a seguir, em breve relato.

O princípio federativo, consagrado no art. 1º, constituía-se, a nosso ver, como uma primeira barreira intransponível à adoção do regime da CLT. Primeiramente, porque, em função deste princípio, não pode um Ente federado renunciar à parcela de competência legislativa que lhe foi constitucionalmente deferida, atribuindo-a,

por lei própria, a outro. Como a competência para disciplinar a relação jurídica mantida entre o servidor e a Administração é exclusiva do Ente interessado, não poderia o mesmo adotar a CLT, regime próprio de Direito do Trabalho, cuja competência normativa é privativa da União Federal, *ex vi* do inciso I do art. 22, da Lei Maior. Caso um Estado ou um Município o fizesse, estaria o mesmo violando o art. 1º da Constituição, eis que estaria permitindo que outro Ente da federação, no caso a União, legislasse sobre matéria de competência exclusiva daquele Estado ou Município.

Roborando a observação acima sustentada, procedemos à interpretação gramatical do *caput* do art. 39, em sua redação original, que dispunha que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único”. Grifamos o verbo *instituir* utilizado no artigo parcialmente transcrito, pois ele denota o sentido de criação e não o de mera reportagem a um outro regime jurídico já existente e pertencente a outra esfera de governo. Quisesse o Constituinte admitir a CLT como regime jurídico dos servidores, e teria ele se valido do verbo *escolher*. Grifamos, ainda, a expressão “no âmbito de sua competência” para demonstrar que a adoção da CLT refugiria ao âmbito competencial legislativo de Estados e Municípios, também em afronta à Federação e à autonomia dela decorrentes (arts. 1º e 18 da Constituição).

Em segundo lugar, buscamos demonstrar que o § 2º do art. 39, também em sua redação original, arrolava em *numerus clausus*, os incisos do art. 7º da Lei Maior que seriam aplicáveis aos servidores públicos. Sucede que o art. 7º, em seus incisos, enumera os direitos básicos dos trabalhadores da iniciativa privada regidos pela CLT. A partir do instante em que a Constituição delimita quais daqueles incisos poderão ser aplicados aos servidores públicos, numa interpretação *a contrario sensu*, é de se concluir que todos os demais não relacionados no § 2º do art. 39 não seriam aplicáveis à categoria em questão. Ora, em adotando o regime da CLT, o Ente federado estaria estendendo, por lei local, todos os direitos trabalhistas previstos no art. 7º a seus servidores, contrariando a limitação fixada em sede constitucional. Às escâncaras, referida lei seria tida como inconstitucional, o que impede a adoção do regime da CLT como regime jurídico único funcional.

Por fim, numa interpretação sistemática, pudemos verificar que a Constituição albergou a expressão *servidor público*, abandonando a até então utilizada *funcionário público*. Antes, tais expressões designavam: a última, os funcionários estatutários; a primeira, como gênero, aqueles prefalados funcionários e os empregados celetistas, em conjunto. Mostrou-se, que a Constituição tratava a todos com igualdade, buscando uma unificação de direitos e deveres entre aqueles que prestavam serviços ao Poder Público, tratando-os em parte totalmente distinta da que tratou dos trabalhadores que poderiam ser sujeitos ao regime de Direito de Trabalho, de molde a impedir ao legislador ordinário tratá-los, servidores públicos e trabalhadores da iniciativa privada, com isonomia, mediante a adoção do Diploma Obreiro como regime jurídico de seu pessoal.

1 Sérgio Luiz Barbosa Neves, *O Regime Jurídico Único e os Servidores Públicos*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1991, p. 17.

Assim, ficou de todo afastada a adoção do regime da CLT como regime jurídico único de quaisquer dos Entes federados, concluindo-se pela irrefragável edição de um regime próprio e estatutário.

2. A Unicidade do Regime

O tema, hoje, não mais está por merecer maiores delongas no seu trato, uma vez que restou sedimentado na doutrina que cada Município, cada Estado, o Distrito Federal e a União só poderiam adotar um único regime jurídico para a sua administração direta, autárquica e fundacional. Isto é, diversamente do que veio a ser sustentado por poucos, não seria possível a criação de um regime jurídico para os órgãos da administração direta, outro para as autarquias e um terceiro para as fundações. Um único regime seria o aplicável aos servidores públicos de todas as carreiras que compusessem aquelas três administrações. O que se admitia como plúrimos eram os planos de carreira, expressão utilizada no plural pelo art. 39, que, em relação ao regime jurídico único, fê-lo no singular.

Este era o verdadeiro desiderato do art. 39, ou seja, pugnar pela aplicação do princípio da isonomia no estabelecimento dos direitos e deveres do pessoal do serviço público de cada um dos Entes da Federação. Para tanto, previu a instituição de um único regime jurídico para todos os servidores da Administração Pública direta, autárquica e fundacional.

Embora o assunto já esteja superado em sede doutrinária, a conclusão extraída é de fundamental importância à correta interpretação do atual art. 39 da Constituição com a redação que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional nº 19/98. Além da sobredita conclusão acerca da unicidade do regime determinada pela antiga norma do art. 39, é de bom alvitre ressaltarmos, desde já, que aquele dispositivo não era o único a determinar a natureza estatutária do regime a ser disciplinado, como também, em nenhum momento, dispôs relativamente à sua implantação, tarefa que coube aos artigos 19 e 24 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, os quais veremos a seguir. Tais observações, registre-se, serão necessárias à conclusão do presente estudo.

3. A Implantação do Regime Jurídico Único

Como já dissemos no início deste trabalho, os servidores públicos poderiam ser estatutários, concursados ou efetivados, ou ainda celetistas, concursados ou não.

Ciente dessas possibilidades, o Constituinte operou uma fase de transição no estabelecimento de um regime jurídico único, motivo pelo qual veio a tratar da matéria no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Inicialmente, a Constituição fixou um prazo para a instituição do regime jurídico único, determinando no art. 24 do ADCT que os Entes federados deviam editar leis que estabelecessem “critérios para a compatibilização de seus quadros de pessoal ao disposto no art. 39

da Constituição e à reforma administrativa dela decorrente no prazo de dezoito meses, contados de sua promulgação”.

Daí, o prazo para a compatibilização dos quadros à regra do art. 39 era de dezoito meses, procedendo-se à implantação do regime único da forma estatuída no art. 19 do ADCT, que respondia a algumas indagações básicas relativas ao destino dos celetistas existentes naqueles quadros, tal como a possibilidade ou não de transformar seus empregos em cargos mediante efetivação em lei, ou se seria necessária a sua dispensa.

Disponha o *caput* do art. 19 do ADCT que “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 do art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público”.

Há de se traduzir o teor do artigo para melhor entendermo-lo. O artigo destina-se aos servidores que ingressaram no serviço público sem que houvessem sido previamente aprovados em concurso público (na forma do art. 37), não se referindo em nenhum momento à natureza do vínculo mantido entre o mesmo e a Administração Pública.

Isto posto, pode-se concluir que o fato de um servidor ser celetista ou estatutário pouco importa à implantação do regime jurídico único. Interessa, sim, o fato de o mesmo haver ou não ingressado no serviço público mediante prévia aprovação em concurso público.

O art. 19 do ADCT concedeu estabilidade àqueles que ingressaram no serviço público sem que houvessem prestado e fossem aprovados em concurso público, desde que contassem cinco anos de serviço quando da promulgação da Constituição em 05 de outubro de 1988. A estabilidade conferida, entretanto, não pressupõe a efetividade. Aquela é atributo do servidor, esta última refere-se à forma de provimento do cargo.

O Supremo Tribunal Federal, interpretando o art. 177, § 2º, da Constituição Federal de 1967, cuja redação era semelhante à do art. 19 do ADCT da Constituição de 1988, entendeu que a estabilidade ali conferida não implicava efetividade. O Ministro Aliomar Baleeiro em voto prolatado no Recurso Extraordinário nº 70.827-MG, da 1ª Turma, assertou que “o art. 177, § 2º, da Constituição Federal, garante estabilidade aos servidores públicos com cinco anos em qualquer modalidade do serviço público civil. (...) o mesmo não ocorre com a pretensão à efetividade num cargo em que a impetrante não fora provida e no qual o provimento depende de concurso por força daquela Constituição Federal”². A lição é de extrema atualidade e plenamente aplicável ao art. 19 do ADCT.

2 Revista de Direito Público, nº 17-49.

IV — A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19/98 E O REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS

1. Os Princípios como Delimitadores da Interpretação e da Atividade Legislativa

A tarefa do intérprete consiste em identificar a norma e delimitar o seu alcance. A norma não se confunde com o dispositivo legal propriamente dito. Consiste a norma na conduta desejada pelo ordenamento jurídico como um todo. Tal constatação impede-nos de extrair conclusões que obstaculizem a ação do ordenamento jurídico como um sistema coordenado de normas. Assim, a interpretação dos dispositivos de uma lei deve chegar a resultados tais que permitam a interação de todas as normas jurídicas nela constantes, de molde a que estas ajam de forma integrada na consecução de fins permeados pela principiologia norteadora daquela lei.

Diante do acima exposto, duas noções são fundamentais à exegese de uma norma. Primeiro, a referente ao que vêm a ser os princípios de Direito e que os mesmos são o norte do qual o intérprete não se pode desviar. Segundo, a noção do que vem a ser sistema jurídico.

Numa concepção atual, os princípios ou estão expressos na norma jurídica, como no caso do *caput* do art. 37 da Carta Magna, ou são extraídos do conjunto das normas de um determinado ordenamento. “Os princípios, na sua grande maioria, não são postulados, não são conceitos instituídos *a priori*: são sínteses extraídas das normas, por abstracção de aspectos do seu conteúdo ou de sua forma”³.

Poderíamos enumerar as leis que transformaram empregos em cargos de forma indistinta, fazendo com que servidores celetistas acordassem, repentinamente, estatutários, independentemente de serem ou não concursados e de seu tempo de serviço. Várias leis fizeram do art. 19 do ADCT letra morta. À guisa de ilustração, tem-se a Lei federal nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que instituiu o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais.

A Lei federal sobredita serviu como um profundo mau exemplo para as demais esferas de governo. Rasgando a Constituição editada há apenas dois anos, o Executivo e o Congresso Nacional, no § 1º do art. 243 da Lei nº 8.112/90, transformaram em cargos todos os empregos ocupados por celetistas, independentemente de concurso ou de tempo de serviço. As conseqüências nefastas desta atitude podem ser hoje vistas na falta de recursos para o cumprimento das obrigações previdenciárias, pois os celetistas, que receberiam até o limite do teto estabelecido pelo regime geral de previdência, passaram a ter direito à integralidade de seus proventos tal e qual qualquer outro servidor estatutário. Seis anos após este absurdo

³ Marcello Caetano in *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, 1996, p. 19.

jurídico, aquele mesmo Executivo federal intenta conter gastos pugnando pelo fim da estabilidade que ele próprio, inconstitucionalmente, estendeu e pela redução dos direitos previdenciários de seus servidores. Alguns Municípios e Estados copiaram a Lei federal e encontram-se, hoje, em situação extremamente delicada quanto a suas finanças.

Em nossas palestras, sempre afirmamos que o regime jurídico único estava intimamente relacionado à previdência dos servidores públicos, e que sua implantação deveria ser cercada das maiores cautelas a fim de não ocasionar repercussões nefastas para o erário público. Neste momento, Estados e Municípios, no escopo de adequarem-se aos limites da denominada Lei Camata, deverão rever alguns de seus atos, inclusive os legislativos, praticados em violação às regras constitucionais por nós acima estudadas.

Numa primeira conclusão, poder-se-ia dizer que os servidores celetistas não concursados permaneceriam no serviço público em empregos regidos pela CLT, os quais seriam extintos na medida em que vagassem por aposentadoria, morte ou dispensa por justa causa.

De outra parte, no que concerne aos servidores celetistas que não houvessem sido aprovados em concurso público e que não contassem com os cinco anos exigidos no art. 19 em comento, os mesmos não seriam estáveis e deveriam ser, paulatinamente e de acordo com a necessidade do serviço, substituídos por novos servidores admitidos mediante concurso público para cargos regidos pelo regime estatutário único.

Estes servidores formariam o grupo de transição do sistema de regimes plúrimos para o de um único. Note-se que o § 1º do art. 19 do ADCT previa a contagem do tempo de serviço de alguns daqueles servidores quando aqueles se submetessem a concurso para fins de efetivação na forma da lei. Tais concursos eram os próprios concursos públicos e a regra foi por alguns, por equívoco ou favorecimento, interpretada no sentido de que tais concursos poderiam ser internos e não públicos, tese totalmente descabida e sem qualquer apoio na Constituição. A finalidade do dispositivo era a de assegurar aos celetistas não concursados que contassem com mais de cinco anos de serviço quando da promulgação da Constituição o direito a ter o seu tempo de serviço computado como título quando, eventualmente, participassem de concurso público. Não há neste parágrafo qualquer exceção expressa à regra do inciso II do art. 37, que permanecia sendo aplicável à hipótese.

Interessante é verificar que não havia no texto original da Constituição de 1988 qualquer referência aos servidores públicos celetistas aprovados em concurso público. Esta constatação vem em apoio à nossa observação de que a Constituição não classificou os servidores consoante a natureza do vínculo mantido para com a Administração, mas sim de conformidade com o modo pelo qual ingressou no serviço público. Não poderíamos, por óbvio, deixar esses servidores num limbo jurídico. Uma vez que o art. 19 do ADCT não se lhes aplicava, eis que ingressaram mediante prévia aprovação em concurso, só poderia ser aplicado aos mesmos o art.

41 da Constituição da República que conferia estabilidade a todo servidor público concursado após dois anos de efetivo exercício.

Desta forma, os empregos dos celetistas que houvessem ingressado pela via do concurso público podiam ser transformados em cargos quando da edição do regime jurídico único, pois estes não estavam sujeitos a normas de caráter transitório como os demais, impondo-se a sua inserção no contexto do regime único logo quando de sua edição.

Por fim, quanto aos estatutários, nenhuma alteração deveria ser procedida em seu regime, que, mesmo vindo a sofrer modificações, atingirá aqueles servidores a ele submetidos por tratar-se de um regime legal passível de alteração unilateral.

4. Conclusões

Nestes dois primeiros capítulos de nosso trabalho tentamos trazer à memória os fatos e as normas constitucionais dentro de um exame de sua sucessão cronológica, o que nos permitirá melhor compreender as mudanças empreendidas pela Emenda Constitucional da Reforma Administrativa, possibilitando-nos interpretar o novo art. 39 da Lei Maior e os demais dispositivos a ele relacionados.

De toda a sorte, viu-se que várias leis que promoveram a implantação dos regimes jurídicos das diversas esferas de governo são, a bem da verdade, aberrações jurídicas desprovidas de qualquer fulcro constitucional e, por isso mesmo, deveriam ser tidas por inconstitucionais.

Os princípios, assim como as regras que lhes conferem concretude, estão contidos na norma, o que desdiz aqueles que os compreendem como fonte do Direito, pois se estão contidos nas normas e estas, por sua vez, estão contidas na lei, ao valermos-nos de um princípio estaremos nos utilizando da própria lei, a qual se constitui na verdadeira e única fonte. Esta relação de continente a conteúdo entre norma e princípio é oferecida, também, pelo Professor Eros Roberto Grau, que conclui que “a norma jurídica, pois, é gênero no qual se incluem, como espécies, as regras e os princípios gerais do direito”⁴. Esta dicotomização encontra amplo respaldo no direito comparado, como é possível denotar-se da obra *Theorie der Grundrecht* do professor alemão Robert Alexy, que ensina que “jede Norm ist entweder eine Regel oder ein Prinzip”⁵, isto é, numa tradução literal, cada norma ou é uma regra ou é um princípio.

Veio Crisafulli⁶ conceitua princípio como “toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencial-

4 *Licitações e Contrato Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 1995, p. 16.

5 *apud* Eros Roberto Grau, *Op. Cit.*, p. 16, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986.

6 *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*, Milão, 1952, p. 15, *apud* Paulo Bonavides in *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 230.

mente, o conteúdo: sejam, pois, estas definitivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém”.

Para finalizar qualquer debate que teime em persistir acerca da normatividade dos princípios, transcreva-se a lição de Norberto Bobbio⁷, segundo a qual “a palavra princípio leva a engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios são normas. Para mim, não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras”, e, mais adiante, prossegue, “para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não ser normas também eles: se abstraio da espécie animal, obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?”

A fim de oferecer um conceito de princípio que reúna as acepções acima expostas, vejamos o conceito oferecido pelo inefável mestre Miguel Reale⁸ no sentido de que “princípios gerais do direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas”. Este conceito, além de extremamente bem elaborado, permite-nos visualizar a enorme significação dos princípios. Inicialmente, como proposições que se servem de norte à interpretação da lei e à sua aplicação; em segundo lugar, como parâmetro delimitador da atividade legislativa subsequente; em terceiro lugar, os princípios são elementos que permitem estruturação à lei, conferindo a esta e ao Direito a condição de sistema.

Na interpretação do art. 39 não poderemos, pois, nos afastar dos princípios ordenadores de nossa Constituição, como deles também não se poderão distanciar os legisladores infraconstitucionais, seja o federal, o estadual, o distrital ou o municipal, que, no escopo de editar novas leis disciplinadoras do regime jurídico de seus servidores, estarão jungidos à fiel observância de seus comandos.

A fim de bem interpretarmos uma norma, devemos ter em mente, além da noção de princípio e de suas funções, a definição de *sistema*. Segundo o Professor Juarez Freitas, sistema jurídico é a “rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinômias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Lei Maior”⁹.

7 *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Edunb, 1994, pp. 158-159.

8 *Lições Preliminares de Direito*, São Paulo, Saraiva, 1990, p. 300.

9 *A Interpretação Sistemática do Direito*, São Paulo, Malheiros, 1998, p. 50.

Por fim, concluindo esta parte de nosso trabalho voltada às bases da tarefa interpretativa, e já com fulcro nas lições acima apreendidas no sentido de que os princípios são fundamentais à exegese e de que o Direito deve ser tido como um sistema coordenado de normas que operam em conjunto e em perfeita sintonia, podemos afirmar que a interpretação deve buscar, sempre, a finalidade da norma vista no contexto legal, não se podendo, jamais, retirá-la do todo legislativo para que receba uma interpretação isolada daquele. Três afirmações do Professor Miguel Reale bem ilustram o que dissemos: “toda interpretação jurídica é de natureza teleológica (finalística), fundada na consistência axiológica (valorativa) do Direito”; “toda interpretação jurídica dá-se numa estrutura de significações, e não de forma isolada”; e “cada preceito significa algo no todo do ordenamento jurídico”¹⁰.

2. As Conseqüências da Nova Redação do art. 39 e parágrafos no Regime Jurídico dos Servidores Públicos

O estudo levado a efeito acima acerca da interpretação das normas frente aos princípios do ordenamento jurídico e à noção de sistema para o Direito, será de fulcral importância ao desenvolvimento de nossas conclusões.

Como dito anteriormente, o art. 39 da Constituição, em sua redação original, tinha por escopo conferir concretude ao princípio da isonomia no que tange ao tratamento dos servidores públicos da administração direta, autárquica e fundacional das diversas esferas de governo. Neste desiderato, aquele preceito constitucional obrigou os entes federados a instituir, no âmbito de sua competência, regime jurídico único para os servidores que compusessem aquelas administrações precitadas. O fim mediato era a consecução da isonomia dos servidores e o imediato a unicidade de direitos e deveres por intermédio de um único estatuto funcional.

Façamos, neste ponto, um breve parêntese de suma importância ao futuro deslinde da questão referente à natureza jurídica do regime. Em momento algum a redação original do art. 39 determinou que o regime a ser adotado teria que ser o estatutário. Repita-se, este artigo só impôs a unicidade de regime jurídico, não podendo defluir-se de sua interpretação qualquer obstáculo à adoção do regime da CLT, salvo a interpretação gramatical do mesmo ao utilizar o verbo “instituir” e a interpretação *a contrario* de seu § 2º, conforme o exposto no início deste trabalho. Todavia, já salientamos que, tanto aquele verbo, como a limitação do parágrafo ao estabelecer uma lista de direitos dos trabalhadores aplicáveis aos servidores públicos, só poderiam ser interpretados da forma como foram porque, em realidade, consubstanciavam-se no princípio federativo.

A Emenda Constitucional nº 19/98 suprimiu a antiga redação do *caput* do art. 39, substituindo-a por outra totalmente diversa. Assim, a atual redação do art. 39 pouco importa ao fim por nós colimado neste trabalho. Dispõe o mesmo, hoje, que

¹⁰ *Op. cit.*, p. 286.

“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”. O primeiro de seus parágrafos refere-se à fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório, enquanto o seu antigo parágrafo segundo, que outrora delimitava os incisos do art. 7º aplicáveis “aos servidores públicos” de uma forma geral, passou a ser o terceiro, delimitando desta vez não só os incisos, mas também os servidores aos quais seriam aplicáveis aqueles incisos do art. 7º.

A limitação do novo § 3º do art. 39 consiste na utilização, após a expressão *servidores públicos*, da qualificação “*daqueles ocupantes de cargo público*”. Desta sorte, como o cargo público é privativo dos servidores públicos estatutários, o dispositivo em questão está restrito e só é aplicável aos mesmos. À exceção do § 6º do art. 39, que determina que “os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário publicarão anualmente os valores do subsídio e da remuneração dos cargos e empregos públicos”, todos os demais parágrafos não serão úteis à solução de quaisquer de nossas indagações, pois não guardam qualquer pertinência com o tema natureza jurídica do regime.

Uma assertiva já nos é possível neste instante: a alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 19/98 no *caput* do art. 39 em nada afetou a obrigatoriedade de o regime jurídico dos servidores públicos ser o estatutário, conforme o propalado pela desavisada mídia governamental federal; terminou, sim, com a necessidade de o mesmo ser único para todos.

Destarte, não é o fato de a Emenda haver suprimido a obrigatoriedade de regime único que nos irá conduzir à conclusão de que, a partir da mesma, tornou-se viável a adoção do regime da CLT.

Conclusão dessa espécie está longe de ser lógica. O fim da unicidade de regime não importa na possibilidade de ser adotada a CLT, importa, sim, na possibilidade de haver mais de um regime jurídico para os servidores da administração direta, autárquica e fundacional. A natureza jurídica desses regimes há de ser examinada no todo do ordenamento jurídico constitucional, tendo-se por base os princípios consagrados nas suas normas e a preservação de sua operacionalidade sistemática. Fixadas tais conclusões, vejamos a natureza jurídica desses regimes.

3. Pluralidade de Regimes Jurídicos e sua Natureza Jurídica

Em nosso livro *Regime Jurídico Único e os Servidores Públicos* elencamos, e já aqui reproduzimos (item 1 do Capítulo III), as razões que nos levaram a concluir pela obrigatoriedade de o regime jurídico dos servidores ser o estatutário. Dentre os motivos alinhavados, ressaltamos o óbice criado pelo princípio federativo consagrado no art. 1º da Lei Maior, pela autonomia legislativa dele decorrente e expressa no art. 18 e nos dispositivos que distribuem entre os entes federados as competências legislativas, bem como pela vedação, também daquele princípio, consistente na

impossibilidade de algum ente federado atribuir a outro competência legislativa que lhe fora constitucionalmente outorgada.

Esse argumento veio a ser repetido por diversos outros autores, como o insigne Professor Adilson Abreu Dallari, em citação elogiosa que muito nos honrou. Após expor a sua posição no sentido de que o então regime jurídico único haveria de ser o estatutário, o renomado Administrativista fundamenta, citando-nos: “Ainda cabe registrar um outro fortíssimo argumento em defesa do regime jurídico único estatutário, (...) entre os muitos outros que ele desenvolve em favor da mesma tese. Lembra ele que nem pode o Município eleger ou escolher como regime único de seu pessoal permanente o regime celetista. Se assim procedesse, o Município estaria conferindo à União a competência para fixar os direitos e deveres dos servidores municipais, perdendo completamente o controle sobre seu pessoal, inclusive no tocante a questões financeiras. (...) O argumento desenvolvido é bem mais forte do que parece. ‘O federalismo não é apenas técnica de distribuição de competências, mas, também, instrumento de garantia da liberdade individual’. Esta magnífica lição ministrada pelo Ministro Carlos Mário Velloso (...) avaliza o raciocínio acima exposto. Assim, o princípio federativo, por ser um princípio e por ser um princípio fundamental em nossa Constituição (...) deve condicionar a interpretação das normas isoladas, inclusive das normas constitucionais”¹¹.

Não retornaremos ao debate acerca da importância dos princípios e de sua atuação como regras conformadoras da atividade interpretativa e da atividade legislativa que lhe é subsequente. O fato é que o princípio federativo permanece no texto constitucional e, neste sentido, impede que Estados e Municípios venham a adotar o regime da CLT, cuja competência legislativa é privativa da União na forma do inciso I do art. 22.

O princípio da eficiência, agora expresso no *caput* do art. 37, acaba por acarretar conclusão semelhante, desta feita abrangendo a União, pois, como visto, a eficiência está a obrigar o administrador da coisa pública a adotar a solução de maior vantagem para a Administração, o que chega mesmo ao ponto de permitir a investigação do denominado mérito do ato administrativo, considerado até então como uma caixa preta inexpugnável.

A toda evidência, é muito melhor para a Administração admitir servidores sob um regime de natureza administrativa alterável unilateralmente pela mesma, do que celebrar contratos de direito privado, renunciando às chamadas cláusulas exorbitantes que lhes são possibilitadas em sede de direito público. O princípio da eficiência pugna pela adoção de um regime jurídico de natureza estatutária.

Neste mesmo sentido e com idêntico fundamento por nós suscitado quando da promulgação da Constituição, em sua inestimável obra *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*, a Professora Carmem Lúcia Antunes Rocha¹², ensina que

11 *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, São Paulo, RT, 1990, pp. 48-49.

12 São Paulo, Saraiva, 1999, pp. 132-133, grifos nossos.

o argumento da supressão da unicidade de regime jurídico dos servidores do art. 39 pela EC nº 19/98 tornou possível a adoção da CLT por Estados, Municípios e pelo Distrito Federal é “falacioso e equivocado”, como também “contrário ao direito constitucional vigente”. E explica: “Primeiramente, porque a competência autônômica é irrenunciável, pena de se comprometer a estrutura federativa. O Estado, o Distrito Federal e o Município não podem dispor da autonomia que os caracteriza, bem como a União, ao argumento de que, acatando uma regra de ordem nacional e deixando de elaborar a sua própria, estariam atuando autonomamente”. E, mais adiante, após prosseguir em suas considerações acerca do princípio federativo, conclui: “É certo, pois, que a adoção do regime nacional de direito do trabalho nos quadros das entidades políticas para os servidores públicos pode agravar princípios fundamentais essenciais modeladores do modelo administrativo cunhado pelo constituinte originário em 88, a despeito da regra que se positivava, expressamente, na versão originária do art. 39, agora reformado pela Emenda Constitucional nº 19/98, mas nem por isso se há de deixar de atentar a que a adoção do regime estatutário continua sendo obrigatória, (...)”.

Outro ilustre Professor de Direito Administrativo José dos Santos Carvalho Filho, em obra cuja estrutura, organização e conteúdo, veio enriquecer por demais este ramo do Direito, manifesta opinião semelhante à nossa. Após examinar a nova redação do art. 39 conferida pela Emenda Constitucional nº 19/98, arremata: “Cremos, todavia, que, a despeito da possível pluralidade de vinculação funcional, o regime estatutário continuará sendo o regime básico dos servidores, devendo os demais regimes ser adotados em situações especiais, sempre tendo em vista o aperfeiçoamento do sistema funcional”¹³.

Este posicionamento, porém, não é unânime. Há vozes de juristas de truz em contrário, cujos argumentos merecem ser analisados. A Professora Maria Sylvia Zanella di Pietro, por exemplo, afirma que, “com a exclusão da norma constitucional do regime jurídico único”, cada uma das esferas de governo ficou autorizada a adotar regimes jurídicos vários, sejam de natureza estatutária ou contratual. A exceção, segundo a festejada Administrativista, ficaria por conta das carreiras que contenham cargos efetivos, “cujos ocupantes exerçam atribuições que o legislador venha a definir como *atividades exclusivas de Estado*”, conforme o previsto no art. 247 da Constituição, acrescido pelo art. 32 da Emenda Constitucional nº 19/98”¹⁴.

Em conclusão decorrente, ao que parece, da simples alteração do *caput* do art. 39, Uadi Lamego Bulos assevera que: “agora, retorna a possibilidade do regime celetista para as entidades políticas, autarquias e fundações, tal como era na Constituição de 1967, com a sua EC nº 1/69”¹⁵.

13 *Manual de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999, p. 427.

14 *Direito Administrativo*, São Paulo, 1999, p. 423, grifos do original.

15 “Reforma Administrativa (Primeiras Impressões)” in RDA nº 214/92.

A Procuradora do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, Dra. Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira, em livro voltado à análise da Reforma Administrativa promovida pela Emenda Constitucional nº/19, fulcra-se, em especial, no § 6º do art. 39 para concluir pela viabilidade do regime da CLT na Administração, dizendo: "O fato é que a nova redação do texto constitucional, ao abolir a menção ao Regime Jurídico Único do citado art. 39, permitiu no mesmo artigo, § 6º, e no art. 37, inciso XI, a possibilidade de a administração pública contar com regime de emprego público na administração direta, autárquica e fundacional"¹⁶.

Sem embargo da autoridade dos Autores acima mencionados e das opiniões pelos mesmos sustentadas, cremos que as alterações promovidas no texto constitucional não foram suficientes para autorizar a adoção do regime da CLT pelos diversos âmbitos de governo. Dir-se-ia que o princípio federativo, por nós apostado como óbice à adoção de regime de emprego na Administração Pública, embora presente nas Cartas Constitucionais precedentes, jamais foi considerado como impeditivo à celebração de contratos de trabalho pelo Poder Público. Daí a importância de se conhecer, verdadeiramente, a extensão dos princípios, em especial o federativo, como na lição do Ministro Carlos Mário Velloso citada por Adilson Abreu Dallari no texto por nós anteriormente transcrito. O federalismo vai além da distribuição de competências administrativas e legislativas, como o consignado nos artigos 21 e 22 da Lei Maior, por exemplo. Estabelece aquele princípio um sistema de garantias que não podem ser rompidas sob pena de ruptura do próprio princípio. Dentre estas garantias, repetimos, insere-se a impossibilidade de um ente da Federação declinar de competência administrativa ou legislativa que lhe foi outorgada, como também não pode atribuí-la a outro dos entes componentes daquela Federação.

Mesmo a redação do § 6º do art. 39 inserido pela EC nº 19/98 não nos autoriza a concluir pela possibilitação do regime de trabalho de direito privado na Administração Pública.

Não se pode ter por base, na interpretação da Constituição, a realidade originada pela Lei nº 8.112/90, que instituiu o regime jurídico único dos servidores públicos da União Federal. Primeiro, porque o art. 243, § 1º, é inconstitucional, pois transformou todo e qualquer emprego público em cargo efetivo, modificando a natureza da relação jurídica contratual trabalhista de forma unilateral; segundo, porque este modelo não foi, felizmente, copiado por todos os entes da Federação, existindo, em muitos, servidores celetistas; terceiro, porque, a rigor do teor das normas constitucionais que regulamentavam a implantação do regime jurídico único (art. 19 do ADCT), ainda deveria haver, hoje e por muitos anos, trabalhadores contratados sob o regime da CLT na Administração Pública. Assim, a referência do § 6º do art. 37 deve ser entendida como se fosse direcionada aos empregos públicos

¹⁶ Reforma Administrativa, o Estado, o Serviço Público e o Servidor, Brasília, 1998, p. 273.

que continuaram a existir, ou ao menos deveriam ter persistido, na Administração, mesmo após a implantação do regime jurídico.

Somente esta interpretação está a permitir que nos pautemos dentro da sistemática constitucional sem a violação de um único princípio sequer, diferentemente das demais construções que ferem o princípio federativo, que, por esta razão devem dar preferência àquela por nós realizada.

Sobreleva em interesse o debate referente às carreiras de Estado, que, como bem assinalado pela Professora Maria Sylvia Zanella di Pietro, só poderão ser regidas por um estatuto funcional, jamais se lhes aplicando regime outro de natureza privatista. É o art. 247 que faz referência a servidores públicos que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolvam atividades exclusivas de Estado. A primeira questão, aqui, seria a definição do que vem a ser "*atividades exclusivas de Estado*".

O dispositivo em comento traz à colação para o âmbito do Direito Administrativo pátrio mais um *conceito indeterminado*, ou, como quer o Professor Eros Roberto Grau¹⁷, uma expressão indeterminada (considerando que não há conceitos indeterminados para o Direito). Se a conceituação de serviço público não encontra unanimidade, a de *atividades exclusivas de Estado* também não encontrará. Há um projeto de lei federal em trâmite no Congresso Nacional que pretende estabelecer um rol dessas atividades, projeto este que não se pode considerar como aplicável às demais entidades da federação, uma vez que não existe norma constitucional que estipule ser de competência da União Federal a fixação legal desse elenco. Pelo contrário, o art. 247 da Constituição sequer prevê a edição de lei que tenha por escopo tal regulamentação.

Esta lei, se fulcrada no art. 247, a nosso ver, é natimorta, pois não encontra qualquer respaldo constitucional. *Atividades exclusivas de Estado*, em nosso sentir, serão todas as atividades desempenhadas pelo Estado, independentemente de, na esfera privada, haver atividade similar. Note-se que os juristas, no exercício de uma atividade prognóstica, ao elencar algumas carreiras como responsáveis por funções exclusivas de Estado, referem-se à advocacia pública como sendo uma dessas atividades. Ora, para o patrocínio de um ente público numa demanda judicial a lei processual só exige o instrumento de mandato, o que permite que qualquer advogado exerça aquele patrocínio, o que é comum ocorrer nas causas que envolvem interesses pessoais dos Procuradores concursados de algum daqueles entes. Como afirmar-se, então e com segurança, que uma ou outra carreira é formada por cargos que desempenham atividades exclusivas de Estado? Cabe à lei relacioná-las? Qual a legitimidade das normas que adviriam dessa lei para fazê-lo?

O trato desta expressão como um conceito indeterminado, implica na referência a um instituto cujos limites e proporções são desconhecidos e dotados de um elevado

¹⁷ in "Poder Discretionário", *Revista de Direito Público*, nº 93/41.

grau de indeterminação. Se marcharmos por esta trilha estaremos permitindo o estabelecimento de grave insegurança jurídica nas relações laborais administrativas, admitindo, talvez, que a discricionariedade arvorada por nossos legisladores e administradores venha a prestigiar carreiras não só por fundamentos objetivos e de natureza científica, mas também em virtude de pressões de carreiras dotadas de maiores representação e poder.

Perseguindo a segurança jurídica almejada pelo Direito, outra alternativa não há senão a de entender como *atividade exclusiva de Estado*, para os fins do art. 247 toda e qualquer função própria de cargo efetivo existente nos quadros de pessoal do Estado. Como o regime jurídico há de ser necessariamente estatutário, o conceito abrangerá todos os servidores públicos, com exceção daqueles contratados por tempo determinado na forma do inciso IX do art. 37. Não há porque valerem-nos da prognose, sujeita a erros em razão de ser uma antecipação do futuro provável. Como nos ensina Antônio Francisco de Souza, "a insegurança da prognose resulta da falta de dom profético das pessoas por um lado e, por outro, do facto do horizonte da experiência ser sempre limitado como fundamento da conclusão da prognose"¹⁸. Estaremos preferindo a segurança da aceção por nós formulada pela insegurança de um prognóstico, bem como dos termos do sobredito projeto de lei, que, por certo, será alvo de contestações.

Destarte, não vemos como dicotomizar as funções do Estado em exclusivas e concorrentes ou não exclusivas. Não há base constitucional para tanto e, se distinção há, hoje, terá repercussões meramente didáticas na taxonomia do Direito Administrativo, pois, podemos afirmar que o regime jurídico dos servidores, embora não necessariamente único, deverá ser estatutário.

4. As Normas Impositivas do Regime Jurídico Único das Leis Orgânicas Municipais e das Constituições dos Estados e a EC nº 19/98

A questão que ora se nos põe refere-se à permanência ou não das normas insertas nas Leis Orgânicas Municipais e nas Constituições dos Estados frente à nova ordem constitucional decorrente da reforma administrativa. Além de haver normas nas precitadas legislações estruturadoras de Municípios e Estados que reproduziram o comando constitucional do regime jurídico único, há as leis locais que instituíram tal regime, afirmando-o como o único possível.

É princípio assente na doutrina jurídica o da recepção da ordem jurídica pelos novos textos constitucionais. Como bem ensina Celso Ribeiro Bastos, "trata-se de um processo abreviado de criação de norma jurídica, pelo qual a nova Constituição adota as leis já existentes, com ela compatíveis, dando-lhes validade, e assim evita o trabalho quase impossível de elaborar uma nova legislação de um dia para o outro"¹⁹.

18 *Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, 1994, p. 118.

19 *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 78.

Pelo fenômeno da recepção, as normas preexistentes não mantêm a sua validade, mas adquirem novo fulcro perante o novo ordenamento jurídico constitucional. O Professor Michel Temer explica: "com o advento da nova Constituição a ordem normativa anterior comum perde seu antigo fundamento de validade para, em face da recepção, ganhar novo suporte"²⁰.

A hipótese em apreço não advém de uma total substituição de uma Constituição por outra. Decorre de uma alteração de normas pertinentes à Administração Pública e às relações entre esta e seus servidores. Trata-se de modificação substancial oriunda do exercício do Poder Constituinte derivado.

Não obstante esta observação, interessa-nos responder à indagação referente à validade e à eficácia das normas infraconstitucionais em face da reforma operada no art. 39 da Constituição.

Por sua redação original, o art. 39 podia ser classificado como uma norma imperativa positiva, uma vez que determinava a instituição de um regime jurídico único para os servidores da administração direta, autárquica e fundacional.

A atual redação conferida ao dispositivo pela Emenda Constitucional nº 19/98 não mais diz respeito ao regime jurídico dos servidores, o que nos levou a concluir, consoante o já exposto, pelo fim da unicidade regimental obrigatória, eis que a norma imperativa acima mencionada foi erradicada do texto constitucional pós-reforma administrativa. De outra parte, nenhuma proibição à adoção de um único regime jurídico para os servidores públicos foi aposta pela Emenda.

Feitas essas considerações, podemos constatar que as normas das Leis Orgânicas e das Constituições dos Estados que ainda impõem a unicidade de regime jurídico único foram editadas em perfeita simetria com o comando constitucional vigente à época, ou seja, tais normas eram formal e materialmente constitucionais. A fim de investigarmos a compatibilidade dessas normas com as disposições constitucionais atualmente vigentes, haveremos de verificar se há alguma afronta de natureza material a estas últimas, o que, conforme o anotado no parágrafo anterior, não ocorre. A incompatibilidade só existiria se e somente se operasse no plano material. A incompatibilidade formal não autoriza o afastamento da norma, até porque, se assim o fosse, o próprio Código Tributário Nacional, instituído pela Lei ordinária nº 5.172, de 25.10.66, não teria sido recebido pela Carta de 1967, a qual impunha que as normas tributárias fossem editadas sob a forma de Lei complementar.

Desta forma, não procede a arguição de inconstitucionalidade dessas normas impositivas presentes nas Leis Orgânicas Municipais e nas Constituições de Estados, com base no fato de as mesmas criarem limitações ao exercício da competência legislativa privativa do Executivo estampada no art. 61, § 1º, II, c, da Carta Magna²¹, usurpando-lhe, o Legislativo, parcela competencial em razão de aquelas

20 *Elementos de Direito Constitucional*, São Paulo, RT, 1986, p. 26.

21 Estabelece ser de competência privativa do Chefe do Executivo as leis que disponham sobre, entre

Leis Orgânicas e Cartas Estaduais serem editadas com exclusividade nas Casas Legislativas sem a participação do Poder Executivo. Este vício, de ordem formal, não é bastante para impedir a recepção dessas normas pela Nova ordem constitucional administrativa originada da Emenda Constitucional nº 19/98.

Portanto, as normas das Leis Orgânicas Municipais e das Cartas Estaduais que impõem a adoção de um único regime jurídico para seus servidores, respectivamente, continuam a impor, a Estados e Municípios, a observância do mesmo em relação a seus servidores, impedindo-os, até que venham a ser adequadas ao texto da emenda, a adoção de um sistema múltiplo de regimes jurídicos funcionais.

O mesmo se diga em referência às leis locais que criaram os regimes jurídicos dos servidores estaduais e municipais. Provavelmente um grande número dessas leis estampa que o regime jurídico por elas instituídos é único. Neste sentido, à guisa de ilustração, não poderia uma Prefeitura, entendendo possível o regime da CLT para a Administração, abrir concurso público para empregos em sua esfera administrativa, sem a prévia revogação do dispositivo pertinente da Lei Orgânica e o da Lei que instituiu o regime jurídico único de seus servidores. Observe-se que a abertura de concurso público é consubstanciada por um ato administrativo, que, em virtude do princípio da legalidade, deve estar em integral conformidade com a legislação local.

V — CONCLUSÃO

Nosso trabalho dedicou-se ao estudo de uma das várias alterações implementadas pela Emenda Constitucional nº 19/98. Vimos que a alteração especificamente introduzida no art. 39 da Constituição veio a redundar na possibilitação de adoção pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, no âmbito de sua administração direta, autárquica e fundacional (fundações públicas), de regimes jurídicos diferenciados para seus servidores. Consoante nossa análise, a única determinação do antigo art. 39 era a da instituição de um regime jurídico único funcional, importando a sua supressão no fim da exigência de unicidade, a nosso ver, mais condizível com o princípio da isonomia consagrado por aquela mesma Carta. De toda a sorte, como as carreiras espelham peculiaridades próprias que as distinguem umas das outras, o tratamento diferenciado, em algumas oportunidades, não só se justifica como se impõe. Aliás, o princípio da eficiência e da qualidade no serviço público está a exigir essa análise pontual de cada uma das funções dos cargos efetivos componentes de uma carreira, o que servirá de critério, inclusive, para a fixação de sua remuneração ou de seu subsídio, conforme a regra do § 1º do art. 39.

A alteração do *caput* do art. 39 e de seus parágrafos, se de um lado permite a multiplicidade de regimes jurídicos funcionais, de outro não vai ao ponto de permitir a admissão do regime da CLT na Administração Pública. Os motivos que afastavam

outras matérias, *servidores públicos e seu regime jurídico*.

o regime trabalhista permanecem inalterados, sendo mesmo difícil compreender-se o porquê de uma redação truncada de alguns dispositivos constitucionais, quando, em se desejando permitir a implantação do regime celetista na Pública Administração, seria bastante que a Constituição expressamente o admitisse, o que não fez em momento algum.

Mesmo que se entendesse como viável a adoção do regime laboral privatista no seio da Administração, vimos que alterações haveriam de ser procedidas nas Leis Orgânicas Municipais e nas Constituições Estaduais bem assim nas legislações locais, pois estas normas encontram validade no atual ordenamento jurídico constitucional, sendo vedada, pelo princípio da legalidade aliado ao da hierarquia das leis, a contratação de servidores pelo regime da CLT nesses Estados e Municípios, enquanto não forem modificadas as sobreditas normas locais de molde a serem adequadas ao texto da Emenda introdutória da Reforma Administrativa.