

ASPECTOS FUNDAMENTAIS DO REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS NO BRASIL

Marcos Paulo Jorge de Sousa¹

RESUMO

O presente estudo tem por finalidade precípua analisar o regime jurídico dos servidores públicos disposto na Constituição Federal, sob a ótica da existência de duas espécies de servidores, os estatutários e os empregados público. O caminho percorrido, entretanto, partirá da análise da classificação dos agentes públicos, observando como a doutrina se desenvolveu no Brasil. Em seguida se fixará qual a classificação que entendemos condizente com o atual contexto constitucional passando aos conceitos e observações gerais sobre cada categoria existente e seus desdobramentos. Num segundo momento, será traçado um raciocínio no sentido de centralizar o regime jurídico dos servidores públicos como baliza fundamental do Estado Democrático de Direito, onde as garantias e direitos existentes passam a alicerçar o sistema normativo, se apresentando em ultima análise como garantia individual e direito político dos próprios cidadãos, o que os elevam a categoria de cláusulas pétreas. E, por fim, se verificará algumas breves peculiaridades do regime estatutário, elaborando, ainda, um panorama geral dos empregos públicos admitidos pela ordem constitucional.

Palavras-chave: Servidores Públicos. Regime Jurídico. Classificação e Conceito.

ABSTRACT

This study has the main purpose to analyze the legal status of civil servants in the Federal Constitution, from the perspective of the existence of two kinds of servers, statutory and public employees. The road traveled, however, the classification analysis of the leave of public, noting how the doctrine developed in Brazil. Then had settled the classification which we mean consistent with the current constitutional context through the concepts and general information about each existing category and its consequences. Secondly, it is drawn reasoning in order to centralize the legal status of civil servants as a key goal of the law of a democratic state, where the existing guarantees and rights start to underpin the regulatory system, appearing in the final analysis as an individual guarantee and right political citizens themselves, which elevate the category of immutable clauses. Finally, there had been some brief peculiarities of the statutory scheme, developing also an overview of public office admitted the constitutional order.

¹ Graduado em Direito pelo Centro Universitário UNIFIEO, Especialista em Direito do Estado pelo COGAE-PUC/SP, Mestrando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, Advogado, e-mail: marcospaulojorge.direito@gmail.com.

Keywords: Public Servers. Legal Regime. Classification and concept.

INTRODUÇÃO

A doutrina brasileira pouco tratou sobre os servidores públicos², ainda assim, na maioria dos casos quando se dispôs a isso, pautou-se apenas na literalidade daquilo que determinam os dispositivos constitucionais ou as normas constantes da Lei nº 8.112/98³. Foram raras as oportunidades em que os autores se propuseram a analisar as regras e princípios⁴ com a profundidade necessária a observar o escoramento que o tema traz ao Estado Democrático de Direito.

O texto da Constituição Federal de 1988 previu originariamente inúmeros direitos e garantias aos servidores públicos, que se traduziam como bases fundamentais para o Estado

² É fato comprovado pela prática literária, que a produção doutrinária no ramo do direito administrativo pouco se tem dedicado ao desenvolvimento de obras que abordem os temas relacionados aos Sujeitos do Direito Administrativo (organização administrativa, figuras da Administração e servidores públicos), o que se tem constatado é desenvolvimento de temas relativos ao Controle da Administração e Responsabilidade do Estado, às Atividades Administrativas, e até mesmo sobre as Vias Técnico-Jurídicas de Ação Administrativa. Utilizamos aqui da divisão proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu Curso de Direito Administrativo, onde se divide a disciplina do Direito Administrativo para fins didáticos, incluindo-se também os Princípios Constitucionais do Direito Administrativo Brasileiro, aqui ainda não referido por nós. Ricardo Marcondes Martins é quem chamou-nos a atenção para tal fato, ao tratar do Regime Constitucional dos Servidores Públicos: “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 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” (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 161).

³ Percebe-se, ainda, que, quando o tema dos Servidores Públicos é abordado pela doutrina, sobretudo em obras complexas relativas à Cursos ou Tratados, os autores têm procurado reproduzir fielmente a literalidade dos dispositivos constitucionais, limitando-se quando muito a tratar da Lei federal nº 8.112/98 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União). Isso retrata a falta de interesse e o desprestígio que ganhou o tema talvez até mesmo pela retalhação ininteligível que o legislador produziu através das diversas emendas editadas.

⁴ Adotando a perspectiva neoconstitucional do direito, calcada na teoria de Ronald Dworkin e Robert Alexy, entendemos que as normas jurídicas dividem-se em duas espécies, regras e princípios, onde as regras são normas que exigem cumprimento exato, através do método da subsunção, e os princípios representam normas que ordenam a realização de algo na maior medida do possível, através do método da ponderação. Ademais, cumpre aqui, de forma fiel ao desenvolvimento científico, observar, que para se chegar até esse ponto objetivo nos sustentamos na doutrina de Ricardo Marcondes Martins, que desenvolve o tema com a autoridade e o comprometimento que lhe é peculiar.

Democrático de Direito. Nesse sentido, podemos citar como exemplo dispositivos centrais, como o que determinou como regra a realização de concursos público de provas ou de provas e títulos para a investidura em cargos e empregos públicos (art. 37, II); o que previu que os cargos em comissão e as funções de confiança seriam exercidos, preferencialmente, por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional (art. 37, V); o que decretou a irredutibilidade de vencimentos (art. 37, XV); o que estabeleceu o regime jurídico único para os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 39, *caput*); o que dispôs sobre a paridade entre vencimentos, proventos e pensões (art. 40, III, § 4º e 5º); e os que regeram a regra da estabilidade com previsão de prazo de dois anos, destituição do cargo somente em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo onde fosse assegurada a ampla defesa, e disponibilidade remunerada em casos de extinção ou de declaração de desnecessidade do cargo (art. 41, § 1º e 2º).

Inquestionavelmente, todo esse sistema criado com o Diploma Fundamental de 1988 trouxe as marcas da Legalidade para a nação que acabava de reestabelecer o Estado Democrático de Direito, centralizando-o agora sob a perspectiva dos Direitos Sociais.

Embora o contexto dos direitos e garantias constitucionais dos servidores públicos não tenha sofrido grandes alterações em sua literalidade entre a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que alterou a Constituição de 1967, e a Constituição de 1988, o fato é que o sistema jurídico brasileiro passou por alteração fundamental com a abertura à democracia, o que importou em verdadeira releitura dos institutos agora de acordo com a nova realidade social. Ou seja, muitos deles continuaram a existir, mas agora sob a óptica de direitos e garantias que fundamentam o Estado Democrático de Direito.

A partir disso, o regime estabelecido serviu não apenas como garantia daqueles que se dispõem a integrar o Estado como seus agentes, mas também aos cidadãos que passaram a ter nessa nova perspectiva a certeza de que a Administração era representada por servidores desvinculados de pressões políticas autoritárias. Contudo, ao passar do tempo, muitas alterações foram produzidas no texto constitucional, principalmente na década de noventa onde políticas neoliberais foram implementadas no Brasil por meio de governantes descomprometidos com os fundamentos e objetivos da república⁵, preocupados apenas com a abertura econômica irrefreada do país ao fenômeno denominado globalização, onde se tentou operar um verdadeiro e lastimável esvaziamento do Estado, com o intuito de promover a Administração Gerencial pautada na mínima intervenção do Poder Público na sociedade.

No tocante aos servidores públicos, mesmo diante desse contexto, e após as diversas alterações produzidas pelas sucessivas Emendas Constitucionais, reside no diploma fundamental da república normas que garantem o regime dos servidores públicos como fundamento do Estado de Direito. Desse modo, cumpre investigar, porém, qual o atual contexto do regime jurídico dos servidores públicos na Constituição Federal, verificando as implicações sobre os servidores estatutários, e em que hipóteses o regime de direito privado poderia ser admitido na relação de trabalho no seio da Administração Pública, com a representação dos denominados empregados públicos.

Convencidos de que a principal finalidade de toda e qualquer ciência é o progresso, empreendemos esta jornada também no sentido de analisar o ordenamento jurídico

⁵ Grandíssima parte das alterações viabilizadas nesse sentido se deu no governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, entre os anos de 1.994 e 2.002, isso é fato. No entanto faz-se necessário considerar que o governo anterior dos Presidentes Fernando Collor de Mello e Itamar Franco já se mostrava tendencioso a essa abertura, e ainda, que o governo do Presidente Luis Inácio Lula da Silva também simpático a tudo isso, haja vista a produção da Lei nº 11.079/2014 que criou as espécies de concessão denominadas Parcerias Público-Privadas, instituto esse que juntamente com as Organizações Sociais apresentam-se como ponto de convergência dos dois principais partidos que disputam a liderança política no Brasil.

brasileiro tal como posto. Apresenta-se, deste modo, o presente estudo, cujo desenvolvimento está estruturado em duas partes: na primeira, serão fixadas algumas premissas conceituais, reputadas absolutamente indispensáveis no enfrentamento do tema; a segunda examinará as duas espécies de servidores públicos e as implicações constitucionais de seus regimes. Ao fim, chega-se à conclusão, acrescentando-se comentários didáticos ao inventário da proposta feita.

O estudo tem caráter dogmático: tem por objetivo examinar o direito positivo brasileiro tal como se revela na Constituição e nas leis. Assim, constitui análise de *lege lata* e não de *lege ferenda*.

1 Servidores Públicos

Como premissa fundamental para o deslinde do tema temos a classificação e os conceitos que a doutrina tem fixado acerca dos servidores públicos. Desse modo, convém aqui expormos as classificações e conceitos, para chegar a melhor identificação do tema no cenário constitucional. Ressaltamos a importância da classificação junto ao conceito por entender que um conceito só tem sua utilidade se harmonizado com uma classificação racional do gênero a qual pertence.

1.1 Classificação e Conceito dos Servidores Públicos. Servidores como espécie de agentes públicos.

A Constituição Federal se utiliza da expressão servidores públicos para designar em sentido amplo aqueles que mantêm relação de trabalho com o poder público. No entanto,

com a utilização arbitrária do termo e até com o surgimento de outros vocábulos para definir o tema, passaram a surgir maiores dificuldades na compreensão da matéria. Em razão disso, entendemos fundamental a formulação teórica de alguns institutos visando afastar a inconsistência conceitual e o emaranhado de definições presente nos textos legais.

1.1.1 Teoria dos Servidores Públicos

As classificações que têm sido propostas pela doutrina giram em torno da clássica lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello definida como Teoria dos Servidores Públicos⁶, pela abertura que essa lição proporcionou ao tema, convém, apresentar breve ensaio a respeito.

Após gizar conceitos fundamentais acerca dos órgãos e seus elementos, classificação e natureza, o Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, tratou por definir agente público⁷ como o “titular do órgão que age em nome e por conta do Estado e que, por isso possui o poder, estabelecido pela ordem jurídica, que lhe confere tal situação, de realizar a atividade estatal, mediante manifestação jurídica, ou, simplesmente ação lícita material”⁸, dessa forma, seriam esses

⁶ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Teoria dos Servidores Públicos*. RDP 1/40-53. São Paulo, Ed.RT, julho-setembro/1967.

⁷ No nosso ponto de vista o autor não adota uma distinção de caráter material entre “servidores públicos” e “agentes públicos”, pois adota como premissa que os agentes públicos apenas são os servidores de maior relevo, e a partir de então, embora sua primorosa obra tenha como tema “servidores públicos”, passa somente a fazer referência aos “agentes públicos”, englobando inclusive os operários ou empregados manuais.

⁸ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Teoria dos Servidores Públicos*. RDP 1/40-53. p. 43.

agentes o gênero que têm ligados a si as seguintes espécies: agentes políticos e agentes empregados.

Para o ilustre mestre, os agentes políticos seriam “os que agem em nome e por conta do Estado, como titulares do direito de participação ativa na vida deste, para cujos exercícios são chamados”, estariam assim ligados ao aparelho estatal “por relação de representação”, cumprindo-lhes “propor, estabelecer ou decidir as diretrizes políticas dos entes públicos”, onde “seus direitos e obrigações decorrem da sua posição de cidadão”⁹. Distinguem-se, ainda, entre governantes e honoríficos, sendo àqueles os titulares de cargos constitucionais que definem a organização político-administrativa do Estado, e estes, os titulares de determinados cargos de alta administração, de caráter honroso, desempenhados ocasionalmente, como colaboradores da ação dos governantes, no aconselhamento ou decisão de questões de superior interesse da coletividade definidos, em regra, pelos governantes¹⁰.

Quanto aos agentes empregados ou empregados públicos, ensina que “são os que agem em nome e por conta do Estado, profissionalmente enquadrados em cargos públicos, constantes das escalas hierárquicas ou das classes da sua organização”, ligados assim por relação de emprego caracterizada por “laço de subordinação”, continuidade e habitualidade. Nisso faz uma distinção inicial entre titulares de cargos de funções judiciais e cargos de funções administrativas, sendo os primeiros os magistrados e os segundos os burocráticos, e daqui ainda classifica estes entre funcionários públicos e trabalhadores públicos¹¹, onde funcionários públicos seriam os “técnicos ou de carteira” com cargos criados especificamente

⁹ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Teoria dos Servidores Públicos*. RDP 1/40-53. p. 44.

¹⁰ Idem.

¹¹ Observa, contudo, que essa divisão entre funcionários públicos e trabalhadores públicos serve apenas à prática administrativa, tratando-se meramente de divisão de caráter accidental, que “não pode ser apurada de modo perfeito, pela enunciação simples dos conceitos porque, indiscutivelmente, o trabalho manual pressupõe alguma interferência intelectual”. Ainda nas palavras do autor, “o exato conhecimento de empregados funcionários e salarizados ou operários, em classificação satisfatória, só se obtém tendo em vista cada caso concreto examinado em face dos textos legais referentes ao assunto, de uma entidade político-administrativa”.

por lei, distribuídos em classes e escalonados em graus, constante dos quadros legalmente previstos, nomeados pelos Chefes de Governo, ou seja, como resume os titulares dos cargos públicos, admitindo-se também nessa classificação os comissionados, aqueles nos serviços de confiança, os interinos para atuar na falta dos efetivos e os estagiários. Já os trabalhadores públicos seriam os trabalhadores “salarizados” ou “operários” ou “empregados manuais” que teriam seus lugares criados genericamente por lei, segundo séries funcionais dispostas pela própria administração, admitidos diretamente pelos chefes das repartições públicas, compreendendo-se ainda os oficiais artísticos, os salarizados comuns e os aprendizes¹². Finalmente, aqui, observa ainda a existência do que chama de “extra-quadros”, especificamente para atender às necessidades momentâneas e urgentes da Administração, sendo por ela admitido de forma livre e temporária, desde que exista verba destinada, e até a criação dos cargos ou funções.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello ainda aponta para a existência de particulares na execução de função ou serviço público, onde, embora não sendo agentes públicos, “podem praticar atos jurídicos, bem como executar coisas ou levar a efeito obras, classificadas, na tecnologia do nosso direito, como públicas, quando nos seus efeitos desenvolvem atividades peculiares ao Estado”¹³. Aqui, teríamos de um lado, os “prestacionistas de funções ou de serviços da administração, como seus imediatos colaboradores, desempenhando as atividades que lhe são cometidas, como elementos de atuação da própria administração, como instrumentos de sua ação”¹⁴; e de outro, os delegados de funções ou serviços públicos, que

¹² BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Teoria dos Servidores Públicos*. RDP 1/40-53. p. 46.

¹³ *Idem*, p. 49.

¹⁴ *Idem*.

atuam sob formas de exercício privado de profissões ou empresas públicas atuando por sua conta e risco¹⁵.

E por fim, verifica a par dos agentes públicos e dos particulares na execução de função ou serviço público, a existência dos auxiliares, que seriam escreventes juramentados, os prepostos de corretores, os gerentes de empresas concessionárias de serviços administrativos ou sociais, ou de empresas prestacionistas de função ou serviço público, apresentando-se como coadjuvantes da ação dos próprios agentes públicos, e principalmente dos particulares participantes de função ou de serviço público, no desempenho das suas atribuições¹⁶.

Veja-se, como se estabeleceu anteriormente, a retratação sucinta dessas lições tornam-se aqui importantes devido ao fato de a partir dessa teoria a doutrina, de modo geral, ter passado a identificar mais claramente os agentes públicos, classificando-os e tecendo conceitos referentes a cada uma de suas espécies, mesmo após a alteração de regimes jurídicos constitucionais.

1.1.2 Breve Inventário Doutrinário.

Conforme já indicado a partir dessa teoria a doutrina nacional passou a explorar com maior valentia o tema, fixando sobre as bases firmemente construídas as classificações, conceitos e demais desdobramentos teóricos. Obviamente que, com a instalação de novos regimes constitucionais, sobretudo com feições democráticas, a doutrina também acabou evoluindo nesses pontos. Assim, passamos a analisar a lição de alguns autores pátrios no

¹⁵ Idem.

¹⁶ Idem, p. 53.

sentido de identificar as divergências e as similitudes, e a partir daí fixarmos nossa posição acerca da classificação dos servidores públicos e do seu conceito.

Começamos pelas lições de Celso Antonio Bandeira de Mello, por entender que no Brasil tratou o tema de forma cientificamente peculiar, desenvolvendo verdadeira construção sistemática que repercutem desde a academia até o ordenamento jurídico positivo. Adiantando sua classificação para que adentremos posteriormente a suas lições fundamentais, o ilustre mestre define agentes públicos como gênero onde se encontram as espécies agentes políticos, agentes honoríficos, servidores estatais e particulares em atuação colaboradora com o Poder Público. Nesta sua classificação, os servidores públicos, objeto de estudo da presente monografia ficam abrangidos entre os servidores estatais juntamente com os servidores das pessoas governamentais de Direito Privado. Como o próprio autor observa sua posição parte da “sistematização proposta por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello com algumas adaptações, notadamente em vista do atual Texto Constitucional”¹⁷.

Pode-se afirmar que sua concepção do gênero agentes públicos está fortemente ligada à idéia de função pública, assim como corretamente faz toda sua doutrina. Com efeito, para ele, “quem quer que desempenhe funções estatais, enquanto as exercita, é um agente público”¹⁸, e nesse sentido fixa seu conceito no sentido de que agente público é a expressão “mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente”¹⁹. Para que haja essa caracterização dois requisitos são necessários, segundo o festejado doutrinador, um de ordem objetiva e

¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 30ª ed., 2013, p. 251.

¹⁸ Idem, p. 249.

¹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. p. 248.

outro de ordem subjetiva, são elas, respectivamente, a natureza estatal da atividade desempenhada e sua correspondente investidura.

Partindo para o objeto específico de nosso estudo, observamos que o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello coloca os servidores públicos ao lado dos servidores das pessoas governamentais de Direito Privado, ficando ambos como subespécies dos servidores estatais, que assim define:

A designação *servidores estatais* – que ora se sugere em atenção à mudança constitucional – abarca todos aqueles que entretêm com o Estado e suas entidades da Administração indireta, independentemente de sua natureza pública ou privada (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista), relação de trabalho de *natureza profissional* e caráter não eventual sob vínculo de dependência²⁰.

Os servidores das pessoas governamentais de Direito Privado, como sucintamente ensina “*são os empregados de empresas públicas, sociedade de economia mista e fundações de Direito Privado instituídas pelo Poder Público, os quais estarão todos, obrigatoriamente, sob-regime trabalhista*”²¹.

Se aprofundando um pouco mais acerca dos servidores públicos e suas espécies, os define conceitualmente como

todos aqueles que mantêm vínculos de trabalho *profissional* com as entidades governamentais, *integrados em cargos ou empregos* da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público. Em suma: são os que entretêm *com o Estado e com as pessoas de Direito Público da Administração indireta* relação de trabalho de natureza *profissional* e caráter não eventual *sob vínculo de dependência*²².

Ainda aqui observa que os servidores públicos dividem-se também entre “*servidores titulares de cargos públicos* na Administração Direta, nas autarquias e fundações

²⁰ Idem, p. 253.

²¹ Idem, p. 255.

²² Idem, p. 253.

de Direito Público da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, assim como no Poder Judiciário e na esfera administrativa do Legislativo”, e “*servidores empregados*” dessas mesmas pessoas²³.

Relativamente aos denominados servidores empregados observa-se se incluem aí aqueles que se encontrem sob vínculo empregatício por (a) “haverem sido admitidos sob vínculo de emprego para funções materiais subalternas”, o que para ele é constitucionalmente possível, porém não recomendável; (b) por serem “remanescentes do regime anterior, no qual se admitia (ainda que muitas vezes inconstitucionalmente) amplamente o regime de emprego”; e, (c) por serem “contratados, nos termos do art. 37, IX, da Constituição, sob vínculo trabalhista, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, sob regime jurídico previsto na Lei 8.745, de 9.12.1993”²⁴.

Numa posição relativamente aproximada, porém não idêntica, Lucia Valle Figueiredo apresenta classificação na qual observa que a expressão agentes públicos (como “todos aqueles investidos em funções públicas, quer permanente, quer temporariamente”²⁵), “é abrangente e abriga os agentes políticos, funcionários, servidores, contratados por tempo determinado para serviço de excepcional interesse público e, ainda, os que obtiveram estabilidade por meio da Constituição de 1988, das ‘Disposições Gerais e Transitórias’”²⁶. E aqui também inclui os particulares em colaboração com a Administração Pública.

A autora completa seu raciocínio trazendo lição importante ao anotar que

agente público é, destarte, o termo correto e que, na verdade, expressa a atividade que esteja sendo exercida por alguém em nome do Estado.

Por outro lado, funcionários públicos são aqueles que detêm cargos públicos. Assinalamos, pois, o primeiro erro técnico que contém a Lei 8.112/90 (Regime Único,

²³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. p. 254.

²⁴ *Idem*, p. 254-255.

²⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 9ª ed., 2008, p. 596.

²⁶ *Idem*, 597.

que ainda permanece, porém não mais como regime único, pois atualmente pode haver regimes diferenciados). Em seu art. 2º dispõe a lei: “Para os efeitos desta Lei, servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público”. Ou seja, usou a lei a expressão “servidor” em sentido outro que aquele utilizado pela Constituição. A Constituição, no seu art. 39, antes, portanto, da Emenda 19/1998, tratava dos “servidores públicos civis da União” e albergava aqueles que prestam serviços às empresas estatais; proibia a acumulação de cargos, empregos e funções.

A expressão “servidor”, portanto, é muito mais abrangente do que “funcionário”. Funcionário, sim, é aquele investido em cargo público²⁷.

E com essas noções apresenta classificação dos agentes públicos nos seguintes termos: (a) agentes políticos – Presidente da República, Governadores, Senadores, Deputados, Prefeitos, Vereadores, Ministros e Secretários de Estado; (b) agentes públicos em sentido amplo – membros de poder (juízes, membros dos Tribunais de Contas, do Ministério Público, dos Tribunais judiciais); (c) funcionários (na acepção doutrinária) – ocupantes de cargos efetivos ou em comissão; (d) servidores da Administração central, autarquias e fundações, e aqueles que exercem função pública sem que ocupem cargos; (e) empregados das empresas estatais e das fundações, empregados das pessoas governamentais de direito privado; (f) empregados públicos contratados por tempo determinado para atender a necessidades temporárias de excepcional interesse público; (g) estabilizados pela Constituição Federal de 1967, bem como pelo art. 19 do ADCT da Constituição de 1988; (h) militares; (i) particulares em colaboração com a Administração Pública²⁸.

Hely Lopes Meirelles, por sua vez, definindo agentes públicos como “todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal”²⁹, inicia por observar que se trata de um gênero repartido em cinco espécies ou categorias bem diferenciadas: agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos, agentes delegados e agentes credenciados.

²⁷ Idem.

²⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. p. 596.

²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 35ª ed., 2009, p. 75.

Em seguida, apontando que os servidores públicos constituem subespécies dos agentes públicos administrativos³⁰, passa a indicar a existência de um gênero servidores públicos em sentido amplo, que abrange “todos os agentes públicos que se vinculam à Administração Pública, direta e indireta, do Estado, sob regime jurídico (a) estatutário regular, geral ou peculiar, ou (b) administrativo especial, ou (c) celetista (regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, de natureza profissional e empregatícia”³¹. Assim, considera que de acordo com a Constituição Federal, na redação propostas pelas EC 19 e 20, os servidores públicos em sentido amplo classificam-se em quatro espécies: “*agentes políticos, servidores públicos em sentido estrito ou estatutários, empregados públicos e os contratados por tempo determinado*”³². O que nos chama atenção para esse autor é o fato de manter uma diferenciação, ou melhor, um desdobramento, ao tratar dos servidores públicos em sentido estrito ou estatutários e empregados públicos.

A doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro faz abordagem do tema com a seriedade científica que lhe é peculiar. Observa, antes mesmo de adentrar na classificação, a terminologia utilizada pela Constituição Federal, que ora emprega a expressão servidor público em sentido amplo, “para designar todas as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício, ora em sentido menos amplo, que exclui os que prestam serviços às entidades com personalidade jurídica de direito privado”³³. Considerando que o texto constitucional ainda contempla outras pessoas

³⁰ Conceitua agentes públicos administrativos como sendo “todos aqueles que se vinculam ao Estado ou às suas entidades autárquicas e fundacionais por relações profissionais, sujeitos à hierarquia funcional e ao regime jurídico determinado pela entidade estatal a que servem”. E complementa: “são investidos a título de emprego e com retribuição pecuniária, em regra por nomeação, e excepcionalmente por contrato de trabalho ou credenciamento. Nessa categoria incluem-se, também, os dirigentes de empresas estatais (não seus empregados), como representantes da Administração indireta do Estado, os quais, nomeados ou eleitos, passam a ter vinculação funcional com órgãos públicos da Administração direta, controladores da entidade”. (*Direito Administrativo Brasileiro*, p. 80).

³¹ *Idem*, p. 417.

³² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. p. 75.

³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 28ª ed., 2015, p. 653.

que exercem função pública ligados ao Estado em regime especial devido sua peculiaridade e também pessoas que a exercem sem vínculo empregatício, ensina que tornou-se necessário a adoção de um outro vocábulo que trouxesse a noção mais ampla do que a de servidor público ao designar essas pessoas que exercem função pública, com ou sem vínculo empregatício³⁴, esse vocábulo ficou definido pelos doutrinadores como “agente público”.

Assim, conceituando agentes públicos como “toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta”³⁵, entende que de acordo com a Constituição Federal de 1988, com as alterações introduzidas pela Emenda 18/98, os agentes públicos se dividem em quatro categorias: (a) agentes políticos, (b) servidores públicos, (c) militares, e (d) particulares em colaboração com o Poder Público. E a peculiaridade de sua posição de alocar os militares como mais uma categoria de servidores se dá, conforme indica a autora, pelo fato de que após a Emenda Constitucional 18/98 ter-se excluído com relação a eles a denominação servidores públicos, significando ter de incluí-los como mais uma categoria do gênero agentes públicos³⁶.

Especificamente com relação aos servidores públicos, entendidos como “as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos”³⁷ a autora apresenta sistematização bastante interessante, compreendendo entre eles: (a) “os servidores estatutários, sujeitos ao regime estatutário e ocupantes de cargos públicos”; (b) “os empregados públicos, contratados sob o regime da legislação trabalhista e ocupantes de emprego público”; e (c) “os servidores temporários, contratados por tempo determinado para

³⁴ Idem, 654.

³⁵ Idem.

³⁶ Idem.

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. p. 656.

atender à necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, da Constituição); eles exercem função, sem estarem vinculados a cargo ou emprego”³⁸.

Edmir Netto de Araújo também adota a posição doutrinária de identificar o agente público como gênero onde se encontram as espécies agentes políticos, servidores públicos e particulares em colaboração com a Administração. Sua definição de agentes públicos é estruturada da seguinte forma

todo aquele que, de alguma forma, sob qualquer categoria ou título jurídico, desempenha função ou atribuição considerada pelo Poder Público como a si pertinente, seja em virtude de relação de trabalho (estatutária ou não), seja em razão de relação contratual, encargo público ou qualquer outra forma de função de natureza pública, será, enquanto a desempenhar, um agente público³⁹.

Com relação aos servidores públicos, explica que são o maior contingente de agentes públicos existentes no seio da Administração Pública, e faz uma distinção, entre funcionários públicos ou servidores funcionários públicos e empregados públicos. Estes funcionários públicos, considerados pela maior parte dos estatutos funcionais, seriam a espécie de servidor que tenha sido legalmente investido em um cargo público, por autoridade competente, para exercício de caráter permanente, sujeito a regime estatutário, tendo sido incorporado aos quadros do funcionalismo mediante posse, compromisso e efetivo exercício⁴⁰. Empregados públicos seriam em linhas gerais o contingente de indivíduos que prestam serviços ao Estado sob regime de emprego, contratados pela Consolidação das Leis do Trabalho⁴¹.

Na acepção genérica de servidor público, convém aqui trazer apontamento conceitual que esclarece a doutrina do autor sobre o tema

³⁸ Idem, p. 656-657.

³⁹ ARAÚJO. Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 4ª ed., 2009, p. 253.

⁴⁰ Idem, p. 254.

⁴¹ Idem, p. 256.

Servidor Público, na doutrina, jurisprudência e mesmo no direito positivo, especialmente o anterior à Constituição de 1988, sempre foi uma noção genérica, que significa exatamente aquele agente público que presta serviços ao Estado, em caráter profissional, não eventual (portanto, com vocação de permanência no respectivo cargo, emprego ou função – na Administração estadual paulista, “postos de trabalho”) sob vínculo de dependência econômica para com o Poder Público, sendo recrutado através de procedimento público de seleção (normalmente o “concurso público” formalmente considerado) ou, para cargos de confiança inferiores ao dos agentes políticos eleitos, mediante nomeação “em comissão” (que, para nós é sinônimo de “em confiança”)⁴².

Como podemos observar as diversas classificações doutrinárias abrange os servidores públicos como espécie ou categoria do gênero agentes públicos, ressalvadas as peculiaridades de cada entendimento quanto a estruturação desse gênero. O que demonstra a importância sobressalente da Teoria dos Servidores Públicos desenvolvida por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello que teve a felicidade de direcionar e alicerçar a matéria na disciplina do Direito Administrativo brasileiro.

Para completar essa primeira etapa do trabalho, convém portanto a luz do texto constitucional apresentar nosso entendimento quanto a classificação dos agentes e servidores públicos, definindo nosso conceito próprio.

1.1.3 Classificação e Conceito

A Constituição Federal trata dos servidores públicos em seção específica, no entanto, desde as disposições gerais do capítulo destinado a reger a Administração Pública apresenta todo um sistema onde se podem extrair elementos que caracterizam o regime dos servidores públicos. Para que esse regime de direitos e garantias seja conformado com a realidade é necessário estar disposto sobre uma estrutura que retrate com fidelidade a prática administrativa calcada em mandamentos válidos na ordem constitucional. Desse modo, a

⁴² ARAÚJO. Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. p. 256.

tarefa da doutrina é apresentar para a comunidade jurídica uma estrutura apta, mesmo que teórica, a absorver o regime jurídico dos servidores públicos definidos no plano constitucional. O que não quer dizer que todos os doutrinadores deverão formular seus ensinamentos na mesma linha, sob risco de defender teses certas ou erradas, afinal, como já se fixou classicamente na ciência dos estudos do Direito Administrativo, não existem classificações corretas ou incorretas, mas sim úteis ou menos úteis. Em nosso ponto de vista, ainda que cada doutrinador tenha sua liberdade e esteja vinculado a sua ideologia, existe um dever ético para com a ciência, de conceber seu posicionamento em total respeito com o sistema normativo vigente.

Todo esse intróito serve para defendermos nossa posição quanto a classificação e conceito de servidores públicos, pois ainda que não venha ser qualificada como de grande relevo, que seja ao menos considerada fiel a ordem constitucional.

Para nós, assim como vem tratando a doutrina, o grande gênero das pessoas físicas que atuam no exercício de função pública em nome do Estado são os agentes públicos. A partir do estabelecimento dessa designação ampla é que a Administração passa a ser representada por espécies de agentes vinculados cada qual a peculiaridade do regime que o prende, ou seja, determinado o gênero, ele se subdivide em espécies ou categorias que representam a especificidade de suas relações com o aparelhamento administrativo e, em última análise, com a sociedade. Desse modo, entendemos que os agentes públicos acabam se dividindo em três categorias: agentes políticos, servidores públicos e particulares em colaboração com a Administração.

Agentes políticos são as pessoas físicas que mantêm um vínculo com o Estado através de uma relação de representação política, marcada pela própria estrutura constitucional e vinculada a noção de cidadania. Seriam assim considerados agentes políticos

o Presidente da República, os Governadores, os Senadores, os Deputados Federais e Estaduais, os Prefeitos e Vereadores, além dos auxiliares imediatos dos chefes do Poder Executivo, tais como Ministros e Secretários de Estado.

Servidores Públicos seriam as pessoas físicas vinculadas ao estado através de relação de trabalho com natureza profissional, caráter não eventual e dependência, em regime estatutário, de emprego público ou ainda em caráter especial temporário. Como se observa, além dos servidores estatutários, compreendemos dentro da espécie servidores públicos também os empregados públicos e os servidores temporários. Os empregados públicos marcados por regras adaptadas das Consolidações das Leis do Trabalho ao regime de Direito Público, e os servidores temporários regidos por legislação específica de cada ente, ou em último caso, por essas mesmas regras adaptadas da CLT ao direito público.

Por fim, os particulares em colaboração com a Administração seriam as pessoas físicas que exercem função pública sob diversos títulos na sua qualidade própria de particulares, sem qualquer vínculo de trabalho, remunerados ou não. Aqui estariam presente os jurados, os mesários eleitorais, os convocados para o serviço militar, os integrantes de comissões instaladas por quaisquer dos poderes do Estado, os gestores emergenciais de função pública, ou aqueles que exercem delegação pública, como por exemplo, os empregados das empresas concessionárias e permissionárias de serviço público, os delegados de serviços de notas e de registro, os leiloeiros públicos, os interpretes e os tradutores juramentados.

Com esse panorama doutrinário acerca das classificações dos agentes e servidores públicos, e com a definição de nossa posição, passamos a seguir a tratar do regime dos servidores públicos no Brasil e suas especificidades, onde analisaremos a estrutura normativa de acordo com as premissas ora indicadas de nossa classificação e conceituação.

2. Regime Jurídicos dos Servidores Públicos

Como é de conhecimento de todos os cultores do direito, algumas relações sociais são qualificadas pela ordem normativa através do conjunto sistemático⁴³ de direitos, garantias, deveres e obrigações. Desse modo alguns temas da sociedade são tratados pela legislação de modo a apresentar-se num todo unitário, inteligível, posto em pratica para conferir ao corpo social um conjunto normativo destinado a reger essas especificas relações. A isso chamamos de regime jurídico. No caso dos servidores públicos é a própria Constituição Federal que trata de sistematizar os direito e as garantias, razão pela qual temos chamado de Regime Jurídico Constitucional dos Servidores Públicos.

O texto constitucional brasileiro previu assim todas as normas que definem esse regime jurídico, relegando aos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) a instituição no âmbito de sua competência de seu regime jurídico único, o desenvolvimento dos planos de carreira de seus servidores, com a competência para definirem suas políticas de administração e remuneração de pessoal, desde que respeitados os limites já impostos pelo constituinte.

Esse traço da Constituição Federal dispõe não apenas garantias e direitos relativos àqueles que mantém uma relação de trabalho com a Administração, mas de forma ainda mais fundamental o asseguramento aos cidadãos de que os agentes do Estado estão desempenhando

⁴³ Para evitar palavras vazias, entendemos oportuno trazer a noção de sistema desenvolvida por Geraldo Ataliba: “O caráter orgânico das realidades componentes do mundo que nos cerca e o caráter lógico do pensamento humano conduzem o homem a abordar as realidades que pretende estudar, sob critérios unitários, de alta utilidade científica e conveniência pedagógica, em tentativa de reconhecimento coerente e harmônico da composição de diversos elementos em um todo unitário, integrado em uma realidade maior. A esta composição de elementos, sob perspectiva unitária, se denomina sistema”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. p. 55; *apud* ATALIBA, Geraldo. *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1968, p. 4).

as funções públicas que lhe foram entregues dentro dos limites legais, sob a égide da Lei, sem qualquer tipo de influencia política ou desmandos autoritários, pois trazem consigo a segurança jurídica de seus vínculos⁴⁴. E toda essa construção só adquire efeito diante de nossa realidade de igualdade na Lei e perante à Lei, de subordinação do Estado à Lei e de submissão à jurisdição⁴⁵, melhor dizendo, diante do Estado Democrático de Direito (re)estabelecido pela Constituição de 1988⁴⁶. Não se poderia falar em direitos e garantias se o detentor do poder se

⁴⁴ Acerca do tema da segurança jurídica invocamos as notas introdutórias da dissertação de mestrado de Rafael Valim, que bem retrata o espírito com que o princípio da segurança jurídica sobreia nossa sociedade: “A preocupação com a segurança não é nova e tampouco é apanágio da ideologia liberal-burguesa. Embora nesta ideologia tal princípio encontre irrestrita acolhida, nela não se esgota, correspondendo a uma aspiração imemorial do homem e de cuja existência depende a própria vida em sociedade. Não é por outra razão que Legaz y Lambra proclama ser a segurança jurídica uma *dimensão ontológica do Direito*. A partir de um juízo aproximativo e ainda atécnico, significa a segurança jurídica a expectativa do indivíduo, estribada em normas jurídicas, sobre as consequências dos seus atos, bem como sobre os comportamentos que pode esperar e pretender dos demais. Só nessa ambiência é que o cidadão consegue projetar sua vida e desenvolver livremente suas potencialidades”. (VALIM, Rafael. *O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 15).

⁴⁵ Essa visão de necessidade de subordinação do Estado à Lei e de submissão à jurisdição para a configuração exata do Estado Democrático de Direito, é bem expressada por Geraldo Ataliba, ao ensinar: “para que se repute um Estado como de Direito é preciso que nele se reúna à característica da subordinação à lei e da submissão à jurisdição”, pois conforme o próprio jurista fundamenta sua posição, “é corrente a afirmação de que Estado de Direito é o que se subordina à lei. Tal Concepção, entretanto, é equivocada, porque insuficiente. Equivocada na medida em que se ajusta à maioria dos Estados modernos, os quais *sempre* atuam de acordo com a lei”. Citando Santi Romano, observa que esse jurista italiano “denunciou o equivoco consistente em supor-se que, por haver uma lei designada Constituição, *ipso facto* já se estaria diante de um Estado constitucional. E demonstrou a necessidade de que um Estado adote os padrões do constitucionalismo para ser qualificado como Estado constitucional, no sentido rigoroso da palavra” (ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Malheiros, 3ª ed. atualizada, 2011, p. 120).

⁴⁶ A noção de Estado Democrático de Direito obviamente não fica limitada apenas na concepção de igualdade na Lei e perante à Lei, de subordinação do Estado à Lei e de submissão à jurisdição. Seriam essas linhas gerais para se configurar o Estado Democrático de Direito, mas não esgotam seu conteúdo, sobretudo pelo fato da Constituição Federal de 1988 representar um passo além de tudo aquilo que se concebia, pois a realidade brasileira estava assolada pelo regime instalado pelos generais militares. José Afonso da Silva apresenta profunda caracterização sobre isso em seu Curso de Direito Constitucional Positivo, e seria leviano de nossa parte não trazer à baila a lição do renomado mestre. Assim leciona: “A configuração do *Estado Democrático de Direito* não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*, E aí se entremostra a extrema importância do art. 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em *Estado Democrático de Direito*, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando”. Sobre a influencia da democracia na definição ensina: “A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art.1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de libertação da pessoa humana de opressão que não

julgasse superior a Lei, se ainda tivéssemos entre nós a impressão que prevaleceu até certo ponto da história, de que os homens eram esmagados pelos detentores do Poder Político⁴⁷.

Com efeito, essa perspectiva do Estado Democrático de Direito como modelo de organização social que absorve para o mundo jurídico “uma concepção política e a traduz em preceitos concebidos expressamente para a montagem de um esquema de controle do Poder”, ou seja, “como projeto político, jurisdicizado, de contenção do Poder e de proclamação da igualdade de todos os homens”, é fundamental para todo o regime jurídico administrativo, o que se torna o cerne das normas que dispõe sobre os Sujeitos do Direito Administrativo. É lição fundamental para o Estado, tanto que é inconcebível falar nesse ramo do direito sem o Estado Democrático de Direito, como também é impossível falar em Estado Democrático de Direito sem Direito Administrativo⁴⁸.

Infelizmente entre nós a noção de direitos e garantias dos servidores públicos como fundamento do Estado Democrático de Direito é mal assimilada. Raramente se quer a doutrina toca no tema quando se propõe a tratar dos servidores públicos e seu regime jurídico.

depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício”. E assim conclui com maestria: “É um tipo de Estado que tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social que o personalismo e o monismo político das democracias populares sob o influxo do socialismo real não foram capazes de construir” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 34ª ed., 2011, p. 119-120).

⁴⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. p. 50.

⁴⁸ A observação de Celso Antônio Bandeira de Mello é fundamental para a compreensão de tudo o que se disse até aqui: o Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito, porque é o Direito que regula o comportamento da Administração. É ele que disciplina as relações entre a Administração e administrados, e só poderia mesmo existir a partir do instante em que o Estado, como qualquer, estivesse enclausurado pela ordem jurídica e restrito a mover-se dentro do âmbito desse mesmo quadro normativo estabelecido genericamente. 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* – o que não impede, evidentemente, que componha, como tem que compor, as hipóteses em que os interesses individuais não de se fletir aos interesses do todo, exatamente para a realização dos projetos de toda a comunidade, expressados no texto legal. É, pois, sobretudo, *um filho legítimo o 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* (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. p. 47-48). Essa lição do ilustre Professor é perfeitamente compatível com a idéia de Estado Democrático de Direito tal como discorrido na lição acima exposta da doutrina de José Afonso da Silva.

Celso Antonio Bandeira de Mello com sua genialidade científica foi quem teve a sensibilidade necessária para desenvolver aprofundado raciocínio e concluir nesse sentido. E isso na década de oitenta, quando o Estado brasileiro ainda tentava reencontrar o caminho da Democracia.

Nas palavras do Emérito Professor da Escola de Direito das Perdizes

O Estado de Direito presume, como todos sabemos, a submissão do poder a um quadro de legalidade. O Estado de Direito nasce de um movimento político que se calça tanto na tese da soberania popular, quanto na tese da necessidade de contenção do Poder. Realmente, os objetos que inspiram a consagração jurídica do projeto político do Estado de Direito descansam, sobretudo, no desejo de resguardar o cidadão contra o exercício desatado do Poder. Ora, o descomedimento do exercício do Poder é particularmente perigoso quando proveniente do Poder Executivo. Pois bem, 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 desabrimiento capaz de comprometer objetivos do Estado de Direito⁴⁹.

Nessa linha defende que para que a máquina estatal seja neutra, imparcial, é necessário que os servidores públicos disponham de condições para exercer a função pública⁵⁰ que lhe foi confiada, tratando os administrados do lealdade e isonomia. Essas condições estariam dispostas em regimes jurídicos através do qual são dispostas normas contemplando direitos e garantias a fim de conferir uma mínima independência perante os governantes. Afinal, “só mesmo u’a máquina preparada para ser isenta, imparcial, leal, e que

⁴⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Servidores Públicos. Aspectos Constitucionais*. Estudo de Direito Público – Revista da Associação dos Advogados da Prefeitura do Município de São Paulo/EDP 8/81-92. Ano IV-V. São Paulo, julho-dezembro/1985 e janeiro-julho/1986. p. 82.

⁵⁰ A noção de função é fundamental para o Direito Administrativo. Toda a atividade disposta ao cumprimento do interesse público se desenvolve através dela, razão pela qual se entende que a Administração não exerce propriamente um Poder, mas antes um Dever, ou seja, um Dever-Poder, onde o poder é apenas instrumento para o cumprimento do dever que lhe é imposto pela Constituição Federal. Desse modo, utilizamos o conceito desenvolvido por Celso Antônio Bandeira de Mello no sentido de que há 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” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*). Tal conceito, como bem observou Ricardo Marcondes Martins apresenta dois elementos: “o dever de atuar em prol do interesse alheio e a manutenção de prerrogativas necessárias ao cumprimento desse dever” (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 37-38).

trate isonomicamente os indivíduos pode garantir a realização dos objetivos do Estado de Direito”⁵¹.

Nisso ainda conclui com autoridade que as disposições constitucionais relativas aos servidores públicos cumprem, acima de tudo, função correspondente aos predicamentos da magistratura e as imunidades parlamentares, instrumentando a sociedade para que seus agentes estejam garantidos e com seus direitos resguardados, e por isso, possam ser independentes⁵².

A doutrina de Ricardo Marcondes Martins também contribui para essa posição. A lição de que a “Constituição não estabelece *privilégios*, mas *prerrogativas* necessárias ao cumprimento dos deveres ínsitos à função pública”⁵³ é fundamental para o entendimento de que essas garantias e direitos não foram arbitrariamente criados pela Constituição, mas foram trazidos ao sistema jurídico porque são consideráveis essenciais e indispensáveis ao bom desempenho da função pública, e por óbvio, ao Estado Democrático de Direito. O ilustre jurista cumpre seu ônus argumentativo e encerra qualquer dúvida acerca da posição que aqui adotamos ao lecionar:

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, de cumprir o Direito globalmente considerado, e não impedir que ele seja obstado de cumprir esse dever. 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, são inerentes 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*⁵⁴.

⁵¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Servidores Públicos. Aspectos Constitucionais*. Estudo de Direito Público – Revista da Associação dos Advogados da Prefeitura do Município de São Paulo/EDP 8/81-92. p. 84.

⁵² Idem.

⁵³ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 163.

⁵⁴ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional*. p. 164.

Com isso chegamos ao entendimento de que o Estado Democrático de Direito tem como uma de suas bases, como um de seus alicerces, os direitos e garantias dos servidores públicos dispostos nas regras e nos princípios jurídicos estabelecidos explicita ou implicitamente na Constituição Federal. Desse modo, essas garantias e direitos não se destinam apenas ao bem estar do servidor, mas em última análise, se apresentam como garantia individual e direito político dos cidadãos, o que os elevam a categoria de cláusulas pétreas⁵⁵. Afinal, os cidadãos passam a contar com a segurança de ter investido nos cargos públicos servidores imunes a qualquer tipo de pressão e opressão dos políticos de plantão.

2.1 Peculiaridades do Regime Estatutário

Algumas peculiaridades do regime estatutário merecem breves destaques, sobretudo porque marcam dito regime como o mais condizente com a Administração Pública. No sistema normativo essas peculiaridades se qualificam de forma a comporem o sistema através de elementos que o informam, que o sustentam, elementos que passam a gizir o exercício da função pública, sendo assim classificados como princípios jurídicos⁵⁶.

⁵⁵ Com a honestidade científica necessária, observamos que esse entendimento não foi por nós desenvolvido. Todo e qualquer mérito deste raciocínio que firma posição fundamental diante das garantias e dos direitos dos Servidores se deve ao Professor Doutor Ricardo Marcondes Martins, que advoga a tese no Capítulo 6 da obra já referida, Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional, quando discorre sobre o Regime Constitucional dos Servidores Públicos.

⁵⁶ Utiliza-se aqui o termo *principio* no sentido conceituado por Celso Antonio Bandeira de Mello: “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”. Reconhecendo, todavia, a existência de três fases do conceito: 1ª fase – consagrado no sentido de fundamentos de determinada disciplina jurídica, seus aspectos mais importantes; 2ª fase – nos termos como ora exposto, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello; 3ª fase – onde apresentam estrutura lógica de normas jurídicas, no sentido de, tal como as regras, serem passíveis de aplicação no mundo fenomênico através do método da ponderação.

Ressaltamos aqui os princípios constitucionais do concurso público e da estabilidade.

O princípio constitucional do concurso público, disposto no art. 37, II, da CF, determina que os cargos, empregos e funções públicas dependem “de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”. O que é considerado como desdobramento direto da isonomia e da impessoalidade⁵⁷, e tem sua importância ressaltada pelo fato de não se aplicar apenas ao regime estatutário, devendo ser obedecido nos casos de emprego público. O afastamento dessa regras só deve e pode ser considerado válido nos casos em que o próprio texto constitucional admite a possibilidade, seriam eles (a) nos casos de cargos eletivos, destinados a representação popular, nos termos do art. 1º, parágrafo único; (b) nos casos de cargos de provimento vitalício, onde a nomeação se dá pelos representantes populares; (c) nos casos de cargos de provimento em comissão, nos termos do art. 37, II, conforme acima exposto; e (d) nos casos das atividades temporárias e das atividades em que o interesse público exige o exercício imediato, ainda que não sejam temporárias.

Já o princípio constitucional da estabilidade, dispõe no sentido de que o cargo do servidor público estatutário só pode ser retirado nos casos expressamente previstos no art. 41, § 1º, da Constituição Federal. Trata-se, na verdade, de princípio diretamente ligado às bases do Estado Democrático de Direito que sombreia nossa Constituição Federal através de garantia ao próprio administrado contra a influência política no exercício da função pública e um direito político do cidadão à boa administração. Como observa o mesmo Ricardo

⁵⁷ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regime Estatutário e Estado de Direito*. Revista Trimestral de Direito Público 55/139-155. São Paulo, Malheiros Editores, 2011, p. 144.

Marcondes Martins, por nos reiteradamente citado devido a profundidade de seu raciocínio e seriedade científica de seus ensinamentos:

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 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 poder⁵⁸.

Sem essa estabilidade, “a própria acessibilidade aos cargos públicos torna-se um benefício vão”, pois representa ela “a outra face da garantia de um aparelho administrativo isento, equânime em relação aos administrados”⁵⁹. Extrai-se disso, que a estabilidade é a certeza que acompanha a vida do servidor estatutário, de que ele não será desligado do cargo, salvo se houver praticado ato que revele falta suficientemente grave para que seja deste modo sancionado. Traz assim, ao funcionário público a tranqüilidade e a segurança ademais aludida no sentido de que pode atuar livre de pressões dos políticos detentores do poder, afinal como lição clássica temos que todo aquele que detém o poder, tende a abusar dele. Com isso o servidor estatutário extrai do sistema a certeza e garantia de que deve tratar os administrados de forma impessoal e isonômica.

São por essas razões, sem exclusão de outras mais, tão nobres quanto, que se diz que o regime estatutário é o regime jurídico pensado para à Administração Pública.

2.2 Empregados Públicos

⁵⁸ Idem, p. 149.

⁵⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Servidores Públicos. Aspectos Constitucionais*. Estudo de Direito Público – Revista da Associação dos Advogados da Prefeitura do Município de São Paulo/EDP 8/81-92. p. 91.

O sistema jurídico admite, contudo, a possibilidade excepcional da contratação de servidores através do regime de emprego, que seriam os empregados públicos, aqueles agentes presos ao estado através de relação de trabalho com natureza profissional, caráter não eventual e dependência, com o vínculo marcado por regras adaptadas da CLT ao regime de Direito Público.

Diz-se aqui excepcional ao se referir ao regime de emprego na Administração Pública brasileira pelo fato do sistema normativo admitir apenas quatro hipóteses de contratação nestes termos, são elas: (a) contratação dos servidores das empresas públicas ou sociedades de economia mista exploradoras da atividade econômica, quando necessário aos imperativos de segurança nacional e ao relevante interesse público; (b) estabilidade prevista no art. 19 do ADCT referente àqueles servidores públicos da administração direta, autárquica e fundacional que estavam em exercício na data da promulgação da Constituição há pelo menos cinco anos e não tinham sido admitidos por concurso público; (c) contratação de servidores por tempo determinado, nos termos do art. 37, IX da Constituição Federal, dispensando o concurso público e no intuito de atender necessidade temporária de excepcional interesse público; (d) contratação de servidores para execução de atividades subalternas.

A contratação dos servidores das empresas públicas ou sociedades de economia mista exploradoras da atividade econômica, quando necessário aos imperativos de segurança nacional e ao relevante interesse público é admitida pelo fato dessas pessoas jurídicas serem regidas para atender o art. 173, § 1º, da Constituição Federal. Assim, como desenvolverá suas atividades em concorrência com os particulares deve-se submeter, parcialmente, ao direito privado, a fim de evitar qualquer concorrência desleal.

Neste ponto, ainda acresce-se a seguinte questão. Todo o regime dessas empresas estatais é organizado de modo que as atividades fins, ou seja, relacionadas à exploração da atividade econômica, sejam vinculadas ao regime de direito privado. De outro lado, as atividades meio, relacionadas à sua estrutura interna, ficariam vinculadas ao regime de direito público. Desse modo, exemplificadamente, pode-se argumentar que para um banco público atuar no mercado concorrendo contra os demais, não deve ficar restrito às normas de direito público, pois haveria aí, uma concorrência desleal, onde, as regras fixadas no Direito Público prejudicariam o desenvolvimento da atividade deste banco. No entanto, para outras atividades tais como a compra de materiais de escritório ou por exemplo, contratação de prestadores de serviço no ramo de marcenaria para reforma dos móveis de sua sede, deve o mesmo banco se ater as normas de direito público, realizando licitações. Desse modo, tomando em paralelo essa conformação do sistema, e guardadas as devidas proporções, a melhor interpretação do regime jurídico dos servidores, sobretudo por sua face de fundamento ao Estado Democrático de Direito, nos levaria a concluir que também para as atividades meio dessas empresas estatais o regime de trabalho deveria ser o estatutário, onde o servidor adquiriria todas as garantias e direitos para prestar seu serviço de modo independente e imune aos desmandos dos dirigentes de tais pessoas jurídicas, restando o regime de emprego público objetivamente com relação à atividade fim das empresas estatais⁶⁰.

No tocante a estabilidade prevista no art. 19 do ADCT referente aos servidores públicos da administração direta, autárquica e fundacional que estavam em exercício na data da promulgação da Constituição há pelo menos cinco anos e não tinham sido admitidos por

⁶⁰ Tal observação foi primeiramente levantada a título de provocação pelo Professor Doutor Ricardo Marcondes Martins em aula proferida no curso de pós-graduação *stricto sensu* da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, da disciplina Direito Administrativo Neoconstitucional: contrafações administrativas, do núcleo de Direito Administrativo, realizada em 17.04.2015. Não podemos concluir, contudo, que este seja o posicionamento do ilustre Professor, e se vier a ser certamente haverá elucubração teórica de maior autoridade científica por parte do mestre. Nos adiantamos na lição apenas pelo fato de acharmos o raciocínio de grande razoabilidade e relevância para o tema do regime jurídico dos servidores públicos.

concurso público, trata-se de uma opção do constituinte a implicação do emprego público, pois a Constituição Federal de 1.988 não atribui a esses profissionais o regime estatutário próprio dos cargos de provimento efetivos.

Outra exceção ao regime estatutário trazida pela Constituição Federal se dá com relação aos servidores temporários contratados com fundamento no art. 37, IX, para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, onde se pode admitir a dispensa do concurso público. Aqui a previsão constitucional dispões no sentido de a legislação estabelecer o caso de contratação, casos estes que podem ser entendido como o regime de contratação, podendo a lei estabelecer regime especial e submeter as regras de direito público, contendo tal previsão até mesmo no estatuto dos servidores públicos do ente, ou ainda, estabelecer regime de trabalho e submeter as regras da CLT. Um ponto importante a ser citado nesta hipótese se dá no sentido de, por implicação do principio da boa-fé administrativa, a Administração, independente do regime adotado, estender o mínimo de garantia para que o servidor que a atendeu em momento de necessidade possa gozar de algum direito que lhe contribua pela sua passagem na Administração Pública. Ou seja, sendo regime de direito público ou regime da CLT, deve ser-lhe estendidas as garantias relativas à contribuição para a previdência e seguridade social.

Por fim, a última possibilidade de regime de emprego admitida à Administração Pública se dá com relação aos servidores que executam atividades materiais subalternas, onde a imunização da influencia politica através da estabilidade e demais garantias que o regime estatutário prevê não compromete o Estado Democrático de Direito. São na verdade, porteiros, faxineiros, ascensoristas, etc, e suas atuações não tem qualquer correspondência com poder de decisão diretamente vinculado ao exercício de função tuteladora do interesse público.

Embora exista a possibilidade da contratação através de regras da Consolidação das Leis do Trabalho, o que se deve ter em mente é que, por tratar-se de Administração Pública, onde não se admite o simples movimento lastreado pela autonomia da vontade, mas sim baseado no exercício de função pública que lhe confere poderes instrumentais para atingir o interesse da mesma natureza, o regime da relação é de Direito Público. Melhor dizendo, não se deve dizer regime celetista da Administração Pública, mas regime de direito público com regras da CLT. Isso porque, ao analisar a natureza jurídica dos empregados vê-se com clareza que não há a regência pelas mesmas regras de trabalho dos privados, ou seja, a incidência ao regime privado é parcial, como ensina Ricardo Marcondes Martins⁶¹.

Assim, mesmo sendo-lhe aplicado o regime geral de previdência social e essas regras laborais, nos termos do art. 41, § 13, da CF, deve o empregado público ser admitido através de concurso público, sua dispensa deve se dar através de processo administrativo com ônus de motivação, contraditório e ampla defesa, as suas relações com à Administração não pode sofrer influencias de convenção coletiva de trabalho, aplica-se-lhes o teto remuneratório, a vedação a equiparação salarial, a proibição de acumular cargos e empregos públicos de um modo geral, bem como a proibição de acumulação de salário com proventos de aposentadoria decorrentes de cargo ou emprego público. Por tudo isso é que Ricardo Marcondes Martins ensina que os empregados públicos não celebram contratos com o Estado, mas são investidos em empregos públicos por decorrência do regime híbrido disposto na Lei das leis e pela aplicação extensiva da teoria do provimento de cargos públicos ao provimento em empregos públicos⁶². Em suma, como o citado mestre sabidamente conclui, “o regime do emprego

⁶¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Empregado Público*. In: SCHWARZ, Rodrigo Garcia (org.). *Dicionário de direito do trabalho, de direito processual do trabalho e direito previdenciário*. São Paulo: LTR, 2012, p. 415.

⁶² Idem.

assenta-se nos princípios e regras constitucionais, aplicáveis ao emprego público por expressa ou implícita determinação constitucional, e nas regras do direito do trabalho”⁶³.

Como averbamos, essas hipóteses de contratação a margem do regime estatutário são admitidas pelo sistema constitucional brasileiro, fora isso qualquer tentativa deve ser refutada por ilegalidade de seu regime. Não há no direito brasileiro qualquer exceção além das quatro acima citadas. E isso deve ser insistentemente fixado pelo fato da Administração Pública desde a década de noventa estar sofrendo a influencia das políticas neoliberais, conforme já citamos. O que se pretende nesta “jogada de poder voltada às praticas administrativas” é tentar desconstruir o regime de direito público, trazendo para o seio da Administração o interesse do mercado, do poder econômico, que sonha com o Estado mínimo, e com a máxima especulação do capital, abrindo um campo onde o dinheiro, os interesses escusos e a corrupção lamentavelmente criariam decisões, aplicariam sanções e projetariam regras na sociedade.

Quando a Administração Pública opta por esses passos tortos, se afastando do regime estatutário fora das regras de exceção supracitadas (empregados públicos das empresas estatais exploradoras de atividade econômica, servidores com relação de emprego regido pelo art. 19 do ADCT, servidores temporários e servidores que executam atividade material subalterna) dá-se o fenômeno consagrado pela doutrina como “fuga para o direito privado”, fuga daquele regime pensado exclusivamente para à Administração, que é o estatutário. Qualquer tentativa nesse sentido deve, pois, caracterizar-se como contrafação de cargo público ou contrafação ao regime estatutário.

3 CONCLUSÃO

⁶³ Idem.

Ao longo do trabalho, várias conclusões parciais foram tomadas, e seria improdutivo simplesmente repeti-las agora. Sem embargo, parece mais interessante sistematizar as ideias-chave, cotejando a relação entre elas estabelecida, de modo encarecer a carga argumentativa.

Partindo da análise da doutrina analisamos as posições existente com relação à classificação e conceito das categorias dos agentes públicos, sobretudo fundadas na clássica Teoria dos Servidores Públicos proposta por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello que acabou por inspirar todo o desenvolvido do tema. Visto isso, propomos uma classificação onde o grande gênero das pessoas físicas que atuam no exercício de função pública em nome do Estado são os agentes públicos, que se dividem em três categorias: agentes políticos, servidores públicos e particulares em colaboração com a Administração. Agentes políticos são as pessoas físicas que mantêm um vínculo com o Estado através de uma relação de representação política, marcada pela própria estrutura constitucional e vinculada a noção de cidadania (Presidente da República, Governadores, Prefeitos, Deputados, Vereadores, e seus auxiliares, Ministros e Secretários de Estado). Servidores Públicos seriam as pessoas físicas vinculadas ao estado através de relação de trabalho com natureza profissional, caráter não eventual e dependência, em regime estatutário, de emprego público ou ainda em caráter especial temporário. E os particulares em colaboração com a Administração seriam as pessoas físicas que exercem função pública sob diversos títulos na sua qualidade própria de particulares, sem qualquer vínculo de trabalho, remunerados ou não (jurados, mesários eleitorais, convocados para o serviço militar, integrantes de comissões instaladas por quaisquer dos poderes do Estado, gestores emergenciais de função pública, delegados de serviços de notas e de registro, leiloeiros públicos, interpretes e tradutores juramentados, etc).

Adentrando na segunda parte do trabalho, analisamos o regime jurídico dos servidores públicos, com breves apontamentos acerca das peculiaridades do regime estatutário e dos empregados público. Apoiando-se na doutrina observamos que a Constituição Federal previu todas as normas que definem o regime jurídico dos servidores públicos, relegando aos entes federativos a instituição no âmbito de sua competência de seu regime jurídico único, o desenvolvimento dos planos de carreira de seus servidores, com a competência para definirem suas políticas de administração e remuneração de pessoal, desde que respeitados os limites impostos pelo próprio constituinte. E intentou nisso, através dos direitos e garantias dos servidores públicos assegurarem também o administrado contra o uso desatado do poder, onde fica subtendido ser-lhe assegurado que os agentes do Estado estão desempenhando as funções públicas que lhe foram entregues dentro dos limites legais, sob a égide da Lei, sem qualquer tipo de influencia política ou desmandos autoritários, pois trazem consigo a segurança jurídica de seus vínculos como decorrência própria do Estado Democrático de Direito e seu fundamento. Nesse sentido, para que a maquina estatal seja neutra, imparcial, é necessário que os servidores públicos disponham de condições para exercer a função pública que lhe foi confiada, tratando os administrados com lealdade e isonomia, onde só mesmo uma máquina preparada para ser isenta, imparcial, leal, e que trate isonomicamente os indivíduos para garantir a realização dos objetivos do Estado Democrático de Direito.

Com isso, concluímos com apoio doutrinário que as disposições constitucionais relativas aos servidores públicos cumprem, acima de tudo, função correspondente aos predicamentos da magistratura e as imunidades parlamentares, instrumentando a sociedade para que seus agentes estejam garantidos e com seus direitos resguardados, e por isso, possam ser independentes. E assim, chegamos em ponto fundamental de nosso trabalho com o entendimento de que o Estado Democrático de Direito tem como uma de suas bases os

direitos e garantias dos servidores públicos dispostos nas regras e nos princípios jurídicos estabelecidos explicita ou implicitamente na Constituição Federal de modo que em última análise, se apresentam como garantia individual e direito político dos cidadãos, o que os elevam a categoria de cláusulas pétreas.

Com relação às peculiaridades do regime estatutário, demos breves destaques às peculiaridades que qualificam o regime jurídico dos servidores públicos, relativas aos princípios constitucionais do concurso público e da estabilidade. Onde o princípio constitucional do concurso público, disposto no art. 37, II, da CF, determina que os cargos, empregos e funções públicas dependem de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvada as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, como desdobramento direto da isonomia e da impessoalidade, onde tem sua importância ressaltada não apenas na aplicação ao regime estatutário, mas também sobre os empregos públicos. E o princípio constitucional da estabilidade, dispõe no sentido de que o cargo do servidor público estatutário só pode ser retirado nos casos expressamente previstos no art. 41, § 1º, da Constituição Federal, ligando-se às bases do Estado Democrático de Direito que sombreia nossa Constituição Federal através de garantia ao próprio administrado contra a influência política no exercício da função pública e um direito político do cidadão à boa administração.

Como último ponto de nossa monografia, observamos a existência no sistema jurídico de regras de exceção onde se passa admitir a relação de emprego na Administração Pública, denominados empregos públicos em apenas quatro hipóteses: (a) contratação dos servidores das empresas públicas ou sociedades de economia mista exploradoras da atividade econômica, quando necessário aos imperativos de segurança nacional e ao relevante interesse

público; (b) estabilidade prevista no art. 19 do ADCT referente àqueles servidores públicos da administração direta, autárquica e fundacional que estavam em exercício na data da promulgação da Constituição há pelo menos cinco anos e não tinham sido admitidos por concurso público; (c) contratação de servidores por tempo determinado, nos termos do art. 37, IX da Constituição Federal, dispensando o concurso público e no intuito de atender necessidade temporária de excepcional interesse público; (d) contratação de servidores para execução de atividades subalternas. Com relação à contratação dos servidores das empresas públicas ou sociedades de economia mista exploradoras da atividade econômica, quando necessário aos imperativos de segurança nacional e ao relevante interesse público, entendemos que, a melhor interpretação do regime jurídico dos servidores, sobretudo por sua face de fundamento ao Estado Democrático de Direito, nos levaria a concluir que para as atividades meio dessas empresas estatais o regime de trabalho deveria ser o estatutário, onde o servidor adquiriria todas as garantias e direitos para prestar seu serviço de modo independente e imune aos desmandos dos dirigentes de tais pessoas jurídicas, restando o regime de emprego público objetivamente com relação à atividade fim das empresas estatais.

Também com relação aos servidores temporários concluímos no sentido de que, embora a previsão constitucional disponha no sentido de a legislação de cada ente estabelecer o caso de contratação (estatutário, lei específica ou CLT) há aqui a implicação do princípio da boa-fé administrativa, onde a Administração, independente do regime adotado, deve estender o mínimo de garantia para que o servidor que a atendeu em momento de necessidade possa gozar de algum direito que lhe contribua pela sua passagem na Administração Pública.

Fora essas quatro hipóteses que o próprio sistema constitucional admite a relação de emprego na Administração, mais duas observações devem ficar registradas a título de conclusão. Primeiro, a relação existente entre estes servidores é de direito público onde não

celebram contratos com o Estado, mas são investidos em empregos públicos por decorrência do regime híbrido disposto na Lei das leis e pela aplicação extensiva da teoria do provimento de cargos públicos ao provimento em empregos públicos, assim, o regime do emprego assenta-se nos princípios e regras constitucionais, aplicáveis ao emprego público por expressa ou implícita determinação constitucional, e nas regras do direito do trabalho. Ou seja, esses agentes públicos estão presos ao estado através de relação de trabalho com natureza profissional, caráter não eventual e dependência, com o vínculo marcado por regras adaptadas da CLT ao regime de Direito Público. Segundo, pelo fato da relação da Administração Pública ter-se presente a ideia de função, não pode ela escapar às regras e princípios do Direito Público, e quando opta por essa saída distorcida, fora das hipóteses previstas no sistema, dá-se o fenômeno consagrado pela doutrina como “fuga para o direito privado”, sendo que qualquer tentativa nesse sentido deve, pois, caracterizar-se como contrafação de cargo público ou contrafação ao regime estatutário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 4ª ed., 2009.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Malheiros, 3ª ed. Atualizada, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 30ª ed., 2013.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. p. 55; *apud* ATALIBA, Geraldo. *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1968.

_____. *Servidores Públicos. Aspectos Constitucionais*. Estudo de Direito Público – Revista da Associação dos Advogados da Prefeitura do Município de São Paulo/EDP 8/81-92. Ano IV-V. São Paulo, julho-dezembro/1985 e janeiro-julho/1986.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Teoria dos Servidores Públicos*. RDP 1/40-53. São Paulo, Ed.RT, julho-setembro/1967.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 28ª ed., 2015.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 9ª ed., 2008.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Empregado Público*. In: SCHWARZ, Rodrigo Garcia (org.). *Dicionário de direito do trabalho, de direito processual do trabalho e direito previdenciário*. São Paulo: LTR, 2012.

_____. *Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. *Regime Estatutário e Estado de Direito*. Revista Trimestral de Direito Público 55/139-155. São Paulo, Malheiros Editores, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 35ª ed., 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 34^a ed., 2011.

VALIM, Rafael. *O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010.