

APRESENTAÇÃO

Dr. JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES

**Ministro do Supremo Tribunal Federal.
Professor da UNB.**

O Problema da Função Pública no Brasil *

SUMÁRIO: 1. O tratamento constitucional da função pública. 2. A aplicação do tratamento constitucional da função pública aos diversos níveis de governo da Federação. 3. O princípio da isonomia com referência à função pública. 4. Liberdade de associação sindical e direito de greve. 5. Acumulação de cargos, empregos e funções. 6. Estabilidade, vitaliciedade e disponibilidade. 7. Aposentadoria. 8. Responsabilidade civil dos servidores públicos. 9. A disciplina constitucional analítica da relação jurídica funcional e o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, administrativos e judiciais. 10. Conclusão.

1. O tratamento constitucional da função pública - Seguindo a tradição que vem da Constituição de 1934, a atual Carta Magna brasileira, promulgada em 5 de outubro de 1988, disciplina largamente a função pública no tocante à relação jurídica entre o Estado e os agentes públicos.

Essa disciplina se concentra, especialmente, nas três primeiras seções do capítulo VII (Da Administração Pública) do Título III (Da Organização do Estado). Grande parte da seção primeira desse título, a qual contém as disposições gerais, trata da relação funcional; e a ela se seguem as seções II e III, que se ocupam, de modo específico, dos servidores públicos civis e dos servidores públicos militares, respectivamente. Nessas seções se encontram as normas que disciplinam, em geral, as três categorias de servidores públicos em sentido amplo: a dos funcionários públicos (que se sujeitam a regime estatutário e ocupam cargos públicos), a dos empregados públicos (que são contratados pelo regime da legislação do trabalho e ocupam emprego público) e a dos servidores temporários (que, contratados por prazo certo e

(*) Conferência apresentada no II Encontro Hispano-brasileiro de juristas, realizado em Madri - 06/07 de julho/92 promovido pela GENESIS Congressos.

para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, não têm cargo ou emprego públicos, mas exercem uma função).

Com relação aos funcionários públicos, porém, a disciplina constitucional não se detém aí, mas, em artigos colocados em outras seções, a Constituição se ocupa de algumas das categorias especiais deles: a dos membros da magistratura, do Ministério Público, da Advocacia Geral, da Defensoria Pública e do Tribunal de Contas. Dos membros da Magistratura tratam os arts. 93 a 96; dos do Ministério Público, os arts. 127 a 130; dos da Advocacia Geral, os arts. 131 e 132; dos da Defensoria Geral, o art. 134.

Ademais, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, há vários dispositivos concernentes a servidores públicos, e que visam precipuamente a ajustar a situação dos regidos pela Constituição anterior à disciplina implantada pela atual Carta Magna. Dentre eles, destaca-se o disposto no *caput* do art. 17: “*Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título*”.

Até de pessoas físicas que prestam serviço ao Estado sem terem vínculo com ele se ocupou a Constituição brasileira vigente. Em seu art. 236, depois de acentuar, no *caput*, que “*os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público*”, estabelece no § 3º: “*O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses*”.

2. A aplicação do tratamento constitucional da função pública aos diversos níveis de governo da Federação. - A federação brasileira se caracteriza por se compor dos seguintes níveis de governo: a União, os Estados, o Distrito Federal (cuja organização apresenta peculiaridades em face dos Estados) e os Municípios. Estes - os Municípios - se regem por lei orgânica votada pelas Câmaras Municipais (inovação da atual Constituição), observados os princípios da Constituição Federal a eles relativos e os das respectivas Constituições estaduais, que, no entanto, não podem contrapor-se àquelas normas constitucionais federais que regulam, inclusive, as competências legislativa e administrativa municipais.

Com referência aos princípios constitucionais federais sobre a relação jurídica entre o Estado e os agentes públicos, dirigem-se eles, expressamente, a todos esses níveis de governo, tendo, pois, de ser respeitados pelas leis federais, pelas Constituições e leis estaduais, bem como pelas leis do Distrito

Federal e dos Municípios. Com efeito, o *caput* do art. 37, que estabelece as disposições gerais sobre a Administração Pública, preceitua em sua parte inicial que comanda os incisos que tratam da relação funcional acima referida: “A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade ...”. Também as normas concernentes aos servidores públicos, civis e militares, em geral, se aplicam, como se vê dos arts. 39 a 42, quanto àqueles, aos servidores públicos civis da União, dos Estados e do Distrito Federal, e dos Municípios, e, quanto a estes, aos militares federais (integrantes das Forças Armadas) e aos militares dos Estados, Territórios e Distrito Federal - os Municípios não os têm em sua organização - integrantes das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares dessas unidades. O mesmo ocorre - excetuados os Municípios, por não possuírem essas carreiras, uma vez que, no Brasil, não há Poder Judiciário municipal - com as normas atinentes ao Ministério Público, à Advocacia-Geral e à Defensoria Pública (arts. 127 e segs.).

3. O princípio da isonomia com referência à função pública. - Do exame das normas constitucionais concernentes à relação jurídica entre o Estado e os agentes públicos, verifica-se, de pronto, a preocupação da Carta Magna em atender, quanto a diferentes aspectos dessa relação funcional, ao princípio da isonomia, que, no art. 5º - que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, vem enunciado em seu *caput* (“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade ...”), e, no concernente aos sexos, reafirmado em seu inciso I (“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”).

Assim, no *caput* do art. 39, para acabar com a dicotomia *funcionário público estatutário - empregado público sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho*, quanto a servidores públicos civis que, em razão de suas atribuições, não pertenciam necessariamente ao regime do funcionário público estatutário, estabeleceu a Constituição de 1988: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas”. Embora essas pessoas jurídicas de direito público interno tenham a liberdade de optarem pelo regime que entenderem melhor - como o estatutário, o da Consolidação das Leis do Trabalho, ou até outro de natureza contratual -, o certo é que ele terá de ser único, igualando-se todos esses servidores, e

impedindo-se a disparidade de direitos que ocorria, na vigência da Constituição anterior, entre os estatutários e os submetidos à Consolidação das Leis do Trabalho. Por outro lado, embora o Supremo Tribunal Federal já tenha firmado o princípio de que não há direito adquirido contra a Constituição, o que implica dizer que os textos constitucionais têm aplicação imediata, alcançados os efeitos futuros de fatos passados, independentemente dos freios constitucionais do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, o art. 24 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias houve por bem explicitar que “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios editarão leis que estabeleçam critérios para a compatibilização de seus quadros de pessoal ao disposto no art. 39 da Constituição e à reforma administrativa dela decorrente, no prazo de dezoito meses, contados da sua promulgação”, sem distinguir os estatutários dos submetidos ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho, e, portanto, implicitamente, não admitindo que estes pretendam invocar, para manter sua situação funcional, o ato jurídico perfeito que se consubstancia no contrato de trabalho firmado anteriormente com o Estado.

A União já editou lei - a de nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 - sobre o regime jurídico dos seus servidores públicos civis, das autarquias e das fundações públicas federais. Optou ela pela adoção do regime estatutário. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão, se quiserem, na lei de regime único de seus servidores, escolher esse regime ou outro, como o trabalhista, observados, porém, os princípios constitucionais federais.

No tocante à remuneração dos servidores públicos, o princípio da isonomia inspira vários dispositivos da atual Constituição. O § 1º do art. 39 determina que “a lei assegurará, aos servidores da administração direta, isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhados do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho”. Em íntima ligação com esse dispositivo estão os dos incisos XII e XI do art. 37, que estabelecem respectivamente: “*Os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo; e “a lei fixará o limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos observados, como limites máximos e no âmbito dos respectivos poderes, os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, por membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado e Ministro do Supremo Tribunal Federal e seus correspondentes nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, e, nos Municípios, os valores percebidos como remuneração, em espécie, pelo Prefeito”*. Para manter essa isonomia, o inciso X desse mesmo art. 37 determina que “a revisão geral da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre

servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data” Por outro lado, no tocante às carreiras disciplinadas no Título IV da Constituição - o referente à organização dos Poderes -, e que são a da magistratura, do Ministério Público (inclusive o junto aos Tribunais de Contas), da Advocacia-Geral e da Defensoria Pública, o art 135 determina que a elas se aplicam o princípio de que *“os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo”* (art 37, XII) e a norma do §1º do art 39, que assegura a isonomia para cargos de atribuições iguais ou semelhantes do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou local de trabalho E, com relação aos delegados de polícia, o art 241 preceitua que a eles *“aplica-se o princípio do art 39, § 1º, correspondente às carreiras disciplinadas no art 135 desta Constituição”* Note-se, ainda, que a observância da isonomia não se adstringe aos servidores em atividade, mas abarca, também, os inativos, e, de certa forma, os pensionistas de servidores falecidos Com efeito, o item 4º do art 40 determina que *“os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidas aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei”* E o § 5º desse mesmo artigo dispõe que *“o benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no parágrafo anterior”*

Ainda no tocante à remuneração dos servidores públicos, pode-se entrever a aplicação do princípio da isonomia à extensão a todos eles do que, no sistema constitucional anterior, era apenas uma garantia da magistratura a irredutibilidade de vencimentos O inciso XV do art 37 da atual Constituição preceitua que os vencimentos dos servidores públicos, civis e militares, são irredutíveis, o que não afasta, quanto à sua remuneração, a mesma incidência de tributos a que está sujeita essa garantia da magistratura (art 95, III), atualmente estendida ao Ministério Público (art 128, I, “c”)

Também é de vislumbrar-se a aplicação do princípio da isonomia na extensão que o § 2º do art 39 faz aos servidores públicos, qualquer que seja o regime único que venha a ser adotado pela legislação ordinária da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de vários dos direitos sociais que o art 7º outorga aos trabalhadores urbanos e rurais, aproximando, nesse terreno, a situação destes com a daqueles Um desses direitos sociais estendidos - o decorrente do inciso XXX do referido art 7º (*“proibição de*

diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”) se aplica aos servidores públicos entre si, para impedir discriminações entre eles quanto a remuneração ou a exercício de funções, bem como a critério de admissão ao serviço público discriminatório com relação a seus candidatos. A respeito desse acesso, aliás, embora o art. 37, I, só o preveja para os brasileiros, não só para os cargos públicos (como era no sistema constitucional anterior), mas também para os empregos e funções públicas inclusive - o que é também inovação - da administração indireta ou fundacional (fundação de direito público), o inciso II desse mesmo artigo passou a exigir, para qualquer investidura que não apenas à primeira, como o fazia a Constituição anterior, em cargo ou emprego público, a aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. Visou essa norma - como se vê do elemento histórico dos trabalhos da Assembléia Constituinte - a acabar com os concursos internos para a ascensão a carreiras superiores àquelas para as quais os servidores haviam sido originariamente investidos por aprovação em concursos públicos, e, portanto, ainda nesses casos, a deixar de tratar discriminatoriamente candidatos a tais cargos, conforme fossem já servidores públicos ou não. Seguindo, porém, sua orientação de proteção a deficientes, a atual Constituição, no inciso VIII do art. 37 abriu esta exceção ao tratamento uniforme nesse terreno: *“A lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”*.

4. Liberdade de associação sindical e direito de greve. - A Emenda Constitucional nº 1/69, em seu art. 166, dispunha que “é livre a associação profissional ou sindical; a sua constituição, a representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas de poder público serão regulados em lei”. O art. 566 da Consolidação das Leis do Trabalho, porém, proibia a sindicalização dos servidores do Estado e os das instituições paraestatais (*“Não podem sindicalizar-se os servidores do Estado e os das instituições paraestatais”*). Esse dispositivo não foi tido como revogado pelo texto constitucional de 1969, por se ter entendido que este admitia fosse tal liberdade restringida pela lei. Leis posteriores, porém, com relação às instituições paraestatais, diminuíram a extensão dessa proibição. Assim, a Lei 6.386, de 9 de dezembro de 1976, acrescentou parágrafo único a esse art. 566, com o teor seguinte: *“Excluem-se da proibição constante deste artigo os empregados das sociedades de economia mista e das fundações criadas ou mantidas pelo Poder Público da União, dos Estados e Municípios”*. E a Lei 7.449, de 1985, acrescentou a essas exceções a relativa aos

empregados da Caixa Econômica Federal. Embora a imensa maioria dos servidores públicos fosse contratada segundo a legislação trabalhista, a proibição do *caput* desse art. 566 não foi alterada até a Constituição de 1988. Não se podia assim invocar, para essa vedação, um dos argumentos tradicionais a seu favor - o da inexistência de contrato de trabalho individual entre o servidor e a pessoa jurídica de direito público interno. É certo, porém, que outro - o da não-possibilidade da admissão da greve no direito público - encontrava apoio expresso na Emenda Constitucional nº 1/69, que, no art. 162, era categórica: “*Não será permitida greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei*”. Mas, pelo menos parte da doutrina sustentava que, não tendo os sindicatos por finalidade promover greves, e sendo admitido em outros países o direito de greve para os funcionários públicos, a razão da proibição não era de ordem jurídica, mas sim, política: a de ficarem os órgãos do Estado imunes aos conflitos trabalhistas.

A Constituição de 1988 modificou substancialmente esse panorama. No inciso VI do art. 37 assegurou ao servidor público civil, sem possibilidade de restrição, o direito à livre associação sindical; e, no inciso VII desse mesmo dispositivo, dispôs, no tocante à administração pública que “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei complementar”. Quanto aos servidores públicos militares, porém, preceituou: “Ao militar são proibidas a sindicalização e a greve” (§ 5º do art. 42).

O direito à livre associação sindical outorgado ao servidor público civil pelo inciso VI do art. 37 é auto-aplicável, prevalecendo para seus sindicatos os princípios que a Constituição atual estabelece no art. 8º para os sindicatos dos trabalhadores em geral. O mesmo não sucede com o direito de greve, cujos limites e exercício deverão ser regulados por lei complementar ainda não editada. A Lei 7.783, de 28 de junho de 1989, que regulamentou o § 1º do art. 9º da atual Carta Magna - dispositivo esse que, com relação aos trabalhadores, estabeleceu, quanto ao direito de greve, que “a lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade” -, até por ser lei ordinária, não poderia regulamentar o inciso VII do art. 37, mas, para não haver dúvida, preceituou, em seu art. 16, que “para os fins previstos no art. 37, inciso VII, da Constituição, lei complementar definirá os termos e os limites em que o direito de greve poderá ser exercido”.

5. A acumulação de cargos, empregos e funções. - À semelhança do sistema constitucional anterior, a atual Constituição, nos incisos XVI e XVII do art. 37, manteve, como regra geral, o princípio da proibição da acumulação de cargos, empregos e funções. Rezam esses dispositivos:

“*XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos,*

exceto, quando houver compatibilidade de horários:

a) a de dois cargos de professor;

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;

c) a de dois cargos privativos de médico;

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações mantidas pelo Poder Público”.

Além das exceções a que se refere o inciso XVI, o art. 38 admite a acumulação de cargo, emprego ou função com o exercício de mandato eletivo. A disciplina dessa acumulação é a seguinte:

“Art. 38. Ao servidor público em exercício do mandato eletivo aplicam-se as seguintes disposições:

I - tratando-se de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, ficará afastado de seu cargo, emprego ou função;

II - Investido no mandato de Prefeito, será afastado do cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração;

III - investido no mandato de Vereador, havendo compatibilidade de horários, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo, e, não havendo compatibilidade, será aplicada a norma do inciso anterior;

IV - em qualquer caso que exija o afastamento para o exercício de mandato eletivo, seu tempo de serviço será contado para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento;

V - para efeito de benefício previdenciário, no caso de afastamento, os valores serão determinados como se no exercício estivesse”.

Por outro lado, em se tratando de juiz, o art. 95, parágrafo único, I, é mais rigoroso com relação à possibilidade de acumulação, pois veda a ele *“exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério”*, o que se estende a empregos privados, uma vez que, nesse texto, não há referência a cargo ou função públicos, mas a cargo ou função em geral, ao contrário do que sucede com o disposto em outro texto da mesma Constituição - o art. 128, 5º, II, “d” - que, ao dispor sobre as vedações relativas aos membros do Ministério Público, é expresso em acentuar que a proibição é a de *“exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra FUNÇÃO PÚBLICA, salvo uma de magistério”*.

Para os militares, há duas normas especiais: a do § 3º e a do § 4º, ambos do art. 42. Reza o primeiro: *“O militar em atividade que aceitar cargo público civil permanente será transferido para a reserva”*. E dispõe o segundo: *“O militar da ativa que aceitar cargo, emprego ou função pública temporária, não eletiva, ainda que da administração indireta, ficará agregado ao respectivo quadro e somente poderá, enquanto permanecer*

nessa situação, ser promovido por antiguidade, contando-se-lhe o tempo de serviço apenas para aquela promoção e transferência para a reserva, sendo depois de dois anos de afastamento, contínuos ou não, transferido para a inatividade”.

Note-se, por fim, que, quanto à acumulação de cargos, empregos ou funções, a atual Constituição silenciou a respeito de uma das exigências que o sistema constitucional anterior impunha para permitir, excepcionalmente, a acumulação nas exceções previstas: a de, com referência à acumulação com cargo de professor, haver “correlação de matérias” com o de juiz, outro de professor, ou técnico-científico. Igualmente não se encontra, na Constituição vigente, norma que proíba a aposentado acumular os proventos com os vencimentos de cargo, emprego ou função públicos que venha a exercer depois da aposentadoria. A Emenda Constitucional nº 1/69, no § 4º do art. 99, tinha, a propósito, esta norma: *“A proibição de acumular proventos não se aplica aos aposentados, quanto ao exercício de mandato eletivo, quanto ao de um cargo em comissão ou quanto a contrato para prestação de serviços técnicos ou especializados”.*

6. Estabilidade, vitaliciedade e disponibilidade. - A estabilidade, que é a garantia de permanecer no serviço público, é alcançada, segundo o art. 42 da atual Constituição, pelos servidores nomeados em virtude de concurso público, após dois anos de efetivo exercício. No Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o art. 19 excepcionalmente considerou estáveis no serviço público “os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados que não tenham sido admitidos por concurso público”. Não lhes outorgou, porém, efetividade, pois determinou que seu tempo de serviço será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da Lei (1º). Por outro lado, excluiu desse benefício os que, não sendo servidores públicos, ocupassem cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, ou, ainda, declarados por lei de livre exoneração. Também aos professores de nível superior essa estabilidade excepcional não foi concedida.

Não admite a Constituição de 1988 (§1º do art. 41) que o servidor público estável perca o cargo senão em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa. E determina, ainda (§ 2º do art. 41), que *“invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade”.*

Entre os servidores públicos civis, vitalícios, pela atual Carta Magna, são apenas os juízes (art. 95, I) e os membros do Ministério Público (art. 128, § 5º, I, "a"). Trata-se de garantia institucional conferida a esses servidores. Em se tratando de juízes de primeiro grau de jurisdição, porém, ela só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado. No tocante aos membros do Ministério Público, sem qualquer distinção, a vitaliciedade só será alcançada depois de dois anos de exercício, e a perda do cargo vitalício apenas se dará por sentença judicial transitada em julgado.

Aos servidores públicos militares, a Constituição de 1988, em seu art. 42, § 1º, assegura as prerrogativas, direitos e deveres a elas inerentes, em sua plenitude, aos oficiais da ativa, da reserva ou reformados das Forças Armadas, bem como das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal. E estabelece, no § 7º desse mesmo artigo, que o oficial das Forças Armadas só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra.

Se o cargo do servidor público civil estável for extinto ou tiver sua desnecessidade declarada, será ele colocado em disponibilidade remunerada, até seu adequado aproveitamento em outro cargo (art. 41, § 3º). Também os juízes podem ser colocados em disponibilidade; exige, porém, a Constituição (inciso VIII do art. 93) que o ato de disponibilidade de magistrado, por interesse público, se fundará, sempre, em decisão por voto de dois terços do respectivo tribunal, assegurada ampla defesa.

7. Aposentadoria. - Três são as modalidades de aposentadoria que a atual Constituição (art. 40) prevê para o servidor público civil: a por invalidez, a compulsória e a voluntária. A primeira se dá com proventos integrais quando a invalidez permanente decorre de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei; e, nos demais casos, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço. A segunda, aos setenta anos, com proventos proporcionais ao tempo de serviço. E a terceira, em quatro hipóteses: a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais; b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais; c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se for mulher, com proventos proporcionais a esse tempo; e d) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

Admite a Constituição de 1988 que Lei Complementar possa diminuir alguns dos prazos para a aposentadoria voluntária, em caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas; e determina que “a lei disporá sobre a aposentadoria em cargos ou empregos temporários”, bem como que “o tempo de serviço público federal, estadual ou municipal será computado integralmente para os efeitos de aposentadoria e de disponibilidade”.

No que concerne aos juizes, a aposentadoria com proventos integrais é compulsória por invalidez ou aos setenta anos de idade, e facultativa aos trinta anos de serviço, após cinco anos de exercício efetivo na judicatura (art. 93, VI). Essa norma é estendida aos membros do Ministério Público (art. 129, § 4º).

Quanto aos servidores públicos militares, deixa-se à lei dispor sobre “os limites da idade, a estabilidade e outras condições de transferência do servidor militar para a inatividade” (art. 42, § 9º).

8. Responsabilidade civil dos servidores públicos. - Sobre a responsabilidade civil dos servidores públicos a Constituição de 1988 a ela alude com relação aos atos de improbidade administrativa e à responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das de direito privado prestadoras de serviços públicos. Quanto à primeira, preceitua o § 4º do art. 37: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. E, no tocante à segunda, o § 6º desse mesmo artigo estabelece que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

9. A disciplina constitucional analítica da relação jurídica funcional e o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, administrativos e judiciais. - Essa disciplina constitucional analítica e complexa da relação jurídica funcional e o amplíssimo controle jurisdicional de constitucionalidade admitido no Brasil explicam as numerosas questões constitucionais que se levantam perante o Poder Judiciário brasileiro, quer no controle difuso da constitucionalidade dos atos normativos e dos atos administrativos e judiciais, quer no controle concentrado - inclusive por omissão inconstitucional - dos atos normativos municipais, estaduais e federais.

Eis algumas dessas questões constitucionais, a título meramente exemplificativo. Não obstante a atual Constituição exija o concurso público para a investidura (e não apenas para a primeira, como no sistema constitucional

anterior) em cargos ou emprego públicos, continua a controvérsia sobre se ela ainda permite a denominada ascensão funcional, que nada mais é, no âmbito federal, do que a passagem de uma carreira de cargos inferiores para outra de cargos superiores. A fixação de paradigmas de teto de vencimentos em cada um dos três Poderes, os quais têm vantagens remuneratórias diversas, é problemática, especialmente porque cada um dos Três Poderes tem competência exclusiva para a iniciativa de lei relativa a seus vencimentos, e há que observar o princípio da isonomia em favor dos servidores públicos. A vinculação de vencimentos para permitir a aplicação desse mesmo princípio de isonomia entre as carreiras jurídicas tem dado margem a controvérsia, especialmente com referência à magistratura. A possibilidade de contratação de estrangeiros como servidores temporários não é isenta de dúvidas. Grande celeuma houve quanto à questão de se saber se a colocação em disponibilidade de servidores públicos poderia fazer-se com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço; em sentido contrário, em face do princípio da irredutibilidade de vencimentos, se manifestou, por fim, o Supremo Tribunal Federal. Até a determinação de que Justiça - se a comum ou a trabalhista - será competente para processar e julgar as ações dos servidores públicos com referência à relação funcional com o Estado, quando o regime único adotado for o estatutário, é discutível, em virtude dos termos genéricos do art. 114 da Constituição de 1988 que dá competência para a Justiça do Trabalho julgar dissídios individuais entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União.

Por outro lado, o controle judicial da constitucionalidade das leis, atos normativos, atos administrativos e atos judiciais é amplíssimo, e o seu processo, obviamente, termina no Supremo Tribunal Federal, guardião que é da Constituição.

No Brasil, desde a primeira Carta Magna republicana - a de 1891 - até a Emenda Constitucional nº 16, de 1965, o controle da constitucionalidade das leis, dos atos normativos em geral, dos atos administrativos e dos atos judiciais se fazia quase exclusivamente pelo sistema difuso à maneira norte-americana. Dele participava o Supremo Tribunal Federal nas causas de sua competência originária ou por via de recursos a ele interponíveis, especialmente o recurso extraordinário. Por não vigorar no direito brasileiro o princípio anglo-saxão do *stare decisis*, não estando, portanto, os juízes e tribunais obrigados a seguir os precedentes do Supremo Tribunal Federal, inclusive em questão de inconstitucionalidade, desde a Constituição de 1934 se estabeleceu que, quando essa Corte declara inconstitucional lei ou ato normativo municipal, estadual ou federal, deve ela comunicar tal decisão ao Senado Federal, que tem competência para suspender a execução, no todo ou em parte, nesse

caso, da lei ou ato normativo declarado inconstitucional. Por meio dessa suspensão - na realidade, trata-se de retirada de vigência - atribui-se eficácia *erga omnes* à declaração judicial de inconstitucionalidade no caso concreto.

A reforma do Poder Judiciário feita pela Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, à Constituição de 1946, serviu para que se introduzisse profunda alteração no sistema de controle da constitucionalidade. Decorreu essa modificação de se haver acrescentado, na competência do Supremo Tribunal Federal, a de processar e julgar originariamente “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”. Essa inclusão introduziu, no direito brasileiro, o controle de constitucionalidade de ato normativo federal ou estadual em abstrato em face da Constituição Federal, e, por ser feito apenas pelo Supremo Tribunal Federal, implicou a adoção de controle concentrado de constitucionalidade, sem prejuízo do difuso. Instaurou-se, assim, um sistema misto de controle de constitucionalidade: o difuso, que abrange universo maior, pois abarca atos normativos, administrativos e judiciais municipais, estaduais e federais; e o concentrado, que abarca somente os atos normativos federais e estaduais. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se firmou no sentido de que a representação como instrumento de controle abstrato de normas é processo objetivo de defesa da ordem constitucional, não visando, portanto, à tutela de interesses individuais. Pode ele conceder medida liminar para suspender, até o julgamento final da representação de inconstitucionalidade, a eficácia, parcial ou total, da lei ou ato normativo impugnados, se a argüição de inconstitucionalidade for relevante e se houver *periculum in mora* ou, até, conveniência nessa suspensão. De outra parte, a declaração de inconstitucionalidade em abstrato implica a declaração de nulidade da norma tida como inconstitucional, tendo, pois, eficácia *ex tunc*. Admite-se que essa declaração se limite a parte do ato normativo, desde que seja esta perfeitamente separável da que é constitucional, não se alterando, pois, o sentido da norma, até porque, no controle da constitucionalidade, o Poder Judiciário atua apenas como **legislador negativo**. E, assim como no sistema de controle difuso prevalece o princípio da conservação da lei impugnada desde que se lhe possa dar sentido que não se contraponha a preceito constitucional, também no controle abstrato é utilizada a técnica da **interpretação conforme a Constituição**.

A Constituição de 1988 manteve esse sistema misto de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, nele, porém, introduzindo inovações, especialmente quanto ao controle concentrado. A legitimação ativa para a ação direta de inconstitucionalidade, que até então era outorgada apenas ao Procurador-Geral da República, foi estendida a amplo rol de autoridades, órgãos ou entidades: ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal

à Mesa da Câmara dos Deputados, às Mesas das Assembleias Legislativas Estaduais, aos Governadores dos Estados-membros, ao Procurador-Geral da República, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, aos Partidos políticos com representação no Congresso Nacional e às Confederações Sindicais ou Entidades de Classe de âmbito nacional. Para a defesa da constitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual impugnado, deu a Constituição atual essa atribuição, como verdadeiro curador da norma atacada, ao Advogado-Geral da União. Criou, por outro lado, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão de medida (inclusive, portanto, de ato normativo) para tornar efetiva qualquer norma Constitucional, caso em que, declarada essa inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, “*será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias*” (§ 2º do art. 103). Por fim - e isso decorreu da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal -, o instrumento processual criado pela Constituição de 1988 com a denominação de mandado de injunção - e que será concedido sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, LXXI) - serve, para qualquer titular desses direitos, liberdades e prerrogativas, de meio de declaração da omissão inconstitucional resultante da mora da feitura da norma regulamentadora, o que acarreta, normalmente, a mesma consequência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ciência ao Poder, órgão ou autoridade omissos, para a adoção das providências necessárias à regulamentação), e, em casos em que a omissão favorece ao próprio Estado, consequências outras - que não a necessidade de o Judiciário legislar, ainda que para o caso concreto -, como a suspensão de processos administrativos ou judiciais instaurados, ou fixação de prazo para a regulamentação, sob pena de o direito, liberdade ou prerrogativa em causa se aplicarem ao impetrante sem as restrições que a lei regulamentadora poderá, por permissão constitucional, vir a impor, quando editada.

10. Conclusão. - Em face do que foi exposto, não é de admirar que estejam sendo julgados pelo Supremo Tribunal Federal inúmeros recursos e ações que versam questões constitucionais relativas à função pública. A ele, quer pela via do controle difuso de constitucionalidade, quer pelo caminho do controle concentrado, cabe dar a palavra final nessa variada gama de temas administrativo-constitucionais, fixando o sentido e o alcance das normas pertinentes contidas na Constituição Federal.

É esse, em linhas gerais, o panorama atual da problemática da função pública no direito brasileiro.