

Dever do Funcionário Público

O dever de obediência dos servidores públicos, decorrente do princípio da autoridade, traduz-se em norma - localizável em todos os estatutos funcionais - , pela quais aqueles estão obrigados ao cumprimento das ordens emanadas de seus superiores hierárquicos, com a ressalva, no direito positivo nacional, de que estas não sejam manifestamente ilegais (17), ou seja, em função do Princípio da Legalidade.

O dever de obediência jamais pode ser entendido dissociado do Princípio da Legalidade, sob pena da exegese resultante ser incompatível com a norma constitucional federal pertinente.

O servidor público, em que pese estar, em regra, obrigado ao pleno cumprimento das ordens emanadas de seus superiores hierárquicos encontra-se, contudo, adstrito ao Princípio da Legalidade, não podendo se furtar à obrigação de sempre executar um exame prévio da legalidade de todas as ordens emanadas de seus superiores hierárquicos, sob pena de responsabilização, tanto administrativo-disciplinar como penal.

De se apontar que a posição adotada pelos doutrinadores dá-se no sentido de que o servidor público tem o dever de verificar a legalidade de todos os atos que irá praticar, uma vez que, consoante o diploma constitucional vigente, este poderá praticar apenas os atos expressamente autorizados em lei, não importando a ordem ilegal de superior hierárquico.

Edmir Netto de Araújo (18) considera que o dever de obediência e o dever de cumprimento das ordens superiores encerram objetivos concretos, tais como o respeito à hierarquia e o resguardo da moralidade administrativa (19). O saudoso mestre Hely Lopes Meirelles (20), como não podia deixar de ser, contribuiu para a conceituação do dever de obediência e a sua devida modulação em função do princípio da legalidade ao afirmar que “o dever de obediência impõe ao servidor o acatamento às ordens legais de seus superiores e sua fiel execução” (21).

Mário Masagão (22) analisou, com muita propriedade, as influências das correntes doutrinárias clássicas sobre a legislação brasileira, no início do período republicano, reconhecendo fortes influências das legislações inglesa e germânica, exemplificando que o Código Penal de 1890 se filiou à corrente britânica, embora com algumas nuances germânicas (23), retornando o Código Penal de 1940, por fim, a restabelecer, com pleno vigor, a vertente inglesa (24). Conforme a corrente francesa, o servidor público deve sempre cumprir as determinações de seus superiores hierárquicos, não podendo jamais discutir o seu conteúdo, agindo, assim, como um autômato, não sendo responsabilizado caso a ordem seja ilegal. Pela corrente alemã, o servidor, ao suspeitar da legalidade de uma ordem, deve consultar a autoridade que a emitiu, suscitando a ilegalidade porventura suspeitada. Se a autoridade confirmar a determinação, esta deve ser cumprida, sendo isento o servidor de qualquer responsabilidade, mesmo que ainda tenha certeza de sua ilegalidade. Haverá parcela de responsabilidade se, suspeitável a ilegalidade da ordem, deixou o servidor de solicitar a sua reiteração. A corrente inglesa, por fim, é a adotada atualmente no país, pela qual o servidor deve se negar a cumprir qualquer ordem que seja manifestamente ilegal.

O dever de obediência irrestrita do servidor público foi, em função do fortalecimento das garantias individuais do cidadão frente ao poder estatal, restringido, principalmente pelo estabelecimento do princípio da legalidade, devendo aquele executar apenas as ordens efetivamente legitimadas pelo ordenamento jurídico. Face à Legalidade, poderíamos até mesmo dizer, num argumento eminentemente retórico, que o dever não seria mais de obediência, mas sim de “desobediência”, na medida em que o rol das atividades permissíveis aos servidores públicos são infinitamente inferiores ao rol das proibidas, e que, na conformidade da legalidade, estes somente poderiam efetuar ações previstas em lei.

Ressalta-se, no entanto, que esse poder de “desobediência” é meramente relativo, limitado à capacidade e às atribuições específicas do servidor público, para que não ocorra uma subversão ao Princípio da Autoridade, o que acarretaria, inevitavelmente, na desorganização da máquina administrativa estatal.

Estabilidade – Para Pedro Nunes (25), a estabilidade seria a “situação de permanência definitiva que adquire o funcionário público efetivo, quando preenche, no exercício do cargo, o lapso de tempo que a lei exige para a

aquisição desse direito, de posse do qual não poderá ser exonerado senão por sentença judiciária, ou em razão de processo administrativo por motivo que justifique o ato”.

Adilson Abreu Dallari (26), por sua vez, entende que a estabilidade é o direito do servidor público de não ser excluído do serviço público, a não ser que ele próprio faça algum ato que dê ensejo à aplicação da pena de demissão, em caráter punitivo, após o devido processo administrativo-disciplinar, no qual lhe seja assegurado o direito à ampla defesa.

Os servidores públicos efetivos não podem ser livremente exonerados pelo administrador público, uma vez que a nomeação para cargo efetivo, após transcorrido o prazo do estágio probatório, adquire o caráter de permanência, enquanto o seu detentor bem servir à Administração Pública. É importante apontar, ainda, que a estabilidade atinge não apenas os servidores detentores de cargos de provimento efetivo, mas também, por expresse mandamento constitucional (27), os servidores não admitidos na forma do artigo 37 da Constituição Federal, que, na data da promulgação dessa possuíam cinco anos de serviço público continuado. Existem, portanto, no direito nacional, duas categorias distintas de servidores beneficiados pela estabilidade: os servidores efetivos, admitidos através de concurso público, e os servidores, não-concursados, estabilizados na forma de dispositivos constitucionais específicos (28). Essa prática, de diversos diplomas constitucionais anteriores, em verdade, tem sido apontada como uma das causas do alegado inchaço das máquinas administrativas federal, estaduais e municipais (29).

Em que pesem os argumentos utilizados pelos detratores da estabilidade funcional, esta possui primordial importância no controle da legalidade dos atos administrativos, sendo que já existem, de longa data, mecanismos legais específicos para a eliminação dos servidores públicos incompetentes, relapsos ou corruptos

Questiona-se qual a autonomia que teriam estes para descumprir as ordens ilegais se não estivessem protegidos pela estabilidade funcional? Assim, evidencia-se trinômio de suma importância: dever de obediência; princípio da legalidade; e estabilidade funcional. O abalo em qualquer uma destas forças representará, inquestionavelmente, um grave risco para a perfeita manutenção

do verdadeiro Estado de Direito, uma vez que não interessa à sociedade um caracterização formal do que este seja, mas sim a sua realização diária e equilibrada, objetivando o estabelecimento do equilíbrio entre as desigualdades sociais.

Esta tríade sempre teve essencial importância no bom desenvolvimento das atividades públicas, na medida em que o servidor público, a se ver diante de situação em que lhe era transmitida uma ordem que não encontrava amparo em suas atribuições legais, poderia negar-lhe a execução sem o risco de ser exonerado, uma vez que a estabilidade era sua garantia

A garantia constitucional da estabilidade funcional dos servidores públicos efetivos traduz, em último aspecto, não um benefício para o servidor, mas sim uma efetiva garantia para a sociedade, na medida em que o cidadão investido em uma função pública terá a plena liberdade de agir apenas no estrito e legítimo interesse de toda a comunidade, ou seja, do Bem Comum.

Aspectos Penais – A relação entre o dever de obediência e o princípio da legalidade demonstra-se tão importante que o Código Penal brasileiro, em seu artigo 22, arrola uma causa excludente da culpabilidade, por hipótese especial de erro de proibição, pela qual “se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.”

Observa-se, por este dispositivo, que o funcionário público estará isento de punibilidade (penal) quando tiver cometido o delito em estrita obediência hierárquica, desde que a ordem não seja manifestamente ilegal. Não se pode entender que o dever do funcionário público seja o de sempre cumprir, indistintamente, todas as ordens superiores, uma vez que é seu dever verificar se esta atende ou não ao Princípio da Legalidade, pois o servidor público, em realidade, age em nome do Estado, não podendo, neste caso, realizar qualquer ato que não seja expressamente autorizado pela Lei, não lhe sendo lícito alegar, nem ao menos, o desconhecimento dos limites de suas atribuições legais.

Vê-se que os Princípios da Obediência e da Legalidade devem ser interpretados de forma conjunta por força da completude do ordenamento jurídico, uma vez que o ordenamento deve conter, dentro dele próprio, todos os elementos necessários à solução dos conflitos existentes, sendo negada, na

lição de Juarez Freitas (30), a existência de antinomias, ou seja, conflitos para os quais o ordenamento jurídico não apresentaria solução possível.

Para Francisco Campos (31), o servidor público possui a “relativa faculdade” de questionar a legalidade das ordens recebidas de seus superiores hierárquicos, não sendo obrigado à obediência cega, devendo, no entanto, apenas na medida do razoável, realizar o questionamento das ordens recebidas (32). Júlio Fabbrini Mirabete (33) entende ser dever do servidor público sempre questionar a legalidade das ordens recebidas, uma vez que, se devia questionar e não o fez, não será possível a invocação da causa excludente de culpabilidade (34). Para ser admissível a excludente em questão, é necessário que a ordem: a) seja emanada da autoridade competente; b) seja destinada a agente com atribuições para a prática do ato; c) não seja a ordem manifestamente ilegal; d) traduza uma “relação de direito público entre superior e subordinado”, visto que “a subordinação doméstica ou eclesiástica não ingressa na teoria da obediência hierárquica”; e) preencha os requisitos formais; f) seja dada dentro da competência funcional do superior; e g) seja cumprida dentro de “estrita obediência”, respondendo o subordinado por qualquer excesso porventura cometido. Damásio E. de Jesus (35) conceitua a ordem de superior hierárquico como sendo a manifestação de vontade do titular de uma função pública a um funcionário que lhe é subordinado, no sentido de que realize uma conduta (positiva ou negativa), conduta esta que deve ser plenamente compatível com o Direito (36). Não se pode olvidar de acrescentar a contribuição do mestre Aníbal Bruno (37), para o qual o princípio da obediência cega do subordinado foi, presentemente, atenuado pelo primado da subordinação do administrador à lei, não podendo este realizar ou determinar qualquer ato que não encontre expressa previsão no ordenamento jurídico ou em princípios informadores do Direito Administrativo (38). Importante ser ressaltado, neste ponto, que o âmbito de questionamento permitido ao servidor público restringe-se apenas aos limites da legalidade do ato e jamais de sua oportunidade e conveniência (39). O mérito administrativo, pois, quando exercido no estrito limite da legalidade, não poderá ser objeto de qualquer discussão do ponto de vista jurídico.