

Serviço Público - Função Pública - Tipicidade - Critérios Distintivos

HUGO GUEIROS BERNARDES

SUMÁRIO

1. *A função pública.* 2. *Os rumos da legislação brasileira.* 3. *Critérios da tipicidade da função pública.* 4. *Contornos de tipicidade.* 5. *Função pública e tutela legal.* 6. *Conclusões.*

1. *A função pública*

A finalidade do Estado é, precipuamente, a de prestar serviço público: trata-se, diz OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO (*Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Forense, Rio, 1.^a ed., 1969, p. 141) de "processo técnico especial de satisfação das necessidades coletivas, de comodidades públicas".

O serviço público, cuja definição se tornou crescentemente polêmica (v. CRETELLA JÚNIOR, *op. cit.* infra, pp. 489 e ss.), é, no que nos interessa aqui, delimitado pela função administrativa, que se desdobra em atos e contratos administrativos.

Essa função pública "é o Estado em movimento, em ação de comando legal, praticando atos e realizando serviços" (MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *Curso de Direito Administrativo*, Saraiva, S. Paulo, 1979, p. 47). Tal função "impõe-se através da organização, distribui-se pelos poderes, manifesta-se pelos órgãos, torna-se efetiva com a atuação das pessoas" (*ibidem*). Para isto, há pessoas incumbidas da função pública (daí serem "funcionários"), às quais compreendem atribuições peculiares ao cargo público que ocupam.

Pode-se distinguir, no gênero agentes públicos (os que participam de maneira permanente, temporária ou acidental da atividade do Estado), como faz JOSÉ CRETELLA JÚNIOR (*Direito Administrativo Brasileiro*, Forense, Rio, 1983, pp. 483 e ss.), as espécies funcionário e empregado público, ambos compreendidos na expressão servidores públicos; mas distinguindo-se, ainda que precariamente, os primeiros, os funcionários, pela essencialidade das atribuições inerentes à função pública que lhes está cometida por lei. Os empregados públicos, em princípio — porque a realidade às vezes o desmente —, não estariam incumbidos de igual função pública na Administração estatal.

MARCELO CAETANO (*Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Forense, Rio, 1977, p. 384), que adota noção mais estrita de agentes públicos, conclui que “o regime de Direito Público de prestação de serviço à Administração será caracterizado pela existência de deveres específicos de fidelidade e lealdade ao País, refletidos no dever de respeitar e fazer respeitar a legalidade vigente e nas particularidades de regulamentação da obediência às ordens superiores”.

Para ele, “o agente da Administração que estiver submetido a esse regime poderá ser qualificado... de harmonia com o critério inicialmente definido”, isto é, o de atribuir a condição de funcionários públicos aos que estão incumbidos da “gestão pública” (*ob. cit.*, pp. 372-373). Pois existem agentes funcionários e agentes não-funcionários. Tratar-se-ia de identificar a predominância de gestão pública ou de gestão privada.

Explicando que o critério que leva a distinguir, dentre os que servem a determinado Ministro, os que têm função de autoridade pública e os que fazem apenas administração de patrimônio ou de serviços técnicos, encontra dificuldades na prática — propõe que se faça depender a qualidade do agente administrativo do grau de intensidade da participação na atividade característica dos órgãos da Administração; o que explicaria porque um agente policial ou fiscal deveria ser considerado agente administrativo e um mero escriturário ou um engenheiro poderia não o ser; e a razão pela qual o imediato colaborador e executor do Ministro, na hierarquia dos serviços, deveria ser agente administrativo, ainda quando os seus subordinados não o fossem (*op. cit.*, pp. 373-374).

Depois de esclarecer que há mais semelhanças hoje do que diferenças entre o tratamento jurídico dos servidores privados e servidores públicos, assinala que a diferença mais relevante, que se pode considerar característica do regime de direito público, reside na imposição do *dever de fidelidade ou de lealdade* ao seu País, que acarreta deveres negativos correlatos: neutralidade nas lutas partidárias no exercício das funções públicas; evitar em público criticar os poderes constituídos e os governantes, salvo o direito de expressão correta de pontos de vista sobre os negócios do Estado; não exercer cargos diretivos em organizações que se proponham alterar o regi-

me político consagrado na Constituição vigente etc. (pp. 379-380). Dever específico, esse, que é consagrado mesmo nos países mais liberais como a Grã-Bretanha e a Suíça.

Ao que acrescento: e com maior razão isto deve existir em regimes parlamentarista ou que caminham nesse sentido, dada a aguda necessidade de preservar quadros estáveis nas funções de gestão pública, para aparar os efeitos das crises de gabinete ministerial. Para evitar que se retorne aos tempos do *spoil system* (MARCELO CAETANO, *op. cit.*, p. 362), sistema de despojo, “quando as funções públicas constituíam os despojos da batalha eleitoral que, por direito, pertenciam à facção vitoriosa”, coisa de que não se distanciou suficientemente o Brasil.

As funções públicas essenciais ou diretas são aquelas ligadas “à própria substância da administração”, sem as quais ficaria o Poder Executivo “inabilitado para preencher a sua missão” (ANTÔNIO JOAQUIM RIBAS, *Direito Administrativo Brasileiro*, Ministério da Justiça, Rio, 1866, reedição de 1968, p. 78). “Serviço público é a utilidade que por meio dos seus atos alguém presta à sociedade ou a parte dela. Função pública é uma fração do Poder Social; envolve as idéias de autoridade e mando em relação aos interesses do Estado” (*op. cit.*, p. 79). Completa RIBAS: “Na hierarquia administrativa os agentes, a quem elas (as funções administrativas essenciais) estão confiadas, exercem, pois, natural supremacia sobre todos os que apenas são destinados a auxiliá-los” (p. 78).

Hesita a doutrina entre a existência do contrato de direito administrativo, da Administração pública com seu funcionário, para o exercício da função pública (MÁRIO MASAGÃO, *Curso de Direito Administrativo*, 5.ª ed., Rev. Tribunais, S. Paulo, 1974, p. 179); ou de simples ato administrativo (OTTO MAYER, MARCELLO CAETANO); ou ainda de um regime legal estatutário (DUGUIT, HAURIOU, D’ALESSIO, *apud* DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETTO, *Curso de Direito Administrativo*, 4.ª ed., Forense, Rio, 1983, p. 186).

Esta discussão foi perdendo sentido na medida em que a diversidade de ações do Estado na ordem econômica e social gerou também a diversidade de vínculos com os que lhe prestam serviços. Mas resta, ainda, a idéia de um núcleo central da administração pública, cercado de maiores garantias (regime estatutário ou não) em razão da tipicidade ou essencialidade de suas funções.

Na lição de HELY LOPES MEIRELLES (*Direito Administrativo Brasileiro*, 16.ª ed., 2.ª tiragem, Rev. Tribunais, São Paulo, 1991, pp. 66 e ss.), estes “funcionários” são subespécie dos agentes administrativos (os servidores submetidos ao regime jurídico único da entidade estatal a que servem), estes, por sua vez, uma espécie do gênero agentes públicos, que compreende, além dos agentes administrativos, ainda os agentes políticos, agentes honoríficos, agentes delegados e agentes credenciados.

“A natureza da administração pública é a de um *munus público* para quem a exerce, isto é, de um encargo de defesa, conservação e aprimoramento dos bens, serviços e interesses da coletividade. Como tal, impõe-se ao administrador público a obrigação de cumprir fielmente os preceitos do direito e da moral administrativa que regem a sua atuação. Ao ser investido em função ou cargo público, todo agente do poder assume para com a coletividade o compromisso de bem servi-la, porque outro não é o desejo do povo, como legítimo destinatário dos bens, serviços e interesses administrados pelo Estado.” (HELY, *op. cit.*, p. 76.)

Talvez se encontre em MASSIMO SEVERO GIANNINI (*Diritto Amministrativo*, vol. I, Giuffrè, Milão, 1970, pp. 435-541) o mais extenso e preciso exame da atividade administrativa em relação aos seus exercentes, os servidores públicos.

Primeiro, GIANNINI lembra as atividades que a Escola de Viena chama *imediatas*, isto é, que podem ser comuns à atividade pública e à atividade privada (gerir escolas, ferrovias, hospitais; construir estradas, pontes, estádios; realizar estudos, pesquisas, explorações; organizar mercados, observatórios, empresas); e *mediatas*, ou, segundo outros, coercitivas, autorizativas, publicísticas, que só a administração pública pode exercer: impor ao particular que se deixe interrogar, introduzir unilateralmente certas cláusulas num contrato, desapropriar, requisitar, impor tributos, determinar a evacuação de uma localidade.

Ao conjunto das atividades que os órgãos administrativos desenvolvem pode-se chamar, de modo geral, funções administrativas, diz GIANNINI. Quanto ao conteúdo, porém, nem todas as atividades exibem um mínimo próprio da função administrativa ou têm a relevância para serem tidas como tais. Daí porque GIANNINI distingue *funzioni pubbliche in senso enfatico*. Fazendo-se ainda hoje a distinção entre serviço público e função pública, notadamente para efeitos penais no direito italiano, parece evidente, segundo a doutrina, que é função pública a atividade que seja manifestação direta da autoridade e até da soberania do Estado.

Daí porque a atividade do Poder Legislativo e do Poder Judiciário é sempre pública, mas a do Poder Executivo somente o é nas manifestações que sejam, em si mesmas, autoritativas, tal como a atividade de diplomacia, Ministério Público, polícia, assim como a militar e a tributária; outras manifestações seriam serviço público e não função pública. Sem falar, é claro, nas atividades de soberania, que estão acima de qualquer dúvida, qualquer que seja o sentido com que as entendemos (*op. cit.*, p. 449).

Haveria, além disso, outras funções públicas, mas não em sentido enfático: exemplo de situação duvidosa é a do professor público, de quem se diz que é encarregado de serviço público quando ensina e é *pubblico ufficiale* quando examina e emite um juízo com eficácia legal. Daí concluir

GIANNINI que a noção de função pública “vale con riferimento a qualifiche del titolare dell’ufficio più che con riferimento all’attività in sé considerata” (p. 450). Até porque, conforme demonstra em seguida, existem atividades públicas, hoje, que, sem serem função pública, são objetivamente públicas pela inerência do interesse público (pp. 451 e ss.).

É sugestiva a colocação deste problema que faz RENATO ALESSI (*Principi di Diritto Amministrativo*, vol. I, Giuffrè, Milano, 4.^a ed., 1978, pp. 100 e ss.): para existir o funcionário público é necessário que ocorram: 1) enquadramento no sistema organizativo da administração pública; 2) atribuição de uma função pública “vera e propria”, isto é, atividade volitiva ou, quando menos, ideológica, voltada para o exercício (ou para favorecer o exercício) da autoridade pública. Se faltar o primeiro elemento, podemos ter o *pubblico ufficiale* (diríamos, serventuário público, o dos cartórios, por exemplo), mas não o funcionário. Se faltar o segundo elemento, temos o empregado público.

2. Os rumos da legislação brasileira

O art. 37 da Constituição é de alcance deveras controvertido, porque se refere à “administração pública direta, indireta ou fundacional”, no que muitos querem ver a inclusão de todos os servidores referidos no art. 39 e ainda, pelo menos, os das empresas públicas e sociedades de economia mista.

É polêmica para não ter fim, sobretudo se considerarmos que, aos servidores referidos no art. 39 da Constituição Federal (v. seu § 2.^o), aplicam-se diversos incisos do art. 7.^o (direitos dos trabalhadores em geral), enquanto aos das empresas públicas e sociedades de economia mista, são aplicáveis todos os direitos dos trabalhadores em geral (art. 173, § 1.^o, da mesma Constituição), logo, todo o art. 7.^o, como também os arts. 8.^o, 9.^o, 10 e 11, com as ressalvas, quanto ao direito de negociação coletiva, de sindicalização e de greve acaso constantes dos arts. 8.^o, parágrafo único, 37, VI e VII, e 42, § 5.^o, da mesma Constituição em vigor.

Apesar de a Constituição impor, como vimos, um regime jurídico único (art. 39) para os *servidores* da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas, a Lei n.º 8.112, de 11-12-90, deu, no seu art. 2.^o, conceito restrito de *servidor*: “é a pessoa legalmente investida em cargo público” sendo este, o cargo público (art. 3.^o), “o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que deveriam ser cometidas a um servidor”. Ora, esta estrutura é a dos “cargos públicos acessíveis a todos os brasileiros”, “criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão” (art. 3.^o, parágrafo único).

Entretanto, pode ocorrer a prestação de serviços contínuos à Administração Federal, embora em caráter temporário (máximo de 48 meses, art. 233, § 1.º, III) ou emergencial (arts. 232-235 da Lei n.º 8.112), mediante processo seletivo simplificado (exceto para atender a situações de calamidade pública ou para substituir professor ou admitir professor visitante), vedado o desvio de função sob pena de nulidade. E essas contratações (que não se enquadram na definição citada de "servidor") terão os mesmos padrões de vencimentos dos "servidores", exceto na contratação de profissional de notória especialização, inclusive estrangeiro (art. 233, V, c/c 235), "nas áreas de pesquisa científica e tecnológica", quando serão observados "os valores do mercado de trabalho".

Poderia coexistir com o regime estatutário o regime da legislação do trabalho? Há disposições constitucionais que, a despeito do rigor do "regime jurídico único" (CF., art. 39), parecem admitir a concorrência com o regime trabalhista, tal como sustentado por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, Ed. RT, 1990, pp. 85-86, conforme citado no livro do mesmo autor, com outros, *Direito Administrativo na Constituição de 1988*, RT, 1991, p. 181, in *Servidores Públicos*, por MÁRCIO CAMMAROSANO).

A teor dos arts. 39, XVII (acumulação de "empregos" na administração pública), 51, IV (empregos, na Câmara dos Deputados), 52, XIII (empregos, no Senado Federal), 61, § 1.º, *a e c* (criação de empregos na administração direta e autárquica, por lei, e definição, por lei, do regime jurídico dos servidores em geral), 114 (competência da Justiça do Trabalho para julgar dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, aí incluída a administração pública), todos da Constituição, parece possível ao legislador criar o regime jurídico trabalhista, ou outro qualquer, para a administração pública. Mesmo que sobrevenha lei que institua o regime trabalhista na administração pública, o regime jurídico único deverá continuar a abranger a todos os "cargos públicos", permitido, em princípio, apenas o emprego temporário. Mas este não precisa ter necessariamente o regime estatutário (em contrário, v. MÁRCIO CAMMAROSANO, *op. cit.*, pp. 182-186, sustentando imprescindível o regime de direito administrativo até mesmo para os "temporários").

Tudo isto significa que:

a) o regime jurídico único instituído pela Lei n.º 8.112, de 11-12-90, não exclui, mas autoriza, diferentes planos de carreira, entre os Poderes da União, ou dentro de cada um deles;

b) somente não parece mais possível privilegiar o regime jurídico de qualquer desses planos, vale dizer, não parece possível excepcionar o regi-

me jurídico único, seja para reduzir ou eliminar, seja para ampliar ou acrescentar algo em relação a determinada categoria ou carreira;

c) mas tudo que concerne aos respectivos planos de carreira, ressalvada a preservação da isonomia, pode apresentar as diversidades que se fizerem necessárias, em especial se fundadas em aspectos peculiares da função a ser exercida;

d) o regime jurídico único, apesar do tom enfático da Constituição e da Lei n.º 8.112, não esgota o gênero dos que servem em caráter contínuo ao Poder Público (e que, portanto, deveriam, todos estes, chamar-se servidores públicos), podendo existir os de que tratam os arts. 232 a 235 da Lei n.º 8.112, além das "tabelas em extinção" do seu art. 243, § 6.º, e dos que sejam contratados ou simplesmente admitidos a prestar qualquer serviço na condição inevitável de empregados, especialmente nas autarquias e fundações; previsão inadvertida constante, dentre outros, do art. 37, XVII, da Constituição, e que, é bom que se lembre, corresponde a um vício secular (se não é verdadeira necessidade prática) da administração pública, sobretudo em relação a funções subalternas;

e) o regime jurídico único não está, de qualquer modo, adstrito às funções públicas típicas, mas a todos os cargos públicos da União, de suas autarquias e fundações.

O que nos leva a retomar o tema da tipicidade, não para efeito do regime único, mas, sim, das carreiras específicas dentro desse regime, todas elas, segundo nos parece, carentes, para existirem, de prova da sua tipicidade.

3. Critérios da tipicidade da função pública

Procuremos resumir o que de limitações se colhe nessas propostas doutrinárias para a configuração teórica do verdadeiro funcionário público:

1. prestação de serviço público em favor da coletividade: *finalidade*;
2. que envolve o mando estatal: *autoridade pública*;
3. para atendimento de necessidades públicas a que o Estado se obrigou: *essencialidade*;
4. que só a administração pública pode exercer: *exclusividade ou tipicidade*;
5. tendo caráter principal na atividade do agente público: *predominância ou intensidade*;
6. e importando, para o agente, deveres públicos e acréscimo de limitações na esfera das liberdades cívicas: *munus público*;

7. principalmente em razão da qualificação funcional do agente ou da designação que recebe: *individuação*;

8. e sobretudo se a tarefa é referente à soberania do Estado: *excelência*.

Os quatro itens iniciais referem-se ao grau de vinculação da função exercida com a autoridade estatal: a exclusividade ou tipicidade (n.º 4) fornece a conceituação mais estrita de função pública. Os quatro últimos itens referem-se à pessoa do agente público considerado: a excelência (n.º 8) também fornece a conceituação mais estrita.

Assim, o diplomata, por exemplo (necessariamente brasileiro nato, Constituição, art. 12, § 3.º, V), enquadra-se nas exigências mais estritas de tipicidade: sua função é exclusiva da administração pública e tem ainda a particularidade de encerrar manifestação direta da soberania nacional no seu mais amplo significado.

O Ministério Público (Procuradores da República, no caso da União; nos Estados, Defensores, Promotores, Curadores), quase independente do Poder Executivo, somente não representa a soberania do Estado, mas, paralelamente, é representante legal da sociedade, contra os próprios governantes, se necessário, para a defesa de interesses sociais mais relevantes (cf. art. 129 da Constituição), razão pela qual lhe é vedado, salvo exceções previstas em lei, o exercício de atividades político-partidária (art. 128, II, *e*).

As forças armadas, cujos oficiais devem ser brasileiros natos (art. 12, § 3.º, VI, da Constituição), já são instituições subordinadas ao Presidente da República (art. 142), não dispendo de representação da soberania nacional ou da sociedade. Mas a sua destinação constitucional (defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem) as coloca na fronteira do exercício da soberania e da autoridade suprema, ainda que secundando decisões do Presidente da República.

A função policial (segurança pública), também típica da administração, porque dever do Estado (art. 144, *caput*), fica por sua vez sujeita (art. 129, VII) ao controle externo do Ministério Público, conforme a esfera de atuação, federal ou estadual; ou ainda, na forma da lei municipal (art. 144, § 8.º). Entretanto, guarda estreita relação com a organização militar, exigindo uma série de hierárquicas funções, todas igualmente típicas.

As funções do Tribunal de Contas são assemelhadas às do Poder Judiciário (cfr. arts. 73, *caput* e 96 da Constituição), ao qual, entretanto, não pertence o Tribunal de Contas, pois é órgão auxiliar do Poder Legislativo (arts. 70 e 71), sob a mediação, para efeitos de orçamento e créditos adi-

cionais, de Comissão Mista Permanente do Congresso Nacional (arts. 72 e 166 e §§).

Mais que no Poder Executivo, no Poder Legislativo, no Poder Judiciário, no Tribunal de Contas e no Ministério Público, há funções de tal modo típicas e vinculadas ao exercício do poder político, que o problema, ali, está nas funções auxiliares que, na respectiva esfera de atuação, poderiam reclamar análoga tipicidade.

Na esfera do Poder Executivo, embora igualmente típica, a função de fiscalização tributária apresenta acentuada diferença de grau, porque não é das que sejam exercidas com a mesma projeção política, nem mereceu o mesmo destaque constitucional, porque revela apenas um dos aspectos de organização administrativa do Poder Público e das atribuições que lhe são inerentes.

Merece, contudo, especial relevo essa atividade, que diz com a própria viabilidade das demais funções públicas. O aparelho arrecadador e fiscalizador do pagamento de tributos é a *mola propulsora da administração pública*. Aqui, porém, em razão da natureza já de si mesma auxiliar de tais funções, não caberia imputar tipicidade às demais funções a ela ligadas, embora mereçam exame as relacionadas com a contabilidade pública, estas, porém, vinculadas à despesa pública, mas que à receita.

Tudo isto nos leva ao exame, primeiro, da existência, e, depois, do alcance de uma “tipicidade derivada” ou “auxiliar”, na tentativa de definir-lhe os limites. Trata-se, como tantas vezes ocorre na taxionomia jurídica, da penosa tentativa de identificar a “zona cinzenta”, onde se situa aquilo que verdadeiramente não é função pública típica, mas, por especial contigüidade, poderia assumir igual definição.

Este esforço só terá importância dogmática na medida em que nos possa ajudar a definir, com mais precisão, esses mais amplos.

4. *Contornos de tipicidade*

Embora este estudo tenha sentido doutrinário, não se limitando, portanto, à legislação vigente, convém observá-la, para algumas conclusões preparatórias.

A Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, dispõe “sobre o regime jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais” (ementa).

A Constituição vigente, de 5-10-88, no seu art. 39, prevê, para os “servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas” *regime jurídico único e planos de carreira*, o que parece

autorizar que estes últimos, os planos de carreira, poderão, ou mesmo deverão ser diversificados e não únicos. E parece induzir tal diferenciação, pelo menos, para as carreiras ou grupos que não sejam típicos da administração, ou, então, para qualquer carreira que mereça tal nome, seja ou não afetada de tipicidade.

A advertência é importante para que não se faça qualquer aproximação entre os conceitos de tipicidade e carreira, pelo menos enquanto alguma lei não disser que uma (a carreira) corresponde a outra (a tipicidade).

Por enquanto os "planos de carreira" a que se refere o art. 39 da Constituição nada têm a ver com a noção estreita de "carreira" que vem orientando, ao que parece, a diferenciação de funções mais ou menos típicas da administração pública.

Ora, as funções públicas típicas, concernentes, sem sombra de dúvida, aos servidores militares, técnicos legislativos e judiciários, e, quanto aos civis, aos que exercem predominantemente atividade especializada de ministério público, segurança pública, diplomacia, administração e fiscalização tributária, entre outras — estas funções públicas típicas hão de possuir plano de carreira peculiar, juntamente com as carreiras que lhes servem de apoio imediato, quando for o caso e como já vem ocorrendo, faltando por certo a completa formulação de algumas carreiras técnicas, como, por exemplo, as do serviço diplomático.

Assim, a tendência, já confirmada em relação à maioria dessas atividades, é a separação, tanto quanto possível, nítida, entre as funções públicas típicas — aí podendo, conforme o caso, ser incluídas as que lhes servem de apoio imediato —, e as demais funções públicas complementares. Para dar às primeiras o tratamento peculiar que reclamam, em termos de carreira e, conseqüentemente, de deveres e responsabilidades funcionais.

Se o regime jurídico estatutário pode ficar, no futuro, restrito às funções típicas, *lato sensu*, sendo possível converter ao regime jurídico trabalhista ou a outro qualquer regime híbrido as demais funções públicas complementares, sem reforma constitucional — isto é matéria para ser debatida em outra oportunidade.

Convém, a propósito de tipicidade, observar recente projeto de lei que o Tribunal de Contas da União estampou no *DOU* de 21-9-92, pp. 132114 e ss., colocando em situação análoga a Carreira de Auditoria de Controle Externo e a Carreira de Analista de Apoio ao Controle Externo, ambas de nível superior, com categorias funcionais distintas (Auditor e Analista). Trata-se de situação menos comum, de carreiras interdependentes, excepcionando aquilo que supomos ser a regra, isto é, carreiras, numa relação hierárquica, mas de estreita e essencial dependência, como

seria, para exemplificar, o Diplomata e o Oficial de Chancelaria, o Delegado e o Escrivão de Polícia.

Vejamos como se pode admitir possível tal extensão do conceito de tipicidade, sem perder de vista o dever de lhe definir os contornos. Devemos voltar ao tema dos contornos da tipicidade.

Há cargos públicos cujas atribuições, em seu conjunto, ou pelo menos de modo preponderante, só podem ser exercidas em determinados órgãos.

Essa correlação entre as atribuições do cargo e as do órgão em que elas devem ser exercidas apresenta variados matizes.

Assim, para exemplificar, um auxiliar administrativo, *via de regra*, exerce as funções de seu cargo os mais diferentes órgãos da administração pública, porque normalmente as tarefas que lhe são cometidas são comuns a todos eles e ainda porque é amplo o espectro de atribuições compatíveis com tal cargo.

Assim também um servente. Um motorista tem atribuições mais restritas, normalmente vinculadas a determinado órgão incumbido dos serviços gerais, ou do transporte especificamente.

Mas os três têm em comum o caráter subalterno das respectivas funções: mesmo o motorista do Ministro de Estado está destacado para ali servir, mas não tem nenhum direito funcional à permanência em tal posição de aparente supremacia: também ele pode ser destacado para servir em qualquer, dentre muitos órgãos, mantendo ou não a subordinação imediata ao setor que lhe é próprio.

Nos exemplos citados, as atribuições do cargo não guardam qualquer vinculação exclusiva com as funções do órgão a que servem.

Diferente é, por exemplo, a posição do escrivão de polícia ou de oficial de chancelaria: as atribuições de seu cargo, que poderiam ser as comumente exigíveis de um escriturário ou oficial de administração (para usar a nomenclatura contemporânea da criação daqueles cargos), estão legalmente adjetivadas, isto é, restringidas à função policial ou diplomática por força de lei.

Aqui, ao contrário, há vinculação exclusiva das funções do cargo com as de determinado órgão da administração pública.

Evidentemente, isto não basta, porque a tipicidade complementar de que estamos tratando poderia ser facilmente forjada, "especializando", ou seja, adjetivando determinados cargos que não deveriam passar de auxiliar administrativo em geral, por exemplo, e que passariam a ser auxiliares de polícia, auxiliares de chancelaria etc.

Essa especialização deve ter fundamento real e insuperável, o que se pode comprovar satisfatoriamente pelas exigências de qualificação e de conhecimentos especializados aferidos no respectivo concurso público. Assim, a vinculação exclusiva entre as funções do cargo e as do órgão seria comprovada através da regularidade de tais exigências.

Essa regularidade, por sua vez, tem a ver com o caráter natural (e também insuperável) das mesmas exigências de qualificação e conhecimentos especializados. Outra vez, o exemplo esclarecerá mais a idéia.

De um “oficial de administração” não se exigia o conhecimento do serviço peculiar a cada repartição em que pudesse ser mandado servir; de um Oficial de Chancelaria se exige, ainda, que conheça especificamente o serviço peculiar à administração de chancelarias e consulados, repartições às quais está especificamente destinado.

Mais importante: hoje, de um Técnico Superior não se exige o conhecimento de línguas estrangeiras, uma necessidade óbvia e peculiar do Oficial de Chancelaria. O Oficial de Chancelaria é um Técnico Superior Especializado. Se bem que o Técnico Superior ordinariamente representa a cúpula do respectivo Quadro, e o Oficial de Chancelaria ainda tem acima de si a carreira diplomática. Trata-se, porém, como vimos, de diferentes vocações, a administrativa e a diplomática, que somente não se equiparam em razão da sobreexcelência da carreira diplomática, pelas razões de ordem constitucional que apontamos, tal como ocorre, em maior ou menor grau, com as demais funções “típicas por excelência”.

O mesmo se pode dizer, *mutatis mutandis*, do escrivão de polícia: é recrutado através de provas de intenso conhecimento da burocracia policial e de procedimentos administrativos peculiaríssimos, dentre os quais avulta o inquérito policial, no qual o escrivão é peça-chave, embora em caráter de assessoramento direto do delegado de polícia, ao qual está subordinado. É ou deveria ser outro Técnico Superior Especializado. Analogamente, assim deveria estar o Oficial de Chancelaria em relação ao Diplomata.

O que se conclui, até aqui, é que a tipicidade complementar alcança cargos cujas funções, de preferência em nível superior, sejam de imediato e constante assessoramento ou cooperação com as funções típicas em si mesmas, e se caracterizem por certas condições de recrutamento, peculiares — ainda que não exclusivas — da área correspondente à função típica dominante.

Poder-se-ia insistir, ainda, em que, mesmo sendo assim, bastaria então “inventar” funções de “tipicidade complementar” — e o simples apelido legal legitimaria o privilégio decorrente da tipicidade. O argumento prova demais: prova que a tipicidade, sendo uma categoria doutrinária, pode

receber definição legal benevolente que permita os abusos. Limitamo-nos, porém, à delimitação doutrinária, como proposta de recomendável autolimitação ao legislador. O mais será matéria de política legislativa, onde até as posições dogmáticas são objeto de debate e de composições partidárias. Até aí não chega a nossa proposta, que não se atreve a pretender vacinar o serviço público contra exageros e desvios legislativos: *ne sutor ultra crepidam*.

Assim posta a questão na referida área cinzenta em que se situariam as funções típicas complementares, teremos as funções de superior e imediato assessoramento ou cooperação com o ocupante da função típica em sentido estrito. O mais não teria a nota de tipicidade necessária, ainda que, em muitos casos, se pudessem apontar algumas peculiaridades da função. Mas tais casos dificilmente resistiriam ao crivo dos oito critérios abaixo expostos: 1) finalidade, 2) autoridade pública, 3) essencialidade, 4) tipicidade, 5) predominância, 6) *munera* públicos, 7) individualização (qualificação), 8) excelência. Este último, meramente destinado a gizar a tipicidade mais estrita.

5. *Função pública e tutela legal*

Não pode ser esquecido, no trato deste assunto, que a Organização Internacional do Trabalho, através de convenções e recomendações, ou através de indicações da Conferência Internacional do Trabalho ou do Comitê de Liberdade Sindical, tem posição firmada sobre a proteção devida aos trabalhadores em geral, proteção que somente exclui parcela muito pequena de trabalhadores e não toda a gama de funções públicas típicas e complementares de que vimos tratando. O regime "estatutário" da função pública positivamente não conta com a benevolência da OIT.

A Convenção 87, sobre a liberdade sindical, estabelece amplo direito, a ser exercido livremente pelos trabalhadores e empregadores, para organizarem-se na defesa de seus próprios interesses, sem interferência da autoridade pública (como, por exemplo, dissolução ou suspensão pela via administrativa), a qual também fica proibida de impor condições restritivas à aquisição de personalidade jurídica pelas associações de trabalhadores, suas federações e confederações, ficando elas livres para se filiarem a organizações internacionais similares.

Tal Convenção 87 somente permite que a legislação nacional abra exceção para "forças armadas e polícia", em relação às quais tal legislação dirá até que ponto se lhes aplicará a Convenção 87, não podendo restringir leis, sentenças, costumes ou acordos já existentes e que já lhes concedam garantias dessa Convenção.

Esta amplitude é, por certo, a verdadeira causa de não ter sido ainda a Convenção 87 ratificada pelo Brasil, que ratificou, porém, a Convenção 98, a qual veda qualquer discriminação contra a liberdade sindical e prevê a criação, quando necessário, de organismos adequados às condições nacionais para garantir a observância do direito de sindicalização, como também a adoção de medidas adequadas às condições nacionais para estimular e fomentar a negociação voluntária "na conclusão de contratos coletivos que regulamentem as condições de emprego".

Como se vê, também em relação à Convenção 98, que ratificou, o Brasil ainda é devedor de muitas providências: 1) quanto à garantia do direito de sindicalização; 2) quanto ao fomento do verdadeiro contrato coletivo de trabalho, que se substitui à lei (em sentido mais favorável, no conjunto, é claro) no âmbito de cada negociação.

Não se entende, aliás, hoje, diante do art. 11 da Constituição de 1988, porque não ratifica o Brasil a Convenção 135, sobre representantes dos trabalhadores nas empresas.

Mais decisiva, para o tema em exame, é a Convenção 151, também não ratificada pelo Brasil, que corresponde à Convenção 98 aplicada às relações de trabalho com a administração pública, vedando a discriminação no emprego público, em razão da liberdade sindical, e a ingerência estatal nas organizações de empregados públicos, *ressalvadas as obrigações ligadas à condição e natureza das funções exercidas pelo servidor*. Também prevê medidas de estímulo e fomento à negociação coletiva ou a quaisquer outros métodos em que os representantes dos empregados públicos possam participar de modo determinante, como, por exemplo, a mediação, a conciliação e a arbitragem.

Essa Convenção 151 deve ser aplicada "a todas as pessoas empregadas pela administração pública, na medida em que não lhes sejam aplicáveis disposições mais favoráveis de outras convenções internacionais do trabalho".

Seria demasiado examinar inúmeras outras convenções e recomendações (v.g., Recomendações 91, 92, 94, 113, 119, 129, 130, 143, 166, Convenções 113, 135, 141, 144, 158) que interessam ao tema, envolvendo a participação sindical e dos representantes dos trabalhadores na execução e na terminação do contrato de trabalho. Elas demonstram, em síntese, o alto grau de participação dos trabalhadores, que se quer alcançar, nas decisões da empresa concernentes aos contratos de trabalho, através de seus representantes; e sempre nos fazem lembrar quão amplo é o direito a essa representação no conceito que a OIT vem desenvolvendo através de tais normas e recomendações. Sem falar nas decisões sobre questões afetas à liberdade "sindical" — embora as normas da OIT falem em liberdade de associação.

Destacamos, portanto, esse importante aspecto do Direito Internacional do Trabalho porque é mais um elemento de prova da “redução de sentido” que, pelo menos em termos da proteção do trabalhador elaborada a partir da OIT, sofre qualquer regime — notadamente o “estatutário” — que pretenda subtrair do Direito do Trabalho a tutela da prestação de trabalho subordinado.

O que nos faz concluir, neste ponto, que não seria muito proveitoso qualquer esforço para abranger, no regime estatutário, serviços que não se diferenciem acentuadamente, pela própria natureza, das tarefas que possam ser igualmente úteis ou mesmo necessárias na esfera privada. Mesmo assim, o mais restritivo conceito ainda deveria contar com resistência em foros como a OIT.

Temos por assentado, porém, que algumas normas internacionais propostas pela OIT, e sobretudo as recomendações, têm um sentido marcadamente prospectivo, destinando-se mais à fermentação de idéias e estudo de alternativas técnico-legislativas, do que, propriamente, à inserção imediata de normas na legislação nacional. O gradualismo, que já é de regra no Direito do Trabalho, melhor ainda se ajusta à inserção das normas de direito internacional do trabalho no direito interno dos diferentes países.

Será, sem dúvida, um aceno convergente com as lições da OIT a limitação do regime de direito administrativo, ou estatutário, aos exercentes das funções típicas.

Nada mais que um aceno de convergência, pois, decididamente, o sistema internacional de normas trabalhistas aspira à unificação do regime jurídico, com a ressalva das funções de cunho militar. O que, entretanto, está longe de constituir um dever jurídico para o legislador nacional.

6. Conclusões

As funções administrativas exercidas por funcionários públicos podem ser típicas da administração pública ou necessariamente complementares destas — ou, do contrário, não deveriam ser consideradas funções públicas em sentido estrito.

Sendo evidente a tendência, até mesmo legislativa, de atribuir carreira diversa para as funções públicas típicas, para as quais, em futura reforma constitucional, poderia ser reservado o regime estatutário, torna-se possível vislumbrar a extensão futura do regime da legislação trabalhista (o direito comum do trabalho) para os demais servidores públicos. O que convergiria em parte com as indicações que nesse sentido faz a Organização Internacional do Trabalho, voltadas todas para a maior abrangên-

cia possível da proteção trabalhista, que envolve a negociação coletiva e a greve.

Coloca-se, pois, desde já, o problema (ante a possibilidade de um regime jurídico trabalhista para a generalidade dos servidores públicos conviver com o regime estatutário para as funções típicas) de uma reforma constitucional e legal, tendência que parece vir-se definindo na política da administração pública. Mesmo agora, o regime único de que fala a Constituição, enquanto abranger todos os servidores públicos, não precisaria ser necessariamente o estatutário, como parece configurá-lo a Lei n.º 8.112/90.

Os planos de carreira, que podem ser diversificados, estão sendo o caminho para uma gradual separação das funções públicas típicas, definidas segundo ainda (além da tipicidade) os critérios da finalidade, autoridade pública, essencialidade, predominância, *munus* público, individualização e excelência, anteriormente expostos.

Essa definição, segundo tais critérios, leva-nos a contemplar, de par com a tipicidade estrita, aquela que lhe é necessariamente complementar, ou seja, a de imediato e constante assessoramento ou cooperação com as funções típicas *stricto sensu*, normalmente caracterizadas — as funções típicas complementares — por nível superior de qualificação técnica, análogo ao que corresponde à função típica dominante.

Estas considerações têm em mira provocar maior debate do tema, até mesmo para que se avaliem as vantagens e desvantagens da “reserva” do regime estatutário às funções públicas típicas.

Fica certo, porém, que a exclusão de todo o contingente de servidores públicos da incidência das normas de Direito do Trabalho somente poderia ser bem recebida, à luz da doutrina da OIT e de outros foros internacionais, se, em tudo, ou pelo menos no seu conjunto, esse “diferente” regime jurídico fosse abertamente mais favorável a tais servidores do que o regime “trabalhista”. O que já não acontece em matéria de sindicalização, negociação coletiva e greve; dando assim idéia do quanto é necessário discutir esta definição do regime jurídico de todos os servidores públicos, no Brasil, para que não se agrave a colisão com as normas internacionais citadas.

Embora, em trabalho anterior, já tenha assinalado que a atividade legislante da OIT começa a destoar da flexibilização normativa atualmente praticada no âmbito das relações de trabalho em boa parte das nações, esse confronto, por ora, não pode deixar de ser evitado, ou, pelo menos, minimizado, o que nos devolve ao tema da limitação possível do regime estatutário às funções públicas típicas.