

CARGO E EMPREGO PÚBLICO: DISTINÇÃO

Adélman de Barros Villa
Professor de Direito Administrativo da UFPI

Subsume-se, no texto constitucional, referência a cargo e emprego públicos. A lei nº 8.112, 11.12.90, regulamentando parte do artigo 39 da Constituição Federal, não faz qualquer distinção entre cargo e emprego público e, quanto a este último, nem referência faz.

Ignorando, então à lei nº 8.112/90 a existência de empregos públicos, na Administração, cuidou, tão somente, da definição de cargo público.

A lei citada, todavia, instituindo o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos, abrange todos aqueles que mantêm vínculo jurídico empregatício, seja com a Administração Direta, seja com as Administrações Autárquicas e Fundacional.

Anteriormente à vigência da Constituição Federal de 1988, era elementar a distinção entre cargos e empregos públicos. Estes eram destinados aos servidores regidos pela Constituição da Leis do Trabalho, ao passo que, aqueles, regiam-se pelo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis.

Já agora, com a existência do Regime Jurídico Único, por disposição constitucional todos os servidores públicos, sejam ocupantes de cargos ou empregos públicos, estão a ele submissos. Esta circunstância autorizaria o legislador, através de norma infra-constitucional, dispensar-se de fazer distinção entre cargo e emprego público, sem grave lesão o texto constitucional?

Parece-nos que, no particular, a lei nº 8.112/90 será, desenganadamente, inconstitucional.

No texto constitucional não figuram palavras que devem ser desconsideradas, quando de sua aplicação e interpretação.

Então, os verbetes **emprego público** seriam de presença obrigatória na norma infra-constitucional consubstanciada na lei nº 8.112/90. Não o foi, no entanto, configurando-se, assim grave lesão à Carta Magna.

Da exegese do texto constitucional resulta fácil a distinção entre cargos e empregos públicos.

Estes estão destinados aos servidores públicos que mantêm vínculo jurídico em precatório com as autarquias e com as fundações públicas, ao passo que aqueles são os lotados na Administração Direta.

A distinção está claramente contida nos incisos XVI e XVII do artigo da Constituição Federal, **verbis**.

Art. 37 - Omissis.

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos... omissis.

XVII - a proibição de acumulação estende-se a empregos e funções... (omissis).

Da inteligência dos dois dispositivos citados, extrai-se a ilação de que a regra proibitiva de acumulação é própria dos cargos públicos, e que esta regra estende-se aos empregos, sejam estes de autarquias, fundações públicas ou mesmo Sociedade de Economia Mista e Empresas Públicas.

Está, assim e então aí, claramente indicada a distinção entre cargos e **empregos**, sejam estes últimos regidos por normas de Direito privado ou público.

No inciso XVI, referido, a Constituição usou o verbete emprego em sentido amplo, genérico, isto porque, ali, presentes entidades submissas a normas de Direito Público: Autarquias e Fundações Públicas, e de Direito Privado: Sociedade de Economia Mista e Empresas Públicas.

Esta generalidade, todavia, particulariza-se quando a Constituição, definindo os servidores públicos, no artigo 39, considera incluídos nesta categoria somente da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas, **verbis**:

Art. 39 - "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**" (sublinhamos).

Excluiu, propositalmente, a Constituição Federal, os empregados das Sociedades de Economia Mista e os das Empresas Públicas do rol dos servidores públicos, porque aqueles não são empregados públicos, como o são os das autarquias e fundação públicas e, no particular, tal exclusão sintoniza com a disposição contida no parágrafo 1º do artigo 173 da mesma Carta Política, donde se extrai a ilação de que os empregados dessas entidades regem-se por normas de Direito Privado, não sendo ocupantes de empregos públicos, **verbis**:

Art. 173 - omissis.

"§ 1º - A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao **regime jurídico próprio das empresas privadas**, inclusive quanto as obrigações trabalhistas e tributárias".(sublinhamos)

Doutrinadores há, é certo, pretendendo a existência de Sociedade de Economia Mista e Empresas Públicas jungidas a normas de Direito público e extraem essa conclusão da redação do mesmo parágrafo 1º, citado, quando alude a **outras entidades que explorem atividade econômica**. Querem, tais doutrinadores, que somente as entidades ali referidas estejam submissas às normas do Direito Privado.

Tal pretensão nos parece descabida. Nela está contida o entendimento, por exclusão, de que as Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas prestadoras de serviços de utilidade pública não desempenham atividade econômica, então, excluídas do âmbito do Direito Privado.

A prestação de **serviços** é atividade econômica do mesmo porte daquela produtora de **bens**, donde a impropriedade da distinção que alguns pretendem fazer entre as entidades prestadoras de serviços de utilidade pública e as outras que, conquanto produtoras de bens, têm o mesmo tratamento dispensado pela Constituição àquelas.

Com efeito, a conjunção e que aparece no dispositivo citado, sendo copulativa e não alternativa, coloca em posição jurídica similar umas e outras.

Resta, então, demonstrada distinção entre cargos e empregos públicos e entre estes e aqueles empregos regidos por normas do Direito Privado.

Neste passo, é incompreensível o silêncio da lei nº 8.112/90 a respeito dessa distinção.

Resta, agora, a indagação sobre se tal silêncio traria consequências ao Ordenamento Jurídico Positivo.

Parece-nos que sim.

Vejamos:

A Constituição Federal, no artigo 6, § 1º, inciso II reza:

“Art. - São de iniciativa privada do Presidente da República as leis que:

I - Omissis.

II-disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração **direta** (grifamos) e **autárquica** (grifamos) ou aumento de sua remuneração.”

Assim, a Constituição Federal quer que os cargos da Administração Direta e os empregos das autarquias sejam criados por lei. É a inteligência, nos parece, dos dispositivos citados e, aqui, excluídos da obrigatoriedade de criação por lei os empregos da fundações públicas, pois que, excluídas, estas, daquela disposição constitucional.

A lei nº 8.112/90, não distinguindo cargos de empregos públicos, torna presentes aqueles na estrutura, seja da administração direta, autárquica e fundações

públicas, de forma imprópria e inconstitucional, obrigando a criação, por lei, dos empregos públicos das fundações públicas, por ela erroneamente definidos como cargos públicos, pois que o regime contido na lei 8.112/90 é abrangente e afeta a todas elas, indistintamente.

Para sepultar, de vez, a discussão sobre a inconstitucionalidade da lei nº 8.112/90, pondo-lhe a última pá de cal, por não ter distinguido **cargos de emprego público**, cumpre salientar que a citada lei, no § 4º do artigo 41, disciplinou o instituto da isonomia como próprio da Administração Pública, abrangendo, pois, a Direta, Autárquica e a Fundacional em frontal desrespeito ao tratamento dispensado pela Constituição Federal ao mesmo instituto jurídico.

Com efeito, a Constituição Federal, no inciso XII do artigo 37, instituindo a paridade o fez, tão somente, entre cargos públicos, “verbis”:

“Art. 37 - omissis

XII - os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo.

No mesmo sentido, a Constituição Federal, definindo o princípio da isonomia, no § 1º do artigo 39, fez idêntica exclusão dos empregos públicos, verbis:

“Art. 39 - omissis

§ 1º - A lei assegurará, os servidores da Administração direta (grifamos), isonomia de vencimento para cargos de atribuições iguais ou assemelhados do mesmo Poder ou entre servidores do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho.”

Já a vedação de equiparação ou vinculação de vencimento referida no inciso XII do mencionado artigo 37 da mesma Constituição Federal, é abrangente de toda a Administração Pública, incluídos, então, cargos e empregos públicos na expressão pessoal do serviço público, verbis:

“Art. 37 - omissis

XIII - é vedada a vinculação ou equiparação de vencimentos, para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público (grifamos), ressalvado o disposto no inciso anterior e no art. 39, § 1º;”

Cremos ter demonstrada, à sociedade, a inconstitucionalidade da lei nº 8.112/90, no que concerne à abrangência deste estudo.

Convencidos de termos suscitado discussão sobre matéria tida como pacífica na doutrina, por esta circunstância, certamente receberemos críticas e que acolheremos, porque certos de que da divergência resulta a melhor compreensão da lei.