

À margem do art. 23 do Ato Constitucional

JOSÉ MEDEIROS

A O lado dos funcionários “titulados” sempre existiu o pessoal extranumerário, embora constantemente encoberto pela imprecisão conceitual. Um rápido bosquejo pelas antigas leis do Império, como o fez José Augusto de Carvalho e Melo (1), demonstrará a existência daquele pessoal, em forma embrionária. No entanto, conforme acentuou aquêlê pesquisador, êsse pessoal “não medrou à margem da lei, nem viveu contra suas normas. Muito pelo contrário, apareceu regularmente, fora do quadro de empregados públicos, e, desde logo, com indicações precisas do modo de ser admitido, do prazo de permanência nos serviços, da natureza dos trabalhos que lhe cumpria executar e da forma da respectiva retribuição”. Tendo em vista a finalidade precípua do presente trabalho, relegaremos a legislação tumultuária anterior à Lei n.º 284, de 28 de outubro de 1936, considerada o “marco zero” do reajustamento administrativo brasileiro. Embora tratando especialmente do funcionário público, no sentido restrito da expressão, o art. 51, *in fine*, da citada lei, preceituou que “as funções auxiliares deverão ser executadas por pessoal extranumerário”. Mais tarde, porém, foi expedido o Decreto-lei n.º 240, de 4 de fevereiro de 1938, que dispôs especificamente sôbre o pessoal extranumerário. De acôrdo com o artigo 16 dêsse diploma legal, “mensalista é o admitido mediante portaria do Ministro de Estado para suprir temporariamente deficiência dos quadros do funcionalismo”, acrescentando, ainda, que seria “sempre admitido ou reconduzido a título precário, com funções determinadas e salário fixado” (artigo 2.º). Dêsse modo, em face dos preceitos consignados no Decreto-lei n.º 240, o mensalista era admitido por um pequeno período, que não poderia exceder ao do exercício financeiro (parágrafo único). Findo êsse período, êle poderia ser reconduzido, quando se fizesse a revisão anual das tabelas previstas para cada repartição (artigos 17 e 24), caso seus serviços fôsem julgados indispensáveis. Apesar disso, a prática sistematizou a permanência dêsses servidores, tornando a recondução anual mero ato de rotina.

Por outro lado, conforme acentuou o Departamento Administrativo do Serviço Público, “em

qualquer organização, pública ou privada, nenhum trabalho de administração de pessoal se desenvolve eficientemente quando não se apoia sôbre um minucioso conhecimento dos deveres atribuídos e responsabilidades delegadas a cada um dos servidores” (2). A realização prática dêsse processo se denomina “plano de classificação de cargos”, que objetiva reunir, num mesmo grupo, todos os cargos ou funções que merecem idêntico tratamento. Para empregar o conceito de Mosher & Kingsley, a classificação visa “*the distribution of positions into groups called classes on the basis of the duties of the several positions*” (3). No entanto, é ponto pacífico que a classificação de cargos não é um processo instantâneo. Ao contrário, evolui sem cessar, movimenta-se permanentemente, para seguir o natural desenvolvimento dos encargos.

No Brasil, após a promulgação da Lei n.º 284, de 1936, que instituiu o sistema para os funcionários, estudou-se a possibilidade de estender idêntica medida aos extranumerários-mensalistas, resultando daí a expedição do Decreto-lei n.º 1.909, de 26 de dezembro de 1939 que agrupou as funções em séries funcionais, similares às carreiras dos funcionários, cada uma correspondendo a determinado gênero de atividade. Êsse diploma legal modificou bastante a situação jurídica dêsses servidores, porquanto extinguiu o método até então empregado de recondução anual, ao mesmo tempo que adotou uma escala-padrão de salários para os mensalistas, fixando também os níveis mínimos e máximos de salários para cada série funcional. Com o passar dos tempos, inúmeros decretos-leis e decretos modificaram as escalas referidas, em face das incessantes exigências da Administração (D.L. 2.936, de 31-12-40; D.L. 3.227, de 30-4-41; D.L. 3.993, de 31-12-41; D.L. 4.335, de 25-5-42; Dec. 9.808, de 30-6-42; Dec. 10.611, de 12-10-42; Dec. 11.139, de 28-10-42; Dec. 5.976, de 10-10-43; Dec. 17.022, de 31-10-44; Dec. 17.549, de 9-1-45; D.L. 8.512, de

(2) Relatório do D.A.S.P. de 1942 — Imprensa Nacional — 1943 — pg. 149.

(3) WILLIAM E. MOSHER & J. DONALD KINGSLEY — “Public Personnel Administration” — Third edition — New York and London — p. 407).

(1) “Extranumerário” — *in Revista do Direito Administrativo* — Vol. I — Fasc. I — Janeiro de 1945 — pgs. 347 a 358.

31-12-45; Dec. 21.588, de 6-8-46; Lei 488, de 15-11-48, entre outros porventura omitidos). Posteriormente, o próprio Departamento Administrativo do Serviço Público esclareceu que o extranumerário-mensalista “executa serviço análogo ao do funcionário” (4), reconhecendo, assim, a evolução ocorrida desde o Decreto-lei n.º 240, que o conceituou como “o admitido mediante portaria do Ministro de Estado para suprir temporariamente deficiência dos quadros do funcionalismo” (o grifo é nosso). Aliás, desde o princípio essa definição não representava, de maneira alguma, a realidade, porquanto o número de extranumerários já era superior ao de funcionários. Dêsse modo, não se pode, de sã consciência, anatematizar os extranumerários de bastardos do serviço público. Ao contrário. A legislação brasileira sempre cuidou de proporcionar aos funcionários uma condição de estabilidade tão sólida que redundou em sério prejuízo para o serviço, predispondo-os à ineficiência e ao marasmo. Ora, os serviços públicos, não podendo contar inteiramente com os seus “titulados”, se apoiam no esforço dos extranumerários, que se encontram sempre sob a ameaça da demissibilidade *ad-nutum*. Por isso, cremos não exagerar se, na fase atual, considerarmos o pessoal extranumerário o verdadeiro esteio da Administração Brasileira. Por mais paradoxal que pareça essa afirmativa, ela se baseia na situação de fato, que não se harmoniza, absolutamente, com o estado de cousas legal, embora provenha exatamente dêle. É suficiente declarar que há repartições trabalhando apenas com extranumerários, sem nenhum funcionário em sua lotação. Em face do desenvolvimento gradativo que procuramos esboçar, em rápidos traços, nada mais justo do que a tendência hodierna de transformar as funções de extranumerário em cargos públicos, com direitos e deveres iguais aos dos funcionários. Em 1942, José de Nazaré Teixeira Dias acentuara que “já é possível entrever, embora sob forma ainda extraordinariamente diluída, um sistema que esteja mais próximo da realidade e seja mais justo, não comportando essa distinção anacrônica entre “cargo” e “função”, entre “funcionário” e “extranumerário”, entre filhos e enteados do Estado...” (5). Além dêsse, inúmeros outros estudiosos de assuntos administrativos propugnavam para colocá-los na situação *de fato*, embora contrariando a situação *de direito*, puramente convencional. Os dispositivos legais sôbre a matéria evidenciavam a triste e injustificável inferioridade em que se encontravam os extranumerários, em confronto com o bem-estar desfrutado pelos “funcionários efetivos”. Conforme se depreende do histórico, à época da promulgação da Lei n.º 284, justificava-se a existência de pessoal transitório, com direitos restritos, dado o

caráter experimental com que se revestia êsse importante e decantado diploma legal. No entanto, a Administração Pública não é estática, mas um organismo essencialmente dinâmico, sujeito às mínimas variações, comparável ao nosso mitológico Sací: irrequieto e desenvolto. É impossível cingila à legislação caduca, que não mais se harmoniza com o progresso atingido. Se a legislação não acompanhar, passo a passo, o desenvolvimento progressivo, haverá, infalivelmente, uma bifurcação. Em referência aos extranumerários, percebe-se que houve essa colisão entre a legislação e a situação de fato. Enquanto a legislação progrediu em razão aritmética, o elemento humano se desenvolveu em proporção geométrica. Atualmente, os extranumerários exercem cargos de confiança ou funções de chefia, fazendo concorrência aos funcionários, antigos “donos” dêsses postos. Assim, o exercício de posições-chaves na Administração comprova, com evidência de ferir os olhos, que já vai longe a época em que os extranumerários podiam ser considerados simples “pessoal auxiliar”. Nessa altura, convém recordar que os franceses acham que “L’Administration c’est l’homme”. E no serviço público brasileiro, o *homem-extranumerário* nada tem a dever ao *homem-funcionário*. Ambos trabalham, ombro a ombro, para realizar as atividades fins ou gerais dos órgãos estatais. É de aplicar-se, por conseguinte, o princípio moralizador e estimulante da igualdade de tratamento entre todos aquêles que estão colocados em idêntico nível funcional, seja concedendo-lhes os mesmos direitos e vantagens, seja exigindo-lhes iguais deveres e responsabilidades.

Os constituintes de 1946, percebendo êsse estado de cousas, elaboraram a norma contida no artigo 23 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, no sentido de considerar equiparados aos funcionários, para os efeitos de estabilidade, aposentadoria, licença, disponibilidade e férias, os extranumerários que, à data da promulgação daquele Ato, exercessem funções de caráter permanente havia mais de cinco anos ou em virtude de concurso ou prova de habilitação. Êsse dispositivo teve efeito similar ao da “lei do ventre livre” na inolvidável campanha abolicionista. Mas, a luta libertadora continuava no seio do próprio Congresso. Fazia-se mister a “lei áurea”, que já estava tomando forma concreta no projeto número 1.206-48. Depois de aprovado pelas duas casas legislativas, o projeto submetido à sanção presidencial, em seu artigo 8.º, estabelecia que as funções de caráter permanente, exercidas pelos extranumerários a que se refere o artigo 23 do Ato Constitucional, passariam a ser cargos públicos de provimento efetivo, assim como dispunha sôbre outras medidas complementares indispensáveis. No entanto, o veto quase total interposto ao projeto, que se transformou na Lei n.º 525-A, de 7 de dezembro de 1948, frustrou a concretização de tais objetivos.

É sabido que a equivalência dos “salários” dos extranumerários com os “vencimentos” dos funcionários, proposta pelo próprio Governo, no

(4) Relatório do D.A.S.P. de 1943 — Imprensa Nacional — 1944 — pg. 141.

(5) Vide *Revista do Serviço Público* — Agosto de 1942 — pg. 102.

projeto de que resultou a benéfica Lei n.º 488, de 15 de novembro de 1948, visava exatamente facilitar o futuro enquadramento do pessoal amparado pelo artigo 23 do Ato Constitucional em cargos públicos, na forma preconizada pelos dispositivos vetados. Aliás, essa tendência igualitária é antiga. O anteprojeto de Estatuto dos Servidores Públicos, apresentado ao Congresso Nacional pela Associação dos Servidores Civis do Brasil, à guisa de colaboração prévia a transformação das atuais funções permanentes, exercidas por extranumerários, em cargos públicos. Conforme salientou Marcos Botelho, comentando esse anteprojeto, "todos os que prestam serviços ao Estado mediante retribuição pecuniária são funcionários públicos e assim devem gozar dos mesmos direitos e sujeitar-se aos mesmos deveres e obrigações. O Estado é uno e indivisível. Uno e indivisível é o serviço público, seja federal, estadual ou municipal a área de Governo em que se efetiva, assim também um só deve ser do ponto de vista jurídico o agente do poder público, o servidor do Estado, o funcionário do Governo" (6). Essa conceituação se justifica plenamente, porque o extranumerário há muito deixou de constituir "a parte oscilante, instável, variável do funcionalismo", para empregar os característicos de Temistocles Brandão Cavalcanti (7).

Fortalecendo nosso ponto de vista, o Departamento Administrativo do Serviço Público, na Exposição de Motivos n.º 501, de 8 de dezembro de 1938, que acompanhou o projeto do atual Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, acentuou que "os extranumerários não estão incluídos nos dispositivos do Estatuto. Falta-lhes, em face da doutrina, o elemento primordial que caracteriza o funcionário, isto é, o caráter permanente de serviço" (8). Aquela época, era uma incontestável verdade, diante da legislação que vigorava para os extranumerários. Entretanto, após o artigo 23 do Ato Constitucional, desapareceu concomitantemente o argumento apresentado, porquanto os extranumerários amparados pelo mencionado dispositivo passaram a ter direito à

estabilidade, o que equivale dizer, foi-lhes reconhecido o caráter permanente de serviço.

Ademais, cuidamos que os dispositivos vetados da Lei n.º 525-A tinham o caráter complementar da regra-mestra estabelecida no artigo 23 do Ato Constitucional, traduzindo, outrossim, o verdadeiro pensamento dos constituintes sobre a extensibilidade das vantagens outorgadas. Conforme interpretou o juriconsulto Pontes de Miranda, "o equiparado está materialmente no quadro, se bem que formalmente não esteja e tem os direitos e deveres daqueles a que foram equiparados" (9). Acrescentando, mais adiante, que "no dia 18 de setembro de 1946, as pessoas, nas condições do art. 23, 2.º parte, passaram a ser funcionários numerários; passou a existir o cargo deles" (10).

Além disso, a tese defendida no presente trabalho encontra apoio na doutrina exposta por Gaston Jèze, pela qual "*ordinairement l'agent affecté à un emploi permanent est lui-même permanent*" (11), em contraposição àqueles cuja situação tem "*caractère temporaire, exceptionnel, transitoire, occasionnel*" (12). Na Administração Brasileira, aqueles são os funcionários, enquanto que estes são os extranumerários. Ora, se os beneficiados pelo dispositivo constitucional em apêço estão enquadrados na primeira espécie, pelo fato de terem caráter permanente e direito à estabilidade, logicamente são funcionários, para todos os efeitos. Seria posição exdrúxula, fugindo às regras universais de direito administrativo, considerá-los intermediários entre funcionários e extranumerários, à semelhança do mitológico Centauro. No entanto, esta é a real situação em que atualmente se encontram, por força dos motivos exaustivamente expostos.

Finalmente, à guisa de epílogo, podemos afirmar que a parte mais difícil já foi superada: a equiparação para os efeitos de estabilidade, aposentadoria, férias, licença e disponibilidade. E vencida de modo irrevogável, visto se tratar de dispositivo constitucional que estabeleceu o princípio da equiparação com a atribuição dos principais direitos, porquanto os deveres de há muito são exigidos dos extranumerários...

(6) MARCCS BOTELHO — "Sobre a Reforma do Estatuto" — Revista do Serviço Público — março-abril de 1947 — pg. 17.

(7) THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI — "Princípios Gerais de Direito Administrativo" — Livraria Freitas Bastos — 1945 — pg. 143.

(8) In "Exposições de Motivos do D.A.S.P." — Imprensa Nacional — 1.º vol. 194, 1944 — pg. 301.

(9) PONTES DE MIRANDA — "Comentários à Constituição de 1946" — 1947 — Vol. IV — pg. 257.

(10) Id., ib. — pg. 258.

(11) GASTON JÈZE — "Les Principes Généraux du Droit Administratif" — Deuxième édition — Paris — 1941 — pg. 400.

* *

*

No passado, o homem estava em primeiro lugar; no futuro, o sistema terá a primazia. Isso, entretanto, não significa absolutamente, que os homens competentes não sejam necessários. Pelo contrário, o maior objetivo duma boa organização é o aperfeiçoamento de seus homens de primeira ordem; e, sob direção racional, o melhor homem atingirá o mais alto posto, de modo mais seguro e rápido que em qualquer outra situação.

(Princípios de Administração Científica — Frederick Winslow Taylor).