

A Função Pública nas Constituições Brasileiras

ARNOLD WALD

ARNOLD WALD, embora brasileiro, nasceu em Ixelles, na Bélgica, em 28 de junho de 1932. Iniciou os seus estudos na Europa, continuando-os no Brasil. Formou-se como bacharel em ciências jurídicas e sociais pela Faculdade Nacional de Direito, sendo o primeiro da sua turma.

Prestou serviço militar no Forte Duque de Caxias e, posteriormente, como ordenança do Ministro Presidente do Superior Tribunal Militar, General Castello Branco.

Apesar de muito jovem, ARNOLD WALD já apresenta um curriculum vitae de excepcional destaque. Desde 1948 colabora no suplemento literário do "Correio da Manhã" e, desde 1949, em "A Época" e na "Revista do Serviço Público". Fundador e presidente do Seminário de Estudos Jurídicos e Sociais da Faculdade Nacional de Direito, é ainda membro do Instituto Brasileiro de Direito Comparado e Estudos Legislativos, do Comitê Nacional de Direito Comparado filiado à UNESCO e da Comissão de Bibliografia do Centro de Pesquisas da Casa de Rui Barbosa. Venceu, além disso, diversos concursos, tendo obtido o Prêmio General Dutra, instituído pelo ex-Presidente da República para a melhor monografia sobre a emancipação do Brasil e seu progresso cultural. Foi classificada em concurso organizado pelo D.A.S.P. a sua monografia "Ruy Barbosa e a Administração Pública". Obteve o primeiro prêmio no concurso organizado por sociedades eruditas francesas entre estudantes de direito dos países latino-americanos sobre temas jurídicos. Venceu os concursos do Centro Acadêmico Cândido de Oliveira sobre o paralelo biográfico Ruy-Nabuco (1949) e sobre Ruy e a constituição de 1891 (1950).

Foi, por mais de dois anos, redator-chefe da revista "A Época". É bolsista extraordinário do governo francês e obteve, também, uma bolsa da UNESCO para participar da semana dos direitos

do homem em Havana. Integrou a missão universitária brasileira que esteve na Bolívia em 1952, pronunciando uma conferência na Universidade de La Paz.

Foi assistente da mesa que dirigiu os trabalhos do "Seminário Latino-Americano sobre a prevenção do delito e tratamento do delirquente" realizado sob os auspícios da ONU em 1953 no Rio de Janeiro. Apresentou teses nas semanas jurídicas de Recife (1951), de São Paulo (1952) e da Bahia (1953). Colaborou com o Professor Michel Simon no livro deste autor sobre Ruy e ostenta a condecoração da "Association Henri Capitant pour la culture juridique française".

Entre os trabalhos publicados merecem destaque na "Revista do Serviço Público", Ruy Barbosa e a administração pública; O problema da irretroatividade das leis; A responsabilidade civil em acidentes de automóveis; A evolução do direito e a absorção da administração privada pela administração pública; Os crimes de guerra, os crimes contra a humanidade e a evolução do direito penal internacional; O contrato com pessoa a declarar e o direito fiscal; Os serviços públicos no Estado Moderno; O direito penal brasileiro desde 1939; A emissão de cheques sem fundos; As sociedades de economia mista.

Em "A Época": Savigny, o homem e a obra; A evolução do direito penal; O contrato social; Bergson e o romance contemporâneo; A gratuidade de Proust.

No "Correio da Manhã", suplemento literário: A fisiologia de Descartes; Racionalismo e ciências físicas; Jacques Maritain; De Bergson a São Tomás; Roger Martin du Gard; Péguy, discípulo de Bergson; Bergson e o método histórico de Péguy; A religião de Péguy; André Maurois.

No "Diário Carioca", suplemento literário;
Stendhal, mestre de Proust.

Na "Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro": Nabuco historiador.

Na "Província de São Pedro": O enigma de Salavin.

Na "Revue Internationale de Droit Pénal":
Le droit pénal brésilien.

I. INTRODUÇÃO

O ESPÍRITO das diversas constituições brasileiras refletiu-se na maneira com que trataram a função pública.

As constituições de 1824 e de 1891, impregnadas pelo individualismo do século XIX, deram base contratual a função pública.

No Império, a nossa administração ainda era dominada pelo privatismo. As normas a imperarem eram aquelas de direito privado a que estava submetida a própria autoridade pública. (1) E ainda posteriormente os construtores da República, liderados por RUI BARBOSA, conceberam a função pública como contrato, contrato de direito público mas contrato. Verdade é que, naquela época, eram contratos os tratados de direito das gentes e até as naturalizações. (2) Tudo era contrato. (3) O legislador não intervinha no acôrdo firmado entre as partes. Sômente do fim do século XIX é que datam as primeiras normas da legislação social. Surgindo o direito trabalhista, os seus princípios integrar-se-iam no direito público, passando outrossim o Estado a regulamentar a função pública e a dar uma série de garantias ao funcionário. A função pública, de contratual que era, transformar-se-ia em institucional. O contrato tornou-se contrato de adesão e depois integração do indivíduo numa situação jurídica especial. Rui ainda se referira ao direito adquiri-

(1) "No regime imperial rege-se a administração pública pelo direito privado, excetuando o Contencioso Administrativo que meramente o aplica. Fora do direito privado, tudo se obscurece e confunde: é o caos. Pode dizer-se, de resto, que essa é a expressão consagrada para caracterizar esse período da nossa administração: "Administração no caos" chama-lhe o VISCONDE DE URUGUAI (*Ensaio sobre o direito administrativo*, 1862, vol. I, p. 24); "caos administrativo", uma voz lhe chama dentro do próprio Conselho de Estado (*Imperiais Resoluções tomadas sobre Consultas da Seção de Justiça do Conselho de Estado*, 1884, t. I, p. 781).

Traço de nossa administração pública sob o Império é, pois, o que poderíamos denominar privatismo, subordinação da autoridade pública aos princípios e regras de direito privado." RUI CIRNE LIMA, *Direito Administrativo Brasileiro*, 1939, p. 33.

(2) "As relações de serviço que unem o funcionário ao Estado assentam num verdadeiro contrato, num contrato de direito público O que importa à idéia jurídica de contrato — é tão-sômente o mútuo e livre concurso de pessoas capazes. Há capacidade? Há liberdade? Há estipulação de compromissos, recíprocos ou unilaterais? Então há contrato. Ora todos êsses elementos concorrem no provimento dos cargos públicos. Temos aí, por conseguinte, um contrato. De direito público? Sim,

do do funcionário a vitaliciedade que estava ligada ao cargo. (4) Hoje, no caso não se alega mais o direito adquirido.

Assim, as nossas duas primeiras constituições não dedicaram capítulo especial aos funcionários públicos como vieram a fazê-lo as cartas magnas posteriores de 1934, 1937 e 1946, que já atenderam as garantias peculiares que devem cercar a função pública.

Os dois princípios fundamentais que nortearam a carta imperial e a primeira constituição re-

também os há dêste caráter. Exemplos no direito das gentes, os tratados; no direito público interno, as naturalizações." RUI BARBOSA, *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, coligidos e ordenados pelo Professor HOMERO PIRES, Saraiva, 1934, vol. VI, p. 240.

Em sentido contrário, quanto as naturalizações, vide a exposição de motivos apresentada pelo Professor HAROLDO VALLADÃO ao projeto de lei sobre naturalização elaborado pela 15ª subcomissão legislativa em 1933 in VALLADÃO, *Princípios de Direito Internacional Privado*. Para o catedrático da Faculdade Nacional de Direito, a naturalização, antes de concedida, é um favor; depois, torna-se um direito. No mesmo sentido BATTIFOL, *Traité Élémentaire de Droit International Privé*, 1949, p. 119.

(3) "Como acontece quanto a qualquer relação jurídica menos conhecida, procurou-se explicar a *relação jurídica entre o funcionário e o Estado*, assimilando-se a algumas das relações mais vulgares no mundo jurídico, em subordinação do direito público ao direito privado, característica de séculos em que o direito civil representou a preocupação principal da burguesia, após a derrocada das instituições monárquico-feudais. PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, Imprensa Nacional, 1947, vol. IV, p. 135.

Assim, os juristas consideraram sucessivamente a função pública como locação de serviços, mandato, contrato *sui-generis*, contrato inominado etc. . . .

Sômente há algumas décadas, quando o direito público começou a ter técnica própria, que não mais dependia do direito privado, revelaram os publicistas a natureza institucional da função pública.

(4) "Se o cargo, realmente, era vitalício ao tempo da nomeação, o funcionário nêle investido adquiriu direito a vitaliciedade, por estipulação implícita no ato que o nomeou."

O arbítrio do legislador quanto a vitaliciedade "porém diz respeito ao cargo, não à pessoa que o exerce. Para esta o cargo, em que foi provida vitaliciamente, não perderá jamais o caráter de vitaliciedade, embora a lei revogue a regra geral, que a estabeleceu." RUI, *op. cit.* na nota 2, p. 239 e 240.

Diversa é a afirmação de JOÃO BARBALHO:

"Pode é verdade a lei ordinária excepcionalmente declarar vitalícios outros cargos, quando a isso aconselhem altos motivos de ordem pública; mas essa garantia se a lei a deu, ela a poderá retirar quando lhe parecer terem cessado seus motivos determinantes". *Constituição Federal Brasileira — Comentários*, 2.ª ed. 1924, p. 462.

publicana ainda são aquêles oriundos da Revolução Francesa, a saber, a divisão dos poderes e a declaração dos direitos do homem e do cidadão. Nos capítulos dedicados a estas matérias é que o constituinte vem a tratar da função pública para assegurar que ela será acessível a todos e que o cidadão investido em função de um dos poderes não poderá exercer as de outro. E incontestável neste ponto a influência direta do artigo 6 da declaração francesa dos direitos do homem, cuja origem anglo-americana JELLINEK apontava em trabalho clássico. (5) Efetivamente, a declaração dos direitos já afirmara que "... Tous les citoyens étant égaux à ses yeux (de la loi) sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autres distinctions que celles de leurs vertus et leurs talents". (6) Quanto ao princípio da separação dos poderes é oriundo do texto de MONTESQUIEU em que o Presidente do Parlamento de Bordéus o considera como garantia de liberdade. (7)

Depois do fim da primeira guerra mundial, as constituições revestiram-se de novos aspectos. Assistimos então ao contrôlo social das liberdades individuais, ao fortalecimento do poder executivo, ao fim do princípio da separação dos poderes, enquanto novos capítulos eram introduzidos nas cartas magnas. (8)

As constituições de Weimar, de Dantzig, da Estônia, da Polônia, da Rumânia, elaboradas a partir de 1918, e outras posteriores vieram fazer especial referência à ordem social e econômica, à proteção da família, à cultura nacional, à educação pública, aos funcionários do Estado. São estes novos temas que vamos encontrar na constituição

(5) JELLINEK, *La declaration des droits de l'homme et du citoyen*, tradução de G. FARDIS, Paris, 1902, passim.

(6) No mesmo sentido o artigo IX do Bill of Rights de Massachussets: "... and all the inhabitants of this commonwealth, having such qualification as they shall establish by their frame of government, have an equal right to elect officers and to be elected for public employments."

(7) "Lorsque dans la même personne ou dans le même corps de magistrature la puissance législative est réunie à la puissance exécutive, il n'y a point de liberté, parce que l'on peut craindre que le même monarque ou le même senat ne fasse des lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement."

Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire; car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutive, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur.

Tout serait perdu si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs celui de faire les lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers." MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Livro XI, capítulo VI, in *Oeuvres Choiesies*, Hatier, 1949, p. 721.

(8) Vide B. MIRKINE-GUETZEVICH, *Modernas Tendencias del derecho constitucional*, Editorial Reus, Madrid, 1934.

de 1934, já impregnada pelo novo espírito dominante no direito público contemporâneo, e nas cartas magnas de 1937 e 1946.

A constituição de Weimar rompera o silêncio, tradicional nas constituições, em relação à função pública. Refletindo a constituição o desenvolvimento das atividades estatais, não podia deixar por mais tempo de lado a regulamentação em traços largos da função pública. O artigo 128 da constituição alemã estabeleceu que: "Todos os cidadãos, sem distinção, são, na conformidade das leis e segundo as suas aptidões e faculdades, admitidos aos cargos públicos. São excluídas tôdas as disposições excepcionais contra os funcionários do sexo feminino. Os fundamentos das relações dos funcionários são regulados por lei do Reich". Não se limitou pois o constituinte de Weimar a afirmar conseqüências implícitas na declaração dos direitos. Consolidou as normas gerais relativas a função pública já agora considerada de natureza institucional, atribuindo ao poder federal o direito de legislar nesta matéria.

Os princípios de Weimar influíram pois na Constituição de 1934, cujos preceitos acêrca dos funcionários públicos subsistiram na Carta de 1937 para serem reafirmados na constituição vigente.

O constituinte decidiu pois fixar na lei suprema os princípios gerais de direito administrativo estabelecendo as normas referentes não só ao acesso da função pública, acumulação, aposentadoria e responsabilidade do funcionário, que já encontramos na Constituição de 1891, como também aquelas imperantes em matéria de férias, licença, disponibilidade, contagem de tempo de serviço, perda do cargo e reintegração.

As nossas constituições, desde 1891, aumentaram de volume. Mais ampla e complexa tornou-se a estrutura estatal. Mais minuciosa haveria de ser a regulamentação do instrumento humano pelo qual o Estado realiza os seus fins — o funcionário público.

II. CONCEITO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO

E' particularmente difícil encontrar uma definição doutrinária exata e suficiente de funcionário público. As diversas caracterizações, embora compreendendo a maioria dos casos, não abrangem tôdas as hipóteses. Há sempre uma zona cinzenta, uma terra de ninguém em que os juristas hesitam, vacilam, não podendo afirmar se, nestes casos, o indivíduo é ou não funcionário público. Nesta região, as definições falham. E, muitas vezes, a doutrina haverá de entrar em choque com o próprio direito positivo que diverge das concepções abstratas para preferir uma determinação um tanto quanto arbitrária mas concreta dizendo a lei, em cada caso, se tal ou qual cargo constitui ou não um cargo público.

A definição mais fácil e cômoda que consideraria como funcionário público aquêle que exerce função pública é incompleta por também serem funcionários públicos aquêles que estão em disponibilidade ou aposentados.

A caracterização clássica é a de GASTON JÈZE que afirmou ser funcionário público aquele que colabora em verdadeiro serviço público em caráter permanente, normal e ordinário. Mas, pondera muito acertadamente PONTES DE MIRANDA que estes pressupostos são exigidos no início, no momento da entrada na carreira, não devendo ser permanentes. Não de existir no momento em que o indivíduo se integra na qualidade de funcionário público mas posteriormente podem não subsistir sem que o funcionário perca a sua qualidade. Assim, um funcionário do Ministério da Fazenda servindo numa sociedade de economia mista como o Banco do Brasil continua sendo funcionário público, embora como tais não sejam considerados os empregados das sociedades de economia mista. A distinção é sutil mas não deixa de ser procedente. Poderíamos, por analogia, lembrar a diferença quanto ao acôrdo de vontade, quanto a *affectio maritalis* no direito romano e no direito moderno. Em Roma, a *affectio* devia perdurar enquanto durasse o casamento. No direito moderno, basta o acôrdo inicial, a manifestação do acôrdo das vontades no momento do casamento. (9) O mesmo acontece em relação ao funcionário. Os pressupostos são iniciais. Depois de integrado o funcionário na situação jurídica própria, não se exige que perdurem. Por outro lado, a permanência é qualidade exigida *de lege ferenda*. Se o direito positivo quiser conferir a qualidade de funcionário público a certas pessoas que prestaram serviços públicos não permanentes em época de crise, nenhuma norma a isto se poderá opor. (10)

O artigo 2 do Estatuto dos Funcionários Públicos referiu-se ao assunto, declarando que "para os efeitos deste estatuto, funcionário é a pessoa legalmente investida em cargo público; e cargo público é o criado por lei, com denominação própria, em número certo e pago pelos cofres da União". Já vimos a inexactidão de tais definições que são incompletas e lacunosas.

A jurisprudência nos indica a confusão existente na matéria. Passando os olhos nas decisões judiciais, sente-se a inoperância dos critérios dou-

(9) Constitui contribuição interessante nesta matéria o artigo do Professor EBERT CHAMOUN, *Invalidez sucessiva do matrimônio romano*, in A Época, n.º 193, maio 1952, p. 6.

(10) PONTES DE MIRANDA, *op. cit.* na nota 3, p. 137.

trinários e a necessidade de aceitar a discriminação estabelecida pela lei. E' funcionário público aquele que a lei considera como tal. De acôrdo com a jurisprudência são funcionários públicos o depositário judicial, a praça de pré, o oficial de reserva, os funcionários das Caixas Econômicas da União, não o sendo os guardas noturnos, os funcionários do Instituto Brasileiro do Café, os ferroviários. (11)

Não têm sido considerados como funcionários públicos o empregado de sociedade de economia mista e o funcionário autárquico. (12)

TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, no seu *Tratado*, faz uma distinção fecunda entre o funcionário público e o servidor do Estado para afinal definir o primeiro pelo critério legal a que já aludimos. O funcionário público é pois aquele que a lei considera como tal. Assim também acontece aliás com o serviço público. Este não é mais conceituado como "um serviço técnico prestado ao público por organização pública de modo regular e contínuo para satisfazer uma necessidade pública" (13) nem como obrigação que os governantes têm para com os governados. (14) Serviços públicos são, para JÈZE, aqueles definidos como tais pela lei. Do mesmo modo, a função pública, ou melhor, o funcionário público escapa a uma definição doutrinária, devendo ser acatado o critério legal. (15)

(11) EMÍLIO GUIMARÃES, *Brasil — Acórdãos*, vol. II, Konfino, vide a palavra *Funcionário*, decisões de números 22, 28, 3, 37, 45 e 49.

(12) TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, *Tratado de direito administrativo*, 3 vol., ARNOLD WALD, *As sociedades de economia mista* in *Revista do Serviço Público* de julho de 1953. No mesmo sentido manifestou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Vide PHILADELPHO AZEVEDO, *Um Triênio de Judicatura*, vol. V, p. 101. Informa-nos o deputado BILAC PINTO em artigo publicado na *Revista Forense* que no projeto inicial de criação do Banco de Desenvolvimento Econômico deviam ficar os seus empregados sujeitos às normas comuns do direito trabalhista mas na marcha do processo foi modificado o *status* dos funcionários do banco.

(13) HAURIOU, *Precis de droit administratif*, 1912, p. 44.

(14) LEON DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, 1923, p. 73.

(15) Ap. ARNOLD WALD, *Os serviços públicos no Estado moderno* in *Revista do Serviço Público* de agosto de 1952, p. 19. Em sentido diverso, ADOLFO POSADA, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, Madrid, 2.ª ed., 1923, p. 274 e seguintes.