

Reforma Administrativa

*Conferência da
Prof. Dr^a Maria Sylvia
Zanella di Pietro*

Dr. Alexandre: Boa tarde a todos. É com imensa satisfação que hoje estamos recebendo aqui a Prof^a Maria Sylvia Zanella di Pietro, que inclusive prescinde de maiores apresentações, já que é sabido de todos que se trata de uma das maiores expressões do Direito Administrativo Brasileiro. Prof^a Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e procuradora do Estado, e que muito gentilmente aceitou o convite para vir aqui discorrer entre nós sobre este tema delicado que é o referente à “Reforma Administrativa”, a chamada Emenda 19.

Eu quero agradecer de público a presença da emérita professora e desde logo passar-lhe a palavra.

Prof^a Sylvia: Agradeço ao convite para participar.

REFORMA ADMINISTRATIVA

Esse assunto, a Reforma é o assunto do momento em todo lugar; eu diria que NÓS estamos em Reforma. O servidor público está passando por uma situação difícil, de grande expectativa, de insegurança

Mas um dos objetivos desta Reforma Administrativa seria o de flexibilizar os modos de atuação da Administração Pública. Todo mundo com certeza já ouviu falar que se quer substituir a chamada Administração Pública Burocrática pela chamada Administração Pública Gerencial.

Esse tipo de organização que nós temos hoje, que seria a burocracia, é um tipo de Administração que foi idealizada porque se considerou que era uma forma mais adequada para acabar com a corrupção, com o nepotismo, com o apadrinhamento. Havia uma grande desconfiança em relação ao servidor público, autoridade pública, então se cogitou desse tipo de organização que é chamada burocrática, só que a palavra burocracia que tem um sentido técnico acabou ficando com um sentido pejorativo. Hoje, quando falamos que a Administração Pública é burocrática, é no sentido de que a Administração é morosa, que funciona mal, daí a idéia de querer substituí-la.

Na realidade, sob o ponto de vista técnico, a burocracia significa uma forma de organização que é baseada em princípios de profissionalização, de especialização do servidor, na idéia de hierarquia de maneira que haja uma uniformidade de atuação dentro da Administração Pública, exigência de concurso público para selecionar, a exigência de estabilidade para o servidor, para garantir de que ele possa agir com imparcialidade, com impessoalidade.

A burocracia traz inerentes todas essas idéias e é exatamente contra isso que o atual governo está lutando. Ele quer substituir, pelo menos parcialmente, esta forma de organização burocrática por aquilo que ele chama de administração gerencial. Substituir parcialmente, porque num determinado setor da atividade estatal eles querem manter esse tipo de organização.

Não sei se já tiveram oportunidade de ler o plano diretor da reforma do aparelhamento do Estado que foi elaborado; tal plano dá detalhadamente os objetivos da reforma e divide as atividades do Estado em quatro setores.

O primeiro deles é um setor que seria o núcleo estratégico composto pelos órgãos de cúpula, órgãos governamentais propriamente ditos, dos Três Poderes. Nele, o plano diretor entende que pode ser mantida a Administração burocrática.

Num segundo setor, que o plano chama de "atividades exclusivas do Estado", e aí entram as atividades de polícia, de fiscalização, de controle, aí o plano já quer começar com a Administração Gerencial.

No terceiro setor - o qual seria o setor das atividades não exclusivas do Estado, que o particular também pode desenvolver - se teria a saúde, educação, assistência social, cultura. Por fim, viria o setor da atividade de produção, o das empresas estatais.

Haveria, assim, uma espécie de escalonamento; quanto mais nos afastamos do núcleo estratégico mais a idéia é flexibilizar a Administração Pública.

Nesse plano diretor ficaram expressos alguns objetivos da reforma do Estado:

- extinguir o regime jurídico único,
- flexibilizar a estabilidade,
- criar esses contratos de gestão,
- liberar as empresas estatais das amarras, porque hoje elas têm um regime jurídico praticamente igual ao da Administração Direta,
- substituir um controle formal por um controle de resultados

Tudo isto, expresso no plano diretor, já está praticamente se concretizando principalmente através dessa Emenda 19.

O REGIME JURÍDICO ÚNICO

Foi simplesmente excluído da Constituição o art. 39 com a redação anterior que previa o regime jurídico único partindo do princípio da isonomia de vencimentos. Simplesmente desapareceu a norma, não se fala mais de regime jurídico único do servidor. Isto significa que a Administração pública vai poder contratar servidores sob outros regimes - é evidente que se quer instituir o regime da CLT.

Se alguma dúvida houvesse que a pretensão é voltar ao regime da CLT, ela teria ficado dissipada; pois o Governo Federal já encaminhara para o Congresso Nacional proposta dizendo quais as carreiras em que o regime estatutário é aplicado e em todas as demais seria o regime da CLT.

O fato de a Constituição não impor mais o regime jurídico único não significa que os Estados e Municípios que o preferirem mantenham o seu regime jurídico único, se quiserem continuar com o regime estatutário. Para isso não há nenhum impedimento, apenas não há mais obrigatoriedade de adoção do regime, passou a ser uma opção de cada Estado, de cada Município.

Note-se que para contratar servidor pelo regime da CLT é necessário Lei que crie os empregos públicos; não é porque não existe mais obrigatoriedade do regime estatutário, que se possa sair contratando pelo regime da CLT, porque a Constituição Federal é expressa em exigir lei para criação de empregos públicos. Isso se dá no art. 61, § 1º da Carta, e essa norma é repetida nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas dos Municípios, numa condição sem a qual não é possível contratar servidor pelo regime da CLT.

Vai haver também uma intensificação da terceirização. Não é que a terceirização substitua o vínculo do servidor, pois se trata de coisa um pouco diferente. Na terceirização, a pessoa que está prestando serviços para Administração Pública, não tem um vínculo de emprego com a Administração, mas com aquela empresa que está sendo contratada. Sabe-se da tendência que existe da parte de muitos governantes de terceirizar, inclusive atividades da advocacia pública.

Eu diria que essa procura pela terceirização tende a se intensificar agora por causa daquele dispositivo que instituiu limite de despesa com pessoal. Tal coisa já era prevista na redação original da Constituição só que não havia nenhuma sanção para o descumprimento, o que hoje existe. Os Estados e Municípios que não atingirem aquele limite de despesa – que está afixado em 60% – após um determinado tempo, vão deixar de receber verbas federais e estaduais a que têm direito. Uma das maneiras de fugir a esta restrição, é – ao invés de contratar servidor – , terceirizar a atividade. Terceirizando-se, a despesa vai cair em outro item do orçamento que não o item despesa com pessoal.

Sempre tenho defendido que não é qualquer tipo de atividade que pode ser terceirizada. Terceirizável é a atividade puramente material da Administração Pública. Com base na Lei nº 8.666, pode-se terceirizar atividade que implica simples execução matéria. Mas a decisão, a prática de atos administrativos que vão produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros, tais atividades não podem ser objeto de terceirização. Só

quem pode praticar atos administrativos que produzam efeitos jurídicos em relação a terceiros é a pessoa que esteja legalmente investida em cargo, emprego ou função.

Note-se que na esfera federal existe o entendimento, que começou primeiro pelo Tribunal de Contas da União e depois foi incorporado praticamente no Decreto, é o Decreto nº 2.271 de 7 de julho de 97, de que só é possível terceirizar atividades quando não haja o cargo, aquela atividade não esteja organizada em carreira, e houver um cargo não pode terceirizar aquela atividade

No Estado de São Paulo ocorreu muito problema com terceirizações: os “terceirizados” são apenas funcionários de fato pois eles não têm vínculo com a Administração; se praticarem algum ato administrativo, esse ato é ilegal.

A interpretação que o Governo Federal está dando para a noção de “atividades exclusivas do Estado”, aquelas que necessariamente têm que haver o regime estatutário, é muito restrita: praticamente assim só consideram – se passar o projeto que está no Congresso –, aquelas atividades jurídicas, Defensoria Pública, Advocacia Pública; nem as atividades de fiscalização e controle foram incluídas entre atividades exclusivas. Como consequência, todas outras categorias passariam para o regime da CLT.

Note-se que o regime da CLT nunca dá muito certo para Administração Pública: os servidores começam a buscar em juízo aquilo que não conseguem administrativamente, com grande ônus para o Estado. Tanto que antes da Constituição de 88, na esfera federal prevaleceu o regime da CLT. O regime jurídico único foi instituído justamente porque o regime da CLT não deu certo.

CONDIÇÕES DE INGRESSO

Com relação às condições de ingresso, pelo plano Diretor elaborado pelo MARE havia a intenção de que o concurso público fosse exigido apenas para Administração Direta e Indireta. Para os servidores contratados pela CLT não haveria concurso público, apenas um processo seletivo, nunca bem explicado. Tal proposta não passou, continuando a exigência de concurso público em toda a Administração Direta e Indireta inclusive para o pessoal da CLT.

Algo que mudou com relação ao ingresso, é que o art. 39, § 3º – com a redação da Emenda, que corresponde ao § 2º da redação original – estende ao servidor ocupante do cargo determinados direitos previstos no art. 7º da Constituição, artigo que cuida do trabalhador. Entre esses benefícios, está no art. 7º, inciso 30, aquele que veda as discriminações – o qual vedava, entre outras coisas, o limite de idade no serviço público. Este dispositivo foi alterado, o art. 39, § 3º, para incluir o seguinte: ..”podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.”

Assim, daqui para frente pode haver discriminações, inclusive quanto à idade, se o tipo de cargo assim exigir. Então acabou aquela proibição – que era bastante rígida – de limite de idade; essa limitação aplica-se, evidente se devidamente justificada, para aqueles cargos que permitem e que exigem esse tipo de limitação.

CARGOS EM COMISSÃO

O inciso V do art. 37 teve uma mudança na sua redação, que agora diz: “...as funções de confiança exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo e os cargos em comissão a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos e condições e percentuais mínimos previstos em lei destinam-se apenas as atribuições de direção, chefia e assessoramento”.

Este dispositivo em parte é auto aplicável pois que as funções de confiança e os cargos em comissão só podem existir para funções de chefia, direção e assessoramento. Havia certo abuso de pôr como cargo em comissão ou função de confiança qualquer tipo de servido. No Estado de São Paulo, por exemplo, encontram-se motoristas em função em cargo em confiança. Teve-se até cargos em comissão organizados em carreira e às vezes até com exigência de concurso.

A outra parte do dispositivo que é auto aplicável é aquela que diz que a função de confiança só pode ser exercida por ocupante de cargo efetivo: não se pode mais pôr em função de confiança quem não seja servidor público, de cargo efetivo; e não basta ser celetista, tem que ser estatutário.

O que não é auto aplicável é a parte relativa aos cargos em comissão, quando diz que a Lei vai dizer a quantidade de cargos em comissão que fica reservada para servidor efetivo, isso daqui é a única coisa que depende de uma Lei.

ACUMULAÇÃO DE CARGOS

Com relação a acumulação de cargo, apenas uma breve referência: a regra à proibição continua mas, no inciso XVII, veio a estender a proibição de acumulação de cargo também às subsidiárias da sociedade de economia mista, e sociedades controladas direta ou indiretamente pelo poder público

O que acontecia antes era que a Constituição só estendia a proibição de acumular às autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista. Havia muitas empresas, controladas pelo Estado, mas que não eram tecnicamente consideradas sociedade de economia mista porque faltava algum requisito – normalmente elas não eram criadas por lei. Uma sociedade controlada pelo Estado está alcançada pela proibição de acumular.

Com relação ao exercício de mandato eletivo também houve uma alteração no artigo 38, artigo que cuida da situação do servidor que é eleito para exercer qualquer mandato eletivo, desde Presidente da República até Vereador. O dispositivo previa o afastamento do servidor, terminado o mandato ele voltava e podia contar aquele tempo de mandato para todos os fins. Com a nova redação ficou excluído do dispositivo o empregado de empresa pública e sociedade de economia mista. Quando terminar o mandato tais empregados vão ter que procurar outro emprego.

SISTEMA REMUNERATÓRIO

Com relação ao sistema remuneratório, vieram as mudanças maiores e aquelas que nos afetam mais diretamente.

Tradicionalmente, a remuneração do servidor público é sempre composta por uma parte fixa que corresponde ao valor da referência fixado na lei e uma parte variável que compreende uma série de vantagens pecuniárias, variam de servidor para servidor, conforme o tempo de serviço, ou tipo de atividade. Agora foi instituído o regime de subsídio, mas não substituindo inteiramente o regime de remuneração,

Este regime é obrigatório para algumas carreiras, para alguns agentes públicos, mas poderá ser adotado facultativamente para outros servidores organizados em carreira. Entendo que esse regime de subsídio é incompatível com o regime da CLT. Como o dispositivo fala "servidores organizados em carreira" poderia se dizer que o servidor da CLT também poderia estar organizado em carreira, poderia haver até carreiras paralelas, mas e como o regime de subsídio compreende uma parcela só e o regime da CLT tem uma série de vantagens, e mais ainda a atuação da Justiça do Trabalho, eu acho que seria muito difícil se não impossível manter um regime de subsídio para servidor celetista.

Na esfera Federal está havendo uma tendência para que todas as carreiras, aquelas em que o regime estatutário é aplicado, adotem o regime de subsídio, mesmo aqueles em que a Constituição não torna obrigatório.

Antes de entrar no exame do subsídio, vale lembrar também que a Constituição não prevê mais no artigo 39 o princípio da isonomia, o qual significava que os servidores do mesmo poder ou poderes diferentes que exercessem atribuições iguais ou assemelhadas tinham direito à mesma remuneração. Mas o princípio da isonomia está lá no artigo 5º da Constituição entre os direitos fundamentais do homem. A antipatia pelo servidor público, que é evidente, não irá ao ponto de dizer que o capítulo dos direitos fundamentais não se aplica a ele.

Além disso, há um outro dispositivo aqui na Constituição que não foi alterado – o artigo 37, inciso XII – que diz: "os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo". Esse dispositivo vem desde a Constituição de 67, conhecido como "princípio da paridade de vencimentos", e que outra coisa não é senão a isonomia, porque o que ganha um servidor do executivo continua sendo o limite para os demais poderes.

Além do mais tomando o regime da CLT como aquele que prevalece, essa regra de equiparação de salários, vai acabar levando a uma isonomia. No Direito do Trabalho esse princípio da equiparação salarial tem grande força, e se vai acabar chegando ao princípio da isonomia salarial por caminhos tortuosos.

Entrando agora no problema do subsídio: o principal dispositivo aqui é o artigo 39, § 4º. Esse dispositivo contém a regra básica, ao definir o subsídio como parcela única, vedando expressamente o acréscimo de qualquer gratificação adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecida em qualquer caso disposto no art.37, incisos X e XI.

A palavra subsídio já é uma palavra inadequada. Como forma de pagamento de remuneração, ela era utilizada inicialmente para designar a retribuição dos parlamentares, do Presidente da República, do Vice-Presidente, Governadores, enfim os agentes políticos. Tal remuneração era composta de uma parte fixa e uma outra parte variável. Os parlamentares só recebiam a parte variável se comparecessem à sessão, o que era uma coisa muito útil. Com o novo conceito de subsídio, a divisão em parcela fixa e variável que havia para os parlamentares não há mais. Veda-se expressamente o recebimento de qualquer outra vantagem.

Às vezes não é a intenção do legislador que importa, mas o que se extrai do ordenamento jurídico. Existem diversas exceções a essa regra da parcela única: em primeiro lugar esse próprio art. 39, § 3º, que manda estender ao servidor ocupante de cargo determinadas vantagens do art. 7º. Dentre essas vantagens, o 13º salário, o adicional noturno, o salário família, a remuneração do serviço extraordinário superior a no mínimo 50% do normal e o adicional de férias. A própria Constituição diz que o art. 7º, nestes incisos, se aplica àquele ocupante de cargo e não só aquele que está em regime de remuneração, mas afasta aqueles que exercem mandato.

Eu mencionaria uma outra exceção a regra da parcela única que é quanto às vantagens de caráter indenizatório, como por exemplo, as diárias e as ajudas de custo: o servidor, mesmo em regime de subsídio, que vai fazer uma viagem a serviço receberá a parcela correspondente às despesas que ele fez. Aliás tanto isso é verdade que no art. 57, § 7, está dito que "na seção legislativa extraordinária o Congresso Nacional somente deliberará sobre a matéria para a qual foi convocado, vedado o pagamento de parcela indenizatória em valor superior ao do subsídio mensal". Reconhece-se que o parlamentar que for trabalhar em seção extraordinária vai receber parcela indenizatória – não superior ao dobro, mas o dobro.

Uma outra exceção à regra da parcela única decorre do art. 37, § 7º, que prevê adicional ou prêmio de produtividade, dizendo-se que “lei da União, Estados, do Distrito Federal e Municípios disciplinará a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento, desenvolvimento, modernização, reaparelhamento, racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade.

E uma outra exceção, ainda, está no caso do servidor que está em regime de subsídio e vai exercer uma função de confiança, por exemplo, num outro órgão e essa função de confiança é remunerada com uma verba de representação; há direito a receber esta vantagem. Interpreto a noção de “parcela única” da seguinte maneira: quis o legislador que quando a lei define o subsídio de um servidor, este será em uma parcela única referente àquele cargo; o legislador não quer que lei diga, que faz parte do vencimento do Procurador do Estado uma verba de representação, como havia para os juizes para os promotores. Mas isso não impede ao servidor em regime de subsídio que for exercer uma função em outro órgão de receber aquele acréscimo pecuniário que não faz parte do seu cargo, faz parte do outro.

Se o servidor que está em regime de remuneração vai exercer aquela função, ele recebe um acréscimo, um outro servidor está em regime de subsídio, vai exercer a mesma função e não recebe nada? Haveria daí uma ofensa ao princípio da isonomia.

Incidentalmente, os Procuradores do Município não foram alcançados pela obrigação de serem estipendiados por subsídio. O bom senso aguardar para ver o que vai acontecer. Eu tenho dito para todo mundo que não está em regime de subsídio – “Aguardem”.

Quem é que obrigatoriamente está em regime de subsídio? O próprio art. 39, § 4º já menciona algumas categorias. Em primeiro lugar o “membro de poder” – a expressão que está na Constituição – que abrange Legislativo, Executivo e Judiciário; o texto também fala em “detentor de mandato eletivo”, repetindo praticamente alguma coisa que já estava na expressão “membro de poder”. Faz-se ainda referência a Ministro de Estado, Secretários Estaduais e Municipais; ou seja, esse dispositivo se referiu praticamente aos agentes políticos.

Ainda estão obrigatoriamente neste regime os membros do Ministério Público, pelo art. 128, § 5º, os integrantes da Advocacia geral da União, os Procuradores do Estado do Distrito Federal, os Defensores Públicos, estes pela regra do art. 135 - das carreiras jurídicas só não se incluem os Procuradores Municipais e os Procuradores autárquicos. Os Ministros do Tribunal de Contas da União art. 73, § 3º e os servidores públicos policiais, mesmo os delegados de polícia, igualmente entram na regra do subsídio pela regra do art. 144, § 9º. Quanto às outras carreiras, sua inclusão no regime vai depender de uma opção dos Estados ou Municípios.

A competência para alteração e fixação dos subsídios evidentemente é por Lei. Na hipóteses dos Deputados Federais, Senadores, Presidente da República e Ministros de Estado, a fixação do subsídio não se faz por Lei, porque esta competência foi dada para o Congresso Nacional no art. 49 exatamente aquelas matérias que não dependem de sanção do Presidente da República. O aumento destas categorias e a fixação dos subsídios se faz por Decreto Legislativo, em todos os outros casos depende de lei.

Uma novidade da Emenda, art. 37, inciso X, é prever o direito do servidor a uma revisão anual pelo mesmo índice, sempre na mesma data, para todos. O que é direito mesmo é que o aumento para um tem que ser para todo mundo no mesmo índice e na mesma data, o que não impede que o governo reestruture determinadas carreiras.

Com relação aos membros da Magistratura há duas normas: uma é no art. 48, inciso XV, que atribui ao Congresso Nacional a competência para fixação dos subsídios para os Ministros do Supremo Tribunal em lei de iniciativa conjunta do Presidente da República, do Presidente do Senado, do Presidente da Câmara e do Presidente do Supremo Tribunal Federal. Cada vez de rever o subsídio vai ter que haver um acordo, o que eu acho péssimo, por envolver os Três Poderes em assunto de vencimentos; não posso imaginar o judiciário participando de acordos políticos.

Para os membros do judiciário eu diria que não vai haver grandes problemas na fixação dos subsídios, porque a Constituição só faltou dizer o quanto eles vão ganhar. Ela disse que os Ministros do STJ vão ganhar 95% do que ganharem os Ministros do Supremo, definido o que

ganha o Ministro do Supremo, os dos Tribunais Superiores vai ser 95% e daí varia o montante numa diferença entre 5 e 10% para os demais juízes. Problema existe, porém, no que esta emenda quebrou a isonomia entre os Três Poderes em termo de salário.

O Presidente da República vai poder receber pelo teto. No âmbito Estadual vai ser pior, porque o Presidente do TJ e os desembargadores – que afinal estão na cúpula de um dos Poderes – vão receber menos do que o chefe do Poder Executivo. No âmbito Municipal é pior ainda, pois o Vereador só vai poder receber 50% do que ganha o Ministro do Supremo, sendo que para o Prefeito não há essa limitação – ele vai poder ganhar no teto.

O mesmo ocorre em outros níveis. Como o Deputado Estadual não pode ganhar mais do que 75% do que ganha o Deputado Federal, vai haver servidor público trabalhando na Assembléia, trabalhando na Câmara Municipal e ganhando mais que deputados e vereadores. Isso, sem falar da quebra da isonomia entre o legislativo, executivo e judiciário, o executivo vai ganhar mais do que os outros, menos na esfera federal.

DO TETO

O dispositivo referente ao teto aplica-se igual, seja para quem está em regime de subsídio, seja para quem está em regime de remuneração. Está a norma no art. 37, inciso XI.

Uma primeira observação é que – na minha opinião – não existe mais possibilidade de haver subteto para os Estados e Municípios. Na vigência da Constituição, em sua redação original, esse inciso falava que a lei fixará o limite entre a maior e a menor referência e o teto, que não poderá ultrapassar de tanto. Assim, aquele teto de que o dispositivo fixava não poderia ser ultrapassado mas ele podia ser inferior, e a maior parte dos Estados e Municípios tinham realmente subtetos. Agora, este dispositivo já diz que o teto é aquilo que ganha os Ministros do Supremo.

Há quem esteja defendendo que continua haver a possibilidade de subteto, o qual decorreria do art. 39, § 5º, segundo o qual “ a Lei da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios poderá estabelecer a relação entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos obedecido em qualquer caso disposto no art. 37, inciso XI”.

Comparando a redação desses dois dispositivos com a redação do art. 37, inciso XI original, verifica-se que as duas normas estavam num dispositivo só, “a lei fixará a diferença entre a maior e a menor remuneração” e o “teto”. Agora num dispositivo está fixado o teto, e no outro está dizendo que a lei fixará esta diferença entre a maior e a menor remuneração. Vamos supor que um Estado ou um Município fixe um valor de referência, a maior referência do Estado seja R\$ 8.000,00 e que o teto do Ministro do Supremo seja R\$ 12.000,00. Os servidores que estão em regime de remuneração têm uma série de vantagens além da referência, o cálculo dessas vantagens vai chegar acima dos R\$ 8.000,00 – só não pode ultrapassar o teto do Ministro do Supremo.

O que é importante saber é que o teto é o que ganha o Ministro do Supremo: vai prevalecer é o inciso XI. Vamos supor que alguém esteja ganhando acima do teto e vai ser reduzido: o teto que vai ser observado é o do art. 37, inciso XI, não é aquela maior referência que o Estado ou Município fixarem. Quem está defendendo que continua havendo o subteto. O subteto existe na própria Constituição para os Deputados, porque os Deputados Estaduais não podem ganhar mais do que 75% que os federais.

Esse teto abrange tanto os que continuam sob o regime remuneratório, quanto aos que estão em regime de subsídio, abrange os ocupantes de cargos, funções ou empregos públicos não importando se é regime estatutário ou celetista, abrange os servidores da Administração Direta, autárquica e fundacional.

Com relação às empresas estatais o teto só vai abranger aquelas empresas que recebam verbas do orçamento do Estado para pagar seus servidores ou fazer despesa de custeio, se elas tiverem receita própria elas não estão sujeitas ao teto.

Só o pessoal das organizações sociais é que não está sujeito a teto. A organização social não tem limitação de nenhum jeito, o pessoal de tais organizações não está proibido de acumular, não tem que fazer concurso público e também não tem que observar o teto.

O teto é o mesmo para os servidores dos Três Poderes, da União, dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, atinge os proventos dos aposentados e as pensões dos dependentes. A norma mais absurda é a referente

à pessoa que estiver acumulando: ela está sujeita ao teto, a um teto único, e tem que somar o que ganha nos dois cargos. Quem vai chegar no teto é aquele que acumula um cargo técnico ou científico com um cargo de professor, é juiz, desembargador, procurador que dá aula.

Na aplicação desse teto ficou bem claro que são incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, posto aí com objetivo específico de acabar com aquela interpretação da jurisprudência uniforme do Supremo Tribunal Federal, de que as vantagens pessoais ficavam acima do teto.

IRREDUTIBILIDADE E TETO

Com relação a irredutibilidade de remuneração e subsídio a norma é do inciso XV, do art. 37. O mesmo princípio vigora para o regime de remuneração ou de subsídio

Aqui houve alguma alteração em relação à redação original, uma alteração até que pode passar despercebida, mas que se for aplicada pode atingir a muita gente e levar a redução de vencimentos. Porque o que está escrito é que os subsídios e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, até aí está a regra geral, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste art. e nos art. 39, § 1º e 150 etc.

Como o art. 37, inciso XI é o que cuida do teto, então o que está sendo dito é que quem esteja acima do teto poderá ser sujeito a redução sem que isto implique ofensa ao princípio da irredutibilidade de vencimentos.

CÁLCULOS CUMULATIVOS E DIREITOS ADQUIRIDOS

O inciso XIV foi mudado pela Emenda: é aquele que proibia os cálculos cumulativos. Dizia ele que "os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores - a redação atual - mas antes falava "sob o mesmo título e idêntico fundamento".

Antes era só quando as vantagens iam se somando uma a outra e eram vantagens idênticas é que era proibido o cálculo cumulativo. Este dispositivo atingia especificamente àquele adicional por tempo de serviço, a cada cinco anos tinha um acréscimo, então não podia incidir um sobre o outro.

Agora foi suprimida aquela expressão final "sob o mesmo título e idêntico fundamento", o que significa que nenhuma vantagem pecuniária pode incidir sobre outra, todos os cálculos têm que ser sempre sobre a referência. Então, se alguém tinha adicional calculando sobre nível universitário, ou adicional sobre verba honorária, vai calcular apenas sobre a referência, com redução de estipêndios, sem poder invocar o princípio da irredutibilidade de vencimentos.

Aqui vai entrar o velho problema do direito adquirido e quem vai dar a última palavra é o Supremo Tribunal Federal. Pessoalmente acho que a regra do direito adquirido está na Constituição, entre os direitos fundamentais, se o constituinte pôs essa regra na Constituição e pôs entre os direitos fundamentais, não teria sentido que o constituinte derivado ou de segundo grau o desrespeitasse. É um absurdo o entendimento de que a Constituição, quando diz que a lei respeitará o direito adquirido, só está fazendo referência à lei ordinária, não abrangendo a emenda à Constituição.

O ilustre Ministro Moreira Alves entende que quando se diz que o direito adquirido é uma causa pétrea, o que a Constituição está dizendo, e que não se pode tirar da Constituição aquele inciso do art. 5º que manda respeitar o direito adquirido, porque este é uma causa pétrea, mas se pode afetar os direitos adquiridos num caso concreto. Eu perguntaria se nós tiramos hoje um, amanhã outro e depois outro, acabou o direito adquirido; além do mais, entendendo que a regra do direito adquirido é uma coisa que diz respeito à segurança jurídica. Quem recebe uma vantagem, porque a Constituição permitia que recebesse, não pode ser tratado como se fosse um infrator.

ADAPTAÇÃO AO SISTEMA DE SUBSÍDIOS

Ainda a respeito de subsídio, uma última coisa é como fazer a adaptação do sistema atual para o novo sistema. Supomos aqui um servidor que tem um regime de remuneração e vai passar para o regime de subsídio.

Para o juiz não vai haver problema porque a Constituição diz que todo mundo vai ser igualado. Para as outras carreiras o que é que vai acontecer? O governo não vai querer fixar o subsídio igualando os vários servidores; aquele que não tem nenhum adicional e aquele que tem cinco adicionais e mais a sexta parte, porque isso significaria um aumento muito grande.

Provavelmente o que vai acontecer é que a lei fixará subsídio para quem entrar daqui para frente, e que vai ser menor do que a soma do que hoje ganham os servidores. E como é que fica a situação daqueles que já estão no regime de subsídio? Não se vai poder reduzir.

Há duas alternativas: ou vai se dizer que o atual servidor vai receber como subsídio a soma de todas as parcelas que está recebendo hoje, só que passam a ser parcela única, ou então vai se assegurar a ele aquele subsídio que está previsto na lei como parcela única e a diferença vai ser preservada com uma outra parcela única. De qualquer forma não há como reduzir um subsídio.

ESTABILIDADE

Deixando um pouco esse assunto remuneração e falando rapidamente da outra alteração que houve que é com relação a estabilidade. Houve algumas modificações importantes com relação à estabilidade, embora por enquanto muito pouca coisa auto aplicável. A única mudança auto aplicável com relação a estabilidade é o período de estágio probatório que passou de 2 para 3 anos para quem entrar depois da data da emenda, ainda respeitou o direito daqueles que já estavam.

Tudo mais depende de regulamentação, inclusive essa exigência de avaliação de desempenho; pois além de completar o período de estágio probatório colocou-se como exigência para aquisição de estabilidade a avaliação de desempenho. Mas se não houver a avaliação de desempenho – porque não há lei que diga como vai ser feita – não se pode impor esta exigência para o servidor. Note-se que há um outro entendimento de que enquanto não for feita a avaliação de desempenho o servidor não vai adquirir estabilidade, ainda que tenha 4, 5 ou 6 anos.

A Emenda prevê mais duas hipóteses de perda de cargo: a primeira é a relativa ao procedimento de avaliação de desempenho. Se o servidor for considerado insuficiente, responderá a processo, o que não é propriamente uma punição, mas se vai poder perder o cargo. Já há projeto no Congresso para regulamentar esse ponto

A outra forma de perda do cargo é a que foi prevista no art. 169, § 4º, no caso de haver gasto com o pessoal acima do limite imposto por lei (que é de 60%). Para desligar o servidor estável, mesmo nesse caso, o ente público ai ter que primeiro cortar 20% dos gastos com cargos em comissão, depois os servidores não estáveis e só depois é que vai entrar nos servidores estáveis.

Neste caso de mandar embora servidor estável – só nesse caso – o servidor vai ter direito a uma indenização. Isso não existe, naquele caso de procedimento de avaliação.

Existe também uma importante limitação de que uma vez mandando o servidor embora por excesso de quadros durante quatro anos não pode nomear outros servidores para exercer o mesmo tipo de atividade.

PERGUNTAS

Dr. Denis: Abro as perguntas da platéia.

Ouvinte (platéia): Eu queria saber da compatibilidade entre o servidor... o servidor se está incluído entre a carreira típica de Estado e ser também, estar em autarquia e agência executiva.

Profª Sylvia: Na minha maneira de ver quando você fala em atividade exclusiva você não está levando em consideração se é administração direta, se é autarquia ou fundação qualquer entidade, porque o que eles estão levando em consideração não o tipo de entidade mas sim o tipo de atividade então se houver eventualmente alguma autarquia que desempenhe alguma atividade considerada exclusiva ela seria também abrangida pelo conceito.

Ouvinte (platéia): E a questão da agência executiva que prima pelo conteúdo da terceirização?

Profª Sylvia: Olha não sei se a agência executiva prima pelo conteúdo da terceirização, por que você diz isso?

Ouvinte (platéia): Porque no decreto de 2 de fevereiro deste ano que fala da agência executiva, ela diz no art. 2º, inciso 3º que o conteúdo da agência executiva é a terceirização por isso...

Profª Sylvia: Mas eu acho que vai sempre haver essa limitação quanto ao tipo de atividade, porque pode haver alguma autarquia... a agência executiva ou ela vai ser uma autarquia ou uma fundação e ela vai ter um contrato de gestão com a administração pública para ter mais autonomia se a autarquia desempenhar atividade exclusiva ela vai poder terceirizar, mas não a sua atividade fim, a terceirização em toda a administração pública sempre é possível, mas não sobre a atividade fim se ela é atividade exclusiva do Estado.

Ouvinte (platéia): O mesmo cargo pode ser regido... porque o regime jurídico único não acabou pelo que eu entendi ele vai permanecer para as típicas de Estado, isso foi o que eu entendi vendo em alguns lugares e o governo acena para contratar os novos servidores através de CLT, então a pergunta que eu faço é a seguinte o mesmo cargo pode ser regido por dois regimens jurídicos, um os que já estão pelo estatutário continuando ser estatutário e os novos contratados pela CLT, para o mesmo cargo?

Profª Sylvia: Em princípio sim. Porque... ou em princípio não. Uma vez que, pelo menos pelo projeto federal, eles estão dizendo que algumas carreiras apenas vão ter regime estatutário e todas as outras terão regime celetista, mas eles não podem ignorar uma situação atual e que já existe, então nessas outras carreiras que vai haver regime celetista eles não vão poder obrigar a todo pessoal estatutário a passar para celetista, o próprio Supremo tem o entendimento que você não pode obrigar uma pessoa a sair de um regime, que é contratual, para ir para um regime estatutário ou vice e versa, eles dizem que você não tem o direito da manutenção de um regime jurídico mas no sentido de que se você está em regime estatutário os seus direitos e deveres são disciplinados por lei e essa lei pode mudar e você não pode impedir, mas eles entendem que você não pode sair do regime estatutário para ir para o regime celetista, então ainda que eles passem a contratar daqui para

frente, em uma determinada atividade, servidor celetista, eles vão conviver com os servidores estatutários até que desapareça a categoria dos estatutários, eles vão aposentando, morrendo e não sobra ninguém, ou até que a administração mude de idéia e volte todo mundo para o regime estatutário.

Ouvinte (platéia): A carreira de arrecadação, fiscalização e tributação ainda não está incluída na carreira típica de Estado, bastaria então para que os fiscais que trabalham nessa áreas para que eles não fossem contratados pelo regime de CLT, lutassem unicamente para que fossem incluídos nessa carreira típica de Estado ou mesmo sendo carreira típica de Estado poderia haver essa dicotomia que eu estou dizendo de parte dos fiscais...?

Profª Sylvia: Eu acho que não, eu acho que aí realmente é uma luta dos fiscais, porque isso que eles puseram na lei é uma coisa absurda, porque qualquer atividade de fiscalização, de controle é uma atividade exclusiva do Estado, eu não consigo imaginar funcionários do Tribunal de Contas do Estado, em função de controle, sob o regime de CLT ou fiscal sob regime de CLT isso é um contra senso, eu tenho a impressão que vai haver alteração desse projeto no Congresso Nacional porque ele é absurdo. Ele restringiu demais. Eu fico imaginando um auditor do Tribunal de Contas sob regime de CLT ou então o pessoal de Conselho de Contribuintes do Tribunal de Impostos e Taxas em função julgadora sob o regime de CLT. Para mim é absurdo.

Dr. Paulo Mendonça (Procurador do Município) – Gostaria de aproveitar sua presença para debater um tema, pelo menos aqui na área de Pessoal e na área dos integrantes da trabalhista não ficou muito claro, talvez para a profª tenha ficado claro até demais, no meu modo de ver, que é justamente a questão na inaplicabilidade de plano do regime de subsídios aos Procuradores Municipais. Eu acho que existe uma discussão muito mais ampla do que a pura literalidade do texto constitucional em relação a essa questão do regime de subsídios aplicável ou não aos Procuradores Municipais, que é justamente o conceito de advocacia pública, porque se realmente formos partir de uma interpretação gramatical do texto constitucional não há menção no art. 132 a procuradores do Município como efetivamente não havia anteriormente (antes da Emenda). Eu perguntaria será que dentro do conceito de advocacia pública

não estaríamos incluídos no art. 132 como em diversas outras partes da Constituição a Carta se refere à União, Estados e Distrito Federal e estas disposições são aplicáveis ao Município, em termos de advocacia pública, organizada em carreira, coincidentemente é o nosso caso, será que nós já não estaríamos inseridos naquela regra da obrigatoriedade do regime de subsídios?

Profª Sylvia: Eu entendo que não. Acho que os Procuradores do Município estão numa posição muito incômoda, eu digo isso primeiro porque meu marido é Procurador do Município e segundo porque eu tenho, a pedido dos Procuradores do Município, dado parecer e feito inúmeras palestras por causa da preocupação dos procuradores do Município em relação à posição deles. Que é advocacia pública eu não tenho a menor dúvida, agora pelo fato deles não estarem incluídos no dispositivo da Constituição é que ficou uma situação incômoda e tem inclusive dado margem a essas tentativas de terceirização de uma parte da atividade principalmente a execução fiscal. E por que eles não incluíram a advocacia do Município na Constituição? Porque nem todos os Municípios têm e é aí que cria esta dificuldade, então alguns estão protegidos por normas na Constituição do Estado então eu acho que é uma coisa que se pode lutar, por alguma coisa na Constituição do Estado ou pela própria Lei Orgânica do Município, mas que eu acho que não está incluído aí, não está. Agora o projeto Federal que define as atividades exclusivas do Estado deu uma proteção para os Municípios, se isto passar vocês estão expressamente incluídos entre as atividades exclusivas do Estado senão para fins de subsídio pelo menos para fins de impedir a terceirização. Eu não sei exatamente aonde está mas há um dispositivo que faz referência expressa aos Municípios que tenham a sua carreira organizada como sendo de atividade exclusiva do Estado, portanto indelegável. Eu até acho estranho que vocês que não estão incluídos obrigatoriamente estejam querendo estar incluídos, acho bem estranho. Nesse aspecto de subsídio eu acho que vocês estão numa posição privilegiada, porque nós não temos escolha, nós estamos incluídos, e vocês se quiserem amanhã, vocês podem lutar e conseguir isto, mas se não der certo para os outros vocês ficam quietinhos.

Dr. Paulo Mendonça – Procurador do Município: Na sua interpretação aquelas medidas previstas no art. 169 para redução de gastos... a senhora considera de fato que ainda que não haja uma disposição

expressa nesse sentido, primeiro deveria se partir pelos comissionados, redução de 20% dos cargos em comissão e em seguida dos não estáveis...

Profª Sylvia: Com toda certeza. Isso daí eu não vi ninguém ainda adotar uma idéia diferente. Tem um dispositivo aqui que eu até agora não consegui entender porque foi incluído aqui, a respeito dos não estáveis, que diz assim: “consideram-se servidores não estáveis para fins do art. 169, §3º, inciso II aqueles admitidos na administração direta, autárquica e fundacional sem concurso público de provas ou de títulos após 5 de outubro”. Por que eles estão dizendo que eles são não estáveis se eles realmente são não estáveis? Seria para excluir o pessoal que está em estágio probatório? Tem alguma coisa por trás eu ainda não consegui alcançar, porque que eles puseram uma coisa que já é.

Dr. Alexandre Nery Brandão: Seria possível acumulação de subsídio com remuneração? Há situações no serviço público em que servidor de carreira assume cargo de agente político, em regra, pelo menos até a mudança determinada pela Emenda se aceitava essa acumulação e independentemente... (Profª Sylvia: tem um “nome” a pergunta?). Enfim é uma situação que afeta Secretários que são detentores de cargo efetivo e nessa situação até que sobre para a carreira de Procurador em relação se cogita da hipótese da transformação da remuneração para subsídio, eu até acrescentaria se seria possível acumular subsídio com subsídio, acrescento desde já que me parece que a resposta seria negativa mas de toda a sorte, temos aqui a presença de uma professora emérita e eu gostaria logo de espantar as dúvidas que tenho a respeito.

Profª Sylvia: Acumulação, seja de subsídio, seja de remuneração, é possível naqueles casos em que a Constituição permite. Se eu tenho dois cargos de professor em que num eu tenho um regime de subsídio e no outro de remuneração não há impedimento nenhum, a sua pergunta talvez fosse diferente, essa acumulação é válida, acumulação em si. Sabe o que acontece... o argumento é que Secretário de Estado é agente político, portanto ele não estaria sujeito àquela proibição de acumulação, esse argumento existe e foi defendido em São Paulo e já foi posto em prática e acho que já está em vigor.

Eu vejo uma conseqüência no que diz respeito a esses agentes políticos detentores de cargo efetivo, ou seja, o resultado de natural desinteresse na função desses cargos quando eles – na origem, os cargos efetivos – sejam cargos bem remunerados.

Profª Sylvia: Aquele capítulo do servidor público, em regra não se aplica ao agente político, nós não vamos dizer por exemplo que Ministro de Estado está sujeito àquelas normas. Então a rigor a proibição de acumular não se estenderia a eles.

Dr. Alexandre Nery Brandão: Um tema que tem sido muito caro para nós é esse que diz respeito a tão cogitada terceirização da arrecadação da dívida ativa. Todos nós temos em conta que a advocacia pública é uma carreira de Estado e enquanto tal impossível de ter esse seu serviço público terceirizado e se não me falha a memória V.Ex^a até discorreu sobre esse tema em artigo próprio ou quando menos sobre parte dele. Qual a sua opinião propriamente a respeito desse assunto?

Profª Sylvia: Eu tenho defendido que não pode terceirizar nenhuma parcela da advocacia pública, até um pouco com argumento que o colega ali usou de que a advocacia do Município não é menos advocacia pública do que a da União ou do Estado, quer dizer a atividade é praticamente a mesma. Não podemos dizer que a advocacia pública exercida pela União é diferente da advocacia pública exercida pelo Município, ela é a mesma, é idêntica, então pela natureza de atividade não há dúvida, independentemente do nível de governo, a advocacia é sempre uma atividade essencial, ela só não está na Constituição pelo fato de que em muitos Municípios não tem advocacia pública, e se eles pusessem isso na Constituição Federal obrigaria a todos os Municípios a ter sua carreira organizada, porque nós não podemos pensar em termos de Rio de Janeiro, temos que pensar em termos da Cochinchina, isso seria um ônus injustificado para muitos Municípios, então o que teria que ser feito talvez é pensar num tipo de redação tornando obrigatório nos Municípios que tem esse tipo de atividade. Independentemente de ser atividade exclusiva, eu entendo que quando a administração pública terceiriza, o único fundamento legal que nós temos para a terceirização é a Lei nº 8.666, ela permite o que? Contrato de locação de serviços daqueles que estão inseridos no art. 6º, inciso II que dá o conceito de

serviço e ele permite a terceirização de atividade, não de serviço como um todo, e o art. 13 que fala naqueles serviços técnicos, de profissionais especializados, então ali fala da defesa de uma causa ou emissão de um parecer, você está contratando um advogado para defender uma causa determinada e assim mesmo tem que justificar porque você está contratando, se você tem uma carreira organizada; é uma causa extremamente difícil, de extrema importância, de complexidade e você quer um advogado especial, mas fora daí não pode haver terceirização do serviço público como um todo, isto seria uma delegação e não uma terceirização. Eu tenho talvez sido uma das pessoas que mais tenha falado contra a terceirização da Saúde, da Educação porque eu acho que serviço público como um todo não é terceirizável, há não ser por meio de concessão de serviço público e pelas características da concessão. Quando falamos em delegar o serviço público como um todo e quando eu falo como um todo seria o serviço relativo à Saúde, à Educação, Administração de hospital, o exercício da advocacia pública, você não está terceirizando uma atividade você está terceirizando toda a atividade que envolve aquele serviço, isso exige não só execução material, você está terceirizando até a própria gestão do serviço e isto envolve prerrogativa pública, porque se pudesse terceirizar o serviço público, pode fechar as portas a Administração Pública. Vocês já ouviram falar de um Município, acho que até é de São Paulo, que terceirizou tudo, acho que ficou só o Prefeito, o resto ele terceirizou tudo.? Ele privatizou tudo, deixou de ter serviço público no Município, isso não tem fundamento constitucional. Enquanto nós tivermos a nossa Constituição, com o nosso regime jurídico próprio para a Administração pública, por que se exige licitação? Por que se exige concurso público? Por que tem regras de contabilidade pública, de orçamento público de controle? Por que se quis estabelecer um regime especial para prestação de serviços públicos. Não podemos simplesmente pegar este mesmo serviço público que está protegido assim pela Constituição e colocar na mão do particular e falar agora você vai agir como se fosse um particular; nós estamos deixando de lado a Constituição e aplicando um regime de empresa privada para um serviço que a Constituição quer que seja público. Eu acho que são inúmeros os argumentos para dizer que a advocacia pública não pode ser terceirizada.

Dr. Alexandre Nery Brandão: Tendo em vista o adiantado da hora, queria agradecer a Profª sua magnífica palestra com que brindou a audiência presente. Conferimos um feixe de ouro ao ciclo de palestras que o Centro de Estudos iniciou no início deste ano e agradecer muitíssimo a presença da Profª Maria Sylvia Zanella di Pietro, agradecer em nome da Procuradoria-Geral e dos que aqui estão e para que em outras oportunidades aqui retorne para tratar de temas tão momentosos como este que acabou de discorrer e querendo enfatizar que V.Exª será sempre muitíssimo bem vinda aqui em nossa Casa. Por final, convidar para um “coffee-break”. Muito obrigado.

Notas Sobre a Reforma Administrativa

(Emenda Constitucional nº 19/98)

PAULO ROBERTO SOARES MENDONÇA
PROCURADOR DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
(1999)

Este é um trabalho resultante da sistematização das conclusões firmadas, a partir de reuniões técnicas realizadas em conjunto pelas Procuradorias de Pessoal e Trabalhista, da Procuradoria-Geral do Município do Rio de Janeiro, durante os meses de junho e julho de 1998. É importante destacar que algumas destas conclusões poderão ser revistas, a medida em que os casos concretos o exigirem e que o próprio debate a respeito da Emenda nº 19/98 for intensificado, até mesmo porque a Emenda altera substancialmente algumas premissas fixadas originariamente pela Constituição de 1988, em relação à Administração Pública brasileira, fato que inclusive condiciona a eficácia da proposta aprovada à edição de normas infraconstitucionais regulamentadoras. Em realidade, o presente trabalho constitui apenas uma orientação inicial para a PGM-Rio de Janeiro em futuras consultas, não apresentando um caráter definitivo.

Os debates travados incidiram basicamente sobre os reflexos da Emenda nº 19/98 em matéria de pessoal, principalmente no Capítulo VII, Da Administração Pública, apesar de a reforma administrativa englobar algumas outras questões. Acrescente-se que os dispositivos da Emenda nº 19/98, que serão abordados de forma sistemática, são aqueles que de forma mais direta têm reflexo na Administração Pública municipal. Far-se-á uma apresentação ordenada dos dispositivos que sofreram alterações, para em seguida proceder-se a uma discussão dos respectivos incisos e parágrafos.