

O Servidor Municipal na Constituição Federal de 1967

CLENÍCIO DA SILVA DUARTE
Consultor Jurídico do DASP

SUMÁRIO

I — **Introdução:** 1. A tradição da autonomia de estipulação do regime jurídico do servidor, conferida aos Estados e Municípios. 2. Cassação dessa autonomia pela Carta Política de 1967. Razões que a teriam ditado. 3. Unificação do regime também para os três Podêres. O princípio da paridade.

II — **O Regime Jurídico do Servidor Público:** 4. As várias categorias de servidores. Como se constituíram. 5. Natureza jurídica do vínculo empregatício entre o funcionário público e o Estado. 6. O direito alienígena e o direito brasileiro. 7. A Constituição de Weimar, de 1919, e sua grande inovação, que só teve seguidores no Direito Constitucional brasileiro. 8. A relação jurídica entre o funcionário público e o Estado é estatutária ou legal, com vinculação constitucional. Que significa essa vinculação.

III — **As Novas Disposições Constitucionais Aplicáveis ao Funcionário Público Municipal:** 9. A possibilidade de dupla aposentadoria para os funcionários públicos estaduais e municipais, decorrente dos arts. 13, nº V, e 108, **caput**, da Constituição Federal. 10. Outras inovações constitucionais. 11. O funcionário público e o mandato eletivo municipal. 12. Necessidade de pronta regulamentação dos institutos modificados ou introduzidos desde a vigência da Constituição de 1967.

I

INTRODUÇÃO

Estabelecera-se como tradição no Direito Constitucional brasileiro, no que concerne ao servidor público, a livre disciplinação do seu regime jurídico pelos Estados-Membros e Municípios. (1)

Fixara-se, todavia, como princípio de obediência obrigatória em tôdas as Unidades Federadas um mínimo de direitos e garantias a que não era lícito furtar-se o servidor público estadual ou municipal, em condições idênticas ao funcionário federal (2), sendo, no entanto, atribuída competência, nas Constituições Federais, aos Estados-Membros e Muni-

cípios para estabelecer, respeitado apenas aquele mínimo, o regime jurídico dos seus servidores públicos, com o que se poderiam ampliar, quanto a êstes, os direitos e garantias fundamentais, desde que, evidentemente, não colidissem com os superiores interesses da coletividade a que serviam. (3 e 4)

Essa autonomia na disciplinação do regime jurídico dos seus funcionários, conferida aos Estados e Municípios, desde a Constituição de 1934, não foi bem exercida, pelo que o legislador constituinte de 1967 entendeu de retirá-la, transferindo para a competência da União as normas relativas aos funcionários públicos dos Estados e Municípios

(Const. de 1967, art. 13, n.º V, quer na primitiva redação, quer na decorrente da Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969). (5)

Se, por um lado, importou essa centralização em perda de alguns poucos direitos e vantagens, liberalmente concedidos, por outro, como se verá mais adiante, redundou em atribuir-se uma concessão excepcional, o que talvez tenha passado despercebido ao próprio legislador, e que muito representa na vida do servidor público.

As normas dos arts. 13, n.º V, e 108 da Carta Política de 1967, na redação dada pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, vieram determinar uma verdadeira unificação do regime jurídico do funcionário público, não só nas três esferas da Federação (União, Estados e Municípios) como, de certo modo, nos três Podêres, pelo menos no que tange, quanto a estes, à classificação de cargos e respectivos níveis de vencimento (art. 108, § 1.º).

As liberalidades que se outorgavam em leis estaduais e municipais, ou em resoluções das Assembléias Legislativas e das Câmaras Municipais, redundaram nessa orientação, que se constitui em mais uma incursão na autonomia estadual e municipal, mas que não poderia ser de outro modo, pelos abusos cometidos, principalmente no que diz respeito a contagens de tempo de serviço, o que chegou a ser objeto de um ato institucional. (6)

Outras medidas de unificação, já agora quanto aos dois outros Podêres (o Legislativo e o Judiciário), também se escazearam, como a do art. 98, na redação atual, que estatui, em consonância com o § 1.º do art. 108, a paridade de vencimentos, vale dizer, a imposição de que os estípedios de cargos de atribuições iguais ou assemelhadas naqueles Podêres não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo.

E, objetivando resguardar esse princípio de paridade, retirou-se, pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, a tradicional competência do Poder Legislativo para, sem interferência do Executivo, criar cargos de sua Secretaria e fixar-lhes os vencimentos através de simples resolução, estatuindo-se que essa criação e fixação só se farão por lei, cuja iniciativa compete à respectiva Câmara (arts. 40, n.º III, e 42, n.º IX). Por efeito dessa alteração, o Executivo terá total controle sobre os cargos do Legislativo, não só

quanto ao seu número e classificação, como aos vencimentos que lhes forem conferidos. E, se assim não se dispusesse, a paridade, de si já tão difícil de obter-se, seria, evidentemente, letra morta, como tantas outras preceituações constitucionais que atravessaram várias Constituições sem que fôsem observadas durante a vigência de qualquer delas.

II

O REGIME JURÍDICO DO SERVIDOR PÚBLICO

Na sistemática do nosso Direito Constitucional, secundado pelo Direito Administrativo, duas categorias de servidor público se fixaram desde logo: a do funcionário público propriamente dito e a do servidor regido pela legislação trabalhista.

Após o advento do Direito do Trabalho e até recentemente, não se admitia vinculação empregatícia com o Estado (entendido o termo em acepção ampla) que tivesse outro regime que não o estatutário ou o da legislação trabalhista.

As disposições do Código Civil, no que se refere à locação de serviços, após a Consolidação das Leis do Trabalho (7) e legislação posterior, não se admitiam para regular o vínculo empregatício entre o Poder Público e o seu empregado. Com o Decreto-lei n.º 900, de 29 de setembro de 1969, entretanto, dando nova redação a vários artigos do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, entre os quais o de n.º 122, introduziu-se o § 2.º, que, nos casos de Assessoramento Superior da Administração Civil, preceitua que a respectiva relação de emprego "revestirá a forma de locação de serviços regulada mediante contrato individual", o que significa que o regime jurídico será o do Código Civil.

A redação dada ao art. 106 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, segundo a qual "o regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada será estabelecido em lei especial", deixa claro que se poderá prever outra vinculação jurídica que não a estatutária, a trabalhista ou a decorrente de disposições do Código Civil. Normas específicas se poderão baixar, sem que hajam de enquadrar-se nos figurinos legais preexistentes.

Estabelecidas essas considerações, que podem levar ao reconhecimento de qua-

tro categorias de servidores públicos, quanto ao seu regime jurídico: o estatutário, o regido pela legislação trabalhista, o Assessor Superior da Administração Civil, que se disciplina pelo Código Civil, e o técnico especializado temporário, com regime especial a ser estabelecido, sejam-nos permitidas algumas observações sobre a natureza do vínculo empregatício do funcionário público propriamente dito com o Estado.

O regime jurídico do funcionário público se acha disciplinado em disposições constitucionais, em preceitos de leis ordinárias e em normas regulamentares. O código básico dos funcionários públicos federais, atualmente em vigor, é a Lei n.º 1.711, de 28 de outubro de 1952, devendo ser em futuro próximo substituída por outra, cujo anteprojeto já se encontra elaborado pelo Poder Executivo.

Muito se discutiu sobre a natureza jurídica da relação de emprego entre o funcionário público e o Estado. Pretendeu-se, inicialmente, conceituá-la como contratual, isto é, haveria disposições bilaterais no acôrdo de vontades para estabelecimento do vínculo empregatício. Hoje, essa teoria não tem mais seguidores, e se conceitua tal natureza jurídica como estatutária ou legal, no sentido de que os direitos, deveres e obrigações do funcionário público são estabelecidos unilateralmente pelo Estado, aderindo o servidor, tão-somente, a essas preceituações, sem que possa contrapor condições diversas das estabelecidas nos diplomas legais que lhe regulam a relação de emprego.

Ao contrário do que ocorre nos outros países, a relação jurídica entre os funcionários públicos e o Estado, entre nós, tem raízes mais profundas do que as simples disposições de leis ordinárias. Há, nas Constituições da República, desde a de 1934 até a atual, garantias fundamentais asseguradas ao funcionário público, que, por esse efeito, não podem ser suprimidas por leis ordinárias. É um aspecto de grande importância para a conceituação da natureza jurídica dessa relação de emprego.

A primeira Constituição a assegurar garantias fundamentais aos funcionários públicos, embora o tenha feito timidamente, foi a social-democrática de Weimar, de 1919. Dela as reproduzimos, com maior amplitude, na nossa Constituição de 1934, depois na de 1937, na de 1946 (a mais liberal a respeito) e, finalmente,

na de 1967 e Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, com algumas restrições de grande porte em relação à de 1946.

Outras Constituições estrangeiras não seguiram o modelo da de Weimar, de 1919, nem mesmo a atual da República Federal Alemã, que só dedica aos funcionários públicos algumas alíneas do art. 33 e o seu art. 34, mas sem assegurar qualquer das garantias fundamentais que o nosso Direito Constitucional oferece àqueles servidores.

Assim, a Constituição atual da Itália, de 1947, bem como a da França, de 4 de outubro de 1958, que nenhuma garantia asseguram, ficando a matéria para a legislação ordinária, como se acha expressamente estabelecido em uma das alíneas do art. 34 da Constituição Francesa de 1958, nos seguintes termos: "A lei fixará as normas relativas às garantias fundamentais conferidas aos funcionários civis e militares do Estado."

Dêsse modo, a lei ordinária concede direitos, assim como poderá lei posterior retirá-los.

Diversa, entretanto, é a situação no Brasil, quando há disposições constitucionais expressas assecuratórias de garantias fundamentais dos funcionários públicos, insuscetíveis de modificação pela legislação ordinária. Acrescente-se, ainda, que, pela norma constitucional que assegura o resguardo ao direito adquirido (Const. Federal, art. 153, § 3.º), nem mesmo lei ordinária posterior poderá retirar direitos assegurados em leis anteriores.

Dessa ordem de considerações se infere que, ao contrário do direito estrangeiro, seria uma meia verdade apenas dizer que a natureza jurídica da relação empregatícia entre o funcionário público e o Estado (União, Estados-membros e Municípios) é apenas estatutária ou legal, quando, ao que entendemos, devia acrescentar-se: estatutária ou legal, com vinculação constitucional, para esclarecer que à lei ordinária é defeso restringir direitos outorgados pela Lei Maior ou por legislação anterior, já definitivamente incorporados ao patrimônio do funcionário público. (8)

A diversidade de pressupostos legais do direito brasileiro em relação ao alienígena não pode redundar, sem êrro indesculpável, como é óbvio, na afirmativa de identidade de efeitos.

III

AS NOVAS DISPOSIÇÕES
CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO
FUNCIONÁRIO PÚBLICO
MUNICIPAL

Por força da norma do art. 13, n.º V, combinada com o art. 108, ambos da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, isto é, competindo à União fixar as normas relativas aos funcionários estaduais e municipais, ao mesmo tempo em que se declara que a Seção destinada aos Funcionários Públicos aplica-se aos "dos três Podêres da União e aos funcionários, em geral, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios, e dos Municípios" (art. 108, *caput*), é imediata a incidência aos funcionários estaduais e municipais dos direitos e garantias assegurados aos funcionários federais, nas mesmas condições em que o são a estes. Destarte, as leis ordinárias federais em vigor passaram a incidir sobre aqueles funcionários, no mesmo sentido em que se aplicam aos federais.

Ora, assegurando a Constituição Federal, nos casos que especifica, aposentadoria aos funcionários públicos federais (arts. 101 e 102), esta aposentadoria também é aplicável aos estaduais e municipais, o que não constitui novidade, pois já assim se entendia. O que aparece como inovação é que, não havendo norma constitucional que esclareça como é concedida essa aposentadoria, vale dizer, por quem é ela custeada, terá o intérprete de se valer da legislação ordinária federal, incidente sobre os funcionários da União, que assegura essa aposentadoria, em qualquer caso, gratuitamente, isto é, o funcionário da União nada desconta com esse objetivo previdenciário, sendo a aposentadoria custeada pela própria União.

É certo que, como nada esclarece a respeito desse custeio a Constituição Federal, lei ordinária poderá vir a determinar diferentemente, mesmo para os funcionários federais, ou apenas em relação aos estaduais e municipais. Mas, enquanto não surgir essa lei, terá de aplicar-se, por efeito dos dois dispositivos citados (arts. 13, n.º V, e 108 *caput*), o mesmo critério adotado para os funcionários da União. Em consequência, a partir de 15 de março de 1967, pois quanto a esse aspecto o princípio foi introduzido desde a primitiva redação da Constituição (arts. 13, n.º V, e 106, *caput*,

na redação anterior), os funcionários públicos estaduais e municipais, que vêm sofrendo descontos em seus vencimentos para o benefício da inatividade remunerada, têm direito a dupla aposentadoria: a gratuita, correspondente à do funcionário da União, e a custeada pelos institutos de previdência social de que sejam associados, como contraprestação pelos prêmios do seguro pagos. (9)

Cremos que o legislador constituinte talvez não tenha atentado para as consequências dos preceitos citados, que, se restringiram alguns direitos, conferiram êsse grande benefício.

Outras inovações se introduziram com a Constituição Federal de 1967, quer desde a sua primitiva redação, quer por incorporação de preceituações de Atos Institucionais pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, ou disposições introduzidas originariamente por essa Emenda.

Assim, a redução da categoria dos funcionários vitalícios apenas aos magistrados e membros dos Tribunais de Contas (10), embora se haja assegurado a situação dos que eram vitalícios pela legislação anterior, isto é, os catedráticos e titulares de ofício de justiça, nomeados até 15 de março de 1967. (11)

A estipulação da proporcionalidade dos proventos de disponibilidade, originária de nova redação dada à Constituição pelo Ato Complementar n.º 40, de 30 de dezembro de 1968, convalidado pelo Ato Institucional n.º 6, de 1.º de fevereiro de 1969 (art. 3.º), foi inserta, com a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, no parágrafo único do art. 100, ao mesmo tempo em que se estabelecia nova forma de disponibilidade, por declaração de desnecessidade do cargo feita pelo Poder Executivo. (12)

Desde a primitiva redação da Constituição de 1967 se estatuiu que os proventos da inatividade não poderiam exceder a remuneração percebida na atividade, revogando-se, assim, disposições estatutárias que asseguravam vantagens pecuniárias excepcionais aos funcionários que se aposentavam.

Outro princípio introduzido com a primitiva redação da Constituição de 1967 foi o da não-obrigatoriedade, em se tratando de mandato eletivo municipal, de afastar-se o funcionário federal ou estadual do exercício do seu cargo efetivo, pelo que poderiam ser exercidos, concomitantemente, o cargo público federal e estadual com o mandato eletivo

municipal, havendo compatibilidade e sendo este gratuito. Se remunerado, poderia licenciar-se o funcionário federal ou estadual, perdendo o vencimento do seu cargo. Quanto ao funcionário municipal, na redação primitiva da Constituição Federal de 1967, o afastamento, fosse ou não gratuito o mandato, era obrigatório, pelo princípio da separação de poderes, segundo o qual quem se investe na função de um deles não poderá exercer a de outro ⁽¹³⁾, salvo as exceções previstas na própria Constituição. Com a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, entretanto, passou a permitir-se essa concomitância de exercício, por ressalva constitucional expressa (art. 104, § 3.º), pelo que o funcionário municipal eleito Vereador poderá exercer o cargo executivo e o mandato legislativo, sendo gratuito este, se houver compatibilidade de horário. Inexistindo esta, afastar-se-á nos dias em que comparecer às sessões da Câmara, sem perda das vantagens do seu cargo. Sendo remunerado o mandato, se não houver lei municipal que assegure opção, será licenciado do cargo, percebendo tão-somente o subsídio do mandato, pois não é lícita a percepção cumulativa de ambas as retribuições pecuniárias, o que só

seria admissível se se tratasse de proventos de inatividade (Const. Fed., art. 99, § 4.º, na redação da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969).

Essas, em linhas gerais, as grandes alterações introduzidas no Direito Constitucional Brasileiro, no que concerne ao servidor público dos três graus hierárquicos da Federação e dos três Poderes do Estado, que estabeleceram profundas modificações no Direito Administrativo, na parte em que diz com o regime jurídico do servidor público.

Tais transformações carecem de regulamentação adequada, a ser baixada o quanto antes, quer em alguns casos, mediante leis complementares, previstas expressamente na própria Constituição Federal, quer por via de legislação ordinária ⁽¹⁴⁾, que atualizem os institutos profundamente modificados e disponham sobre a nova ordem legal introduzida, de maneira a se não estabelecer uma babel de interpretações, pelas novidades nem sempre bem assimiladas, para as quais, em alguns casos, não estava o Poder Público preparado, ou nem mesmo contava com sua extensão, como nos parece ser a hipótese de dupla aposentadoria a que já nos referimos.

NOTAS

- (1) A estipulação constitucional de direitos e garantias fundamentais dos funcionários públicos surgiu, entre nós, com a Constituição de 1934 (arts. 163 e segs.). Até então, não havia normas constitucionais específicas para os funcionários públicos. Essas garantias constitucionais estatuídas para os funcionários da União se aplicavam, como um mínimo, aos funcionários estaduais e municipais, pelo princípio do art. 7.º, n.º IV, segundo o qual competia aos Estados "exercer em geral todo e qualquer poder ou direito que lhes não fôr negado explicita ou implicitamente por cláusula expressa desta Constituição". Daí ser possível aos Estados, através de suas Constituições, e aos Municípios, por meio de suas Leis Orgânicas, atribuir direitos e garantias além das mínimas consagradas no Diploma Básico Federal. Essa situação vigorou, como se viu no texto, até 15 de março de 1967.
- (2) Cf., ao propósito, **HELLY LOPES MEIRELLES, Direito Municipal Brasileiro**, vol. I, págs. 215 e 222.
- (3) "Por igual, as prerrogativas mínimas asseguradas aos servidores públicos não se sujeitam a restrições, e podem mesmo ser ampliadas até o limite em que não cerceiem os poderes legítimos da Administração" (**HELLY LOPES MEIRELLES**, ob. e vol. cit., p. 222).
- (4) Não só as Constituições estaduais e Leis Orgânicas Municipais podem ampliar, salvo prescrição expressa ou implícita em contrário na Carta Federal, direitos e garantias outorgados na Lei Maior. Também o legislador ordinário tem essa competência. Cf., ao propósito, nossos **Estudos de Direito Administrativo**, Imprensa Nacional, vol. II, 1965, págs. 271 e 272.
- (5) A Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo (Lei Estadual n.º 9.842, de 19 de setembro de 1967), fazendo tábula rasa do art. 13, n.º V, da Constituição Federal, dispôs, inconstitucionalmente, no seu art. 2.º, n.º III, ser da competência do Município "estabelecer o regime jurídico de seus servidores", quando esse regime é fixado pela União.
- (6) Ato Institucional n.º 7, de 26 de fevereiro de 1969.
- (7) Decreto-lei n.º 5.452, de 1-5-1943.
- (8) A tese exposta no texto é reprodução da que se contém em nossos **Estudos de Direito Administrativo**, cit., vol. III, págs. 97 e segs.
- (9) Cf., quanto ao fundamento da dupla aposentadoria, nossos **Estudos de Direito Administrativo**, cit., vol. I, págs. 336 e segs.
- (10) Nos Municípios, apenas ficou em funcionamento o Tribunal de Contas do Município de São Paulo (Const. Fed., art. 191, na redação dada pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969).
- (11) Cf. Const. Fed., de 1967, art. 177, **caput**, da redação primitiva, e 194, **caput**, da atual, dada pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969.
- (12) Essa forma de disponibilidade foi introduzida pelo citado Ato Complementar n.º 40, de 1968, convalidado pelo Ato Institucional n.º 6, de 1969, citado.
- (13) Const. Fed., art. 6.º, parágrafo único, quer da primitiva, quer da atual redação.
- (14) Não há que estranhar o conceito que diferencia a lei complementar da ordinária, pois, pelo **quorum** exigido para a primeira (Const. Fed., art. 50, na nova redação), sua hierarquia é superior.