

SUMÁRIO

1. Breve introdução
 2. Garantias constitucionais ao bom exercício da função pública
 3. Princípio constitucional do concurso público
 4. Princípio constitucional da estabilidade
- Referências Bibliográficas

REGIME ESTATUTÁRIO E ESTADO DE DIREITO

RICARDO MARCONDES MARTINS

Procurador do Município de São Paulo, Doutor em Direito Administrativo pela PUC/SP,
Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da PUC/SP

Sumário: 1. Breve introdução. 2. Garantias constitucionais ao bom exercício da função pública. 3. Princípio constitucional do concurso público. 4. Princípio constitucional da estabilidade.

Resumo: O estatuto constitucional dos servidores públicos é essencial para a existência de um Estado de Direito. Um conjunto de regras constitucionais imuniza os servidores públicos contra a malévola influência política. Essa imunização é vital para o bom cumprimento da função pública. Além de chamar a atenção para esse fato, este estudo examina dois dos princípios básicos desse estatuto: o princípio do concurso público e o princípio da estabilidade. Ambos vêm sendo, de uma forma ou de outra, amesquinados. Ao estabelecer o estreito vínculo desses princípios com as bases do sistema constitucional, evidencia-se a inconstitucionalidade desse apoucamento.

Palavras-chave: servidores públicos, regime estatutário, concurso público, estabilidade.

1. Breve introdução

O tema dos servidores públicos não é um dos preferidos da doutrina brasileira. Escassa é a produção teórica sobre o assunto. Talvez por um motivo simples: não é um dos mais rentáveis do ponto de vista econômico. Além de ser um tema pouco explorado, sofre preconceito por parte de muitos. Grande parcela do povo brasileiro tem antipatia pelos servidores; muitos os associam à ineficiência, à falta de cortesia, à deficiente prestação dos serviços públicos e até mesmo à corrupção. Isso se agravou na década de noventa do século passado em que o país foi assolado pela densa execução de uma política neoliberal: reformas constitucionais e infraconstitucionais enfraqueceram consideravelmente o regime jurídico dos servidores públicos. A mídia apoiou as reformas e, como a mídia, mormente a televisiva, contribuiu decisivamente para formação de boa

parte da opinião pública,¹ elas acabaram sendo apoiadas pela maioria da população. Neste opúsculo pretendo emitir {só para não parecer que ele é alheio}um grito, ainda que tímido, contra esse movimento. Pretendo aqui, ainda que de forma sintética, explicitar os *princípios constitucionais* dos servidores públicos, explicar o porquê a Constituição consagra um conjunto de *garantias* e fixa os traços básicos do *regime estatutário*. A partir dessa análise, objetivo demonstrar que a fuga desse regime, seja efetuada pelo Reformador da Constituição, pelo Legislativo ou pelo próprio Executivo, é inválida. As afirmações que faço são baseadas na mais profunda convicção de que refletem a correta compreensão do *direito positivo brasileiro*.

2. Garantias constitucionais ao bom exercício da função administrativa

Celso Antônio Bandeira de Mello, em palestra proferida no I Ciclo de Estudos de Direito Público, promovido, em dezembro de 1985, pela Associação de Advogados da Prefeitura do Município de São Paulo, cuja transcrição foi publicada no oitavo número da Revista de Estudos de Direito Público da referida Associação, enunciou algo que não havia sido notado por ninguém na doutrina brasileira. Sintetizo sua lição: a Constituição estabelece as imunidades parlamentares, necessárias para que os parlamentares bem exerçam a função legislativa, como, por exemplo, a imunidade por opiniões palavras e votos (art. 27, §1º; 29, IX; 53 da CF/88); estabelece os predicados da magistratura, a vitaliciedade, a inamovibilidade, a irredutibilidade de vencimentos, necessários para que os magistrados bem exerçam a judicatura (art. 95 da CF/88); paralelamente, estabelece prerrogativas dos servidores públicos, necessárias para que estes bem exerçam a função administrativa. Nas palavras do benemérito professor: “as disposições constitucionais atinentes aos servidores públicos cumprem, acima de tudo, uma função correspondente à dos predicamentos da magistratura e das imunidades parlamentares”.²

Deveras, a Constituição não estabelece *privilégios*, mas *prerrogativas* necessárias ao cumprimento dos deveres ínsitos à função pública. Esta, é conceito corrente, compõe-se de dois elementos: a) o dever de atuar em prol do interesse alheio e b) a manutenção de prerrogativas

¹ Em perspicaz análise da televisão, Pierre Bordieu observa: “se sabe que há uma proporção muito importante de pessoas que não lêem nenhum jornal; que estão devotadas de corpo e alma à televisão como fonte única de informações. A televisão tem uma espécie de monopólio de fato sobre a formação das cabeças de uma parcela muito importante da população”. (*Sobre a televisão*, p. 23). Se a afirmação é aplicável à população francesa, é em grau muito mais elevado à brasileira. Como bem nota Celso Antônio Bandeira de Mello: “em País de alto contingente de iletrados e no qual a parcela de alfabetizados que lêem, mesmo jornal, é irrisória, o rádio e a televisão são os meios de comunicação que verdadeiramente *informam* e , de outro lado, *formam*, a seu sabor, a opinião pública, de tal sorte que os senhores de tais veículos dispõem de um poder gigantesco”. (*Curso de direito administrativo*, 27. ed., Cap. XII-rodapé 5, p. 704).

² “Servidores públicos: aspectos constitucionais”, *Estudos de Direito Público – Revista da Associação dos Advogados da Prefeitura do Município de São Paulo* 8/84.

necessárias ao cumprimento desse dever.³ Toda a prerrogativa, vale dizer, todo o poder estatal, é meramente *instrumental*: existe para o cumprimento do *dever* de atender ao interesse público. As imunidades parlamentares, os predicamentos da magistratura e os direitos constitucionais dos servidores públicos não foram estabelecidos para o deleite dos respectivos agentes. Não foi uma arbitrariedade constitucional: foram estabelecidas porque são consideradas indispensáveis ao bom desempenho da função pública. A lição enunciada pelo Prof. Celso Antônio, contudo, não se esgota nessa obviedade.

Muitos admitem essa premissa, assumem que por trás do estabelecimento dessas prerrogativas está a crença na necessidade delas para o bom desempenho da função, e supõe tratar-se de uma mera *opção política*. Parece, aliás, ser esse o entendimento prevalecente na doutrina. Daí a importância da referida aula magna do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello: das regras constitucionais relativas aos direitos do *regime estatutário* extraem-se *princípios constitucionais* diretamente atrelados ao *Estado de Direito*. Quando o constitucionalismo consagrou o chamado Estado de Direito, a integral submissão do Estado ao sistema normativo vigente, consagrou também uma série bem extensa de subprincípios *implícitos*. A diretriz fundamental é a seguinte: o princípio do Estado de Direito implica que toda a atuação do Estado deva consistir no exercício de *função pública*.⁴ Dessa idéia decorrem tantas outras que se torna difícil uma enumeração exaustiva.⁵ Citam-se algumas: a) quem apresenta o Estado não possui, no exercício de suas funções, *liberdade*, quer dizer, não é livre para decidir segundo seus interesses pessoais, deve sempre buscar a ótima realização do interesse público; quando muito os agentes que apresentam o Estado, no exercício da *função*, possuem *discricionariedade*, jamais *liberdade* (não existem *poderes autônomos* no Estado

³ Cf. meu *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, Cap. II-1, p. 37-38. Nas palavras de Santi Romano: “As funções (*officia, munera*) são os poderes que se exercem não por interesse próprio, ou exclusivamente próprio, mas por interesse de outrem ou por um interesse objetivo”. (*Princípios de direito constitucional geral*, p. 145). No Brasil o conceito foi difundido por Celso Antônio Bandeira de Mello: “existe função quando alguém está investido no *dever* de satisfazer dadas finalidades em prol do *interesse de outrem*, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las”. (*Curso de direito administrativo*, 27 ed., Cap. I- 54, p. 71).

⁴ Sobre a relação entre o Estado e a *função pública*, vide meu *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, Cap. I e II, p. 33-63.

⁵ Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira: “Na sua vertente de *Estado de direito*, o princípio do Estado de direito democrático, mais do que constitutivo de preceitos jurídicos, é sobretudo conglobador e integrador de um amplo conjunto de regras e princípios dispersos pelo texto constitucional, que densificam a ideia de sujeição do poder a princípios e regras jurídicas, garantido aos cidadãos liberdade, igualdade e segurança”. (*Constituição da República Portuguesa anotada* – v. 1: artigos 1º a 107, p. 205). Mais adiante os ilustres constitucionalistas portugueses indicam o “cerne do Estado de direito democrático”: “a *proteção dos cidadãos contra a prepotência, o arbítrio e a injustiça* (especialmente por parte do Estado)”. (Idem, p. 206). Canotilho, em seu *Direito constitucional e teoria da Constituição*, aprofunda o tema: “O princípio do estado de direito não é um conceito pré- ou extra-constitucional mas um conceito constitucionalmente caracterizado. Ele é, desde logo, uma *forma de racionalização* de uma estrutura estadual-constitucional. No princípio do estado de direito conjugam-se elementos formais e materiais, exprimindo, deste modo, a *profunda imbricação entre forma e conteúdo* no exercício de actividades do poder público ou de entidades dotadas de poderes públicos”. (4. ed., p. 254-255).

de Direito);⁶ b) por conseguinte, no exercício da função é vedado o arbítrio, toda atuação do Estado deve estar fundamentada no sistema normativo vigente e deve ter por finalidade a ótima realização do interesse público (toda atuação estatal diz respeito a um *dever estatal*). O Estado de direito, em síntese, veda o arbítrio dos agentes públicos, a conduta pautada em critérios pessoais, subjetivos; a atuação estatal passa a ser *aplicação de normas jurídicas*; exercer função pública é editar normas, é concretizar o ordenamento posto.⁷

Para compreender a relação entre os direitos básicos do regime estatutário e o Estado de Direito deve-se atentar para o seguinte: há como impedir ou ao menos minimizar a *influência do poder político* sobre o exercício da *função administrativa*? Basta pensar: de nada adianta impor a alguém o dever de apenas aplicar o direito posto, cumprir o Direito, globalmente considerado, e deixá-lo livre para obstar esse cumprimento. Se todo o corpo de agentes administrativos estivesse à mercê dos governantes, toda a concepção de Estado de Direito ruiria, a diretriz de que a atuação estatal deva ser sempre o cumprimento de uma função pública tornar-se-ia mera teoria vazia, retórica inútil. O Direito não despreza a *natureza humana*. Por isso, é inerente ao Estado de Direito o *princípio da responsabilidade do Estado*, o *princípio do controle judicial* e, pois, o *princípio da manutenção das prerrogativas necessárias à imunização da função administrativa à influência política*. Nas palavras iluminadas de Celso Antônio Bandeira de Mello: “o regime constitucional dos servidores públicos almeja exatamente fixar regras básicas favorecedoras da neutralidade do aparelho estatal, a fim de coibir sobretudo o Poder Executivo de manipulá-lo com desabrimento capaz de comprometer objetivos do Estado de Direito”.⁸

Muitos juristas não conseguem compreender *cientificamente* o fenômeno normativo. O Direito não é um simples *amontoado de normas jurídicas*. Se fosse, compreendê-lo seria impossível. O Direito é um verdadeiro *sistema de normas*. O que faz uma mera soma, um mero amontoado, tornar-se um sistema? A submissão a *critérios racionais aglutinadores*, aos

⁶ Sobre a incompatibilidade entre Administração Pública e a *liberdade*, vide meu *Abuso de direito e constitucionalização do direito privado*, p. 57 et. seq.

⁷ Sobre o exercício da função pública como *aplicação de normas jurídicas*, vide meu *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, Cap. III, p. 64-102.

⁸ “Servidores públicos: aspectos constitucionais”, *Estudos de Direito Público – Revista da Associação dos Advogados da Prefeitura do Município de São Paulo* 8/82. Vale a pena transcrever a lição do mestre: “Cumprir que este Estado, que este aparelho gigantesco, que esta máquina onipresente seja imparcial, seja neutra, caso contrário sossobrarão os objetivos do Estado de Direito. Ora bem, para que esta máquina seja imparcial, seja neutra, é preciso que os agentes que a operam disponham de certas condições mínimas para cumprir as funções que lhes cabem dentro de um espírito de isenção, de neutralidade, de lealdade para com terceiros, de isonomia no trato com os administrados. Como isto seria possível se os agentes do aparelho estatal e basicamente do Poder Executivo não dispusessem de um estatuto jurídico, de um regime jurídico, que os garantisse, que lhes desse o mínimo de independência perante os ocasionais detentores do Poder? [...] Só mesmo uma máquina preparada para ser isenta, imparcial, leal, e que trate isonomicamente os indivíduos pode garantir a realização dos objetivos do Estado de Direito, prevenindo e impedindo o uso desatado do poder em prol de facções que, mediante favoritismos e perseguições, se eternizariam no comando da sociedade”. (*Servidores públicos: aspectos constitucionais*, p. 83-84).

chamados *elementos estruturantes* do sistema. É comum que os operadores do Direito, no dia-a-dia de seu trabalho, tratem o fenômeno normativo de modo não-científico. Esse equívoco desastroso é exclusivo da ciência jurídica. Ninguém lida, por exemplo, com a engenharia ou a medicina com total desprezo pelas respectivas balizas científicas. Os aplicadores do direito, os juristas, ao lidarem com o Direito, comumente, desprezam a Ciência Jurídica. Esse mal deve ser evitado a todo custo. O jurista deve ter presente, cada vez que examina um problema jurídico, cada vez que examina um texto normativo isolado, que está diante de um *sistema*, de algo que obedece a *critérios racionais*. Deve, em suma, atentar para o fato de que toda a norma jurídica se assenta nos chamados *princípios jurídicos*.⁹

Uma idéia-chave está por trás de todas as normas de direito público. As normas de direito administrativo foram concebidas para impedir o uso desatado do poder. Em pouquíssimas palavras: a função primordial do direito administrativo é impedir a *corrupção*. As leis administrativas existem para que os agentes públicos não ajam em prol de seus próprios interesses, para que exerçam efetiva e corretamente a *função pública*. Se os administradores fossem deuses, boa parte da legislação administrativa seria desnecessária. O Direito administrativo foi concebido para impedir que o dinheiro público seja desperdiçado, para impedir que haja perseguições e favoritismos, para, enfim, garantir que o agente exerça *função pública*. Na feliz síntese de Celso Antônio Bandeira de Mello: o direito administrativo é arma do administrado contra o uso desatado do poder.¹⁰ Reitero: o direito administrativo é um ramo dogmático elidido para impedir a corrupção de quem exerce função pública. Essa idéia está na base da própria disciplina e de todas as normas a

⁹ A palavra *princípio* é atualmente utilizada com dois significados bem distintos: *mandamento nuclear* do sistema jurídico e *valor juridicamente positivado*. Nesta exposição, a palavra é utilizada no primeiro sentido. Sobre o tema, vide meu *Abuso de direito e constitucionalização do direito privado*, p. 13-29. O conceito de princípio jurídico como elemento estruturante do sistema foi difundido no Brasil por Celso Antônio Bandeira de Mello (“Criação de secretarias municipais: inconstitucionalidade do art. 43 da Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo”, *RDP* 15/53; *Curso de direito administrativo*, 27. ed., Cap. I-24, p. 53. No direito estrangeiro, vide o magistral estudo de Jean Rivero, “Los principios del derecho en el derecho administrativo Frances contemporaneo”, *RAP* 6/289-300.

¹⁰ “Portanto, o Direito Administrativo não é um Direito criado para subjugar os interesses ou os direitos dos cidadãos aos do Estado. É, pelo contrário, um Direito que surge exatamente para regular a conduta do Estado e mantê-la afivelada às disposições legais, dentro desse espírito protetor do cidadão contra descomedimentos dos detentores do exercício do Poder estatal. *Ele é, por excelência, o Direito defensivo do cidadão* [...]. É, pois, sobretudo, um filho legítimo do Estado de Direito, um Direito só concebível a partir do Estado de Direito: o Direito que instrumenta, que arma o administrado, para defender-se contra os perigos do uso desatado do Poder”. (*Curso de direito administrativo*, 27ª. ed., §I-20, p. 47). Deveras, o Direito Administrativo protege o cidadão contra o uso desatado do poder – nesse sentido é escudo – e possibilita ao cidadão atacar o uso desatado do poder – e nesse sentido é arma. Em suma: escudo e arma do cidadão.

ela atinentes. Trata-se, seguindo a doutrina de Friedrich Müller, de um *preconceito*¹¹ necessário à correta compreensão das normas de direito público.

Se os direitos constitucionais básicos do *regime estatutário dos servidores públicos* são imprescindíveis para que não haja corrupção, eles não são um privilégio dos servidores, mas uma *garantia*, uma garantia fundamental dos cidadãos. Sem essas prerrogativas, os agentes públicos estariam nas mãos dos governantes, sujeitos à vontade dos corruptos de plantão. Nenhum cidadão teria a mínima garantia de que as leis seriam cumpridas corretamente, nenhum cidadão teria a mínima garantia de que o dinheiro público não seria desviado para os bolsos dos corruptos. A impessoalidade estaria comprometida. É de uma obviedade ululante: se alguém precisa se corromper para manter seu ganha-pão, como regra geral, se corrompe. Ninguém é santo ou herói. Raros são os que abrem mão do seu ganha-pão por idealismo. Não se presume um comportamento sobre-humano de quem exerce função pública. Não se trabalha com sonho ou utopia, mas com a realidade. Sem essas prerrogativas os interesses do povo estariam comprometidos. Os bens, os negócios, o dinheiro estatais, em última análise, pertencem ao povo. As garantias da impessoalidade dos agentes públicos são garantias individuais dos cidadãos. Estes possuem o *direito individual* de serem tratados de *forma impessoal*, honesta, isonômica e o *direito político* a uma boa-administração.¹² Logo, as prerrogativas dos servidores constituem, pois, ao mesmo tempo, um *direito individual* e um *direito político* de todo o cidadão.

Quem se debruça sobre o ordenamento jurídico brasileiro e o estuda como um *sistema* logo percebe: os direitos constitucionais básicos do *regime estatutário dos servidores públicos* são imprescindíveis para que não haja corrupção, são vitais para que exista um verdadeiro Estado de Direito, são pressupostos da *boa-administração*. Por trás das *regras constitucionais dos*

¹¹ Friedrich Müller diferencia a pré-compreensão jurídica ou referida ao direito da pré-compreensão geral (*Teoria estruturante do direito* – I, p. 55 et seq.). Enquanto a última se refere a toda a visão de mundo do sujeito cognoscente, a primeira refere-se a preconceitos positivos necessários à correta interpretação. Deveras: o intérprete, ao examinar um texto de direito público, deve partir do preconceito de que o direito público é a arma e o escudo do cidadão. Quem não inicia a atividade hermenêutica imbuído desse “preconceito” tende a chegar a um resultado equivocado. Do mesmo modo: o conceito de função pública, as características dela, as balizas do regime de direito público são preconceitos necessários à boa interpretação do direito público. Insiste-se: interpretar o direito público pressupõe ter presente, previamente, o conceito de Estado, de função estatal, de indisponibilidade e supremacia do interesse público e, principalmente, que esse ramo do direito foi construído para servir de arma e de escudo do cidadão, para evitar a corrupção dos agentes públicos.

¹² Em sua preciosa monografia sobre boa-administração, Juarez Freitas também alude ao tema: “Por mais que se entenda a proposta de flexibilização, o regime estatutário ou institucional é vital para que se alcancem os desideratos constitucionais. O constituinte derivado, apesar das vastas reformas que vem promovendo na esfera dos direitos dos servidores públicos – não raro, desafiadoras, para dizer o mínimo, da resiliência constitucional –, felizmente não abandonou, de um todo, a linha de que, para a segurança da sociedade, convém reservar aos ocupantes de certos cargos efetivos um tratamento especial, apto a propiciar a formação de carreiras a salvo de cooptações partidárias e da previsível descontinuidade governativa”. (*Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, p. 117).

servidores públicos há *princípios constitucionais* diretamente atrelados ao princípio do Estado de Direito. Ora, se são decorrência lógica, desdobramento imediato do Estado de Direito, se são garantia individual e direito político dos cidadãos, são, indiscutivelmente, autênticas *cláusulas pétreas*.

3. Princípio constitucional do concurso público

O princípio constitucional do concurso público, estabelecido no inciso II do art. 37 da CF/88, impede que os governantes nomeiem para os cargos públicos apenas seus *amigos*. Trata-se de um desdobramento imediato da *isonomia* e da *impressoalidade*, uma peremptória exigência da república e do Estado de Direito.¹³ A importância desse princípio é tão evidente que ele se aplica, por expressa disposição constitucional não apenas dos *servidores públicos*, mas também aos *empregados públicos*. Trata-se, pois, de princípio não restrito ao *regime estatutário*.

Não cabe neste estudo expor toda teoria dos concursos públicos.¹⁴ Ressalto que somente é possível a nomeação *sem concurso* para cargo ou emprego público nos casos expressa ou implicitamente previstos no texto constitucional. Os casos expressos são os seguintes: 1) por exigência do *princípio democrático*, os *cargos eletivos*, próprios da *representação popular*, nos termos do parágrafo único do art. 1º.; 2) também por exigência do princípio democrático, os *cargos de provimento vitalício*, cuja nomeação é efetuada pelos *representantes populares* (presidente da república e senadores);¹⁵ 3) os cargos em comissão, de livre nomeação, nos termos do inciso II do art. 37. 4) as atividades temporárias e as atividades que apesar de não serem temporárias o interesse público exige o exercício imediato, ambas previstas no inciso IX do art. 37. Os casos implícitos consistem na *impossibilidade* lógica, fática ou jurídica de realizar *concurso público*.¹⁶

O reformador da Constituição não diminuiu a eficácia desse princípio. Ele vem sendo amesquinhado pelo *legislador infraconstitucional* e pelo *Judiciário*. Tornou-se, infelizmente, comum a edição de leis que *deturpam* as hipóteses de *inexigibilidade de concurso público*. Toda a

¹³ Em sua tese de doutorado, Adilson Abreu Dallari observa: “Para que se tenha uma idéia da importância do tema, basta dizer que ele figura no texto da Declaração Geral dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10.12.1948, com o seguinte enunciado: ‘cada indivíduo tem o direito ao ingresso, sob condições iguais, no serviço público de seu país’. (*Regime constitucional dos servidores públicos*, 2. ed., p. 28).

¹⁴ Sugiro a leitura da monografia dos promotores Márcio Barbosa Maia e Ronaldo Pinheiro de Queiroz, *O regime jurídico do concurso público e seu controle jurisdicional*. Bem como da coletânea de trabalhos organizada por Fabrício Motta, *Concurso público e Constituição*, 1. ed., 2. tir., 2007.

¹⁵ O acesso ao cargo de Presidente da República é direta decorrência da escolha popular: o povo escolhe quem assumirá o cargo. O acesso ao cargo de Ministro do STF é indireta decorrência da escolha popular: o povo escolhe quem nomeará o ocupante do cargo.

¹⁶ Aplicam-se aos concursos públicos, *mutatis mutandis*, a teoria dos *pressupostos constitucionais à licitação*. Trata-se de teoria desenvolvida por Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 27. ed., Cap. IX-V, p. 539-540. Sobre ela, vide meu “Dispensa de licitação e discricionariedade”, in Rodrigo Garcia Schwarz (coord.), *Direito administrativo contemporâneo*, p. 263-270.

regra constitucional deve ser interpretada em consonância com os *princípios estruturantes* do sistema. Por que o constituinte previu os *cargos em comissão*? Para que o agente político nomeie alguém de sua *confiança subjetiva*, alguém que feche os olhos para seus atos de corrupção? Óbvio é que não. Certas funções exigem profissionais altamente qualificados, profissionais que, pela sua capacitação, encontram amplas oportunidades no mercado de trabalho. Esses profissionais, gabaritados para certas funções, não se prestariam a participar de um concurso público. Vale dizer: a realização de concurso público é incompatível com certas funções públicas porque os profissionais adequados para exercê-las, como regra geral, jamais se disporiam a participar de um concurso. Nesse caso, inexistente *pressuposto fático* para sua realização: ele não pode ser instaurado porque não haveria *interessados* aptos a dele participar. Não faz sentido abrir um concurso para nomear um Ministro da Justiça ou um Secretário de Negócios Jurídicos. Justamente para esses casos é que o constituinte previu os *cargos em comissão*. Perceba-se: para nomear alguém para essas funções, faz-se necessária a *confiança*, não a *confiança subjetiva*, a confiança do nomeante de que o nomeado jamais se voltará contra ele, mas a *confiança objetiva*: a confiança de que o nomeado bem exercerá a função porque é qualificado para tal. Perceba-se: a confiança objetiva implica a *confiança* por parte de todos da sociedade, ou seja, diante do prestígio no respectivo campo de atuação, da experiência profissional, da elevada capacitação técnica, da, enfim, notoriedade da qualificação do nomeado, todos da sociedade, independentemente de suas convicções políticas, consideram-no apto ao exercício da função, todos *confiam* nele. É evidente que quase sempre há mais de um profissional que atenda essa exigência, daí a *discricionariedade na nomeação*: o sistema permite ao nomeante que, dentre todos os habilitados, escolha aquele que possua mais afinidade com suas convicções ideológicas. A prática distancia-se desses conceitos: o legislador, de todas as esferas de governo, despreza os *pressupostos teóricos* para a criação de *cargos em comissão*; o administrador, também de todas as esferas de governo, despreza os *pressupostos teóricos* para a *nomeação* dos respectivos cargos. Milhares de cargos em comissão são criados apesar de presente o *pressuposto fático* à realização de concurso,¹⁷ nomeações são efetuadas com base na *confiança subjetiva* e não na preconizada *confiança objetiva*.

¹⁷ Num importante julgado, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reagiu a essa situação. Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei n. 157.950-0/6-00, julgada em 28.01.09, sendo Rel. o Des. Debatin Cardoso. Constou da ementa: “Criação de cargos de provimento em comissão, destinados, muitos deles, a funções burocráticas ou técnicas de caráter permanente – Inadmissibilidade”. E na fundamentação do acórdão, pontuou-se com precisão: “Não basta denominar os cargos como sendo de diretor, chefe ou assessor para que se abra uma exceção à regra do concurso público e se justifique seu provimento em comissão, pois o que importa não é o rótulo, mas a substância deles, fazendo-se necessário examinar as atribuições a serem exercidas por seus titulares e tais atribuições devem estar definidas na lei”.

A contratação para atividades temporárias ou atividades que demandem execução imediata, com base no inciso IX do art. 37 da CF/88, segue também uma *regra racional*. A realização de concurso público leva um *tempo* e importa num *custo* que não são desprezados pelo sistema. Não faz sentido realizar concurso público para atividades que durem apenas seis meses ou menos. Sempre que a *duração da atividade* for razoavelmente incompatível com o tempo e o custo da realização do concurso público, este é dispensado. “Atividade temporária” é um conceito indeterminado e, como todo conceito dessa ordem, possui uma *zona de certeza positiva*, uma *zona de certeza negativa* e uma *zona de incerteza*.¹⁸ Atividades que durem até seis meses estão na zona de certeza positiva: não é razoável realizar o concurso. Atividades que durem mais de dois anos estão na zona de certeza negativa: é razoável realizá-lo. Atividades que durem mais de seis meses e menos de dois anos estão na zona de incerteza: depende do juízo do agente competente. Claro que essa zona de incerteza pode ser afastada diante do caso concreto, diante da natureza da atividade: dependendo do caso, pode não ser razoável a contratação direta para o exercício de certa atividade por um ano. Ademais, quando o interesse público exige o imediato exercício de atividade não-temporária, admite-se a contratação temporária durante o tempo necessário à realização do concurso. Também aqui a prática distancia-se da teoria. Basta um exemplo: a Lei federal 8.745/93, no inciso V do art. 4º., com a redação dada pelo art. 166 da Lei 11.784/2008, permite contratação temporária por prazo de quatro anos para vários cargos.

Um recente equívoco da jurisprudência também vem contribuindo para o desprestígio do princípio do concurso público. O STJ adotou o entendimento de que passados cinco anos da assunção de cargos efetivos sem concurso público, há a estabilização do vício da nomeação e, por isso, o direito à permanência no cargo.¹⁹ Trata-se de supino equívoco da jurisprudência.

¹⁸ Trata-se da clássica lição de Fernando Sainz Moreno: “El problema de la indeterminación puede explicarse gráficamente mediante unos círculos concéntricos. El círculo interno traza el límite de una zona de certeza positiva (es seguro que ‘eso’ puede denominarse con ese término); el círculo externo marca el límite de una certeza negativa (es seguro que ‘eso’ no puede denominarse así). Entre esos dos círculos hay una zona de duda, de ‘indeterminación’. Se trata, por supuesto, de una explicación gráfica aproximada porque las líneas de ambos círculos son también borrosas. Existen, pues, dos límites: el de la certeza positiva (lo que es seguro) y el de la certeza negativa (lo que es seguro que no es). Entre ambos está el ámbito de duda”. (*Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, p. 70-71).

¹⁹ Apenas a título de exemplo, foi o que decidiu no Recurso em mandado de segurança 25.652-PB (2007/0268880-8), j. 16.09.08, DJe 13.10.08, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Eis a ementa: “Servidores públicos que assumiram cargos efetivos sem prévio concurso, após a CF de 1988. Atos nulos. Transcurso de quase 20 anos. Prazo decadencial de cinco anos cumprido, mesmo contado após a Lei 9.784/99, art. 55. Preponderância do princípio da segurança jurídica”. Afirmou-se no acórdão: “Penso que é importante frisar mais uma vez, que a Administração Pública quedou inerte, por duas décadas, quanto à alegada ilegalidade nas investiduras dos recorrentes, pelo que se formou em relação a eles (os recorrentes) o direito subjetivo de não serem acionados em razão daquelas investiduras e, em relação à Administração, ocorreu a perda do direito de desfazer aqueles mesmos atos”. E concluiu-se: “Por tais fundamentos, dou provimento ao Recurso Ordinário, para assegurar o direito dos impetrantes de permanecerem nos seus respectivos cargos”.

Deve-se distinguir o *ato administrativo* que nomeou, de forma inválida, os servidores da *situação jurídica* de ocupar cargo público de provimento efetivo sem prévia aprovação em concurso. O ato, após cinco anos, se estabiliza:²⁰ o sistema não admite a invalidação da nomeação e, conseqüentemente, não admite a invalidação de todos os atos proferidos pelos servidores no exercício do cargo, bem como não exige a devolução aos cofres públicos do que indevidamente receberam. Isso não significa que o cargo passa a admitir o provimento sem concurso: não importa quanto tempo passe, a invalidade da nomeação exige a exoneração do servidor. É, *a contrario sensu*, o que se extrai do art. 19 do ADCT: o constituinte atribuiu estabilidade ao servidor admitido sem concurso que estava em exercício na data da promulgação da Constituição há pelo menos cinco anos continuados. Quer dizer: fora dessa hipótese, o decurso da nomeação sem concurso não gera estabilidade.

4. Princípio constitucional da estabilidade.

Outro princípio fundamental do estatuto dos servidores públicos é o princípio da *estabilidade*: o servidor público só *perde o cargo* nos casos expressamente previstos no texto constitucional (art. 41, §1º, da CF). Se o princípio do concurso evita a nomeação arbitrária, o princípio da estabilidade evita o exercício arbitrário da função. Dou apenas um exemplo: imagine que os servidores encarregados de numerar as folhas dos processos administrativos e rubricá-las não possuíssem estabilidade e o superior hierárquico, com vistas a acobertar ilegalidade ou, pior, ato de corrupção, exigisse a substituição das folhas de um processo. O servidor ficaria no seguinte dilema: ou se recusa a obedecer e perde seu ganha-pão ou obedece e mantém-se no cargo. Por óbvio, se não houvesse estabilidade, o servidor ficaria, sempre, nas mãos dos superiores hierárquicos. Bastaria recusar-se a cometer uma ilegalidade, recusar-se a praticar um ato de corrupção e pronto: estaria “na rua”, seria exonerado. E percebe-se: nem do Judiciário o servidor poderia se socorrer, pois, inexistindo estabilidade, a dispensa seria *ad nutum* a critério do superior hierárquico. Conforme antecipado, a falta de estabilidade dos servidores transforma o Estado de Direito em Estado do arbítrio. Trata-se, pois, de um princípio diretamente atrelado às bases da Constituição da República. A estabilidade dos servidores não é privilégio deles, mas uma garantia individual do administrado contra a malévola influência política no exercício da função pública e um direito político do cidadão à boa-administração.

²⁰ Sobre a estabilização dos vícios dos atos administrativos, vide meu *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, Cap. VIII-5.5, p. 295 et seq.

A Emenda Constitucional n. 19/98 afetou sensivelmente esse magno princípio constitucional. Até 04.06.98, o período necessário para aquisição da estabilidade era de *dois anos*. A Emenda 19 alterou a redação do *caput* do art. 41 e elevou o período do *estágio probatório* para *três anos*. Ademais, até a Emenda havia apenas *duas hipóteses* de perda da função: sentença judicial transitada em julgado e decisão proferida em processo administrativo disciplinar em que seja garantida a ampla defesa. A Emenda alterou o §1º do art. 41 para acrescentar uma terceira hipótese: reprovação em procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada a ampla defesa. Acrescentou também o §4º ao art. 169, prevendo uma quarta hipótese: quando a adoção das medidas previstas no §3º — redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargo em comissão e função de confiança e exoneração de servidores não estáveis — não forem suficientes para assegurar a observância do limite fixado em lei complementar para a despesa com pessoal (hoje fixado no art. 19 da Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei complementar 101/01: 50% da receita corrente líquida, para a União; e 60%, para os Estados e Municípios). A reforma foi fruto de uma política neoliberal.²¹ Buscou-se, a todo custo, enfraquecer o servidor público.

Na doutrina brasileira quem melhor compreendeu a teoria da reforma constitucional foi o Ministro Carlos Ayres Britto: a *reforma* só é permitida para *reforçar* o *programa constitucional* originário, para fazê-lo *melhor*, não para alterá-lo, substituí-lo, enfraquecê-lo. Toda reforma que contrarie essa diretriz é inválida.²² Impõe-se a toda emenda a *interpretação restritiva*, ainda mais quando ela diz respeito a valores sensíveis. A boa doutrina não titubeia em afirmar a inconstitucionalidade da quarta hipótese apresentada por violação ao *direito adquirido* dos

²¹ Sobre o tema, recomendo a leitura da dissertação de mestrado de Priscilia Sparapani, *A estabilidade do servidor público civil após a Emenda Constitucional n. 19/98*, apresentada, em 1998, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

²² Transcrevo parte de sua argumentação: “A este respeito, é de se afastar o receio de que o prestígio exegético das cláusulas pétreas – nos casos de dúvida fundada, lógico –, venha a significar banalização das mesmas (tudo, ou quase tudo, passaria a ser encarado como cláusula pétrea). É que a postura interpretativa contrária é de muito maior gravidade sistêmica, pois redundaria no mais intolerável tipo de banalização: *a banalização da própria Lei Fundamental do País, que fica muito mais vulnerável a agressões por via de emendas*. A alternativa é radical: ou o hermenauta prestigia as cláusulas pétreas e assim reduz a possibilidade de produção de emendas, ou prestigia as emendas e assim fragiliza a integridade das cláusulas pétreas. A primeira opção é a que temos por acertada, até porque melhor nos habilita a afastar o temor da banalização, a saber: uma coisa é a indicação das matérias constitutivas de cláusulas pétreas, de par com as normas constitucionais que dão o conteúdo mínimo de cada qual dessas cláusulas de intangibilidade, pois aí estamos diante dos princípios que mais estabilizam a Constituição e concomitantemente mais se aproximam do centro da circunferência democrática; outra coisa, porém, são os preceitos constitucionais que estão a serviço das cláusulas pétreas, que têm a ver com elas, sim, *mas sem a força de elementarizá-las*. Regras periféricas, então, da própria circunferência de cada cláusula pétrea, e, com mais razão, da circunferência democrática. Por isso que tais preceitos jazem à disposição do Poder Reformador, desde que o resultado desse labor reformista seja o fortalecimento ou a rebustez da parte axiológica situada no centro da circunferência em causa”. (*Teoria da Constituição*, p. 204-205, grifos no original).

servidores.²³ O direito adquirido impede a aplicação da hipótese a quem já era servidor, mas não obsta a aplicação a quem ingressou nos quadros públicos após a reforma. Contudo, a hipótese é inaplicável também para os novos servidores: o *princípio da estabilidade é cláusula pétrea*, pois é pressuposto para configuração do Estado de Direito. Só são juridicamente válidas hipóteses de perda da função que digam respeito à conduta do servidor, mais precisamente, ao descumprimento por parte dele dos deveres funcionais. O núcleo da *estabilidade* está na proteção do servidor contra a influência política e essa proteção só ocorre enquanto o servidor estiver imunizado da perda do cargo por hipótese que não lhe seja diretamente imputada. Noutras palavras: a perda do cargo só pode ocorrer em virtude da *responsabilização disciplinar* do servidor, somente porque este não cumpriu, a contento, sua *função*. Não pode, jamais, ser imputada pela *vontade governante*. Quem *bem* exerce a função pública está constitucionalmente *protegido*, garantido contra o uso desatado do poder. É de evidência solar: a despesa com pessoal acima do limite legalmente fixado não é imputada ao servidor, não é de responsabilidade dele, é de responsabilidade de quem autorizou a despesa. Se o servidor *estável* não descumpriu seus deveres funcionais, não pode, sob pena de ofensa à cláusula pétrea do Estado de Direito, ser exonerado contra sua vontade. O §4º do art. 169, acrescentado pela Emenda n. 19/98, é, nesses termos, inconstitucional. A terceira hipótese não é inconstitucional, mas é inútil. Se o servidor for reprovado em avaliação periódica de desempenho pode ser, de plano, reprovado? Óbvio que não. O próprio dispositivo constitucional ressalva: “assegura ampla defesa”. O servidor só pode ser exonerado se for *responsabilizado* por alguma falta funcional.²⁴ Exige-se a instauração de *processo disciplinar*. Quer dizer: a hipótese inserida no inciso III do §1º é mero desdobramento do inciso II do mesmo parágrafo. A reforma, nesse caso, numa interpretação conforme, não foi inválida, mas foi inútil.

²³ Por todos, Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 27. ed., Cap. V-§27, p. 268-269; §60, p. 291, §§142-150, p. 330-336.

²⁴ Nesse sentido, doutrina José Maria Pinheiro Madeira: “O aludido procedimento de avaliação periódica de desempenho, que poderá ensejar a perda do cargo, não possui eficácia plena, posto que depende de lei complementar para especificar tais circunstâncias. Uma vez regulamentado, o servidor somente perderá o cargo por este processo avaliatório, acaso o seu desempenho esteja em desacordo com a conduta presumida para a esfera pública”. (*Servidor público na atualidade*, 8. ed., p. 257). Em sentido contrário, manifesta-se Priscilia Sparapani, para quem ineficiência não se equipara à desídia: “um servidor pode ser zeloso no cumprimento de suas funções, pode ser assíduo, responsável, pontual, atuante e, mesmo assim, não produzir o que dele se espera e, por conseguinte, ele não será considerado desidioso, mas, sim, ineficiente”. (*A estabilidade do servidor público civil após a Emenda Constitucional n. 19/98*, p. 160). Essa interpretação contraria a cláusula pétrea do Estado de Direito e, por isso, não é admissível. Se o servidor bem exerceu suas funções, não pode ser exonerado. A exoneração forçada do servidor estável só é constitucionalmente admissível quando efeito de *responsabilização*, vale dizer, quando importar autêntica *demissão*. Apesar de distinguir a ineficiência da falta funcional, a autora exige a instauração de processo disciplinar para exoneração do servidor: “Na esteira dessa assertiva, e a par do que foi dito acima, enfatiza-se aqui, uma vez mais, que quando a Administração avalia o servidor público periodicamente e destas avaliações resultada comprovada a ineficiência para o desempenho de suas atividades, haverá que se instaurar, na hipótese, processo administrativo disciplinar porque a partir do momento em que a Administração imputa ao servidor uma conduta ineficiente, está procedendo a uma acusação”. (Op. cit., p. 163).

O legislador e o administrador também contribuem para o amesquinamento do princípio da estabilidade. Tornou-se corrente, antes da Constituição de 1988, a criação de *empregos públicos* ao invés de *cargos públicos*. Quer dizer: difundiu-se a possibilidade de dois regimes para o funcionalismo público: o *estatutário*, regido pelas leis de direito público, e o *celetista*, regido pela CLT. Do ponto de vista teórico, o regime celetista não se adequa à função pública. Explico: o regime celetista apóia-se num acordo de vontade entre o empregador e o empregado, o regime da relação decorre desse acordo, o vínculo é *contratual*.²⁵ O regime estatutário não se apóia num *contrato*: a nomeação decorre de um *ato unilateral* condicionado à aquiescência do administrado,²⁶ o regime é integralmente estabelecido na lei, não é fixado por acordo. A Administração não possui *liberdade*. Mesmo quando ela afirma celebrar um *contrato de emprego*, jamais se submete, integralmente, ao regime celetista: as partes não são livres para fixar, por exemplo, o regime de remuneração.²⁷ Não há, tanto para servidores como para empregados públicos, direito à *negociação coletiva*, pois o regime é integralmente fixado na lei. Os princípios da *legalidade* e da *indisponibilidade do interesse público* impedem que a Administração e o empregado disciplinem, por acordo, o regime da relação.

A Constituição de 1988, no *caput* do art. 39, determinou que todas as entidades federativas instituíssem, no âmbito de sua competência, *regime jurídico único* para os servidores da administração direta, autárquica e das fundações. Foi uma clara tentativa de afastar o máximo possível do mundo jurídico o regime celetista. O reformador tentou o retrocesso: alterou a redação

²⁵ Por todos, doutrina Octavio Bueno Magano: “Parece-nos que a relação de trabalho é produto de negócio jurídico inserível no âmbito da autonomia privada, assim considerada a área do Direito em que se atribui aos indivíduos a faculdade de disciplinar os próprios interesses, observadas as limitações impostas pelo Estado”. (*Direito individual do trabalho*, 4. ed., p. 28). No mesmo sentido, afirma Rodrigo Garcia Schwarz: “Podemos ressaltar que a relação de emprego tem, na realidade, origem contratual. O contrato de trabalho forma-se independentemente de qualquer solenidade, mas sempre a partir do acordo de vontade das partes”. (*Direito do trabalho*, 2. ed., p. 70).

²⁶ Com invulgar didática, explica Celso Antônio Bandeira de Mello: “o conteúdo do vínculo jurídico que transcorre entre o funcionário e o Estado não foi determinado por via consensual. Não decorre de uma produção da vontade conjunta das partes entre as quais intercorre a relação. O ato de nomeação é unilateral e proporciona a inserção de alguém debaixo de um regime jurídico prefixado, sobre o qual a vontade do funcionário não tem força jurídica para interferir. É certo que não basta o ato de provimento para se perfazer a relação funcional. É necessária a posse, através da qual o nomeado aceita o cargo e exprime um compromisso de bem servir, a fim de que se aperfeiçoe o vínculo entre ele e o Estado. Há, efetivamente um acordo, mas este diz respeito, unicamente à formação do vínculo. Cinge-se a ele. Limita-se a expressar sua concordância em se inserir debaixo de uma situação geral e abstrata. Não atinge, nem pode atingir, o conteúdo da relação formada, pois este não se encontra à sua disposição como objeto da avença”. (*Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos*, 2. tir., p. 11).

²⁷ Em relação ao regime estatutário, o STF já se manifestou sobre a impossibilidade de *negociação coletiva*. Na ADI 492/DF, j. 12.11.92, DJ 12.03.93, p. 3.557, Rel. Min. Carlos Velloso, o STF declarou a inconstitucionalidade das letras “d” e “e” do art. 240 da Lei federal 8.112/90, hoje revogadas pela Lei 9.527/97, que previam o direito dos servidores públicos federais à negociação coletiva. Cistou do voto do Min. Carlos Velloso: “Não sendo possível, portanto, à Administração Pública transigir no que diz respeito à matéria reservada à lei, segue-se a impossibilidade de a lei assegurar ao servidor público o direito à negociação coletiva, que compreende acordo entre sindicatos de empregadores e de empregados, ou entre sindicatos de empregados e empresas e, malgrado o acordo, o direito de ajuizar dissídio coletivo”. Grande parte da argumentação constante do acórdão estende-se integralmente ao regime celetista.

do dispositivo para suprimir a previsão do *regime único*. O STF, na MC/ADI 2.135, considerou a alteração inconstitucional por *vício formal*.²⁸ Pelos argumentos expostos neste estudo, é evidente que também havia inconstitucionalidade *material*: submeter o *regime de pessoal* da administração pública ao *regime celetista* subtrai dos agentes públicos as imunidades à influência política necessárias ao bom desempenho da função administrativa e fere mortalmente o Estado de Direito. Sem embargo, restabeleceu-se a redação originária e continua impositivo o *regime único*.

Apesar disso, o regime celetista não desapareceu do regime de pessoal da administração pública. Em dois casos ele é *obrigatório*: 1) Todos aqueles que foram estabilizados pelo art. 19 do ADCT submetem-se ao regime celetista. Isso porque o §1º do dispositivo determina que o tempo de serviço desses servidores seja considerado como título quando se “submeterem a concurso para fins de efetivação”. Não faria sentido se submeterem a concurso, se fossem equiparados aos servidores estatutários.²⁹ 2) O regime de pessoal das empresas públicas e das sociedades de economia mista *exploradoras de atividade econômica* é, por força do art. 173, §1º, II, da CF, o celetista, pois do contrário a *concorrência* no mercado com os particulares poderia ser *desleal*. Em duas hipóteses, o regime *celetista* é facultado: 1) Os agentes contratados para atividades temporárias ou de necessidade imediata, nos termos do inciso IX do art. 37 da CF, podem ser submetidos ao regime celetista.³⁰ Nada impede que a entidade federativa os submeta ao regime estatutário. E a segunda hipótese, justamente a pertinente a este estudo, exige algumas explicações adicionais.

O legislador ou o administrador, fora das hipóteses mencionadas, pode submeter o pessoal da administração ao regime celetista? Por todas as razões apresentadas, é evidente que não. Seria o mesmo que supor a construção de uma fortaleza com portas de papelão.³¹ Sendo o *direito administrativo* a *arma* e o *escudo do cidadão*, a submissão ao *direito privado* só é viável quando fundada num *critério racional*, sob pena de configurar *inválida* “fuga para o direito privado”.³² Há

²⁸ Trata-se de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade 2135 MC/DF, j. 02.08.07, DJe 07.03.08, Rel. para o acórdão Min. Ellen Gracie.

²⁹ Por todos, Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 27. ed., Cap. V-rodapé 13, p. 265.

³⁰ Por todos, Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 27. ed., Cap. V-rodapé 24, p. 281. É posição prevalecente na doutrina, conforme informe José Maria Pinheiro Madeira: “entende a doutrina majoritária que o regime jurídico do pessoal contratado pela Administração Pública para desempenhar, temporariamente, serviços de excepcional interesse público, somente pode ser o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, aliás, o único que se aperfeiçoa com o caráter temporário da contratação”. (*Servidor público na atualidade*, 8. ed., p. 31). Nesse ponto, discordo da doutrina majoritária: a contratação temporária não me parece incompatível com o regime estatutário. Nesse caso, por óbvio, a estabilidade do servidor não impede sua exoneração no *termo final* do vínculo.

³¹ A feliz imagem é, segundo informa Celso Antônio Bandeira de Mello, de Geraldo Ataliba (*Curso de direito administrativo*, 29. ed., p. 798). O intérprete deve presumir absoluta *racionalidade* no sistema normativo. Não faria sentido a previsão de tantas regras protetoras dos servidores, se, facilmente, essas regras pudessem ser afastadas pelo legislador.

³² E expressão é de Maria João Estorninho, *A fuga para o direito privado*.

um critério racional nesse tema: sempre que o *afastamento* das *imunidades* à influência política não for prejudicial ao Estado de Direito, a submissão ao regime celetista, apesar de inconveniente, não é inválida. E quando esse afastamento não prejudica o Estado de Direito? Quando se tratar de *atividades subalternas*. Com isso não estou desprestigiando as atividades subalternas, só quem trabalhou sem o serviço de *limpeza* sabe o quanto ele é imprescindível. Mas, se quem presta o serviço de limpeza nas repartições públicas não possui as garantias do regime estatutário, como a *estabilidade*, não haverá, apesar disso, graves riscos de aumento da *arbitrariedade* e da *corrupção*. As garantias constitucionais à influência política, para as atividades subalternas, não são imprescindíveis para a manutenção do Estado de Direito. Por isso, ainda que seja inconveniente, por razões que não cabem neste estudo explicitar, a submissão das atividades subalternas ao regime celetista não fere os princípios básicos do regime de direito público.³³

O regime celetista não garante a estabilidade, mas isso não significa que não sofra o influxo do princípio da *impessoalidade*. Não pode o empregado ser exonerado sem prévia instauração de *processo administrativo*, em que lhe seja garantida a ampla defesa. Impensável também exonerá-lo sem expressa *motivação*. A Súmula 390 do TST incide, ao menos no plano sintático, num equívoco:³⁴ o empregado público, quando o vínculo empregatício for válido, não é estável. Ela é correta quando houver invalidade do vínculo: o emprego público for uma *contrafação* de cargo público, mas nesse caso, a Justiça do Trabalho seria incompetente para conhecer a matéria.³⁵ Se embargo, reitero: a dispensa do empregado público não segue regime idêntico à dispensa imotivada do empregado nas relações privadas, faz-se necessária a instauração de processo administrativo e uma razão objetiva e impessoal para dispensa explicitada em motivação expressa.

O princípio da estabilidade é apoucado por uma das causas do amesquinamento do princípio do concurso público: a deturpação dos *cargos em comissão*. É próprio desses cargos a exoneração *ad nutum*. Prevalece na doutrina, ainda hoje, o entendimento de que essa exoneração

³³ Essa é a lição do benemérito Celso Antônio Bandeira de Mello: “Que atividades seriam estas, passíveis de comportar regime trabalhista, se a lei assim decidir? Só poderiam ser aquelas que – mesmo desempenhadas sem as garantias específicas do regime de cargo – não comprometeriam os objetivos (já referidos) em vista dos quais se impõe o regime de cargo como sendo o normal, o prevalente. Seriam, portanto, as correspondentes à prestação de *serviços materiais subalternos*, próprios dos serventes, motoristas, artífices, jardineiros ou mesmo de mecanógrafos, digitadores etc., pois o modesto âmbito de atuação destes agentes não introduz riscos para a impessoalidade da ação do Estado em relação aos administrados caso lhes falem as garantias inerentes ao regime de cargo”. (*Curso de direito administrativo*, 27. ed., p. 264).

³⁴ “I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988”.

³⁵ O STF na Medida Cautelar em ação direta de inconstitucionalidade 3395 MC/DF, j. 05.04.06, DJ 10.11.06, p. 49, Rel. Min. Cezar Peluso deferiu liminar para fixar a exegese do art. 114, I, da CF/88, com a redação dada pela Emenda 45/2004, no sentido de que ele não abrange — e, portanto, não é da competência da Justiça do Trabalho — as causas instauradas entre o Poder Público e o servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária”. Sobre o tema, vide, por todos: Arnaldo Silva Júnior, *Dos servidores públicos municipais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 35-39.

prescinde de motivação.³⁶ Logo, quando o legislador pretende fugir da garantia da estabilidade, cria um cargo em comissão. Tornou-se uma praxe na administração brasileira: “quando o estável não faz, sempre há um comissionado que faz”. Ora, essa situação decorre de uma *deturpação*: os cargos em comissão são próprios para os casos de *inexigibilidade de concurso* por *falta de pressuposto fático*. Fora dessas hipóteses, configuraram não apenas *burla* ao *princípio do concurso*, mas *burla* ao *princípio da estabilidade*. Sem a garantia constitucional da estabilidade, o agente comissionado fica a mercê do constrangimento político e, para não perder seu ganha-pão, acaba, como quase qualquer pessoa em situação idêntica acabaria, cedendo ao descumprimento do Direito.

Muito ainda poderia ser dito sobre as *garantias constitucionais* dos *servidores públicos*. A previsão da *aposentaria integral*, a previsão da *revisão anual da remuneração*, temas que não serão desenvolvidos neste estudo, são regras constitucionais necessárias para o ótimo desenvolvimento da *função pública*. Um Estado com funcionalismo público *enfraquecido* é um Estado *fraco*, não preparado para a influência do poder econômico e do poder político. E, no presente momento histórico, o poder político é comumente sobrepujado pelo econômico. As considerações aqui apresentadas são marcadas por uma idéia-chave: as regras constitucionais relativas ao regime dos servidores públicos não são privilégios de uma classe, são garantias dos administrados, imprescindíveis para a manutenção do Estado de Direito. Todo enfraquecimento dessas regras, seja efetuada por reforma constitucional, por lei infraconstitucional ou por norma administrativa, deve ser examinada com a máxima cautela. São regras vinculadas aos princípios estruturantes do sistema jurídico, de modo que a afetação delas repercute nos valores mais importantes do sistema. Por tudo isso, em não raras vezes, o enfraquecimento dessas regras afeta cláusulas pétreas, é inconstitucional e, portanto, inválido.

Referências Bibliográficas

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Servidores públicos: aspectos constitucionais. *Estudos de Direito Público – Revista da Associação dos Advogados da Prefeitura do Município de São Paulo*, São Paulo, ano IV/V, v. 8, p. 81-92, jul.-dez. 1985 e jan.-jul. 1986.

_____. Criação de secretarias municipais: inconstitucionalidade do art. 43 da Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo. *Revista de Direito Público (RDP)*, São Paulo, ano IV, v. 15, p. 284-288, jan.-mar. 1971.

³⁶ Oxalá o tema seja revisto no Brasil. Na doutrina estrangeira, o tema há tempos é rediscutido. Consulte: Juan Igartua Salaverría, *La motivación en los nombramientos discrecionales*.

- _____. *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos*. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- BORDIEU, Pierre. *Sobre a televisão*. Tradução de Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.
- BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- _____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada – v. 1: artigos 1º a 107*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- DALLARI, Adilson Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1999.
- FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La motivación en los nombramientos discrecionales*. Navarra: Thompson-Civitas, 2007.
- MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Servidor público na atualidade*. 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- MAGANO, Octavio Bueno. *Direito individual do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1993.
- MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *O regime jurídico do concurso público e seu controle jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. *Abuso de direito e constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____. Dispensa de licitação e discricionariedade. In: SCHWARZ, Rodrigo Garcia (coord.). *Direito administrativo contemporâneo*. São Paulo: Elsevier, 2010, p. 263-278.
- MOTTA, Fabrício (coord.). *Concurso público e Constituição*. 1. ed., 2. tir. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito I*. Tadução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- RIVERO, Jean. Los principios del derecho en el derecho administrativo Frances contemporaneo. *Revista de Administración Pública (RAP)*, Madrid, ano II, n. 6, p. 289-300, sept.-dic. 1951.
- SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976.
- SANTI ROMANO. *Princípios de direito constitucional geral*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- SCHWARZ, Rodrigo Garcia. *Direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- SILVA JÚNIOR Arnaldo. *Dos servidores públicos municipais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- SPARAPANI, Priscilia. *A estabilidade do servidor público civil após a Emenda Constitucional n. 19/98*. 2008. 209 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

