

A função pública e o seu regime jurídico

THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI
Procurador da República no Distrito Federal

VI

O INGRESSO NA FUNÇÃO PÚBLICA (*)

(continuação)

Diferentes processos de escolha

Podemos dividir os processos de escolha dos candidatos à função pública dentro das seguintes modalidades :

- 1) livre escolha do poder competente ;
- 2) livre escolha com aprovação de outro poder ;
- 3) provas de habilitação em diferentes modalidades, (concursos, etc.) ;
- 4) sorteio ;
- 5) eleição.

GASTON JÈZE, reduz todas essas modalidades a três : (37)

- a) nomeação ;
- b) eleição ;
- c) sorteio.

A verdade, porém, é que a primeira tem uma significação genérica que pode dar lugar a confusões, porque, estabelecida a escolha pelo sorteio

(*) *Sumário* : — Condições gerais — Nacionalidade — Prestação do serviço militar — Raça — Ideologias políticas — Religião — Sexo — Saúde — Moralidade — Idade — Seleção intelectual — Orientação profissional — O estágio — Diferentes processos de escolha — A livre nomeação — A eleição — O sorteio — O concurso — Mesas examinadoras — Provas de habilitação — Diplomas científicos — Admissão de extranumerários — Cargos em comissão — Os interinos — Das substituições — Das formas de nomeação — Da posse — Do selo de nomeação.

(37) *Revue de Droit Public*, Vol. XLIV — pg. 400.

ou pela eleição, pode se exigir o ato formal da nomeação pelo poder competente, por meio da expedição do respectivo título.

Dentro do nosso sistema e dos da maioria dos países a nomeação para uma função pública pode estar subordinada a condições especiais, que tirem ao poder que nomeia o arbítrio ou a liberdade des escolha.

Por isso mesmo preferimos desdobrar essa primeira modalidade em outras atendendo ao regime administrativo vigente entre nós.

A LIVRE NOMEAÇÃO

Pode ser dependente ou não de aprovação de outro poder. A primeira hipótese é quasi excepcional entre nós, compreende especialmente a designação de pessoas para cargos de confiança ou para o pessoal não incluído no quadro do funcionalismo, conforme veremos sob título especial.

A livre nomeação tem grandes vantagens para o serviço quando sujeita à discricção de um poder honesto e bem orientado.

Facilita, no entretanto, o filhotismo, a formação de uma oligarquia burocrática de funestas consequências.

A livre nomeação constitue, por definição, um ato discricionário do poder competente, quando não haja a lei imposto restrições e fixado normas especiais. Essa discricção é que se torna perigosa porque ela traz consigo todas as desvantagens do sistema.

Depende primordialmente das qualidades daquele que pratica o ato, sua isenção, seus propósitos, sua categoria, sua dedicação ao interesse público, suas qualidades pessoais de escolha e seleção.

A responsabilidade pela nomeação concentra-se em uma só pessoa e não se acha diluída pelos diversos membros de um corpo coletivo como ocorre com os juizes de concursos em mesas examinadoras.

O julgamento de um individuo espelha bem o seu critério e exprime geralmente as próprias qualidades de quem faz a escolha. Por isso mesmo o arbítrio tem as suas vantagens e os seus inconvenientes.

É preciso, entretanto, acentuar que, quando falamos em livre nomeação, queremos dizer "livre escolha", por isso que, nem sempre, o poder de nomear importa o de escolher, podendo-se tomar aquela palavra em seu sentido formal.

A faculdade de escolha pode estar subordinada a numerosas condições, limitada por provas de seleção e aptidão.

A escolha dentro de listas organizadas por mesas de concurso é a mais comum. Nesses casos, fica ao critério do poder competente a escolha livremente feita entre os candidatos aprovados. A colocação na lista, salvo disposição de lei, não importa no direito adquirido para a nomeação; não seria, porém, legal a escolha de candidato estranho e não classificado.

Nessa hipótese caberia ao interessado reclamar contra a nomeação por ilegal, embora militasse em seu favor mera expectativa de direito dependente da escolha do poder executivo para completar o ato administrativo iniciado com a classificação.

Em nosso regime administrativo o poder de nomear é originariamente do Presidente da República, salvo as restrições impostas pelas leis e pela Constituição.

Essa absorção da função de nomear pelo Presidente da República se vem processando cada vez com mais intensidade, sendo de notar que a Constituição de 1937 tirou até aos Tribunais o direito de nomear os funcionários de suas secretarias, direito consagrado no art. 67, letra c, da Constituição de 1934.

Salvo, porém, essas prerrogativas atribuídas aos cargos legislativos e judiciários, a tendência se vinha acentuando desde a Constituição de 1891, por força da própria natureza do regime presidencial.

O decreto de 27 de janeiro de 1927, por exemplo, determinava que todas as nomeações para os cargos públicos federais, ressalvadas apenas as restrições constitucionais, seriam privati-

vamente feitas pelo Presidente da República, em decreto subscrito pelo Ministro a cuja pasta pertencesse a repartição a que eram relativas.

O próprio decreto, porém, abria exceções, atribuindo aos Ministros de Estado as nomeações por meio de portaria nos casos de interinidade, licenças, comissões até um ano.

Os funcionários do quadro, as designações para comissões, etc. são privativas do Presidente da República; as exceções legais limitam-se a certas nomeações de extranumerários e cargos auxiliares da competência dos Ministros, chefes de serviços, etc.

Outra hipótese a ser examinada é aquela em que a livre nomeação ou escolha está sujeita a aprovação de outro poder; o ato torna-se complexo, é o que os autores alemães chamam de *VEREINBARUNG*, que é a "forma pela qual se manifesta a vontade definitiva do Estado, resultante do concurso de mais de um órgão, nenhum dos quais tem competência para manifestar isoladamente essa vontade".

"Assim a lei é ato complexo da Coroa e do Parlamento, as ordenanças que promanam de mais de um Ministro e em geral todo ato de autoridade para cuja integração se torne indispensável o concurso de mais de um órgão do Estado" (38)

A falta de aprovação de um dos poderes torna nulo o ato, por vício de forma (39)

E' o que ocorre, entre nós, com certas nomeações, como as de Ministro do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas, que dependem de aprovação do Conselho Federal, atribuição essa deferida pelas Constituições anteriores ao Senado Federal.

Trata-se, como se vê, da livre nomeação pelo poder executivo, controlada por um corpo coletivo.

Esse controle tem produzido por vezes os seus efeitos, podendo se registrar, em alguns casos, a recusa do Senado na aprovação da indicação.

Este sistema não nos é peculiar, vemo-lo nos Estados Unidos, na Argentina e em outros países.

(38) Jelinek — *Systema di diritto pubblico subiettivo*. pg. 225.

(39) Desenvolvemos largamente a teoria dos atos complexos em nossas "Instituições de Direito Administrativo" — 2.^a ed. vol. II — pg. 81 e segs.

A ELEIÇÃO

A eleição só se justifica para os cargos políticos ou de representação popular. Para os cargos de pura administração não é o mais idôneo como processo de seleção dos mais capazes.

Em sua origem pode se considerar como o fruto da utopia democrática, como aplicação extremada do sufrágio popular.

A revolução francesa, especialmente, deu amplas expansões a êsse regime, pelo menos em seu período inicial. "Eleição de magistrados, dos diretórios dos departamentos e distritos, na organização de 1790, das municipalidades, dos cantões, na organização do ano III, eleição até dos agentes do culto: em todas as peças da engrenagem administrativa a democracia eletiva procura penetrar. E' o ideal, o fim a ser atingido". (40)

A prática tem demonstrado o absurdo do sistema. Se o funcionário fica emancipado do chefe que o nomeia, escraviza-se ao seu eleitorado, informe, sem individualidade.

A demagogia penetra no serviço público.

A necessidade da reeleição se impõe. Se desaparece o filhotismo pelas possibilidades maiores da massa, sem proteção, por outro lado, facilita o acesso aos mais audazes, indivíduos possuidores de qualidades negativas para o exercício de funções que exigem discreção, modéstia e muitas vezes até o horror à publicidade.

E' o pior, o mais nocivo processo para prover aos cargos públicos, mesmo de natureza política.

O que sôbre êle escreveu LAWRENCE LOWELL, (41) bem esclarece os resultados desse processo; a mesma crítica severa encontra-se em KAMMERER (42), GASTON JÈZE (43), ESMEIN (44).

Nos Estados Unidos, si êste sistema já mereceu, em tempos, as preferências, pelo menos para certos cargos, inclusive de juizes, a reação contra êle tem modificado o regime (45).

(40) Felix Garas — *La selection des fonctionnaires*. pg. 23.

(41) *L'opinion publique et le Gouvernement populaire*.

(42) *La fonction publique en Allemagne*, pg. 358.

(43) *Revue de Droit Public*, Vol. XLIV — pg. 400 e segs.

(44) *Elements de Droit Const.*, pg. 510 e segs., onde a matéria está amplamente estudada com relação aos juizes.

(45) Ver Goodnow — *Principes de Droit Administratif des E. U.*, pg. 262.

A unidade da administração, a natureza técnica dos serviços administrativos condenam o processo, que deve ser relegado ao rol das reminiscências históricas.

E' preciso, todavia, considerar como caso a parte, a escolha por entidades coletivas, Conselhos, Tribunais, Comissões. Nesses casos, não se verifica propriamente uma eleição mas um julgamento, por órgão técnico, das qualidades e habilitações dos candidatos (46).

A eleição a que nos vimos referindo é a popular ou aquela para a qual não se exige prova especial de habilitação ou concurso mas a escolha arbitrária desses órgãos coletivos.

Nesses casos os defeitos são os mesmos, como tem demonstrado a prática seguida.

O SORTEIO

O sorteio é uma modalidade que, entendida devidamente, tem os seus fundamentos, principalmente quando fica limitado a uma lista já constituída sob um critério mais rigoroso de seleção.

GASTON JÈZE (47), encontra neste sistema, por exemplo, as seguintes vantagens:

- 1) exprime, em casos determinados, a opinião média do público em geral;
- 2) exclue a pressão, o favoritismo e assegura a independência no exercício da função;
- 3) assegura a imparcialidade na distribuição de encargos públicos muito pesados.

Por outro lado, os inconvenientes decorrem da própria natureza da escolha, entregue aos azares da sorte, o que desarticula também o serviço pela falta de coesão e de homogeneidade no corpo dos funcionários.

O sorteio, entre nós, é usado na composição do corpo de jurados, depois de uma seleção prévia, e na organização do exército ativo (sorteio militar).

Não é processo recomendável, a não ser para excluir o arbítrio do poder na escolha de funcionários já classificados e todos merecedores de aproveitamento.

(46) Ver nossas *Instituições de Direito Administrativo* — 2.^a edição. Vol. II., pg. 609.

(47) *Revue de Droit Public*, XLIV, pg. 404 — que cita sôbre os antecedentes históricos do processo, principalmente na Grécia — Headlam — *Election by lot at Athens* (Cambridge Hist. Essays). Ver também Lowell — *L'opinion publique et le Gouvernement populaire* — pg. 249.

Deve-se, entretanto, notar que a faculdade da escolha dentro da lista tem a vantagem de permitir uma seleção e uma preferência por motivos de ordem pessoal, uteis ao serviço e que não podem ser apurados nas provas de habilitação geralmente adotadas.

Esta escolha, bem orientada, é de grande importância para o serviço.

Tratando do sorteio, é interessante mencionar o que dispunha a Constituição de 1934 com relação à organização do Tribunal Superior de Justiça eleitoral, em seu art. 82.

Alí, o processo de sorteio pressupunha outras provas de habilitação, como o ser Ministro da Côrte Suprema, Dezembargador da Côrte de Apelação do Distrito Federal, ou a inclusão em uma lista de seis nomes organizada pela Côrte Suprema, de homens de notável saber jurídico e reputação ilibada.

O sistema, porém, não nos parece recomendável porque, si todos são idôneos, nada impede a escolha e o arbítrio do Presidente da República.

O CONCURSO

O concurso é o meio normal e regular de provimento dos cargos públicos, pelo menos os do quadro. É o que determina o preceito do artigo 156 — b, da Constituição :

“A primeira investidura nos postos de carreira far-se-á mediante concurso de provas ou de títulos”.

É a consagração de um princípio que, em muitos países, só foi conseguido depois de uma luta cuja violência bem exprimiu a reação que contra êle se fez.

Nos Estados Unidos, por exemplo, muito lutou-se para êsse fim. A luta, conta GOODNOW (48), foi renhida. A teoria sustentada por JACKSON, de que a função pública deveria ser transitória, e o funcionário nomeado por tempo indeterminado (*spoils system*) foi aceita, mas deu maus resultados.

Hoje, nos Estados Unidos, envereda-se francamente no caminho do concurso, seguindo, aliás, a orientação da Inglaterra.

Diz LAWRENCE LOWELL (49) :

(48) *Principes du Droit Administratif aux États Unis*, pg. 295.

(49) *L'Opinion Publique et le Gouvernement Populaire*, pg. 307.

“Nós tomamos à Inglaterra a idéia da reforma do serviço civil, o processo da nomeação em razão dos méritos em vez do favor público ; reduzimos assim consideravelmente o domínio do patronato de partido e o systema dos despojos, mas até aqui só temos aplicado o sistema em parte. Adotamo-lo principalmente para os empregos necessitando um trabalho mecânico, de rotina, muito pouco para os postos superiores implicando um certo poder discricionário”.

O critério seguido tem caráter eminentemente prático. A Regra III do *Civil Service* assim dispõe (50) :

“The Commission shall prepare and hold open competitive examinations for admission to the classified service, which examination shall be of a practical and suitable character, and shall be held at such times and places as may most nearly meet the convenience of applicants and the needs of the service”.

Na França, o concurso é uma idéia vitoriosa e a legislação francesa tem se orientado da mesma forma.

Como observa ROGER BONNARD (51), o sistema de concurso constitue processo cada vez mais generalizado.

O exame e indicação dos candidatos classificados é feito por um juri cuja composição depende da lei ou regulamento.

O poder competente para a nomeação fica sujeito à classificação feita pelo juri ; aquele, porém, tem liberdade na nomeação, que não deixa assim de ser uma função discricionária, que tem a sua limitação exclusivamente na indicação e classificação do candidato.

Naturalmente que a natureza do concurso depende da função (52). As matérias e as provas de capacidade variam.

GASTON JÈZE observa no entretanto o defeito visceral da prática, naquele país, do regime de concurso dominado pelo “favoritisme et la rou-

(50) *Civil Service Act & Rules Statutes, Executive Orders & Regulations, United States Civil Service Commission*, 1934, pg. 19.

(51) *Précis de Droit Administratif*, 1935, pg. 381.

(52) Ver G. JÈZE in *Revue de Droit Public*, vol. LIV, pg. 591.

tine", graças ainda à predominância da faculdade discricionária da nomeação e à prevalência do princípio da antiguidade na escolha dos candidatos.

O sistema inglês, da cultura geral e dos conhecimentos técnicos, não é adotado naquele país, onde se exigem conhecimentos demasiados no ingresso da carreira e insuficientes nas categorias superiores, com graves danos para o serviço (53).

Por outro lado, a falta de um juri permanente, tal como na Inglaterra e hoje em dia também na Italia, conforme veremos, permite a composição de mesas examinadoras nomeadas discricionariamente de acôrdo com os interesses de momento.

O mesmo ocorre na Alemanha (54).

A República Chinesa em sua lei orgânica, de 8 de outubro de 1928, institue cinco poderes, sendo um deles o de exame — o chamado "yuan" de exame — (art. 37) o supremo órgão de exame do Governo nacional, encarregado de examinar e de classificar os funcionários; nenhum funcionário pode ser nomeado sinão de acôrdo com as leis e depois do exame e classificação feitos pelo "yuan" de exame (55).

O renovador da China, San Wen, julga tão fundamental o recrutamento dos funcionários do Estado pelo concurso, que é este um dos postulados do seu programa de reconstrução da sua terra.

A Constituição do seu país só se pode dar, no seu entender, depois de uma tutela militar e da organização do Estado, e uma das condições dessa organização está precisamente no recrutamento e seleção dos funcionários.

A Inglaterra, por sua vez, dentro das normas do *Civil Service*, conhece três processos de exame, a saber (56):

a) o exame escrito (**written examination**), assim denominado porque, mesmo que existam concomitantemente outras provas como as orais e de laboratório, predomina a escrita;

b) a **interview**, que é uma modalidade de exame oral. Neste caso, o candidato conversa com a banca examinadora, que possui o relatório dos conhecimentos do candidato e de suas qualidades pessoais. A classificação é feita segundo

o resultado desse exame, e conforme o número de vagas.

c) o **composite test**, que é uma combinação dos dois sistemas anteriores. A apuração das qualidades pessoais é feita por meio da **interview**, enquanto que os conhecimentos são verificados na prova escrita. Somados os pontos das duas provas, procede-se à classificação.

O regime na Inglaterra tem, assim, feição eminentemente prática e tem por fim apurar conhecimentos gerais para o ingresso na função pública.

Quanto aos outros países da Europa, como a Suécia, a Rússia, a Iugoslavia, o Vaticano, variam os processos (57).

No Brasil, o concurso tem sido o meio mais indicado para provimento dos cargos técnicos, notadamente os de professorado e de Fazenda, não obstante a inconstância, irregularidades e exceções, infelizmente seguidas, e que têm desmoralizado o sistema entre nós.

O provimento dos cargos por concurso constitue mesmo postulado constitucional, que não pode ser ilidido com sofismas, tal a sua clareza. As investiduras no primeiro grau da Justiça, no Magistério oficial, e em qualquer carreira administrativa, ou nos cargos técnicos, dependem rigorosamente do concurso, segundo dispõe o art. 156-b da Constituição.

A lei ordinária vem respeitando o princípio, que merece ser prestigiado, porque encerra uma norma altamente moralizadora. Neste sentido, a lei que instituiu o serviço público civil entre nós (Lei n.º 284, de 28 de outubro de 1936) é taxativa.

Tem-se sustentado que os funcionários contratados, interinos, ou em comissão, podem ser efetivados independentemente de concurso. Embora tenha sido usada essa praxe, com fundamento em textos legais, ela se nos afigura violadora do texto constitucional.

Mesas examinadoras — Em França organiza-se mesa para cada concurso, sendo os membros escolhidos pelo Chefe.

Para as Faculdades oficiais dá-se, no entanto, uma exceção para evitar o favoritismo. Na Faculdade de Direito, pelo menos um dos membros do juri deve ser escolhido fora da Faculdade, e na Faculdade de Medicina a sorte resolve.

(53) G. JÉZE, *Loc. cit.* pg. 593.

(54) Kammerer, *op. cit.*

(55) Ver Kary Chsin Tsony, *La Constitution des cinq pouvoirs.*

(56) *Report of His Majesty's Civil Service Commissioners on the Year 1935*, pg. 23.

(57) Ver na obra de Felix Garas, já citada, os diversos sistemas, pgs. 135 e seguintes.

Entre nós, a regra geral é a da organização de mesas examinadoras para cada caso, discricionariamente pela administração (58).

Ha, no entretanto, exceções (59), notadamente para os institutos de ensino superior.

Na Inglaterra, existe um juri de concurso permanente. São os comissários do *Civil Service*, pessoas capazes, selecionadas, sábios e professores.

Trabalham sempre e expedem certificados para todos os serviços subalternos (*open competition*), o que não exclúe os concursos limitados para certas e determinadas funções.

Nos Estados Unidos, o sistema é semelhante.

Ha uma preocupação bem nítida de não envolver a política nos exames, sendo uma condição do examinador a sua situação apolítica (60).

Conforme nota GOODNOW (61), as condições de qualidades e predicados intelectuais e a sua prova em concurso são fixadas pelos regulamentos expedidos pelo Presidente da República, que obrigam os chefes dos serviços.

Ha, porém, uma larga categoria de funcionários considerados operários (formada a expressão em sentido lato) que estão dispensados da prova.

O sistema de exames varia, naturalmente, de acôrdo com a natureza da função.

São grandemente elucidativas as observações feitas no *Fourteenth Report of the Civil Service*

(58) Ver especialmente as portarias do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio *in* D. O., de 18-6-35.

(59) O Estatuto Universitário (dec. 19.851 de 11-4-1931) estabelece um critério especial técnico para organização de mesas de concursos para o lugar de professor:

"Art. 54 — O julgamento do concurso de títulos e de provas de que tratam os artigos anteriores será realizado por uma comissão composta de cinco membros que deverão possuir conhecimentos aprofundados da disciplina em concurso, dos quais dois serão escolhidos pelo Conselho Técnico administrativo dentre professores de outros institutos de ensino superior ou profissionais especializados de instituições técnicas ou científicas'.

Disposições semelhantes estabelece o art. 131 do dec. 19.852, da Universidade do Rio de Janeiro, embora adotando outra modalidade.

(60) Diz a regra n.º IV do *Civil Service*: "Nenhuma mesa (examinadora) será constituída sómente com aderentes de um partido quando outros estiverem em condições de servir."

(61) *Principes de Droit Administratif des États Unis*, pg. 298.

Commission, que encontramos na preciosa obra de GOODNOW (62).

A lei italiana de 16 de junho de 1932 estabelece normas sôbre o concurso, de grande interesse.

No mês de dezembro de cada ano, cada administração do Estado deverá comunicar ao primeiro Ministro:

- a) o número de lugares a serem preenchidos por concurso;
- b) a repartição a que pertence o cargo;
- c) o diploma de estudos necessários à participação ao concurso;
- d) o limite máximo da idade (63).

O processo foi largamente aplicado com uma concorrência extraordinária. E' um sistema que vale aqui ser apontado, êste da periodicidade dos concursos.

Aqueles consistem em um exame das matérias que interessam à atividade que vai o concorrente exercer. Consistem em provas escritas, orais e por vezes práticas, análises de laboratório, desenho, dissertações e palestras.

Nos concursos para professor é sempre exigida a defesa da tese feita pelo candidato sôbre a monografia com que se apresenta para o concurso.

O concurso de títulos consiste na apresentação de documentos que provem a habilitação do candidato: diploma profissional, documentos, escritos, livros e outras provas de capacidade. Varia de acôrdo com a natureza da função (64).

(62) *Op. cit.*, pg. 304.

(63) Romeo Publi, *Per la Riforma del Sistema del Concorso a gli impieghi pubblici*, *in* "Rivista Dr. Publicc", 1934, vol. I, pg. 37.

(64) Era o processo usado, por exemplo, para a nomeação dos juizes federais (art. 27, da lei n.º 221, de 1894, art. 14 do dec. 848 de 1890, e art. 184 do Regulamento interno da Côte Suprema).

Assim o Estatuto da Universidade do Rio de Janeiro (dec. 19.851, de 11-4-1931, diz o seguinte:

"O concurso de títulos constará da apreciação dos seguintes elementos comprobatórios do mérito de candidato:

I — dos diplomas e quaisquer outras dignidades universitárias acadêmicas apresentadas pelo candidato;

II — de estudos e trabalhos científicos, especialmente daqueles que assinalem pesquisas originais, ou revelem conceitos doutrinários pessoais de real valor;

Esses concursos são em geral válidos por um certo período, dois ou três anos.

Prova de habilitação — E' o processo de exame, muito usado para o preenchimento de cargos técnicos. Na Marinha, tem sido muito utilizado (65).

Não se confunde com o concurso, porque presume apenas a satisfação de certo número de requisitos que por si só bastam para a admissão, sem necessidade de outros elementos de habilitação.

Algumas legislações adotam o princípio do noviciado, como tal se entendendo o período dentro do qual o funcionário não goza das garantias inerentes ao exercício efetivo do cargo (Ver supra-estágio).

E' o sistema dos Arts. 485 e 416 do antigo Regulamento dos Correios (66).

APRESENTAÇÃO DE DIPLOMAS

Para o exercício de muitos cargos técnicos pode exigir a lei a apresentação de diplomas científicos que estabelecem uma presunção de capacidade em favor de seus portadores.

A liberdade profissional já não constitue princípio amplo e sem restrições. O art. 122-3 da Constituição vigente permite a exigência de prova de capacidade para o exercício de qualquer profissão, e, com mais forte razão, podem as leis e regulamentos impor condições especiais de capacidade para o exercício de muitos cargos técnicos.

Essa tendência é cada vez maior e se vai acentuando na legislação em vigor.

Assim, o dec. 23.196, de 12 de outubro de 1933, que regula o exercício da profissão agrônômica, determina que só os profissionais diplomados poderão exercer a profissão — e no art. 3.º:

III — de atividades didáticas exercidas pelo candidato;

IV — de realizações práticas, de natureza técnica e profissional, particularmente daquelas de interesse coletivo.

§ único — O simples desempenho de funções públicas, técnicas ou não, a apresentação de trabalhos cuja autoria não possa ser autenticada e a apresentação de atestados graciosos não constituem documentos idôneos.

(65) Acc. Supremo Tribunal Federal, in *Arquivo Judiciário*, Vol. VII, página 176.

(66) Dec. 9080, de 3 de novembro de 1911.

“os funcionários públicos federais, estaduais e municipais que, posto não satisfaçam as exigências dos arts. 1.º e 2.º, estiverem, à data deste decreto exercendo cargos ou funções que exijam conhecimentos de agronomia, poderão continuar no respectivo exercício, mas não poderão ser promovidos nem removidos para outros cargos técnicos” (67).

O dec. 23.569, de 11 de dezembro de 1933, que regula o exercício das profissões de engenheiro, de arquiteto e agrimensor, além de dispositivo semelhante àquele acima citado, ainda dispõe:

“Art. 9.º — A União, os Estados e os Municípios, em todos os cargos, serviços e trabalhos de engenharia, arquitetura e agrimensura, somente empregarão profissionais diplomados pelas escolas oficiais ou equiparadas, previamente registrados de acôrdo com o que dispõe este decreto, ressalvadas unicamente as exceções nele previstas”.

Estabelece mais o aludido decreto (art. 28) até a especialização de funções, respeitado apenas o direito dos que já exercem cargos.

O Regulamento do decreto n. 57, de 20 de fevereiro de 1935 (68), que regula o exercício da profissão de químico, ainda estabelece normas mais severas. Assim determina:

“Art. 9.º — E' livre o exercício da profissão de químico em todo o território da República, observadas as condições de capacidade técnica e outras exigências previstas no presente regulamento”.

Por sua vez, o artigo 11 do mesmo decreto, reza:

“No preenchimento de cargos públicos, para os quais se faz mistêr a qualidade de químico, ressalvadas as especializações referidas no § 2.º do art. 10.º a partir da data da publicação do decreto 24.693, de 12 de julho de 1934, requer-se, como condição essencial, que os candidatos previamente hajam satisfeito as exigências do art. 9.º deste regulamento”.

(67) *Diário Oficial*, de 15 de dezembro de 1933.

(68) *Diário Oficial*, de 23 de fevereiro de 1935.

Aprova o regulamento para a execução do dec. 24.693, de 12 de junho de 1934.

Pode-se também mencionar o dec. 19.581, de 11 de abril de 1931, que exige o diploma profissional para a inscrição no concurso para provimento do cargo de professor.

São apenas alguns exemplos entre os inúmeros casos geralmente conhecidos de professores, magistrados, médicos, etc. e que servem para mostrar como se vai ampliando o princípio, devido à tendência cada vez maior para a especialização técnica.

A ADMISSÃO DOS EXTRANUMERÁRIOS

A natureza precária do extranumerário importa naturalmente na redução das exigências e provas de habilitação para o seu ingresso no serviço.

Concurso e estabilidade são, aliás, termos correlatos de um mesmo problema; quanto maior a estabilidade, maiores as exigências para a admissão na função pública.

O decreto lei n.º 240, de 4 de fevereiro de 1938, que dispõe sobre o pessoal extranumerário e pessoal para obras, impõe a todos eles provas gerais de habilitação física, moral e intelectual mas por meio de documentos cuja apreciação está sujeita às Comissões de Eficiência.

O pessoal extranumerário e, especialmente, para obras precisa ter habilitações profissionais comprovadas com o exercício anterior de emprego ou como operário.

A admissão desse "pessoal" não se reveste das formalidades geralmente impostas para a admissão no quadro. Mesmo sob o ponto de vista formal o decreto é dispensado, sendo suficiente o despacho do Presidente da República (69), do Ministro de Estado (70), do Chefe de Serviço (71) do diretor da repartição, segundo se tratar de contratado, mensalista, diarista, pessoal para obras.

Dir-se-ia que a gradação na autoridade que nomeia depende da natureza do cargo pelo critério de sua fixidez e do grau de habilitação técnica exigido pela lei.

Não seria possível fixar em um quadro determinado os critérios a serem usados pela administração na escolha desse pessoal; depende da

natureza e da qualidade do serviço que terão de executar.

Mas o decreto-lei n.º 240 insiste, a não ser com relação aos diaristas e mensalistas, em que os mesmos executem serviços especializados, de caráter nitidamente técnico, preenchendo assim, as deficiências no quadro dos funcionários.

O ingresso na função, para todos, reveste-se de um caráter sumário, porque a admissão deve atender a deficiências do quadro, deficiências que podem ser supridas logo em seguida. Daí também o caráter transitório dessa admissão, que não cria para os extranumerários outros direitos que não aqueles determinados na lei ou nos contratos que forem realizados em cada caso.

Como nota STAINOF (72), o Estado admitindo esse pessoal não tem nem a intenção, nem a possibilidade legal de conservá-los no serviço. São, por isso mesmo, denominados auxiliares da administração, por isso que preenchem funções na falta de funcionários do quadro.

Mesmo os operários não se acham amparados pela legislação trabalhista porque o seu regime acha-se regulado na legislação especial, obedecendo a um estatuto peculiar, de natureza especificamente de direito público.

OS CARGOS EM COMISSÃO

Funcionário em comissão deve-se considerar aquele que:

- a) é encarregado de funções especiais e temporárias;
- b) é investido de jurisdição ou atribuições extraordinárias sobre certas matérias ou objetos, como por exemplo, os funcionários incumbidos de inspecionar ou fiscalizar certos serviços, tomar conta a outros funcionários ou exercer jurisdição fora do respectivo termo ou comarca (73).
- c) exerce cargo de confiança, livremente nomeado e demissível.

Os embaixadores, no regime atual, certas representações no estrangeiro, os chefes do Ministério Público, certos Conselhos técnicos, enfim todos quantos exercem funções extraordinárias ou exercem cargos de confiança, considerados pela lei como em comissão (74).

(72) *Le fonctionnaire*, pg. 31.

(73) Ver o acc. do S. T. F. de 6-9-1928 in *Rev. de Jur. Brasileira*. Vol. III — pg. 73 e sgs. Ap. Cível — 5151.

(74) Ver nossas *Instituições de Direito Administrativo* — 2.ª ed. 2.º Vol. pg. 847.

(69) Arts. 12 e 21 do dec. 240, de 4 de fevereiro de 1938.

(70) Art. 16 do dec. 240.

(71) Art. 39 do dec. 240.

Não seria possível discriminar todos esses cargos, nem defini-los com precisão; fica, porém, a noção geral sobre a qual voltaremos oportunamente.

OS INTERINOS

As pessoas admitidas no serviço público em caráter interino são de livre nomeação e escolha.

A interinidade não se confunde com a substituição legal em virtude de licença, gala, nojo, férias, etc.; presume sempre a designação de uma pessoa estranha ao quadro. Obedece, quanto à estabilidade, vencimentos, etc., a um regime peculiar que apreciaremos oportunamente quando tratarmos da estabilidade.

O decreto lei n.º 578, de 29 de julho de 1938, obriga os interinos, sob pena de demissão, a se inscreverem nos concursos para provimento de cargos da respectiva profissão, desde que o provimento desses cargos seja feito por concurso. Determina, ainda mais, a exoneração daqueles inabilitados no concurso a que se houverem submetido.

Os artigos 4.º e seguintes do decreto 18.088, de 27 de janeiro de 1928, regula o modo de provimento das interinidades (75).

DAS SUBSTITUIÇÕES

No capítulo do provimento dos cargos públicos cabe, como matéria subsidiária, a de substituições, por isso que diz com a admissão, embora transitória, em outras funções, de funcionários do quadro ou não.

A questão das substituições tem dois aspectos, a saber: o dos vencimentos e o da forma de proceder-se à substituição. Interessa-nos por enquanto apenas o segundo aspecto.

Acha-se a matéria regulada pelo decreto lei n.º 618, de 16 de agosto de 1938, que veio revogar o disposto na lei 158, de 30 de dezembro de 1935, e no decreto n.º 642, de 14 de fevereiro de 1936.

A substituição automática do funcionário por outro funcionário, em virtude de licença, férias, nojo, gala, ou qualquer outro motivo legal, dar-se-á pela forma prevista em cada regulamento; essa substituição não será remunerada.

Quando se tratar de cargo isolado ou em comissão essa substituição será feita por outro funcionário do quadro, sem direito a qualquer remuneração (76), ou por pessoa estranha, a quem caberá a remuneração integral do cargo (77).

No primeiro caso a substituição dependeria de decreto do Presidente da República e no segundo de mera designação da autoridade competente.

SELO DE NOMEAÇÃO

As nomeações estão sujeitas também a um imposto de selo criado pela lei n.º 1507, de 26 de setembro de 1867, que mandou substituir pelo selo o antigo imposto de nomeação, também denominado de novos e velhos direitos ou direitos de emprego (ver a legislação anterior, lei n.º 243 de 30 de novembro de 1841) (78).

A lei n.º 1507 foi regulamentada em 1869 pelo chamado regulamento Itaboraí, pelo dec. 4354, de 17 de abril de 1869, modificado em 1870 pelo dec. 4505, de 9 de abril.

Seguiram-se, daí por diante, os seguintes regulamentos:

n.º 7540, de 5 de novembro de 1879;

n.º 8946, de 19 de maio de 1888;

n.º 3396, de 24 de novembro de 1888;

n.º 1264, de 11 de fevereiro de 1893;

n.º 3564, de 22 de janeiro de 1900;

n.º 3966, de 25 de dezembro de 1919 e seu regulamento;

n.º 14339, de 1 de setembro de 1920;

n.º 4984, de 31 de dezembro de 1925;

n.º 17538, de 10 de novembro de 1926 e, finalmente, o dec.

n.º 1137, de 7 de outubro de 1936.

Este imposto de nomeação atualmente recai sobre todas as nomeações efetivas ou não, com ou sem vencimentos pelos cofres públicos, variando a sua taxa de 2 a 10%, de acordo com a natureza do emprego.

Numerosas questões podem ser suscitadas em torno desse assunto mas que são de natureza niti-

(76) Art. 6.º)

(77) Art. 3.º.

(78) Sobre este assunto: Veiga Filho — *Ciência das finanças* — pg. 149.

Viveiros de Castro — *Tratado dos Impostos* pg. 362.

Viveiros de Castro — *Historia Tributária do Brasil*.

Biochini — *Vencimentos dos funcionários públicos* — in "Revista de Direito Público" — Vol. XVII — n.º 2.

(75) *Idem*, pg. 639.