

Classificação dos agentes públicos: reexame

MÁRIO BERNARDO SESTA

Procurador do Estado (RS). Professor da UFRGS

1. Quando se analisa o conjunto dos *agentes públicos*, desde logo se percebe que não constituem uma massa homogênea.

Do mesmo modo, percebe-se que a distinção, existente entre as diversas categorias em que aparecem organizados, não decorre simplesmente do princípio da divisão do trabalho.

Nota-se, efetivamente, que há entre eles diferenças de *hierarquia*, que influem no conteúdo de suas competências e no modo de seu provimento.

A distinção tradicional, que deles se faz, aponta duas grandes categorias de *agentes públicos*: os *agentes políticos* e os *agentes administrativos*. Essa classificação equivale à outra que denomina os primeiros de *condutores políticos* e os segundos de *servidores públicos*: enquanto aqueles seriam prestadores de idéias, ou da *ação política*, estes seriam prestadores de serviços, ou da ação administrativa.

Essa distinção pressupõe, no *condutor político*, a cumulação do comando, propriamente dito, com a *titularidade* da diretriz política; o condutor político seria aquele agente cuja ação é predominantemente comando e se exerce através da expressão da diretriz política; a seu lado, o *servidor público* aparece como aquele agente *subordinado*, tal qual se deduz do próprio termo "servidor", cuja ação seria meramente administrativa, isto é, seria não mais do que o simples *executor* da atividade decorrente das diretrizes, das idéias matrizes, formuladas pelo primeiro.

1 "2. Não se consideram prestadores de trabalho público os *condutores políticos* das pessoas jurídicas de existência necessária." (CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo*, RT, SP, 6ª ed., 1987, p. 163).

(...)
"Os homens, aos quais incumbem as funções de condutores políticos, não são meramente prestadores de energia; são, antes de tudo, portadores de idéias. Como a pintura em relação à tela prima, neste caso, a idéia sobre a energia física, que lhe condiciona a expressão objetiva" (id., *ibid.*, p. 163; grifou-se).

Esse discrimine, que não corresponde à realidade estrutural e funcional do Estado contemporâneo, fundamenta-se em dois princípios: primeiro, o da *divisão do poder político*, para contrapor os agentes dos "poderes", os impropriamente chamados de "titulares de poder", como *condutores políticos*, aos ditos *servidores públicos*; de outra parte, no pressuposto, logicamente plausível, mas praticamente inexecutável, de que se possa distinguir, com a indispensável precisão, o *agente* ou o *momento da decisão*, do *agente* ou *momento*, pura e simplesmente, da *execução*; o *agente* que conduz, o "condottiere", do simples auxiliar.

2. Quando se fala em "poderes do Estado", impõe-se ter presente que a *divisão tricotômica do poder estatal*, da qual MONTESQUIEU foi um dos maiores divulgadores, é um *artifício* pertinente à mitologia do Estado Liberal; um artifício utilizado habilmente para retirar dos monarcas absolutos a concentração de poder que lhes era peculiar².

O que se pretendeu, e se obteve, foi, utilizando o atavismo intelectual trinitarista, que tem suas origens no acervo dos mais remotos arcanos da dogmática religiosa, distinguir, no exercício do poder estatal, como, de resto, já o fizera ARISTÓTELES³, três modos ou expressões que conduziriam, como modelo otimizador, à *divisão tricotômica do poder*, com base na qual *retirar-se-iam* do monarca, *originalmente absoluto e concentrador*, como de fato se lhe retiraram, de um lado, a atividade jurisdicional e, de outro, a atividade legiferante.

Assim, aos poucos, foi-se evoluindo do absolutismo em direção ao chamado Estado Liberal, primeira fase evolutiva do Estado Democrático, cujo mo-

2 "Atribui-se ao *Instrument of government* de Cromwell, datado de 1653, ser a primeira modalidade nacional de uma tentativa discriminadora dos poderes, realizada na cultura ocidental, de permeio com a noção do equilíbrio dos mesmos poderes. Mais tarde James Harrington, em *The Commonwealth of Oceana* (Londres, 1656), engenhou um dedicado e complexo sistema de freios e controles recíprocos dos poderes estatais, numa tese que se aprimorou e precisou com Locke, nos seus *Two Treatises concerning government* e afinal com Bolingbroke."

(...)

"Prosseguindo, adiante, na análise desse processo histórico, sobre o qual Saint-Girons, Karl Pribram, Carl Joachim Friedrich, Ranke, Hasbach, Sérgio Loreto Filho e outros nos ministraram informações, deve-se salientar que a referida tendência espiritual, sob a visível influência de Bolingbroke, atingiu o pleno coroamento doutrinário no Cap. VI do Lt. XI da obra de Montesquieu, intitulada *De l'esprit des lois* (1748), ao descrever a *passagem político da vida constitucional inglesa*."

"Eis a conhecida passagem de Montesquieu, no seu trabalho supramencionado: "Em todo o Estado há três espécies de poderes, o Poder Legislativo, o Poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o Poder Executivo das que dependem do direito civil. Pelo primeiro o príncipe ou magistrado faz leis para algum tempo ou para sempre, ou corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia e recebe embaixadas, estabelece a ordem, prevê as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes e julga os dissídios dos particulares. Chama-se ao último o poder de julgar e ao outro simplesmente o Poder Executivo do Estado". (PINTO FERREIRA, *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*, Saraiva, 5ª ed. ampl. e at., 1983, pp. 696-697, grifou-se.)

3 O Prof. Harold Laski, no seu tratado sobre *El Estado moderno*, de mãos dadas com Jellinek, em sua *Allgemeine Staatslehre*, encontra os *lineamentos essenciais do princípio da distinção de poderes na filosofia política de Aristóteles*. Assim elucida Laski (*El Estado*, cit., v. 2, p. 3): "Assentou-se geralmente, desde o tempo de Aristóteles, que o poder político se cinge em três grandes categorias". (PINTO FERREIRA, *id.*, *ibid.*, p. 696; grifou-se.)

delo foi racionalizado nas primeiras Constituições escritas, em fins do século XVIII, nos Estados Unidos e na França⁴.

Ora, a distinção de que se está a tratar baseia-se na sobrevida meramente formal da terminologia pertinente à "teoria dos três poderes", atualmente incorporada ao léxico constitucional com papel semelhante àquilo que os mestres do "Realismo Escandinavo" designam como *hollow words*⁵.

Refirimo-nos a esta particularidade de a classificação em exame basear-se no pressuposto *formal*, praticamente limitado ao campo terminológico, de que os chamados "condutores políticos" sejam "titulares de poder", como se o poder estatal pudesse ser titulado, e sobretudo por parte, por outrem que não o Povo ou Nação, como, de resto, já dizia SIEYES⁶.

De acordo com essa sistemática, projeta-se, sobre a estrutura do poder estatal, uma divisão do trabalho decorrente das diferentes modalidades de seu exercício, a partir do que se afirma existirem *órgãos* ou *agentes* que *titulam* poderes ou parcelas do poder estatal.

Numa perspectiva dessas, ainda que confessadamente só discursiva, os *condutores políticos* aparecem, mesmo que apenas formalmente, como "titulares de poder", enquanto realidade, ao menos terminologicamente, dividida, exercendo o comando da ação estatal mediante a formulação do ideário apto a presidir a ação administrativa.

Por mais que se diga do cunho, hoje, meramente terminológico de seu fundamento, logo se vê que essa distinção padece de inúmeros defeitos, tanto no terreno especificamente conceitual, quanto, e principalmente, no que concerne à realidade atual do Estado e da administração pública.

3. Hoje, a mais avançada análise na busca da otimização estrutural do Estado, num contexto democrático e participativo, não se refere mais a "poderes", nem à "divisão" do Poder, artifícios que, diga-se de passagem, compeliram os doutrinadores a não poucos exercícios de virtuosismo intelectual, para compatibilizar dita divisão com a unidade e natural indivisibilidade do poder.

Atualmente, fala-se em *funções* que atualizam especializadamente o Poder, único e indivisível, e que se expressam através de *órgãos* ou *agentes* da *administração pública* em sentido amplo. Rigorosamente, não cabe mais falar de "poderes" nem de agentes ou órgãos que titulem ou exerçam poder;

4 "En América es donde ha de buscarse el origen de nuestras actuales Constituciones escritas, y por esto se les debe prestar más atención a estas Constituciones. La Revolución Francesa acepta la idea americana, y de Francia se extiende a los demás Estados europeos." (JELLINEK, GEORG, *Teoría General del Estado*, Edit. Aibatroz, Buenos Aires, 1954, p. 393.)

5 "Gli hollow words, cioè i termini privi di referente semantico, riescono a funzionare come segnali a cui abitualmente si associa un certo comportamento solo se vengono usati secondo regole comunemente accettate. E l'accettazione di tali regole, che all'origine rivestiva un carattere magico-religioso, ai giorni nostri è dovuta ad un complesso di fattori tra cui fa spicco l'autorità, dello stato, la quale si sovrappone all'abitudine, spicce, all'educazione, all'indottrinamento e così via" (CASTIGNONE, SILVANA, "La Macchina del Diritto, il Realismo Giuridico in Svezia", Edizioni di Comunità, Milano, 1974, p. 202.)

6 "Justamente Siéyes é um dos representantes dessa secularização do mundo (Entzauberung der Welt), a que se refere Max Weber, Howard Becker, Toennies, Malinowski, Shotwell, Durkheim", atribuindo o poder constituinte ao povo, à própria comunidade social, com a doutrina do *pouvoir constituant da nação*" (PINTO FERREIRA, id., *ibid.*, v.1, p. 51; grifeu-se.)

tudo são sobrevivências de um discurso anacrônico em termos de ciência política e de direito constitucional.

Hoje, em plena afirmação do Estado Democrático participativo, em que, dia a dia, são mais numerosas e ágeis as oportunidades do concurso direto do Povo no processo decisório do Estado, através de canais formais e informais, principalmente da mídia, é mais correto falar-se em *funções* em vez de *poderes* e em *agentes públicos* em vez de "titulares de poder".

A análise de vanguarda da estrutura organizacional do Estado, já não só democrático por definição, mas ainda participativo, como sintoma da expressão da vontade do Povo, enquanto titular do poder, baseia-se na *distinção de funções*; na busca de melhores padrões de funcionalidade, como resultante da mais adequada engenharia constitucional⁷.

Ninguém nega que exista uma *hierarquia* entre os diversos agentes públicos, como também serem diferentes os modos de provimento e acesso às funções públicas: não se trata, porém, de diferenças *substanciais* e, sim, *meramente modais*. Cumpre ter presente que toda a administração, no sentido mais amplo do termo, é *ação vinculada*. Assim, mesmo que haja certa hierarquia entre agentes, o que é inegável, essa hierarquia baseia-se tão-só numa diferença *modal* ou *formal*; nunca numa diferença *substancial* apta a constituir-se em núcleo de um critério discriminatório eficaz.

De fato, *todos* os agentes públicos, inclusive os chamados "condutores políticos", exercem atividade administrativa em sentido técnico, adstrita ao *interesse público*, definido e tutelado pela Constituição e pelas leis: *todos* são, em última análise, *servidores públicos*.

CIRNE LIMA, adepto do discrimine entre condutores e servidores, ao enumerar os primeiros, inclui, dentre eles, os Ministros de Estado, ao mesmo tempo em que *não menciona* os Magistrados, cuja atividade, quer pela relevância que assume no respectivo contexto, quer pela peculiar força vinculativa decorrente da *res judicata*, constitui-se inquestionavelmente em *prestação de idéias*, das idéias que, ao fim e ao cabo, vão definir os contornos e o conteúdo do ordenamento jurídico nacional⁸. Dir-se-á que a prestação jurisdicional não é prestação de idéia política?

Como se tal não bastasse, como explicar, num sistema presidencialista, que *Ministros e Secretários de Estado* pertençam à primeira daquelas categorias, quando a Constituição designa-os expressamente como "*Auxiliares*" do Presidente da República (CF/88, art. 76) e dos Governadores de Estado (CE/RS/89, art. 85)?

⁷ BERGERON, Gérard; *Fonctionnement de l'Etat*; Colin, Paris, 1965

⁸ "Conta-se nesse número: — na esfera federal, o Presidente da República, os Ministros de Estado, os Membros do Congresso Nacional; na esfera estadual o Governador, os Secretários de Estado, os Membros das Assembléias Legislativas; na esfera municipal, o Prefeito e os Vereadores."

"Condutores políticos são essencialmente todos quantos, isoladamente ou em grupo, exercem o poder de orientar e dirigir as atividades do Estado, dividir a tarefa estatal, determinar funções, ordenar serviços, fixar competências. O Congresso faz as leis do país (art. 37, Const. Fed.); o Presidente da República com a referenda dos Ministros de Estado, baixa regulamentos (art. 87, I, Const. Fed.); os Ministros de Estado auxiliam o Presidente da República, no desempenho de suas funções (art. 90, Const. Fed.)" (CIRNE LIMA, RUY; id., *ibid.*; p. 163.)

Por outro lado, se aceitarmos a tese de que existe um "quid" político, substancialmente específico, caracterizador da categoria dos *agentes políticos*, como explicar, num regime democrático, no qual a legitimidade do exercício das funções políticas pressupõe o *modo político de provimento*, que é o processo eletivo, que os Magistrados judicantes sejam reputados pertinentes à sobredita categoria, se a respectiva investidura se faz através do *modo administrativo de provimento*, que é o concurso público, quando não através de cooptação? E mais: quando a *atividade política*, em sentido de *militância partidária*, aquela da qual decorreria a respectiva legitimidade, no contexto do sistema representativo, *lhes é expressamente vedada* (CF/88, art. 95, § único, III)?

Observe-se ainda que a própria expressão "condutor político", portador da idéia, formulador da diretriz que depois será tão-só executada por simples auxiliares, não deixa de refletir uma concepção autoritária, incompatível com o Estado democrático contemporâneo.

Os *líderes*, hoje, não são "condottieri"; condutores o foram os caudilhos. Os líderes contemporâneos são *conduzidos*; o que lhes confere a liderança é justamente a sensibilidade para, melhormente que os demais, melhormente que os cidadãos comuns, aperceber-se e expressar os anseios cambiantes das maiorias.

É preciso, pois, buscar outros critérios, melhor afeiçoados à realidade estatal contemporânea.

4. Se analisarmos mais atentamente o processo de tomada das decisões públicas, veremos que é muito difícil estabelecer com precisão o momento e a sede, a partir de que se possa distinguir quem comanda e quem tão-só executa.

Essa distinção só pode fazer-se no plano das formulações lógicas: na prática, a *administração*, e o *próprio Estado*, tem natureza *processual*, em cujo fluxo, ação e decisão combinam-se, em relação a órgãos e agentes, às mais das vezes, de modo variável e assistemático. Impõe-se ter sempre presente que o Estado, enquanto ação (e, de certo modo, o Estado é toda ação), padece e participa da complexidade do fenômeno social subjacente, de que é, a um só tempo, projeção e instrumento.

Assim, quem analisa o funcionamento do Estado, percebe, com nitidez, que é imprestável, a servir de critério discriminatório, a diferença entre *idéia* e *ação*, entre *idéia política* e *ação administrativa* pela simples circunstância de que, na dinâmica estatal, as duas fases ou momentos confundem-se, sendo muito difícil estabelecer uma linha divisória entre a ação e a idéia diretriz.

Não é raro, inclusive, que o processo ocorra ao inverso: que dentre os ditos *servidores nasçam* as idéias que, depois, recebem a chancela dos *condutores*, invertendo completamente os pólos de critério.

Por outro lado, a administração, que tem objetivos, na maioria das vezes, fixados em lei, opera com certa autonomia, a ponto de não ser possível definir, com precisão, se determinado agente, num momento considerado, é *comandante* ou *comandado*, mesmo no processo político.

Note-se que, na maioria das vezes, o agente, investido pela via política, que deveria pressupor um compromisso com determinado ideário ou determinada ideologia, doutrina ou programa partidário, se vê contingenciado a atuar até *contra* esse acervo de idéias, por força, pura e simplesmente, das circunstâncias.

A própria *condição de governo*⁹ muitas vezes impõe rumo determinado à tomada de decisões por parte dos "condutores", sendo tão complexa a análise do processo de tomada da decisão política e da conseqüente ação administrativa, que se torna imprestável, como critério diferenciador dos agentes públicos, em categorias razoavelmente distintas, o fato de alguns serem os prestadores da idéia e outros os prestadores da ação.

5. A meio caminho dessa análise, detivemo-nos na classificação proposta por Henry Nezard que, no início do século, distinguia os *agentes públicos* em *fonctionnaires d'autorité*, e *fonctionnaires de gestion*. Esse critério pareceu-nos apropriado na medida em que adotava uma *nomenclatura* sugestiva de um *denominador comum*, consubstanciado no termo *fonctionnaire*¹⁰.

À medida que aprofundamos o exame da matéria, percebemos, no entanto, que também essa classificação, conquanto se apresentasse *formalmente* mais próxima da realidade, padecia do mesmo defeito fundamental. De fato, embora sua superioridade terminológica amenize a distinção entre "condutores", de um lado, e "servidores", de outro, ainda assim, revela-se atrelada à pretensão de fundar-se numa diferença substancial entre as duas categorias públicas assim contrapostas.

O problema fundamental do discrimine entre as diversas categorias, e até hierarquias, de agentes públicos está na dificuldade de superar a pretensão a um critério que radique em termos *qualitativos*. A discriminação em termos *qualitativos* ressent-se-se, além da incompatibilidade com a realidade factual da estrutura e da dinâmica do Estado contemporâneo, de uma concepção anacrônica das relações dos agentes públicos entre si e em relação às respectivas competências.

Essa distinção *qualitativa* não responde à realidade estatal contemporânea, cujos agentes, antes de serem hierarquizados, estão sujeitos a um *denominador comum*, decorrente da natureza peculiar de sua própria atividade, impregnada pelo *interesse público* e pelo regime próprio a esse mesmo interesse, que é o da submissão ao *princípio da legalidade*.

⁹ Adotamos essa expressão *condição de governo* a qual se poderia associar, por antinomia a *condição de oposição*, como indicativos de uma possível análise das aparentes contradições oferecidas por determinado grupo político partidário que passa da oposição ao governo, no primeiro caso, e vice-versa, no segundo.

Efetivamente, existe um *contingenciamento fático* muito mais forte na condução da diretiva do Governo do que o programa do respectivo partido-político ou do candidato vitorioso, a explicar muitas contradições que frustram, espantam e até revoltam o eleitorado.

¹⁰ Apesar da relevância que emprestamos a classificação de HENRY NEZARD não conseguimos analisá-la no seu original. O que dela conhecemos devemos as referências feitas por Paulino Jacques em *Da Igualdade Ferente a Lei (Fundamento constitucional)* Forense, Rio de Janeiro, 1957, segunda edição, p. 185. A obra de HENRY NEZARD citada é a *Précis Juridique de La Fonction Publique*, Paris, 1901, p. 723. As edições dessas obras que pudemos compulsar não referem essa classificação do insigne professor da Universidade de Caen.

Citamos-nos, assim, as referências da edição de 1901, consignadas por Paulino Jacques.

Hoje, muito mais que em tempos passados, as exigências não só do Estado de direito, também não só do Estado de direito democrático, mas, principalmente, da democracia participativa, sob certo aspecto, *nivelam todos os agentes públicos*, seja qual for sua hierarquia, seja qual for seu modo de provimento: há, em relação a todos, a marca da submissão ao princípio da legalidade. O Presidente da República, o Ministro de Estado, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, o Senador da República, o Governador de Estado, o Procurador de Estado, o motorista do serviço público, o datilógrafo do serviço público, estão *todos* sujeitos ao princípio da legalidade.

Assim, a hierarquia que, sem dúvida, existe entre os diversos agentes públicos não pode ser fundada em termos qualitativos.

6. Entre a taxinomia tradicional, adotada por CIRNE LIMA e aquela que estamos a propor, encontraremos ainda a proposta de OSVALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO que, ao ensaiar uma classificação daquilo que denomina de *servidores públicos*, adota critério distinto: nem aquele fundado na "divisão de poderes", nem aquele lastreado no discrimine entre *comando e ação*: seu critério baseia-se na *natureza da relação* entre Estado e agente.

Nessa linha, BANDEIRA DE MELLO distingue dois tipos ou modos de relacionamento: a *representação* e o *emprego*¹¹.

Os *agentes públicos*, ou "servidores públicos", na expressão do autor, que mantêm com o Estado um *vínculo de natureza representativa*, denominam-se "agentes políticos", enquanto aqueles que mantêm um *vínculo de emprego* são os "agentes empregados".

Entre os primeiros, isto é, entre os *agentes políticos*, inclui os chefes do Poder Executivo em todos os escalões organizativos da República e os parlamentares, *deixando de arrolar os magistrados judicantes*. Na segunda categoria, dos "agentes empregados", inclui todos aqueles que mantêm um *vínculo funcional* com o Estado, vocacionado à permanência.

Se é bem verdade que esse discrimine, de alguma forma, especialmente pelas conclusões que dele se desumem, evoca a distinção entre "condutores" e "servidores", impõe-se reconhecer sua superioridade, na medida em que se revela mais consentâneo com a realidade. Entre outros aspectos, a começar pela própria terminologia que adota a alocação "*servidores públicos*" para designar a totalidade dos "agentes públicos", enfatizando corretamente o traço comum entre todos existentes, a que antes nos referíamos.

11 "As relações com o próprio organismo, pelas quais os agentes públicos se tornam vinculados a direitos e obrigações em face da pessoa coletiva, Estado e vice versa, a fim de cumprir n. as atribuições próprias dos seus cargos, podem ser de duas naturezas fundamentais, de representação ou de emprego. Pela primeira, os direitos e obrigações dos agentes públicos decorrem da sua posição política de cidadão; ao passo que, pela segunda, os direitos e obrigações deles têm o seu fundamento na sua situação de empregado ou subordinado."

"Embora se afirme que a relação interna entre os órgãos é simplesmente orgânica, não se pode deixar de reconhecer que na relação do agente público com o Estado, para ser investido no órgão, é ordem externa, e de representação ou de preposição política, ou então, de subordinação ou de emprego em face do liame de trabalho profissional a que se sujeita para com ele." (BANDEIRA DE MELLO, OSVALDO ARANHA: *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Forense, Rio, 1969, V. II, pp. 283-284, grifou-se.)

A falha fundamental dessa classificação reside em limitar a caracterização da categoria dos "agentes políticos" tão-só aos parâmetros do *modo político de provimento*, de que resulta a insustentável *exclusão dos magistrados judicantes*.

Efetivamente, a quem ocorreria ser plausível pensar que os agentes da magistratura judicante não sejam *agentes políticos*, na acepção mais plena do termo, quando se sabe que, no exercício da jurisdição, ao dizerem o direito com vocação, nesse dizer, à eficácia vinculativa plena da "coisa julgada", como já se referiu, compete-lhes fixar a última palavra no que diz respeito ao significado de cada instituto jurídico, de cada provimento legislativo e do próprio ordenamento jurídico como um todo?

Mesmo no nosso sistema jurídico, com predominância do direito escrito e codificado, o controle judicial da constitucionalidade das leis, seja incidental seja em tese, o "mandado de injunção" (CE/88, art. 5º, LXXI) e o reconhecimento da *res judicata*, atribuem ao Poder Judiciário e a seus agentes o papel mais marcadamente político, qual seja o de definir o conteúdo e os contornos do próprio arcabouço institucional do País.

Verdade seja dita que BANDEIRA DE MELLO dá-se conta de que os *magistrados judicantes, ministério público e as forças armadas*, embora continue a designá-los como "empregados públicos", *tem radical constitucional específico*. O autor escreveu sob a égide da Constituição Federal de 1969; aplicando sua observação à Constituição atual, perceberia que, além dos supra-mencionados, a *Advocacia de Estado e a Defensoria Pública* também receberam *radical constitucional específico*.

Mesmo assim, não deixa de classificar, em nossa opinião erradamente, os *magistrados judicantes e os militares* como *agentes empregados*².

Em recente monografia, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO trata do tema, retomando a classificação proposta por OSVALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO e adaptando-a à nova realidade constitucional

12 "Os empregados públicos são titulares de cargos de funções judiciais ou de funções administrativas. Os primeiros são os *magistrados*, ao passo que os segundos são os burocráticos." (BANDEIRA DE MELLO, OSVALDO ARANHA; id., *ibid.*, v. 1, p. 311; grifou-se.)

Mais adiante:

"29 — Agentes Políticos

29.1 — Conceito

São os que agem em nome e por conta do Estado, como titulares do direito de participação ativa na vida deste, para cujo exercício são chamados. Por conseguinte, *ligados ao Estado por relação de representação*. Incumbe-lhes propor, estabelecer ou decidir as diretrizes políticas dos entes públicos, enfim, focalizar os princípios diretores e coordenadores da sua atividade." (BANDEIRA DE MELLO, OSVALDO ARANHA; id., *ibid.*, v. 1, p. 287)

E ainda:

"31 — Agentes Empregados

31.1 — Conceito

São os que agem em nome e por conta do Estado, profissionalmente, enquadrados em cargos públicos, constantes das escalas hierárquicas ou das classes da sua organização. Portanto, *ligados ao Estado, por relação de emprego*. Por conseguinte, sujeitos a ele na prestação genérica de serviços, dentro das suas aptidões, pois a relação jurídica de emprego se caracteriza pelo laço de subordinação entre o empregador e o empregado." (BANDEIRA DE MELLO, OSVALDO ARANHA; id., *ibid.*, v. 1, p. 310.)

brasileira¹³. CELSO ANTÔNIO atribui à expressão “agente público” abrangência bem maior da que se adota nestas anotações. A abrangência por ele adotada para aquela categoria terminológica é rigorosamente inquestionável, embora desnecessária para o descreve fundamental que aqui se pretende reexaminar entre os dois grupos inicialmente referidos de agentes públicos, isto é, os ditos “agentes políticos” e os “agentes administrativos”. Assim, embora adotemos um alcance mais reduzido do que o proposto por CELSO ANTÔNIO para a alocação “agente público”, adequado ao descreve que se pretende traçar, concordamos com a correção do que ele propõe, especialmente para os efeitos de uma abordagem mais ampla do assunto, que refoge, no caso, a nosso intuito.

Parece-nos fora de dúvida que a *natureza do vínculo* entre Estado e agente ainda não é o melhor critério para estabelecer um discrimine sólido entre as categorias de que se trata. O próprio *modo de provimento*, que já nos parece critério mais eficaz, também revela insuficiências: o fato de os magistrados judicantes *não serem providos* pelo modo político não pode ser, como se viu, levado à conta de fator suficiente para não reconhecer seu papel político, que seria contra-senso negar. Por outro lado, também refoge à realidade ignorar as diferenças que entre si apresentam os vínculos que com o Estado mantêm, por exemplo, os *militares* e os servidores públicos comuns.

7. A solução mais adequada consiste em abandonar a pretensão a um critério construído sobre diferenças de *natureza substancial*, para buscar, num patamar mais modesto, outro que reflita, com mais propriedade, a realidade da estrutura e da dinâmica estatais.

Se tomarmos o texto constitucional como parâmetro, pelo menos como parâmetro inicial, perceberemos que oferece um discrimine nítido entre as categorias de agentes públicos: de uma parte, arrola aqueles agentes aos quais dispensa *radical consuetudinária específica*; de outra parte, aqueles que só refere de modo genérico e inespecífico.

13 “2. Todos aqueles que servem ao Poder Público, na qualidade de sujeitos expressivos de sua ação, podem ser denominados agentes públicos. Com efeito, esta locução é a mais ampla e compreensiva que se pode adotar para referir englobadamente as diversas categorias dos que, sob títulos jurídicos diferentes, atuam em nome do Estado.

Em consequência, a noção abrange tanto o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos, Ministros, Secretários de Estado e de Município, Senadores, Deputados, Vereadores, como os funcionários públicos, os contratados pelo Poder Público para servirem-no sob regime trabalhista, os servidores de autarquias, de empresas e fundações estaduais, os concessionários de serviço público ou delegados de função pública, assim como os requisitados e gestores de negócios públicos. Em suma: quem quer que desempenhe funções estatais e, enquanto as exercita, um agente público”. (BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*; RT, SP, 1990) pp. 5/6).

(...)

“5. Agentes políticos são titulares dos cargos estruturais à organização política do País, isto é, são os ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado e, portanto, o esquema fundamental do poder. Sua função é a de formadores da vontade superior do Estado. São agentes políticos o Presidente da República, os Governadores, os Prefeitos e respectivos auxiliares imediatos (ministros e secretários das diversas pastas), os Senadores, os Deputados e os vereadores. Todos estes se ligam ao Estado por um liame não profissional. A relação que os vincula aos órgãos do poder é de natureza política.” (BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, id., *ibid.*, pp. 8/9).

Tomando por empréstimo a classificação adotada por CIRNE LIMA para distinguir as *pessoas administrativas necessárias* das *contingentes*, poderíamos dizer que os agentes públicos que têm radical constitucional específico são *agentes públicos de existência necessária*, enquanto os demais são-no de existência *contingente*¹⁴. Essa distinção decorre de uma valorização determinada do papel que uns e outros agentes desempenham em relação ao contexto institucional adotado.

Não é porém o texto constitucional que transforma os agentes a que reconhece radical constitucional específico em agentes de existência necessária; o texto constitucional assim o faz, porque o legislador constituinte, expressando o estágio institucional da Nação, isto é, dando forma à respectiva "constituição material", reputou aqueles agentes como *indispensáveis ao mesmo contexto*, diversamente do que ocorre — com os demais agentes que, embora inquestionavelmente indispensáveis ao bom andamento da administração, não desempenham papel suficientemente relevante para serem reputados pertinentes ao arcabouço institucional instituído¹⁵.

14 "2. No elenco das pessoas administrativas, já dissemos algumas são de natureza política e existência necessária (4): a União, os Estados e os Municípios. Outras são de natureza meramente administrativa e existência contingente: as entidades autárquicas.

(...)

3. As *pessoas administrativas, de natureza política e existência necessária*, nascem em plano superior ao da legislação assim administrativa como civil¹⁴, e com finalidades que abrangem, mas superam as da simples administração. A sua sede, no direito positivo, é a Constituição.

Já, ao contrário, as *pessoas administrativas, de natureza puramente administrativa e existência contingente*, surgem no seio mesmo do Direito Administrativo, como obra da lei ordinária, prepostas imediata e exclusivamente a atividade de administração pública. Nestas, pois, mais facilmente se apurarão os característicos e peculiaridades, que as ajustam, todas, no essencial, ao conceito enunciado". (CIRNE LIMA, RUY, *id.* ibid. pp. 62 e 63, grifou-se).

15 (a) Quando tornamos a pertinência determinada instituição a um arcabouço institucional considerado, como critério apto à qualificá-la a ela própria e aos seus agentes, respectivamente, como *órgão político* e *agentes políticos* de existência necessária, não se pode limitar o descreve a enumeração, do dito órgão ou seus agentes, expressa, no código constitucional enquanto documento escrito.

A atual realidade brasileira naturalmente nos conduz à esse caminho obviamente simplificador.

Mas, se ampliarmos o espectro de nossa análise, veremos que a realidade se nos apresenta, muitas vezes, de forma mais velada, embora suficientemente clara.

É sabido que o conceito de constituição comporta, no mínimo, duas acepções, sendo uma a que indica o código constitucional escrito, no qual, segundo o modelo adotado, poderá esgotar-se a "matéria constitucional"; poderá regular-se parte da "matéria constitucional", como ainda poder-se-á enumerar, além da "matéria constitucional", outras matérias, que só participam daquela categoria em termos meramente formais. A par desse conceito, existe outro, profundamente arraigado na doutrina constitucional, que é o da chamada *constituição material* ou *constituição em sentido sociológico*, que se constitui, independentemente do código constitucional escrito, naquele complexo de instituições essenciais ao perfil de determinado modelo político organizacional expressivo de determinado estágio da evolução organizativa da comunidade.

É nesse último sentido que devemos tomar. O conceito de necessidade de um órgão para caracterizá-lo como político; é no sentido de sua pertinência à constituição material de determinado Estado e determinada época.

É isso transparece a partir de dois exemplos inquestionáveis.

Primeiro, o exemplo francês, relativo ao Ministério Público. A França que é tida como berço do perfil contemporâneo do nosso Ministério Público e que veio regulando, nos respectivos códigos constitucionais, os primórdios da instituição, desde a época revolucionária, deixou de consignar o "parquet" à partir da reorganização constitucional que se seguiu à Segunda Guerra Mundial; as Constituições Francesas de 1946 e 1958 não referem o Ministério Público. A ninguém todavia ocorrerá dizer que o Ministério Público deixou de ser uma instituição pertinente a constituição material da França, a ninguém ocorreria dizer que o Ministério Público, na França, deixou de ser uma instituição necessária; pertencente às instituições básicas da nação francesa.

(continua)

Aqui parece residir o melhor critério distintivo para estabelecer o discrimine pretendido, coerente com a realidade constitucional e fática do universo que se pretende classificar.

Cada constituição, atendido ao modelo político que busca institucionalizar, define alguns *órgãos* e, conseqüentemente, os respectivos agentes, como inerentes ao referido modelo, atribuindo-lhes radical constitucional específico, que os faz de existência necessária; por serem de existência necessária tem as respectivas atribuições fixadas no próprio texto constitucional.

Trata-se dos *órgãos* e agentes de que MARCELO CAETANO diz competir-lhes, quando se manifestam no exercício das atribuições que lhes são próprias, expressar a *vontade do Estado*¹⁶. Trata-se, note-se bem, da vontade institucional do Estado cuja expressão, atendida a especificidade das respectivas competências, só a eles cabe manifestar.

Os demais agentes públicos também podem vir mencionados no texto constitucional; não, porém, de modo específico como os primeiros. Aqui

(continuação da nota 15)

Por outro lado, a Itália, que em matéria de Advocacia do Estado, sem dúvida, inspirou o constituinte brasileiro de 1988, tem aquela instituição como essencial, posta absolutamente no mesmo nível da Magistratura e do Ministério Público, sem no entanto, regulá-la em nível constitucional, isto é, em termos do código constitucional escrito. O exemplo italiano é particularmente significativo, na medida em que a Advocacia de Estado e uma instituição essencial a constituição material italiana *há praticamente um século*, sobrevivendo às radicais mudanças de conteúdo político que as instituições daquele país sofreram desde então até hoje.

(b) "O conceito sociológico da Constituição, ou Constituição no sentido material (Hatschek, Jellinek, Morgan etc.), significa a própria organização do Estado, as instituições políticas e jurídicas, ainda não corporificadas em uma carta. Nesse sentido, todos os Estados têm uma Constituição, simbolizada nas tradições, usos e costumes políticos, que regulam a transmissão do poder, a criação e funcionamento dos *órgãos* estatais."

"Observa atentamente Hatschek, que emprega a distinção corrente entre os juristas alemães, discriminando entre "direito material" e "direito formal", que todo o Estado, justamente porque é um Estado, tem sempre uma Constituição no sentido material, como um ordenamento vital regendo as relações entre o soberano e os súditos. Tal Constituição pertence a cada Estado como a roupa pertence ao corpo, diz Hatschek, es gehoert zu jedem Staat wie das Kleid zum Koerper. É o que igualmente Morgan acentua, quando, ao se referir a essa Constituição no sentido material, comenta que "sem ela não há Estado, exceto aquele estado de natureza tão satirizado por Hobbes... Esta Constituição material se acha no direito costumeiro (Gewohnheitsrecht), mesmo quando o país não conhece instituições representativas e a vontade do monarca é neles suprema" (PINTO FERREIRA, id., *ibid.*, p. 33).

(16) "Ora esses cargos, colégios ou assembleias aos quais, segundo a Ordem Constitucional, pertence o poder de manifestar uma vontade imputável ao Estado é que são os *órgãos* do Estado" (CAETANO, MARCELO: *Direito Constitucional*, Forense, Rio, 1977, V. I p. 229).

(...)
"Assim, o mesmo indivíduo, quando age como particular e trata dos seus interesses, exprime uma *vontade individual*, mas quando age como titular de um *órgão* e cumpre o dever de carar de interesses coletivos, exprime uma *vontade funcional*." (CAETANO, MARCELO, id., *ibid.*, p. 222).

(...)
"O Estado manifesta-se na vida jurídica através dos seus *órgãos*. O *órgão* é o Estado e qualquer ato do *órgão* é ato do Estado. Mais rigorosamente poderíamos, pois, dizer que os Titulares dos *órgãos*, quando atuam nos termos da lei, produzem atos imputáveis aos *órgãos* e que, como tais, passam a ser atos imputados ao Estado." (CAETANO, MARCELO, id., *ibid.*, p. 224).

(...)
"O *órgão*, tende a transformar-se em *instituição*, ou seja, num valor social despersonalizado e abstrato, representativo de uma idéia a realizar constantemente e traduzida em normas legais ou costumeiras, que os indivíduos servem com as suas faculdades, vitalizando-o mas sem o absorver."

"Todo o *órgão* do Estado corresponde, pois, a um princípio de instituição, colocado objetivamente acima dos indivíduos e aspirando a durar através dos tempos. Isto explica que subsista mesmo quando temporariamente ou acidentalmente esteja desprovido de titular." (CAETANO, MARCELO, id., *ibid.*, p. 223)

a menção é inespecífica e genérica, justamente porque tais agentes não exercem atribuições identificadas com o modelo político institucional adotado. A Constituição fixa-lhes direitos e deveres, regras gerais, delegando à lei fixar-lhes as atribuições que, muitas vezes, decorrerão até do próprio ato administrativo de investidura.

Retomando terminologia tradicional, informada, porém, com o novo enfoque proposto, poderíamos chamar de "agentes políticos" aos de existência necessária, e de "agentes administrativos" aos de existência contingente.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, dentro dessa linha, estabelece, topicamente até, nítida distinção entre os agentes políticos, de que trata o Título IV, e os agentes administrativos, de que trata o Título III.

8. Dando novo conteúdo ou nova abrangência à classificação formalmente consagrada que os divide entre *agentes políticos* e *agentes administrativos*, cabe aprofundar esse mesmo discrimine, pois cada uma dessas categorias, por sua vez, ainda que apresente entre os respectivos integrantes um *denominador comum* consistente, não é homogênea, pois seus membros não são todos *providos do mesmo modo*.

Assim, se considerarmos como *agentes políticos* aqueles que têm radical constitucional e que, por via de consequência, são agentes de existência necessária por força de disposição constitucional específica que lhes outorga a respectiva competência, poderemos, mesmo assim, distinguir, sob o ponto de vista da modalidade de provimento, os agentes políticos *representativos*, os *profissionalizados*, os *cooptados* e os *comissionados*.

Representativos são os agentes políticos providos mediante eleição; exercem a representação popular e, no seu rol, podemos incluir os Senadores, os Deputados Federais, os Deputados Estaduais, os Vereadores, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os Governadores de Estado e os Vice-Governadores, os Prefeitos Municipais e os Vice-Prefeitos.

Profissionalizados são aqueles providos mediante concurso público; exercem atividade constitucionalmente necessária, mas não têm função representativa: têm acesso ao serviço público, organizado em carreiras, mediante concurso. Nesse rol incluímos os magistrados judicantes, os procuradores de Estado, os promotores, os defensores públicos, os membros das forças armadas e das polícias, civil e militar¹⁷.

Cooptados são os agentes políticos cuja escolha se faz mediante listas múltiplas constituídas pelo próprio órgãos ao qual pertencem, cabendo, de

17 "Inversamente, a prestação obrigatória de serviços públicos é a regra, na esfera militar. "Todos os brasileiros — prescreve a Constituição Federal — são obrigados ao serviço militar ou a outros encargos necessários à defesa da pátria, nos termos e sob as penas da lei" (art. 181). Nem por isso, entretanto, os soldados devem considerar-se funcionários públicos. Eles são as unidades humanas de energia de que se compõem as Forças Armadas. As Forças Armadas são os verdadeiros órgãos, a que está afeta a função da defesa nacional (art. 177, Const. Fed.). Devem, pois, as praças de pre-conumerar-se entre os prestadores de serviços públicos obrigatórios. (V. § 15, n.º 2, supra)." CIRNE LIMA, RUY, id., ibid., pp. 160-161; (grifou-se).

regra, a outro órgão a escolha daquele que promoverá o cargo vago. Nesse rol podemos incluir os Ministros dos tribunais federais, os desembargadores, os Juizes dos Tribunais federais e estaduais, os Ministros do Tribunal de Contas da União e os Conselheiros dos Tribunais de contas estaduais e municipais.

Comissionados são os agentes políticos que ocupam cargos ou funções de confiança, sujeitos ao *nuto* de quem os nomeia e no seu rol encontramos os Ministros de Estado e os Secretários de Estado: seu modo de provimento chama-se "comissionamento"

Já os *agentes administrativos* não têm radical constitucional, como se disse, no sentido de que não estão previstos especificamente em nível constitucional. Também podem ser subclassificados levando-se em conta seu modo de provimento. Atendendo a esse critério, podemos distinguir os agentes administrativos profissionalizados, os comissionados e os contratados.

A modalidade *profissionalizante*, segundo a qual o acesso ao serviço público faz-se mediante concurso e os cargos providos são organizados em carreiras, é a *forma própria* sob que se apresenta a chamada *burocracia*¹⁸. Vale dizer que a categoria-padrão dos agentes administrativos corresponde à dos *profissionalizados* ou *concursados*.

Há, no entanto, determinado número de agentes administrativos cujo provimento atende ao *critério da confiança* e que se processa através de comissionamento; são os agentes administrativos comissionados, tais como oficiais de gabinete, ajudantes de ordens e outros.

As dificuldades do serviço público não raro determinam que o recrutamento dos agentes administrativos, das mais diversas especializações e particularmente os não especializados, se faça mediante outras modalidades que não aquela padrão. Assim, é comum, tanto em nível federal, quanto estadual e municipal, a *contratação* de servidores, quer *diretamente*, quer *indiretamente* por *interposta pessoa*.

Conquanto muito polêmica essa modalidade de admissão de agentes administrativos, não pode ser simplesmente ignorada ou até taxada de situação genericamente "irregular", pois, muitas vezes, decorre de necessidades imperiosas e emergenciais de serviço. Não há dúvida de que, não raro, essas situações provisórias tendem a tornar-se permanentes pela falta do suprimento das carências, precariamente atendidas por forma não ortodoxa, pelo sistema padrão. O fato é que existe um número imenso de agentes administrativos contratados pelas leis trabalhistas a ponto de, em alguns setores da administração, constituírem-se na maioria dos respectivos agentes, não podendo ser

¹⁸ "O conjunto dos agentes, distribuídos pelas diversas funções que a lei institui e regula e hierarquicamente subordinados aos órgãos, forma a *burocracia* que, no Estado moderno, desempenha um papel importantíssimo como força efetiva e atuante ao serviço do exercício do Poder." (CAETANO, MARCELO; id., *ibid.*, p. 225, nota 1.)

simplesmente ignorados ou marginalizados sob pretextos hipócritas de moralidade administrativa¹⁹.

Cumpra lembrar que existe uma tendência a que certos agentes administrativos sejam *providos eletivamente*, o que nada tem a ver com o modo político de provimento, eis que, no caso, o colégio eleitoral não é aquele constitucionalmente definido para os efeitos da representação política, nem o objetivo visado pode ser comparado ao político em sentido próprio.

¹⁹ Estamos tornando o "agente administrativo" como categoria genérica por oposição ao "agente político". A expressão assim utilizada nada tem a ver com a homônima que designa uma categoria específica de funcionários públicos titulares de cargos de provimento efetivo, nomeados mediante concurso público.