

# Funcionário público

RAIMUNDO VIANA

Procurador do Estado da Bahia

- 1 — Conceituação
- 2 — Classificação
- 3 — Fontes normativas
- 4 — Situações especiais
- 5 — Reflexos da questão

## 1 — *Conceituação.*

O conceito de funcionário público é tema que ainda não encontrou na doutrina sua exata e uniforme compreensão e definição, continuando, portanto, a reclamar exame com vistas a seu equacionamento. Em verdade, contentam-se quase todos que tratam da matéria com as repetidas definições dadas pelas leis estatutárias e que, para seu entendimento, exigem a conceituação de *cargo público*.

Com efeito. O Decreto-Lei nº 1.713, de 28 de outubro de 1939 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União), dizia que “funcionário público é a pessoa legalmente investida em cargo público” (cf. art. 2º). No mesmo sentido é o disposto no art. 2º da vigente Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952. Aliás, também o Código Penal, dando amplitude ao conceito, considera “funcionário público para os efeitos penais quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”.

No plano da legislação dos Estados, no particular, a cópia do modelo federal é servil. Na Bahia, a Lei nº 680, de 26 de novembro de 1954 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado), definia funcionário público como “a pessoa legalmente investida em cargo público” e, coincidentemente, também em seu art. 2º Outra não é a regra de igual artigo da Lei nº 2.323, de 11 de abril de 1966, ora em vigor.

Para muitos a conceituação legal, por sua amplitude, desmerece aceitação. José Cretella Júnior, v. g., adverte que a mesma, “embora digna de nota pelo sintetismo de que se reveste, ampla em demasia é a conceituação estatutária”, abrangendo, portanto, todos os *agentes públicos* (in *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, pág. 99). Sob outro enfoque Themístocles Brandão Cavalcanti faz críticas à orientação le-

gislativa por não incluir na definição os requisitos da *permanência* e da *estabilidade* (v. *Tratado de Direito Administrativo*; vol. IV, pág. 57, 3ª ed.). Enquanto isto, Celso A. Bandeira de Mello entende que funcionário público é a pessoa “que mantém com o Poder Público relação de trabalho de natureza profissional em caráter não eventual, sob vínculo de dependência” (in *Revista de Direito Público*, vol. 13, págs. 46/47).

Enquanto isto, a lei define *cargo público* como sendo aquele criado por lei, em número certo, com denominação própria e pago pelos cofres públicos (cf. art. 3º do Decreto-Lei nº 1.713/39; art. 2º, última parte, da Lei nº 1.711/52). Já o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado da Bahia, no particular, fugindo à repetição simplista, considera cargo público “o conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas ao funcionário com as características essenciais de criação por lei, denominação própria, número certo e pagamento pelos cofres do Estado”. Na doutrina a questão continua suscitando debates, tendo em vista os diferentes posicionamentos adotados pelos tratadistas. Enfrentando-a, foi assim equacionada por Themístocles Brandão Cavalcanti:

“cargo público... é aquilo que a lei o considera como tal, porquanto o Estatuto não limita a natureza da função nem torna explícito o caráter específico, peculiar, que integra a função pública na definição de cargo” (*Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. 7, pág. 253).

Como se verifica, a doutrina é vacilante, forçando adesão quase incondicional à conceituação da lei, a despeito de sua amplitude e longa abrangência. Com efeito, os requisitos da *permanência* e *estabilidade* devem ser entendidos e aceitos em termos. Sim, porque a existência do cargo público depende da lei, a ela se condicionando, portanto. Ademais, agentes públicos há que se caracterizam precisamente pela eventualidade ou transitoriedade do exercício de suas funções. É o que ocorre, por exemplo, com os *funcionários comissionados*. Como se sabe, o titular de cargo em comissão tem sua permanência condicionada à confiança da autoridade que o nomeia ou do que o indica e, via de regra, com a renovação dos mandatos executivos opera-se quase total mudança nos escalões administrativos, sendo regra o pedido de exoneração desses servidores, em face até de incompatibilidades de ordem política. Aliás, os próprios funcionários efetivos e vitalícios têm suas funções limitadas no tempo ou em razão de idade ou de sua aptidão física ou mental, o que indica *temporiedade*.

É evidente que nem todos os *agentes públicos* podem ser abrangidos pelo conceito legal ou doutrinário de funcionário público, até porque muitos há que nem sequer cargo público ocupam. Naturalmente, servi-

dores ou agentes públicos são porque exercem função pública. A recíproca, todavia, está longe de ser verdadeira. Há funcionário sem função pública (e.g. o aposentado, o disponível) e exercício de função pública por quem não é funcionário, como ocorre, por exemplo, com todos os servidores públicos regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho.

A esta altura, é inarredável a conclusão de que, a despeito de suas distorções, a questão encontra na lei seu delineamento, desde a criação do cargo, a duração do seu exercício, requisitos de provimento, sua extinção ou modificação. Naturalmente, o sentido de permanência e estabilidade está ligado à continuidade dos serviços públicos fundamentais, em contraposição à temporariedade de projetos para a consecução dos fins públicos. É claro que o Poder Público tem deveres básicos e que não poderão ser limitados porque estão diretamente ligados às necessidades do povo, das comunidades e que nunca desaparecem (a saúde pública, a segurança pública, a educação, e outras). O cumprimento desses deveres, porém, opera-se através da execução de projetos temporários ou por meio do exercício de funções permanentes. Todavia, tanto umas como outras poderão ser cometidas a funcionários públicos ou a empregados públicos, espécies do gênero servidor público. Portanto, não há uma correspondência entre a permanência da atividade e a condição de seus executores, inclusive porque, atualmente, o intervencionismo estatal é quase regra geral, inclusive em caráter substitutivo, mesmo sem se configurar o monopólio legalizado. Via de regra, entretanto, no campo das atividades básicas os encargos são conferidos a determinadas categorias de servidores, com exclusão de qualquer outra (Justiça, Ministério Público, atividade militar). Isto não ocorre, porém, com outras funções que podem ser indiferentemente entregues ao servidor independentemente de sua condição ou regime jurídico.

Nessa linha de raciocínio conclui-se que a função diz-se permanente quando corresponder a uma atividade básica do Poder Público. Pouco importa, porém, que seja exercida por funcionário ou por outro servidor que não ocupe cargo público. Assim, não é exagero afirmar-se que *funcionário é a pessoa que exerce ou já exerceu função de caráter permanente OU NÃO, definida como pública pela lei e vinculada a cargo público.*

Não me parecem relevantes os requisitos apontados por Celso Bandeira, isto é, a *relação de trabalho* e o *vínculo de dependência*, como caracterizadores do instituto. Em verdade, o inativo é funcionário, inclusive por definição legal, embora já não mantenha relação de emprego, inexistindo, também, o vínculo da dependência. A própria permanência e a estabilidade ou não eventualidade se me apresentam como

conceitos relativos, posto que deverão ser consideradas apenas subjetivamente. Como é sabido, os funcionários comissionados têm investidura praticamente *a termo*. Por fim, a dependência, em última análise, decorre da lei e a ela se limita, em face da natureza estatutária da relação jurídica entre o Estado e seus agentes. Os integrantes do Ministério Público, por exemplo, no exercício de suas funções, têm absoluta independência, o mesmo ocorrendo com quase todos os cargos técnicos e da magistratura. Não há que se confundir disciplina funcional com exercício de função pública. No primeiro caso, evidentemente, haverá necessariamente dependência, o mesmo não ocorrendo, via de regra, no outro, não sendo o fenômeno nota caracterizadora do instituto.

## 2 — *Classificação.*

Na atual estrutura constitucional brasileira o serviço público é atendido fundamentalmente pelos seus *servidores*, gênero de que são espécies os *funcionários* e os *empregados públicos*. Estes, são regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, tendo em vista que resulta passiva a disposição do art. 106 da Constituição do Brasil que preconiza a extinção do regime trabalhista no serviço público, continuando a regra do art. 104, da Constituição de 1967, que mandava aplicar a legislação trabalhista aos servidores admitidos temporariamente para obras, ou contratados para funções de natureza técnica ou especializada. Aqueles outros, todavia, são regidos pelos Estatutos e se classificam em *efetivos*, *comissionados* e *vitalicios*. Antes, havia a figura do *extranumerário* e do *interino*, espécies vedadas pelas exigências constitucionais quanto ao provimento. Situação curiosa existe disciplinada no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado (Lei nº 2.323, de 11 de abril de 1966), qual seja a investidura em *função gratificada* de elementos estranhos aos Quadros do Serviço Público Estadual (cf. art. 287), mas que não chega a caracterizar outra espécie, tendo em vista sua extravagância e evidente solução emergencial.

Portanto, nesses regimes jurídicos se comportam todos os servidores públicos, salvo raras exceções herdadas de permissivos anteriores.

## 3 — *Fontes normativas.*

Inquestionavelmente, todo e qualquer regime jurídico tem a sua fonte básica na Constituição. Já a nossa Carta Constitucional de 1937, seguindo o exemplo da Constituição de Weimar, deu *status* constitucional ao funcionário público, definindo-lhe direitos e deveres, mencionando-os, embora, “normativa e programaticamente”, como assinalou Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1967*, Tomo III, pág. 462), reser-

vando à lei ordinária o estabelecimento dos pressupostos para o provimento dos cargos públicos. Com efeito, embora o regime jurídico seja um só — relação estatutária —, variados podem ser e o são os pressupostos para investidura, pouco importando, ainda, o elenco de direitos, deveres, responsabilidade e posicionamento na escala hierárquica.

A lei ordinária pode diversificar, dentro de uma mesma unidade, o regime jurídico quanto a determinados grupos funcionais, no tocante a esses pressupostos, afastando-os do *regime geral*. Em verdade, existem diversas categorias funcionais disciplinadas por legislação especial, por Estatuto próprio, valendo ressaltar que o fenômeno tende a se acentuar, em face das preocupações quanto à especialização de funções. Assim é que há um estatuto para os militares, para os diplomatas, agentes da segurança pública, procuradores, promotores, magistério etc. Tudo depende, pois, da lei. Esta, ao criar um cargo, pode subordinar seu ocupante ao regime geral ou a regime especial por ela definido. Logo, é indubitosa a conclusão de que o regime jurídico a que se subordina o agente público não pode ser levado em consideração para o efeito de se excluir do conceito de funcionário esse ou aquele ocupante de cargo público. Inclusive, a própria Constituição, quanto a determinados cargos, de logo fixa os pressupostos para investidura. Exemplifique-se com os cargos de Ministro de Estado (art. 84), Procurador-Geral da República (art. 95), Ministro de Tribunal Superior (arts. 118, 121), juiz federal, juízes e Tribunais especiais (arts. 123, 128 e 141), além de outros. É de destacar-se ainda a regra do art. 145, parágrafo único, sobre os cargos que são privativos de brasileiros natos.

Também as Constituições dos Estados assim estabelecem. Confirase Constituição da Bahia quanto aos cargos de Conselheiro do Tribunal de Contas (art. 45), Secretário de Estado (arts. 60/61), Procurador-Geral do Estado e da Justiça, juiz de direito (art. 76).

Esse fato, entretanto, não exclui da lei ordinária a possibilidade de fixar outros deveres e disciplinar outros direitos e vantagens para os ocupantes desses cargos. Por outro lado, a fonte normativa quanto aos pressupostos para investidura não afasta o ocupante do cargo do conceito de funcionário e, à falta de lei especial dispendo sobre direitos e vantagens, é de aplicar-se a lei geral. Pode ocorrer, ainda, que a própria lei especial reserve à geral certas situações quanto a esses servidores. É comum em Estatutos específicos a determinadas categorias funcionais a remessa para o Estatuto geral de determinadas matérias. São exemplos, em nosso Estado, a Lei de Organização Judiciária (Resolução nº 02), o Código do Ministério Público, o Estatuto do Servidor Policial, o Estatuto do Magistério.

Colocadas as coisas com base nas considerações acima explicitadas, conclui-se que toda e qualquer pessoa que exerce função definida como pública pela lei e vinculada a um cargo, é funcionário.

#### 4 — *Situações especiais.*

Há uma certa resistência contra a dispensa do mesmo tratamento jurídico a agentes públicos de posições hierárquicas acentuadamente diferentes. No particular, teorias são construídas justificando distinções no *gênero* que a meu ver inexistem.

A doutrina francesa, comandada nesse particular, por Maurice Duverger, faz distinção entre as *instituições políticas* e as *instituições administrativas*, considerando as primeiras como “l'ensemble des organes fondamentaux de l'état, ceux qui prennent les décisions essentielles qui orientent la vie de la nation”, caracterizando as outras como “les organes secondaires et subordonnés, qui assurent l'application effective des décisions politiques” (in *Droit Public — Élément* —, pág. 112).

Nesse plano doutrinário é feita outra distinção, com reflexos diretos sobre o conceito de funcionário, entre *governar* e *administrar*. É bastante ilustrativa a seguinte lição:

“... *gouverner* c'est assurer le fonctionnement des pouvoirs publics . . . . . et *administrer* c'est assurer l'application journalière des lois, veiller aux rapports des citoyens avec la puissance publique et des divers administrateurs entre elles...” (in Duez et Debeyere, *Traité de Droit Administratif*, pág. 153).

Rivero, inclusive, chega a dizer que a fixação da competência do titular de certos cargos pela própria Constituição deve-se ao *caráter político desses cargos* (cf. *Droit Administratif* — Précis Dalloz — 4ème éd., pág. 12).

Entre nós Celso A. Bandeira de Mello considera agentes políticos:

“... os 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. Sua função é a de fundadores da vontade superior do Estado” (ob. cit., págs. 46/47).

Conseqüentemente, ao lado dos agentes públicos que exercem funções administrativas, existem os agentes públicos que atuam politicamente, estando estes fora do conceito de servidor público em sentido próprio, ou melhor, estes não são funcionários e nem empregados públicos. Há quem os denomine de *agentes políticos*, *condutor político*, *governante* etc., com outra diferente situação jurídica, portanto. Resta saber, entretanto, quem pode ser assim classificado.

Com efeito, a atividade governamental se desenvolve sob os aspectos político e administrativo. Sim, porque ao lado do comando, do governo, há a administração, a realização, a ação construtora. Concretamente, porém, não há limites definidos entre essas duas atividades e que por estarem muito próximas e porque devem estar harmonizadas, às vezes, se confundem. Perante a lei a matéria é estranha, dificultando ainda mais sua precisão que se subordina, por isto mesmo, às formulações ou especulações meramente doutrinárias e até semânticas. Poder-se-ia dizer que o agente político é aquele que foi investido na função politicamente, ou seja, através de um *processo eleitoral*, exatamente porque assume o cargo em face de *um direito político*. Nesta situação se encontram o Presidente e o Vice-Presidente da República, o Governador e o Vice-Governador de cada Estado, o Prefeito e o Vice-Prefeito dos Municípios eleitos pelo povo, assim como os Senadores, Deputados Federais e Estaduais e os Vereadores.

Há quem pretenda incluir dentre os agentes políticos os seus auxiliares imediatos, quais sejam, no plano federal os Ministros e no plano estadual os Secretários de Estado e, por via de conseqüência, naturalmente, os Secretários do Município. Essa amplitude, todavia, conduz a situação paradoxal. Sim, porque direito político é o que se relaciona com o processo eleitoral e não pode abranger atos posteriores. Ademais, há auxiliares imediatos em nível de Diretoria ou de Presidência de determinados órgãos que não podem deixar de ser considerados como funcionários. Estes, por sua vez, estão equiparados aos integrantes do denominado primeiro escalão.

Enfrentando a matéria, na Procuradoria Especializada Administrativa, assim conclui:

“Conseqüentemente, entendo que o cargo de Secretário de Estado é comissionado e seu ocupante não poderá deixar de ser considerado funcionário público e, assim, ao mesmo devem ser asseguradas as vantagens previstas constitucionalmente, como a gratificação adicional por tempo de serviço (v. art. 70 da Constituição da Bahia).

Todavia, os doutrinadores ligados à doutrina francesa objetam essa conclusão (cf. Paul Duez et Guy Debeyere, Waline, Rivero, Laubadère, Maurice Duverger e outros tantos), tendo em vista a distinção que fazem entre governar e administrar. Naturalmente, não há negar o evidente aspecto acentuadamente preponderante, de natureza política, em certas funções públicas, inclusive no que se refere à escolha dos respectivos titulares. Há, até, o que é ainda mais significativo, influência

político-partidária. O fenômeno, todavia, não descaracteriza a função e muito menos a condição jurídica de seu titular.

Em verdade, os auxiliares imediatos dos Chefes de Poderes Executivos (Ministros ou Secretários de Estado, por exemplo), "dirigem a ação administrativa na sua área de competência, conforme a orientação política dominante". Entretanto, este fato é irrelevante para a pretendida descaracterização dos mesmos como funcionários. Sim, porque todos os órgãos do Estado, do ponto de vista administrativo, devem agir em consonância com as diretrizes traçadas pelo condutor maior que é o Chefe do Poder Executivo. Ademais, poderão ser considerados como auxiliares do agente político todos quantos sejam investidos em cargos públicos em face da confiança de que desfrutam, mesmo porque o provimento é ato de vontade dessa autoridade, ainda que a indicação seja feita por outra.

Note-se, ainda, que entre o cargo de Governador ou de Prefeito ou de Presidente da República e os cargos de Secretário ou de Ministro não há qualquer afinidade conceitual ou substancial. E não se argumente com a fonte normativa sobre os requisitos para investidura, que é a Constituição para ambos, porque o argumento nada prova, já que também para outros cargos — e ninguém nega a condição de funcionário de seus ocupantes — a fonte normativa básica é a Carta Magna. Enquanto isto, é sabido que a criação de uma Secretaria ou de um Ministério é matéria reservada à lei ordinária, assim como a delimitação de sua área de ação e a determinação de sua estrutura, tanto mais que a Constituição se limita a traçar linhas gerais sobre suas atribuições e competência.

##### 5 — *Reflexos da questão.*

A discussão sobre o tema referido não se exaure apenas no campo especulativo. Ao contrário. Do seu desate depende a solução de variadas situações, tais como deveres, direitos, responsabilidades, vantagens e proibições. Evidentemente, desacolhida a tese dos que consideram esses auxiliares com *funcionários*, estarão eles ao desabrigo dos direitos e vantagens estatutariamente instituídos e que não sejam restritos a essa ou àquela categoria funcional por expressa disposição legal. Por outro lado, resultariam inaplicáveis aos mesmos as regras sobre *acumulação* de cargos, funções ou empregos inseridas na Constituição Federal. *A contrario sensu*, aceita a tese, estarão eles protegidos por essas normas estatutárias sem incidência restrita, independentemente daquelas vantagens por prerrogativas da função que exercem e estipuladas em lei própria.