

Se todos são iguais perante a lei (136), não é possível quebrar a igualdade entre brasileiros natos, para distingui-los, segundo o critério de antecedentes sociais e domésticos, por mais que a lição dos filhos de imigrantes não assimiláveis o possa aconselhar.

Se por motivo de convicção religiosa, filosófica ou política ninguém pode ser privado de nenhum dos seus direitos (137), não é admissível que, com base na religião ou nas idéias políticas paternas, se vede o acesso a função pública.

Daquelas restrições poderão subsistir as que não entrem em choque evidente com o texto constitucional (como a que concerne a hábitos profissionais dos pais), ou que possam em outros dispositivos seus encontrar autorização.

59. A declaração de que os *títulos e postos* são privativos dos militares da ativa, da reserva ou reformados (138), impede o abuso destes e a liberalização daqueles, seja sob a forma honorária de que se abusou em certos períodos da Primeira República (139), seja através corporações para militares como a extinta Guarda Nacional.

A vedação constitucional, já o sustentámos em parecer na Consultoria Geral da República (140), não atinge as *honras militares*. Estas, que

(136) C. Federal, art. 141, § 1.º.

(137) C. Federal, art. 141, § 8.º.

(138) C. Federal, art. 182, § 1.º.

(139) P. de Miranda, Comentários à Constituição (de 1934) Vol. II, pg. 434.

(140) Parecer sobre o Projeto do Código da Justiça Militar.

se não confundem com os *títulos e postos*, podem ser atribuídas a civis, embora o devam ser impessoalmente, em atenção às funções e não aos indivíduos. A sua finalidade é assegurar a certas autoridades, notadamente através dos regulamentos de continências, o tratamento a que têm direito pela sua posição na vida político-administrativa do país.

60. As normas impostas ao procedimento profissional e civil dos militares, inspiradas nos mais sãos princípios de moral, formam um admirável código de deveres ético-profissionais. Assim é que se lhes preconiza conduta irrepreensível, na vida pública e na particular, acatamento à autoridade civil, satisfação pontual dos compromissos assumidos, garantir assistência moral e material à família, discrição nas atitudes, maneiras e linguagem alada ou escrita, lealdade em tôdas as circunstâncias (141), não exercer atividades comerciais ou industriais, pela repercussão que isto possa ter no âmbito profissional (142), proceder, mesmo fóra do serviço, de modo a não quebrar "os princípios de disciplina, educação e respeito" (143).

Há, ainda, na legislação militar, preceito de alta moralidade autorizando, para salvaguarda da "dignidade profissional", possa o militar da ativa ou da reserva se convocado, ser chamado a prestar contas "sobre a origem e natureza de seus móveis, imóveis e semoventes" (144).

(141) Estatuto cit., art. 25.

(142) Estatuto cit., art. 30.

(143) Estatuto cit., art. 27.

(144) Estatuto cit., art. 29.

O magistrado é funcionário Público ?

OLIVEIRA E SILVA

(Juiz de Direito no Distrito Federal)

A tese é das mais interessantes. Embora exercendo função pública, o magistrado pelos requisitos especiais de sua investidura e posição diante do Estado, não nos parece, a rigor, um funcionário público.

Indubitável, apesar da contravérsia dos tratadistas, que, entre o Estado e o funcionário público, há um contrato em que a prestação de serviço corresponde a contra prestação de vencimentos e vantagens que a lei lhe assegura. Incluem-se, nesse contrato, direitos e deveres constantes de um esta-

tuto, além de ação disciplinar. Entre os direitos e vantagens, citemos o vencimento ou remuneração, embora reduzível, as gratificações, diárias, ajuda de custo, férias, licença e aposentadoria.

Entre os deveres, observemos que há expressas proibições para o funcionário, como por exemplo a de censurar pela imprensa, ou outro qualquer meio, as autoridades constituídas ou criticar os atos de administração, salvo se o fizer em tom doutrinário, com espírito de cooperação. Também se lhe proíbe comerciar ou constituir-se procurador de

partes, ou, ainda, exercer, mesmo fora do horário do expediente, emprêgo ou função em quaisquer emprêsas que com o govêrno possam ter relações em matéria imanente à finalidade da repartição ou serviço em que esteja lotado.

Ainda há o capítulo das penalidades para o funcionário público e que partem da advertência à suspensão e demissão. Lembremos que o Código Penal, no art. 323, disciplina o crime de abandono de cargo público, punindo o seu autor com a pena de detenção de quinze dias a um mês ou multa de duzentos a dois mil cruzeiros.

Contrato único no gênero, sem dúvida, em que devemos reconhecer, lisamente, que, a uma das partes — o funcionário — competem mais direitos do que deveres. Tanto assim, que a Constituição Federal no ar. 193, sem condicionar-se ao empo ainda ampara o inativo estabelecendo que os respectivos proventos serão revistos sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda forem modificados os vencimentos do funcionário e maturidade.

Não tendo o magistrado um código especial, mas, simplesmente, uma lei de organização judiciária, claro é que existem regras no estatuto do funcionário público, que lhe são comuns, como, também, na Constituição Federal, na parte em que prescreve as condições de investidura, perda do cargo vitalício, as condições da aposentadoria e respectiva contagem de tempo de serviço público, e a idade da compulsória.

Perguntar-se-á naturalmente: — Quais os pontos de diferenciação entre o magistrado e o funcionário público, em face da doutrina e da lei?

O Poder Judiciário, no Brasil, tem os seus órgãos: tribunais e juizes, que vão do Supremo Tribunal Federal aos juizes e tribunais trabalhistas. Como garantias especiais do magistrado: a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos, garantias, sem dúvida, de caráter excepcional na função pública, além do foro privilegiado.

O juiz é, assim, o órgão de um poder, e, nos seus despachos e sentenças, impõe a norma legal, como se fôsse o próprio Estado que pensasse e agisse fisicamente em movimento, em ação, aplicando a regra jurídica.

O funcionário público tem a categoria e a posição de servidor do Estado. Desempenha uma função que este lhe outorga, mediante requisitos

para certos cargos como o de concurso de provas ou títulos. Nos seus pareceres, ou em outra qualquer tarefa intelectual, sua função não é de órgão, porém de parte contratante agindo em nome do Estado.

Nessa condição de contratante coexistem as regras do mandato que é, como sabemos, um contrato bilateral. Na função pública, também, há mandato, sendo exemplo típico o dos Procuradores da União, que a representam em Juízo e a dos promotores criminais que defendem o interesse social, a harmonia e a segurança do próprio Estado.

Na doutrina francesa, vejamos como Duguit estabelece a distinção entre o órgão e o mandatário:

“O mandato implica a existência de duas pessoas: a do mandante e a do mandatário. A noção de órgão implica, ao contrário, a existência de uma única pessoa: a pessoa coletiva a agir por seus órgãos.

Como não podem ser desligados da criatura humana, seu cérebro, seus olhos, sua língua, porque esse todo forma uma só pessoa, assim também os órgãos das pessoas coletivas que não podem também ser desligados de si mesmas, e o todo constitui uma pessoa jurídica. A coletividade, como pessoa jurídica, não age por um mandatário que seja pessoa jurídica: age e quer por seus órgãos, sendo uma única e mesma pessoa que age e quer.

Entre o mandante e o mandatário nasce uma relação de direito, ao contrário do que sucede entre a coletividade e o órgão. A relação supõe dois termos. Uma relação de direito implica duas pessoas. Aqui só há uma entidade jurídica-a coletividade organizada-coletividade que pensa e quer por seus órgãos”. (“Etudes de Droit Public”, vol. 2.º, página 27).

E' a teoria organicista, defendida pelo emérito *Oto von Gierke*, em sua “Enciclopédia” (vol. 3.º, pág. 63), de que os órgãos não são representantes, e tão bem defendida por *JELLINEK*, no “L'État Moderne” (vol. 2.º, pág. 248):

“O órgão se distingue de toda outra espécie de representação, porque o representante e o representado são e ficam sendo dois, ao passo que o grupo e o órgão sendo uma única e mesma pessoa”.

Como podemos definir o que seja órgão?

Diz *HENRI CAPITANT* (“Vocabulaire Juridique”):

“indivíduos ou grupo de indivíduos considerados como exprimindo, diretamente, sem representação, a vontade de uma pessoa jurídica coletiva”.

Não se concebe uma pessoa jurídica de direito público ou privado sem a existência de órgãos,