FUNCIONÁRIO PÚBLICO — FUNÇÃO GRATIFICADA — ÓRGÃO DE DELIBERAÇÃO COLETIVA — REGRAS DE INCOMPATIBILIDADE

— Em princípio, funcionário que exerce função gratificada pode integrar órgão de deliberação coletiva.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DO PESSOAL CIVIL

PROCESSO N.º 31.232/70

PARECER

O Delegado do Trabalho Marítimo, em Pirapora, Estado de Minas Gerais, consulta se Membro do Conselho Regional do Trabalho Marítimo pode exercer, cumulativamente, aquela função com a de Secretário do mesmo Conselho.

2. Do exame do processo, verifica-se que os interessados, em torno de cujas situações gerou a dúvida, integraram, ou integram, o Conselho Regional do Trabalho Marítimo, ora como Membro representante do Ministério do Trabalho e Previdência Social, ora, como Membro representante do Ministério da Fazenda, sendo, ao mesmo tempo Secretário do Conselho, percebendo, cada época e cada qual a seu turno, além do *jeton* de presença, como integrante de órgão de deliberação coletiva, gratificação pela função de Secretário do Plenário.

3. A Divisão do Pessoal do Ministério do Trabalho e Previdência Social, em face do parecer da Assistência Jurídica, manifestou-se nos seguintes termos:

"São formas distintas de retribuição a função gratificada (art. 145, inciso I) e a gratificação pela participação em órgão de deliberação coletiva (artigo 145, inciso IX) conforme prevê a Lei n.º 1.711, de 1952.

O art. 190 veda a superposição de cada um (F + F ou J + J) mas não exclui a percepção das duas concomitantemente (F + J).

Resta, pois, examinar a compatibilidade de horários. No caso em tela a natureza das atribuições não oferece dificuldade ao exercício da função de Secretário do Plenário com a de Conselheiro. Sobre aspectos meramente éticos, melhor dirá o órgão consulente".

4. Com efeito, assim dispõe o art. 190 da Lei n.º 1.711, de 28 de outubro de 1952 (Estatuto dos Funcionários).

"O funcionário não poderá exercer mais de uma função gratificada nem participar de mais de um órgão de deliberação coletiva.

O Decreto n.º 35.956, de 2 de agôsto de 1954, ao regulamentar o preceito estatutário, assim dispõe:

"Art. II. O funcionário não poderá exercer mais de uma função gratificada

nem participar de mais de um órgão de deliberação coletiva.

§ 1.º O funcionário que, por força de lei ou regulamento, for membro nato de órgão de deliberação coletiva, não poderá ser designado para nenhum outro, mesmo a título gratuito.

§ 2.º O funcionário que, por força de lei ou regulamento, for membro nato de mais de um órgão de deliberação coletiva, poderá deles participar, vedada, porém, a acumulação de qualquer remuneração ou vantagem".

5. Como se depreende do disciplinamento específico do assunto, a lei permite que o funcionário exerça uma função gratificada, embora proíba que exerça duas; permite faça o funcionário parte de um órgão de deliberação coletiva, embora impeça, em princípio, que integre dois, a menos que seja membro nato, quando, então, só permite perceba gratificação de presença por um só dêles; assim como não impede a lei que um funcionário que exerça função gratificada tome parte, ao mesmo tempo, de um órgão de deliberação coletiva. Qual o problema? Um funcionário é integrante de um órgão de deliberação coletiva; estaria, por isso, impedido de exercer uma função gratificada, qual a de Secretário, por exemplo, de um órgão de deliberação coletiva? Não é evidente que a lei não proíbe?

6. Bastaria se alimentasse um computador eletrônico com esses dados colhidos da lei que, para a última hipótese, que é a mesma constante da dúvida, se encontraria, de logo, solução favorável, pelo menos de que, na forma da lei, não haveria impedimento algum

7. Mas é certo que a lei não é o texto, mas o contexto (*lei non esi textus sed contextus*) É certo que nem sempre é permitido o que não é por lei proibido. Há certos fatos ou determinadas circunstâncias que criam ou estabelecem o direito. Daí por que diziam os romanos: Dá-me o fato, dar-te-ei o direito (*Da mihi factum dabo tibi jus*). Nem tudo a que somos obrigados depende de expressa previsão legal (*ex auctoritate legis*). Não raro emana da natureza das coisas e de certos princípios éticos. Libertos do fetichismo legal, da letra do ordenamento, positivo, quase sempre nos obrigamos, dentro do condicionamento social, aquilo que nos dita a consciência ou que o comum dos homens aprovou sem escrito algum. (*Ea qude sine ulio scripto populus probavit, tenebunt omnes*).

8. Não há dúvida que, à primeira vista, a situação que ensejou a consulta não desatende às proibições formais da lei, não fere formalmente a lei. Funcionário que exerça função gratificada está impedido de integrar órgão de deliberação coletiva? É claro que não. Seria admissível, entanto, que um integrante de um Conselho, como representante de um Ministério, fosse ao mesmo tempo, Secretário do Plenário desse mesmo Conselho, vale dizer Secretário de seus pares, sem decair de sua plena autoridade? Haveria possibilidade de se distinguir, em um Plenário de um órgão de deliberação coletiva, um Membro representante do Ministério do Trabalho e Previdência Social, ou do Ministério da Fazenda, por exemplo, do Secretário desse mesmo órgão? De Membro do Conselho para Secretário dele não haveria uma mudança de estado a implicar, necessariamente, numa diminuição de capacidade? (*Capitis minutio est status permutatio*). Quando agiria o servidor como Secretário, quando opinaria ou interferiria nos trabalhos como Conselheiro? Os dois degraus de nítida diferença da hierarquia funcional ocupados ambos pelo mesmo servido *status* superior que é a do Conselheiro? A acumulação de atribuições de Conselheiro e de Secretário do Plenário, ao invés de aumentar a autoridade funcional, não representaria uma diminuição dela?

9. *Mutatis mutandis*, seria o caso de indagar se o funcionário integrante de uma comissão de inquérito pode secretariá-la, e a Administração Pública

sempre entendeu que não. Seria o caso de indagar se Membro do Corpo Docente de uma Universidade pode, legitimamente, exercer a função gratificada de Secretário de Faculdade integrante da mesma Universidade, e a Administração, igualmente, já entendeu não ser possível (Parecer *in* Processo número 8.281-65. *Diário Oficial* de 17 de agôsto de 1966). Também nesses casos a lei não dispôs contrariamente.

10. De modo que a matéria, a rigor, não é de "acumulação remunerada de cargos e funções públicas", nem se refere ao que dispõe o art. 190 da Lei n.º 1.711, de 28 de outubro de 1952. A matéria é, sim, de compatibilidade que se situa no mundo ético, que dispensa, em tese, qualquer preceito legal que isso afirme com todas as letras, salvo se para permitir, assim mesmo quando a regra de cunho ético é explícita e concretizada em ordenamento jurídico, no Direito Positivo, expresso na legislação. O ocupante do cargo de Juiz, por exemplo, pela própria natureza de suas funções, está incompatibilizado para exercer qualquer outro cargo ou emprego público ou privado. Ociosa seria qualquer lei para dizer isso. Mais ainda, para dizer que o Juiz está impedido de exercer cargo de demissibilidade *ad nutum*, embora a Constituição de 1946 isso afirmasse expressamente, enquanto a Constituição de 1967 e mais a Emenda Constitucional n.º I, de 1969, sabiamente isso ignoram, mais confiantes certamente na consciência profissional dos nossos magistrados, ou porque o regime de incompatibilidades já expresso naquilo de dizer que — quem for investido na função de um dos Três Poderes da União não poderá exercer função de outro. A esse natural impedimento, abriu a Carta Magna um só exceção: de poder ser o Juiz também professor, desde que atendidos determinados requisitos legais. Já com referência a Deputados e Senadores estabeleceu a Constituição, expressamente, seu regime de incompatibilidades (implicando sua desobediência em perda do mandato), além daquela regra geral, a que acima nos referimos, de que — quem for investido na função de um dos Poderes da União não poderá exercer a de outro — salvo as exceções previstas na própria Constituição. Para que o Deputado ou Senador pudesse investir-se na função de Ministro de Estado sem perda do mandato, fez-se mister ficasse a ressalva expressa no texto constitucional.

II

Ora, não há lei escrita alguma que, realmente, impeça que um servidor público, no exercício de função gratificada, faça parte de um órgão de deliberação coletiva. Há ocasiões, porém, em que a disciplina administrativa, que se firma na hierarquia, não pode admitir que um funcionário integre, por exemplo, um órgãos colegiado fazendário como representante dos contribuintes ou ser Vogal de Junta de Conciliação e Julgamento na qualidade de representante dos empregados, em razão de o funcionário público ser, também, empregado de firma particular.

12. A hipótese constante da consulta é, igualmente, a meu ver, ilegítima, porque fere os princípios do direito disciplinar que estão ligados, inequivocamente, ao conceito de hierarquia, de distribuição de competência legal no âmbito da Administração Pública. Ser Membro do Conselho Regional do Trabalho Marítimo como representante do Ministério do Trabalho e Previdência Social, ou do Ministério da Fazenda, ou do Ministério da Marinha ou mesmo como representante dos Empregadores ou dos Empregados, ao mesmo tempo que é Secretário do Plenário desse mesmo Conselho, é, *data venia*, cair do seu *status* de Conselheiro, é subverter a ordem hierárquica e subestimar a alta função para que foi designado por ato do Sr. Ministro do Trabalho e Previdência Social, sem qualquer razão que o justifique.

13. Desse modo, pelo que me parece, a resposta à consulta deve ser pela negativa. Brasília, 23 de agôsto de 1971, *Corsindio Monteiro da Silva*, Assistente Jurídico. Assessor Técnico.

De acôrdo. Publique-se. Restitua-se o processo ao Ministério do Trabalho e Previdência Social. Brasília, 23 de agôsto de 1971. *Waldyr dos Santos*, Coordenador de Legislação de Pessoal.