

caso ficava proibido acumular mais de duas funções (22); verificava-se também uma redução de vencimentos a, pelo menos, 3/4 do seu total (23).

A Rumânia também regulou convenientemente o assunto (24) dentro de normas muito equilibradas.

A matéria, tal como se encontra hoje regulada pela Constituição e pela lei ordinária, não pode dar lugar a grandes controvérsias. O princípio

da proibição de acumulação tem um sentido rígido, que não pode ser sofismado.

(22) Hauriou — *Précis de Droit Administratif* — pág. 89.

(23) Waline — *Précis*, pág. 385 — ver em Dalloz — *Répertoire* — verb. *Traitement* n.º 198 — o histórico da proibição em França, especialmente a tolerância em relação aos professores e homens de ciência.

(24) *Mélanges Negulesco*.

## *Paralelo entre a estabilidade dos Funcionários Públicos e a dos Empregados das Empresas Particulares*

VIRGÍLIO MARTINS CARNEIRO

Não pretendemos discutir as teses que pretendem determinar o caráter jurídico da condição do funcionário, nem sequer discutir si se trata de um ato unilateral do Estado ou de um verdadeiro contrato de direito público.

O Supremo Tribunal Federal considera o caráter jurídico que liga o funcionário ao Estado como um contrato de direito público, remoçando a velha teoria de Laband, de Seidel-Piloty e de outros.

O Sr. Presidente do D. A. S. P., em sua exposição de motivos, de 8-12-38, considerou a nomeação para cargo público como um ato unilateral do Estado. Em apoio de sua opinião, militam notabilidades, como Meyer-Anschütz, D'Alessio, Hauriou, Fischbach, etc.

Não pode, porém, haver dúvida quanto à diferença existente entre as relações jurídicas do funcionário público para com o Estado e as relações jurídicas entre o empregador e o empregado de empresa de direito privado.

No caso de funcionário público, as suas relações com o Estado estão regulamentadas formalmente.

Não se admite o contrato verbal entre o funcionário e o Estado. Quanto aos empregados de empresas de direito privado, as suas relações são

reguladas pelos códigos de direito privado e pelas leis trabalhistas, não sendo mesmo necessário contrato escrito, bastando a prova da prestação de serviço em situação de subordinação social. (1)

Mesmo na Alemanha atual, não é exigida qualquer formalidade para o contrato individual de trabalho. (2)

No Brasil, o assunto não comporta controvérsia, em face do Decreto n. 5.571, de 13-11-28.

A investidura do funcionário público, porém, exige ato escrito, emanado da autoridade competente, e essa competência deve ser expressamente definida em lei.

A Constituição de 10 de novembro de 1937, salvo exceções previstas na Constituição e nas leis, estabelece que as nomeações de funcionários públicos federais devem ser feitas por ato do sr. Presidente da República.

Os ministros de Estado só poderão fazer contratos de prestação de serviço, e os empregados assim admitidos não poderão alegar os direitos e privilégios de funcionário público.

Até então se poderia dizer que não havia uma norma rigorosa.

(1) Oliveira Vianna, *Boletim do Ministério do Trabalho*, n.º 33 — Maio — Ano III, pág. 99.

(2) Erich Molitor, *Deutsches Arbeitsrecht*, p. 60).

Nas empresas particulares, o contrato de trabalho pode ser estabelecido entre o empregado e qualquer representante do empregador, desde que se possa presumir a existência de superioridade hierárquica.

A Constituição do Estado Nacional exige que seja o cargo criado em lei, evidentemente para evitar as irregularidades orçamentárias: ser o funcionário nomeado e não se abrir o respectivo crédito, para o pagamento da remuneração estipulada.

Nas empresas particulares não é exigida qualquer formalidade; assim é dispensável a criação de cargo.

Nenhum empregado, ao ser contratado para a prestação de serviços em uma companhia, iria verificar se a Diretoria dessa sociedade comercial tinha ou não criado o cargo no quadro. Si o cargo não foi criado ou si não se separou a verba necessária ao pagamento do salário, só resta à administração da empresa providenciar para a regularização.

As leis de proteção ao trabalhador não podem fazer repousar o amparo que objetiva assegurar em uma formalidade de todo dispensável, e que só ao empregador cabe providenciar.

Até à Constituição de 16 de julho de 1934, a estabilidade do funcionário público era considerada como um privilégio para determinadas categorias.

A Constituição vigente manteve as normas gerais inspiradas no movimento de opinião em favor da extensão dessa garantia aos servidores do Estado, em geral.

A garantia da estabilidade vem fazendo estrada larga e à autoridade se restringe o poder de ruptura unilateral das relações. (3)

Entre os grandes tratadistas, há ainda uma grande controvérsia sobre a extensão da garantia da estabilidade. Alguns se manifestam favoráveis à estabilidade no cargo ou nas funções. Filiam-se a essa corrente de opinião grandes autoridades.

Outros opinam que ao funcionário, em geral, a estabilidade a que tem direito é nas vantagens pecuniárias do cargo ou das funções, podendo a administração transferi-lo para outras funções, sem desprestígio de sua dignidade de funcionário e sem que isso implique penalidade.

Não estamos examinando o caso em que o funcionário é transferido por motivo disciplinar. Este aspecto da questão não entra na discussão objeto do presente artigo.

Muitos autores eminentes são de opinião que, sendo a função permanente, deve ser ocupada por um titular permanente (Gerber, G. Meyer, Fözl, Zöpfl, Schulze, Gierke, Preuss, etc.).

Parece ser essa a boa doutrina, entretanto, se tem admitido, mesmo na Alemanha, que para uma função permanente possa ser designado um funcionário em comissão.

É evidente que, nesse caso, deve ser expressa a cláusula restritiva.

A lei do Império alemão estipula que os funcionários do Império são considerados vitalícios, desde que a sua nomeação não contenha reserva expressa da demissibilidade (4).

A estabilidade divide-se em estabilidade nas vantagens inerentes ao cargo ou às funções, e estabilidade no cargo ou nas funções, que se domina inamovibilidade.

Posto que a Comissão nomeada por Frederico II em 1786 tenha emitido parecer favorável à concessão do direito efetivo à função, que não podia ser retirada sinão mediante processo judiciário (5), o funcionário público alemão, em geral, não tinha direito ao exercício efetivo de um cargo determinado; podia ser transferido, o que é prova evidente de que ele tinha simplesmente direito às vantagens do cargo (6).

A inamovibilidade é assim a qualidade do funcionário que é nomeado titular do cargo (e não nomeado para cargo temporário ou comissão revogável) (7) e ao qual uma disposição constitucional ou legal assegura a permanência indefinida no seu cargo contra toda destituição ou contra toda transferência arbitrária (8).

Não se pode admitir, com todo o rigor, a existência de titular de cargo nas empresas de direito privado. Supor isso é fazer uma confusão entre a inamovibilidade assegurada, por lei, em casos especiais a certos funcionários públicos e a esta-

(4) Laband, *Le Droit public allemand*, tradução francesa, vol. II, p. 135).

(5) Kammerer, *La Fonction Publique en Allemagne*, p. 37.

(6) *Idem, idem*, p. 278.

(7) Henrion de Pansey, *De l'autorité judiciaire*, p. 156.

(8) *Pandectes Belges*, Vol. 51, p. 1127/8, verb. *Inamovibilité*.

(3) Cino Vitta — *Il potere disciplinare sugli impiegati pubblici*, p. 78.

bilidade assegurada aos empregados de empresas de direito privado.

No primeiro caso, a inamovibilidade é assegurada no próprio interesse do Estado (9); no segundo caso, a estabilidade é garantida como uma proteção ao salário do empregado, no interesse imediato do trabalhador, posto que redunde ou reflita no interesse do próprio empregador.

E' evidente que o poder de transferir de funções o empregado deve ser exercido com moderação, de modo a não constituir uma burla da estabilidade.

E' verdade que, pelo direito comum prussiano, os funcionários administrativos não podiam ser transferidos, sinão em consequência de um processo perante o Conselho do Estado (10).

Completa a garantia da estabilidade a irreductibilidade dos vencimentos em casos isolados. Para os funcionários públicos, alguns opinam que é permitida a redução dos proventos, desde que seja uma medida de ordem geral, salvo para aqueles a quem a lei estabelece taxativamente a irreductibilidade.

Quanto aos empregados na indústria e no comércio, bem como nas categorias profissionais congêneres, a lei e a jurisprudência vedam a redução do salário em casos isolados, por constituir uma burla da lei da estabilidade.

A redução do salário só será permitida nos casos de ter o empregador reais prejuizos devidamente comprovados, e nos casos de força maior que justifiquem medida de ordem geral (11), também devidamente comprovados.

Nenhuma eficácia teria a estabilidade si os vencimentos pudessem de qualquer modo ser diminuidos (12).

Em principio, e essencialmente, o Estado não tem outra obrigação que assegurar o pagamento dos vencimentos. O funcionário, ao contrário, sacrifica em seu emprego toda sua pessoa, e, na maior parte dos casos, consagra-lhe toda sua atividade. De outro lado, o interesse do Estado é salvaguardado pela prerrogativa que possui de denunciar o contrato mediante a introdução de um processo disciplinar (13).

Quando a estabilidade é a norma geral, como a do funcionário público, de acordo com a Constituição de 10 de novembro de 1937, como a do funcionário do Império Alemão, como a do bancário, mesmo que a lei permita a estipulação da cláusula em comissão ou seu equivalente, essa cláusula, deve constar expressamente do ato de nomeação, para o funcionário público, e do contrato individual de trabalho, para o bancário.

A lei sobre os funcionários do Império Alemão estipulava que os funcionários do Império eram considerados nomeados vitalícios, desde que a sua nomeação não continha a reserva expressa da revogabilidade ou da anulabilidade (14).

Mas isso não exclue, de modo algum, a possibilidade de nomear por prazo certo, ou a título de prova, ou com reserva de revogabilidade. Era em geral, sob essa reserva que eram nomeados os empregados subalternos encarregados de serviços puramente domésticos ou manuais; mas, mesmo para esses funcionários, a nomeação assumia, depois de um certo tempo, um caráter mais estável. *Em todos os casos as reservas devem ser inscritas expressamente no ato de nomeação*; em sua ausência o funcionário não pode ser privado de seu emprego senão por via disciplinar (15).

O funcionário deve sentir-se seguro no seu posto, porque a tranquilidade do seu espírito se traduz na serenidade e no perfeito equilíbrio que devem presidir a todos os atos da administração pública (16).

Em regra geral, portanto, e salvo os cargos supremos e em contato com a suprema vontade popular moderadora, que devem ser periodicamente renováveis ou amovíveis ao sabor das circunstâncias ou das condições políticas, o interesse público exige a estabilidade da função, a qual constitue escola para o próprio funcionário, o afeição à administração, e nela o integra (17).

Na Inglaterra, onde não há a inamovibilidade legal, a estabilidade consuetudinária é tal que não se conta senão um caso de demissão de um em-

(14) Laband, *Droit public allemand*, Vol. II, p. 135; § 2 das disposições gerais, anexas ao livro de Kammerer, *La Fonction publique en Allemagne*, p. 394.

(15) Kammerer, *La Fonction Publique en Allemagne*, p. 183.

(16) *Dizionario Pratico del Diritto Privato*, dirigido por Vittorio Scialoja, Roberto de Ruggiero e Pietro Bonfante, Vol. III, Parte 1.ª, p. 445, verbo *Impiego*.

(17) Meucci, Lorenzo, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, pág. 211.

(9) Stainof, *Le Fonctionnaire*.

(10) *Allgemeines Landrecht*, II parte, título 10, §§ 99 e 100.

(11) Art. 11, da lei 62, de 5 de julho de 1935.

(12) Pedro Lessa, *Do Poder Judiciário*.

(13) Laband, *Droit Public allemand*, Vol. II, p. 135.

pregado público inferior, caso esse que provocou escândalo.

Na própria Itália fascista, onde a estabilidade legal não é a regra geral, e os vencimentos do funcionário podem ser diminuídos para o futuro (18), é, todavia, opinião comumente aceita que, para o empregado estável, os vencimentos não possam ser diminuídos por ato da administração pública, pois que isso atacaria a sua posição jurídica (19).

Na Itália fascista, a lei assegura a estabilidade aos empregados das entidades autárquicas, desfrutando uma posição melhor o secretário de comuna, cuja dispensa só é admissível por incapacidade física ou profissional, por escasso rendimento e por motivos políticos, sendo vedada quando por simples interesse do serviço. Aos que se admiram do fato de ter o empregado das autarquias maior garantia do que os funcionários públicos, a explicação dada é a seguinte: isso teve origem nos tempos da democracia liberal, para subtrair os dependentes à paixão política ou, peor, ao capricho da administração local, enquanto que os empregados do Estado tinham ao menos a garantia de ordem moral que a autoridade governativa não procedesse senão com a máxima cautela e com comprovado motivo. O regime fascista julgou conveniente conservar, para os empregados dos corpos locais, a garantia de ordem jurídica, porque, no fundo, o prefeito ou o governador de província, ainda que nomeado pelo Governo, não pertence ao quadro da administração do Estado, e, da parte dos mesmos, havia receio de resoluções nem sempre correspondentes à justiça nesse assunto (20).

Quanto à estabilidade dos bancários, essa garantia é assegurada a todos os empregados de bancos e casas bancárias, com dois anos ou mais de serviços prestados ao mesmo estabelecimento, de acordo com o art. 15 do decreto-lei 24.615, de 9-7-34, sem qualquer restrição quanto aos cargos em comissão, ou seu equivalente (interino, substituto, de confiança, etc.). Si se aplicarem aos bancários as disposições respectivas do Decreto-lei n. 139, meramente interpretativas do art. 89 e seu parágrafo único do Regulamento aprovado pelo Decreto 54, de 12-9-34, a sua esta-

bilidade ficaria reduzida, sem contestação possível, apenas em um único caso: quando o empregador deixasse de estipular, no contrato individual de trabalho ou no ato de designação, a cláusula "em comissão" ou seu equivalente, ou então quando deixasse de celebrar contrato escrito, caso em que deveria obedecer às normas gerais, prescritas em lei.

No direito brasileiro do trabalho, a estabilidade do bancário é legal, decorre simplesmente da lei, não depende de acordo ou convenção no sentido de garanti-la, nem tão pouco de qualquer declaração naquele sentido por parte do empregador.

Nos casos em que a empresa de direito privado adota o ritual de organizar quadros do pessoal ou criar cargos, é imprescindível que declare, por ocasião da criação, que o cargo é de confiança ou em comissão, além de fazer as designações com a cláusula expressa da demissibilidade *ad nutum*, pois, do contrário, a estabilidade legal se imporá e terá de ser cumprida.

A criação de cargos pelas empresas particulares é uma formalidade que não interessa ao direito do trabalho, pois depende exclusivamente de um ritual, cuja observância não é permitido ao empregado em situação de subordinação hierárquica exigir.

Mesmo na criação e no provimento de cargos públicos "em comissão", é indispensável a inclusão da respectiva cláusula, o que, aliás, vem sendo observado, com muito acerto, pelos decretos-leis e decretos elaborados pelo Departamento Administrativo do Serviço Público, e submetidos ao Chefe do Estado.

A estabilidade dos empregados que não gozavam dessa garantia, criada pelas leis sobre institutos de aposentadorias e pensões, foi assegurada, aos que contarem dez anos de serviço efetivo no mesmo estabelecimento, pela Lei 62, de 5 de junho de 1935, que não faz qualquer distinção entre funções ou cargos efetivos e funções ou cargos em comissão (demissíveis *ad nutum*):

O objetivo da lei é proteger o salário do trabalhador, tanto que só será permitida redução, nos casos de ter o empregador reais prejuízos, devidamente comprovados, e nos casos de força maior que justifiquem medida de ordem geral, também sujeitos à comprovação (21).

(18) Cino Vitta, *Diritto Amministrativo*, Vol. I, n. 29.

(19) Cino Vitta, *Diritto Amministrativo*, Vol. 2, p. 483.

(20) *Idem, idem*, p. 479.

(21) Art. 11, da Lei 62, de 5-6-35.

Nos casos em que as leis sobre os institutos de aposentadoria e pensões, a que pertença o empregado, estabelecerem condições mais vantajosas para o trabalhador, prevalecem essas condições.

A lei trabalhista tem objetivo altamente protetor do interesse do empregado, que se encontra em condições de inferioridade econômica e moral em frente ao empregador; em caso de dúvida, portanto, deve ser interpretada sempre a favor do protegido, porque se inspira exclusivamente no propósito de defender os direitos dele (22).

(22) *Magistr. Lavoro*, Genova, 24 de novembro de

O método de interpretação a ser adotado de preferência pela magistratura do trabalho, que é essencialmente uma magistratura de equidade (23), é o método sociológico, em oposição ao método lógico-gramatical, que se aplica ainda ao funcionário público, que, diferentemente do empregado em empresas particulares, não está sob o amparo das leis chamadas de proteção.

1931, publ. na "Rev. lav." 1932, 128. reproduzido por Antonio Uckmar, *Scritti Vari di Diritto Corporativo e di Diritto del Lavoro*, p. 155.

(23) Ranelletti, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, p. 603.

## JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA

### Tribunal de Contas da União

#### Compulsória por tempo de serviço - Voto do Relator, Ministro Rubem Rosa

"Emílio de São Felix Simonsen, cônsul de 1.<sup>a</sup> classe, L, por decreto de 5 de janeiro de 1937, foi aposentado "por contar mais de 35 anos de serviço público efetivo", de acordo com o art. 173, "a" do decreto n. 24.113, de 12-4-934.

E' a primeira vez que o Tribunal examina uma *aposentadoria por compulsória por tempo de serviço público*. Faz-se mistér um exame retrospectivo da legislação a respeito.

#### I

A Constituição de 1891 só admitia a aposentadoria em caso de *invalidéz* no serviço da Nação (art. 75). O advérbio — só — está a caracterizar, no dizer do dicionarista, um estado desacompanhado de qualquer outro. *Solus ex omnibus* (Magnum Lexicon Latinum; Freund-Theil; Candido de Figueiredo).

Quer dizer que, afora a *invalidéz* adquirida no serviço público, era preciso um lapso de tempo

para que alguém viesse a auferir proventos na inatividade (Rev. S. T. F., vol. 30, pág. 167; Rui Barbosa, Com. à Const. col. por H. Pires, S. Paulo, 1934, vol. 6.º, pág. 246; Augusto Lins, A Nova Const., Rio de Janeiro, 1938, pg. 37).

Como se vê, "o direito à aposentadoria" a muito pouco ficava *reduzido*.

"Il est surprenant que *les fonctionnaires et employés publics* se trouvent dans un *état d'abandon légal*. . . la législation protectrice de *l'employé* se réduit au système des *retraites et pensions*. Cette protection est très relative, après tout; l'obtention de la *retraite* ou de la *pension* n'est qu'une illusion, s'il n'y a pas eu stabilité durant le *temps nécessaire* pour l'acquérir" (Rafael Bielsa, *La fonction publique à l'époque actuelle*, in "Rev. du Droit Public", 1936, pg. 465).

#### II

Todas as *tentativas de codificação*, no Brasil, como na França (Hauriou, Waline, Bonnard),