

A função pública e o seu regime jurídico

THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI
Procurador da República no Distrito Federal

X

DOS ESTIPÊNDIOS

(CONTINUAÇÃO)

Quando nasce o direito à remuneração

Sendo o direito à remuneração consequência do exercício da função, visto serem os vencimentos inerentes ao cargo, o direito à sua percepção só se verifica depois do seu efetivo exercício.

Não se deve, por isso mesmo, confundir o direito decorrente do ato de nomeação ou designação, sempre sujeito à condição do seu exercício, com a percepção da remuneração relativa ao efetivo exercício do cargo, como contraprestação do Estado pelo serviço prestado.

Petroziello expõe nos seguintes termos a doutrina dominante: (1)

"In genere, il diritto allo stipendio nasce dal giorno della nomina: ossia, dal momento in cui ha origine il rapporto di servizio; ma lo stipendio effettivamente comincia a percepirsi dal giorno nel quale il nominato, avendo accettato, assume servizio nell'ufficio assegnatoli (art. 2 del R. D. n. 2960); e la norma stabilita qui per gl'impiegati statali può intendersi estensibile a tutti i pubblici impiegati".

(1) *I rapporti di pubblico impiego — in "Primo Trattato completo di diritto amministrativo de Orlando" — III — 3.ª p. — pág. CCCVI.*

Mas, sem o efetivo exercício, não se verifica o direito à percepção da remuneração, exercício que deve ser verificado de acordo com as normas especiais fixadas pela lei.

Quando se trata, porém, de aumento de vencimentos, quando a lei não fixe a data da sua vigência, deve entrar desde logo em vigor o aumento.

Vamos encontrar em nosso direito vestígios dos mais antigos dessa doutrina. O decreto 736, de 20 de novembro de 1850, aprovado pelo § 10 do art. 12 da lei 114, de 27 de dezembro de 1860, em seus arts. 65 e 83 bem como as instruções do Tribunal do Tesouro de 16 de janeiro de 1854, mandavam que os aumentos de vencimentos se contassem da data da posse e do novo exercício.

O aludido decreto esposava, assim, a boa doutrina, um princípio geral aceito com os melhores fundamentos, como já vimos. Achou, no entanto, o aviso n. 29, de 25 de janeiro de 1861, do Ministro da Fazenda, de esclarecer que o aludido artigo do decreto de 20 de novembro de 1850 só se referia aos *novos empregos* ou *novas nomeações*, nos demais casos de aumento, as novas tabelas deveriam entrar em vigor da data de sua promulgação.

Fixava, assim, um princípio geral sobre a aplicação e vigência da lei (2).

Mas, no caso de nova nomeação, aplica-se uma norma especial, um princípio decorrente da natureza do caso particular do exercício da função

(2) A Resolução n.º 623 do Conselho de Estado da Fazenda, de 3 de abril de 1861, entendeu que este dispositivo só se applicava ao Tesouro e que os funcionários da Guerra poderiam receber os novos vencimentos da data da expedição de novos títulos (Vol. V — pág. 78).

pública, e que manda contar o aumento da posse e do novo exercício. (3).

Como vimos, porém, o direito aos vencimentos pressupõe exercício do cargo, é condicional, depende do exercício.

E, si assim é para os vencimentos, o que não se dirá em relação às demais formas de remuneração, diárias, gratificações etc., geralmente pagos *pro labore facto*?

Estando os vencimentos fixados em lei, a sua percepção cria para o funcionário um direito subjetivo que nasce do próprio ato de nomeação *ope juris*. "Come conseguenza della nomina", segundo as expressões muito precisas de d'Alessio (4). Esse direito patrimonial só pode ser, porém, reclamado depois do exercício, que é a causa do seu percebimento, na expressão de Bielsa (5). Daí também a consequência que este direito perdura enquanto perdurar a relação de emprego.

E' preciso, porém, observar novamente que esta relação é de natureza estatutária e que o Estado pode fixar e alterar as condições de exercício, modificando, assim, o regime da função pública, sem que possa o seu titular julgar-se com qualquer direito à situação anterior. O direito aos vencimentos ou a qualquer outra forma de remuneração nasce, por conseguinte, com o ato da nomeação ou designação, mas o seu percebimento está sujeito a uma condição qual seja a efetiva prestação do serviço, salvo os impedimentos e dispensas admitidos em lei.

Por isso mesmo Ruiz y Gomez, (6) observa que "*el nombramiento o eleccion establecen la relacion funcional, y la toma de possession inicia el ejercicio del cargo de manera efectiva y debe ser en consecuencia el punto de partida del derecho al sueldo, ya que la existencia de la relacion funcional no lleva como consecuencia inevitable el sueldo, pues puede existir sin este*".

(3) Ver Pareceres do Conselho de Estado — Secção Fazenda — Vol. I, pág. 277.

(4) *Istituzioni di Diritto Amministrativo* — Vol. I — pág. 465.

(5) *Derecho Adm.* — Vol. II — pág. 80 — *Idem* R. Bonnard, *Précis de Dr. Adm.*, pág. 409, que diz ter o funcionário uma situação jurídica individual, um direito creditário contra o Estado pelo mês vencido. — G. Jèze, *Dr. Adm.* — 3.^a ed., Vol. II, pág. 808.

(6) *Principios Generales de Derecho Adm.* — pg. 322.

As mesmas observações se encontram em Laband, que argumenta dentro da tese contratual (7).

Kammerer igualmente faz a distinção entre nova nomeação e aumento de vencimentos, fazendo depender, no primeiro caso, da posse e exercício, no segundo, da lei ou decreto (8).

Da redução e suspensão legal dos vencimentos

O princípio da redutibilidade dos vencimentos, tem, como já vimos, a sua consagração na doutrina hoje dominante, mas ali tratamos da redução geral, que abrange a todos os funcionários ou a uma classe ou categoria. Será, porém, especial a redução de suspensão quando atingir somente determinado funcionário, nos casos previstos em lei, por motivo de falta ao serviço, licença, ou motivos disciplinares ou mesmo de ordem processual. Si a redução dos vencimentos gerais só se justifica pelo seu carater impessoal e geral, também a redução ou suspensão individual só se pode verificar nos casos previstos em lei expressamente.

Assim as leis especiais sobre licenças tratam de cada caso e das consequências dessa interrupção de exercício sobre os vencimentos; o mesmo ocorre relativamente aos processos disciplinares e criminaes, durante o processo, durante o cumprimento da pena, ou como consequência da condenação.

As consequências da condenação, quer em processo disciplinar, quer em processo penal serão estudadas oportunamente; o mesmo faremos quanto às licenças em capítulo especial. Durante o processo, porém, a lei manda privar o funcionário da gratificação do cargo quando dele afastado por motivo de processo (9).

E' preciso, no entretanto, sempre atentar bem quanto à justiça da medida, embora com carater provisório, por isso que nem sempre se jus-

(7) *Droit Public de L'Empire Allemand* — pg. 211.

(8) *La fonction publique en Allemagne*, pg. 292.

(9) Ver as seguintes decisões do Conselho de Estado: — n.º 983, de 15 de maio de 1872; 1019, de 1 de fevereiro de 1873; 1092, de 5 de novembro de 1877 (Vol. das Decisões da Secção de Fazenda, 1871/1875, pgs. 87-206 e 265); ver o *Cod. do Processo Criminal do Império*, art. 174, apud — Paula Pessoa — também Ordem n. 280, de 21 de agosto de 1856 — Aviso n. 27, de 27 de janeiro de 1858 — Ordem de 21 de outubro de 1855 — Dec. 3084, de 1898.

tifica a privação de alimentos ou mesmo a sua redução pelo simples fato de processo (10).

Perda dos vencimentos

O direito aos vencimentos desaparece com o direito à função.

A perda temporária é o que chamamos *suspensão*. A perda definitiva pode ocorrer em caso de demissão ou revogação, renúncia, morte, aposentadoria (11).

Em caso de aposentadoria ou morte, o estípcio do funcionário ou de sua família converte-se em *pensão* (12).

Das substituições

O provimento dos cargos públicos, em virtude de afastamento temporário do funcionário, por férias ou licenças, ou pela vacância temporária do cargo, impõe a substituição do funcionário fora do exercício ou o suprimento temporário do cargo.

E' o que se chama na nossa técnica administrativa — *substituições*.

Estas se podem dar ou por pessoa estranha ao funcionalismo, como já vimos no capítulo próprio, relativo aos funcionários *interinos* ou *em comissão*, ou por outro funcionário público (13).

Essas substituições podem decorrer de uma nomeação interina, o que se dá especialmente quando ocorre o preenchimento de cargo vago. Neste caso, o funcionário que substitue outro, como já dispunham os decretos n. 20.030, de 22 de maio de 1931, e n. 20.128, de 18 de junho de 1931, perderá os vencimentos do seu próprio cargo ou emprego, para receber os do cargo que estiver exercendo.

E' este o princípio geral fixado no art. 1.º do decreto número 21.208, de 28 de março de 1932, e lei n. 158 de 30 de dezembro de 1935 :

“Nas substituições decorrentes de cargo vago, os substitutos, funcionários civis ou militares, perceberão os vencimentos in-

tegrais dos cargos que exerçam, somente nos casos de nomeação interina, pela autoridade competente”.

Os decretos de 1 de fevereiro de 1921 e 20.128, de 18 de junho de 1931, referiam-se expressamente às pessoas estranhas ao funcionalismo.

Outro, no entretanto, é o regime, quando a substituição é regulamentar, em virtude de férias, serviço do juri, etc., casos em que o substituído não perde nem sofre desconto de vencimentos. Nestas hipóteses, o substituto nada perceberá além os vencimentos do cargo efetivo.

Finalmente, quando se tratar de licença, ou substituição em virtude de comissão, o substituto terá direito, além dos seus vencimentos, ao que o substituído perde, não excedendo, porém, os vencimentos do substituto aos do substituído (14).

Isto ocorre mesmo quando a licença do substituído for com vencimentos integrais, devendo, então, a diferença percebida pelo substituto, ser paga pela verba “eventuais”.

O mesmo ocorrerá com as quotas e percentagens do substituto.

Idêntico princípio se aplica, quer a substituição se dê por funcionário, quer por estranho.

E' o sistema do § 2.º do art. 9.º do decreto n. 19.765, de 1931, e do art. 5.º do decreto n. 21.208, de 28 de março de 1932, acima citados (15).

Princípio mais liberal quanto à gratificação do substituto prescrevia o art. 26 do dec. número 14.663, de 1.º de fevereiro de 1921.

O art. 170, n. 10, da Constituição de 1934, assegurou aos funcionários os vencimentos integrais durante as férias anuais a que têm direito, princípio mantido no art. 156 da Constituição promulgada em 10 de novembro de 1937.

Em certos casos de licença, os funcionários sofrem descontos durante o seu gozo, perdem parte ou a totalidade de seus vencimentos (ver arts. 15 e seguintes do dec. n. 14.663, de 1921, acima citado).

Nesses casos, vigora o princípio do § 1.º do dec. n. 19.765, de 19 de março de 1931, substanciado também no art. 2.º do dec. número 21.208, de 1932 :

(14) Lei n. 158, de 30-12-35.

(15) A Lei n. 158 só se refere a substituições por licença.

(10) Ruiz y Gomez — *Principios Generales de Derecho Adm.* — pg. 327.

(11) Ruiz y Gomez — *Op. cit.*, pg. 328.

(12) D'Alessio — I — pg. 460.

(13) Ver a nossa antiga legislação, como sempre, ótima : dec. 459, de 27 de julho de 1846 : dec. 1995, de 14-10-1857 e dec. 2343, de 29 de janeiro de 1859.

"Nas substituições que se derem automaticamente, em virtude de dispositivos regulamentares, os substitutos, funcionários civis ou militares, perceberão o seu ordenado ou soldo, acrescido da gratificação do exercício perdida pelo substituído".

O art. 4.º do mesmo decreto estabelece princípio idêntico para substituições consequentes ao sorteio militar.

Certos cargos têm os seus suplentes, como era o caso dos juizes federais. Para estes, o § 1.º do art. 3.º do decreto n. 21.208 determinava que teriam direito a uma gratificação correspondente à do cargo, quer o substituído perdesse ou não essa gratificação, caso em que a mesma vantagem seria abonada ao substituído. O referido dispositivo, porém, só se aplica quando o suplente não tenha vencimentos próprios, como por vezes ocorre.

O regime das substituições teve, no entanto, de ser alterado em virtude da nova organização criada pela lei n. 284, de 28 de outubro de 1936. Ficaram, por isso mesmo, sem efeito a lei n. 158, de 30 de dezembro de 1935, e o decreto 642, de 14 de fevereiro de 1936, que regulavam a matéria, revogados pelo decreto lei n. 618, de 16 de agosto de 1938.

Este decreto fixou os seguintes princípios quanto à remuneração nas substituições : (16)

- 1 — Só haverá substituição remunerada no impedimento legal e temporário do ocupante de cargo isolado, em comissão, ou de funcionário que exerça função gratificada.
- 2 — A substituição remunerada depende de ato de autoridade competente.
- 3 — Quando se tratar de cargo isolado, a substituição só se dará quando for imprescindível, em face das necessidades do serviço, e recairá em pessoa estranha ao quadro do funcionalismo, com vencimentos integrais.

(16) Ver a exposição de motivos deste decreto, feita pelo D. A. S. P.

4 — Quando se tratar de cargo em comissão perceberá o substituído vencimentos integrais do cargo, enquanto em exercício. (17)

5 — Quando se tratar de cargo com direito a gratificação de função, esta será devida a quem a efetivamente exercer, salvo quando se tratar de substituição automática por motivo de férias, nojo ou gala.

6 — Neste último caso a gratificação pode ser acumulada aos vencimentos do cargo efetivo.

7 — Na 2.ª hipótese do n. 5, isto é, quando a substituição for por motivo de férias, nojo, gala, inquérito, será designado outro funcionário para substituí-lo, sem direito a qualquer outra remuneração além daquela a que tiver direito pelo cargo efetivo.

Ha nesses dispositivos citados da lei atualmente em vigor algumas soluções injustas, que foram devidamente apreciadas pelo próprio Departamento Administrativo, que propôs a sua correção no projeto de estatuto dos funcionários, ora em estudo, assim justificadas na exposição de motivos :

"Assim, o art. 96, estabelecendo que gratificação de função caberá a quem nela estiver legalmente investido, firmou, contudo, o princípio de que terá direito à gratificação de função o funcionário que se ausentar em virtude de férias, nojo, gala de casamento, serviços obrigatórios por lei ou de atribuições decorrentes de sua função.

Dispondo nesse sentido, o Estatuto corrige a lei anterior, que negava ao substituído e ao substituído quaisquer vantagens, nos casos de afastamento pelos motivos enumerados. Realmente, um estudo melhor da matéria convenceu da inexatidão daquele preceito, que mandava não pagar a gratificação de função. Quem se ausenta para

(17) A lei da despesa, de 1929, proibia substituição interina de funcionário efetivo afastado em virtude de comissão.

prestar serviços obrigatórios por lei, por nojo, casamento ou férias, não pode, nem deve sofrer qualquer prejuízo pecuniário.

Ainda contempla o artigo um novo caso, não previsto na legislação vigente : a ausência do funcionário para a prática de atribuições decorrentes da sua função. Até aqui, o funcionário que fosse tomar parte em congressos científicos, em razão mesmo de sua função, desde que se afastasse desta, ficaria privado da gratificação respectiva. O projeto corrige essa falha, facultando o afastamento com remuneração integral.

Por outro lado, assegurando o pagamento de gratificação nos afastamentos determinados pelos motivos expostos, não quiz, contudo, o projeto prejudicar o funcionário substituto, assegurando a este, também, o pagamento da gratificação respectiva. E' o que prescreve o art. 101, pondo-se em harmonia com o princípio geral que reconhece direito à gratificação de função ao servidor que realmente a exercer".

Quanto à substituição automática, só se fará na forma prevista nas leis e regulamentos e não é remunerada, nos termos do art. 1.º n. 2, do decreto-lei n. 818 de 1938.

Como são calculadas as diferentes formas de remuneração

Vencimentos ordinários, mensalistas, diaristas, tarefeiros, gratificações diversas, obedecem a critérios diferentes, como já vimos.

Os vencimentos são calculados anualmente, por isso que também o orçamento é anual.

Os vencimentos dos funcionários do quadro, dentro do regime atual, são distribuídos pelas diversas classes que correspondem aos diferentes padrões de vencimentos, numa escala ascendente de A até X, iniciando-se em 2:400\$0 e acabando em 90:000\$0 anuais (18).

Fora desses padrões existem outros vencimentos isolados, criados por lei especial.

O critério usado pela nossa lei, muito sabiamente

corresponde aos diversos graus da carreira profissional, de acordo com os diferentes quadros.

Os *contratados* percebem a remuneração ou *salário*, como denomina o decreto-lei n. 240, de 4 de fevereiro de 1938, fixado no contrato.

Os *mensalistas* têm o seu salário fixado em tabelas feitas anualmente e aprovadas pelo Presidente da República ; esses salários são *mensais*.

Os *diaristas* recebem por dia de trabalho efetivamente realizado (19), devendo as tabelas prever 25 dias de trabalho por mês, fixado o salário máximo diário, pela lei em vigor, em 30\$0.

O *tarefeiro* tem a sua remuneração fixada por *unidade* de trabalho. Depende, por isso mesmo, da natureza do trabalho e de convenção das partes.

O pagamento do pessoal admitido para obras realiza-se por verba própria : deve o salário ser calculado como *diária*, fixado por ocasião da admissão ao serviço e pago por dia de trabalho efetivamente realizado (20).

Custas

Certos funcionários não têm vencimentos pelos cofres públicos, não recebem remuneração direta do Estado pelos seus serviços ; recebem *emolumentos*, *custas*, pagas pelos interessados na execução do serviço de acordo com tabela previamente fixada. Este é um regime muito usado em relação aos funcionários e serventuários da Justiça, que recebem, total ou parcialmente, os seus estipêndios em custas ou emolumentos (21).

No regime de emolumentos, como observa Marcelo Caetano (22), as pessoas que se utilizam do serviço é que remuneram os funcionários.

Observa o mesmo autor que os emolumentos podem ser *gerais* e *personais*, os primeiros são centralizados em um cofre e depois repartidos enquanto que os segundos são pagos diretamente a cada funcionário.

A distinção tem também razão de ser entre nós.

(19) Art. 29 do dec. 240 de 1938.

(20) Deve se notar o sistema americano da fixação da remuneração por dia, mês, tarefa etc. Ali se calcula por ano de 307 dias uteis, ou de dias necessários para execução da obra (ver *Civil Service act and rules statutes* — 1934 — pg. 128.

(21) Teixeira de Freitas — *O Tabelionato* — § 11.

(22) *Manual de Direito Administrativo*, pg. 244.

(18) Ver o quadro que acompanha a Lei 284, de 1936.

Esta forma de remuneração não altera a situação jurídica do funcionário em vista do disposto no art. 156 — letra “a” — final — “seja qual for a forma de pagamento”.

O regime das quotas ou percentagens é também largamente utilizado entre nós, principalmente em relação às repartições arrecadoras. Correspondem a uma percentagem sobre a arrecadação. Os italianos denominam *aggio* (23). As quotas e percentagens sobre a arrecadação correspondem nitidamente aos vencimentos; é apenas uma forma de estipêndio (24).

Este, por sua vez, pode constituir-se de duas partes, sendo uma delas fixa e a outra variável.

A forma de remuneração não modifica a situação do funcionário à vista do texto constitucional (25).

Os funcionários da arrecadação, fiscais, coletores, gozam, muito especialmente, das vantagens desse regime.

Como no cálculo dos vencimentos, também as quotas e percentagens devem obedecer a um critério anual, dividido em duodécimos, afim de nivelar o desequilíbrio da arrecadação nos diversos períodos do ano.

Medida salutar, consagrada, aliás, na legislação mais moderna, é que o direito à participação só nasce com a incorporação da multa ou do imposto à renda, dependendo, assim, de decisão definitiva perante o poder judiciário quando reclamada a sua intervenção.

Fica, portanto, esse direito sujeito à realização de uma condição, constitui mera expectativa enquanto não se realizar.

Das gratificações

Gratificação, em nossa técnica administrativa, pode significar ou a remuneração de serviços extraordinários ou a remuneração de certos cargos em comissão que podem ser preenchidos por funcionários ou pessoas estranhas ao quadro (26).

O projeto de estatuto chama estes últimos de “funções gratificadas”, estipêndios devidos pelo

exercício de certas funções de confiança, de natureza temporária (27).

O percebimento dessas gratificações decorre apenas do exercício daquelas funções para cuja remuneração se destinam.

A outra forma de gratificação é por serviços extraordinários, mais ou menos ligados ao cargo, e que, segundo o projeto de estatuto, podem ser assim enumerados:

- 1) exercício em determinadas zonas ou locais;
- 2) execução de certos trabalhos com risco da vida e da saúde (28);
- 3) pela prestação de serviços extraordinários;
- 4) pela prestação de serviços especiais;
- 5) pela elaboração ou execução de trabalhos técnicos, científicos ou de utilidade para o serviço público;
- 6) a título de representação, quando em leprosários, serviço ou estudo no estrangeiro ou quando designado para fazer parte de órgão legal de deliberação coletiva.

O arbitramento e a concessão das gratificações só poderão ser feitos pela autoridade superior, de acordo com normas especiais fixadas pela lei.

A jurisprudência americana tem consagrado o princípio de que as gratificações são devidas somente por serviços extraordinários, não se devendo compreender entre estes os serviços inerentes ao cargo (*germane to the office*). Mas esse direito deve ser reconhecido quando o serviço é estranho ao cargo (29). Visa essa medida pôr termo aos abusos e excessos na remuneração por serviços considerados extraordinários (*for extra*

(23) Ver notadamente Ettore Scandale — *La riscossione delle imposte dirette* — ns. 232 e segs.

(24) Ver também Petrozziello — *Op. cit.*, CCCVIII — nota 3.

(25) Final do art. 156.

(26) Esta distinção é antiga entre nós — ver Resolução do Conselho de Estado da Fazenda — 1861/65, pg. 264.

(27) Ver o art. 38 da Lei n.º 284, de 1936, sobre cargos em comissão.

(28) A Lei 284 já previra o caso dos leprosários, com uma gratificação de 30 % dos vencimentos (art. 24) — Ver o dec. 3.886, de 1-4-39.

(29) U. S. v. — King U. S. 676 — Evans v. U. S. — 44 — Ct. Cls. 549.