NOTAS E COMENTÁRIOS

OS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS E A CONSTITUIÇÃO

(ART. 186)

ALAIM DE ALMEIDA CARNEIRO

SUMÁRIO : O art. 186; evolução da burocracia e o sistema do mérito; concursos; direito à nomeação; cargos de carreira e cargos isolados; primeira investidura.

Os autores que cuidam do problema de recrutamento de servidores públicos situam na velha China as origens do sistema de provas escritas como meio de seleção de candidatos.[1] A afirmativa será possìvelmente exata, mas a indagação dessa origem remota é de interêsse puramente literário : o exemplo não foi contemporâneamente seguido pelos povos ocidentais, nem pode ser considerado como raiz jurídica do instituto.

Mosher e Kingslay, estudando a evolução por que tem passado a moderna burocracia, situam no Império Romano a primeira tentativa de organização de um corpo administrativo hierarquizado, sistema que não resistiu ao feudalismo medieval.[2]

De fato, só com o aparecimento das monarquias nacionais e a formação dos grandes exércitos, no século XVI, reapareceu o serviço público civil com os característicos gerais que hoje lhe reconhecemos e que já vinham do Império Romano.

Aí, pois, teríamos de situar em verdade a primeira etapa de seleção para os cargos públicos. Por certo não se faziam ainda concursos, no sentido estrito do têrmo, mas os cargos deixaram de ser distribuídos *apenas* como um privilégio, atendendo-se, paralelamente, à condição de capacidade dos candidatos. Entre êsses dois critérios, portanto, oscilou durante vários anos o destino do serviço público. Decrescia o predomínio do valimento, à medida que o poder passava das mãos dos monarcas para as dos parlamentos ; ganhava terreno o critério de capacidade, à medida que o Estado chamava a si novos empreendimentos, agravando a complexidade dos serviços.

---

[1] P.C. Hsieh, "The Government of China", 1925. Leonard D. White, "Introduction to the Study of Public Administration", 1941, p. 316.

[2] Mosher and Kingslay, "Public Personnel Administration", 1941, p. 3 e seguintes.

Essa evolução que, evidentemente, não foi simultânea em todos os países, chegou ao seu clímax em meados do século passado, quando a pressão da opinião pública começou a se fazer sentir nas deliberações do Govêrno.

Paradoxalmente, contudo, o advento das modernas democracias, que deveria trazer a solução do problema, retardou sua evolução. Os cargos públicos deixaram de constituir privilégio de validos para se incorporarem aos prêmios distribuídos como incentivos políticos.

Nos Estados Unidos surgiu, então, o "spoil system", ou sistema da derrubada, que consistia na substituição automática de todos os servidores por ocasião da mudança de govêrno.

Essa política, traduzida na célebre frase "to the victor belong the spoils" [3], tomou naquele país foros de solução altamente democrática e moralizadora quando o Presidente Andrew Jackson, em sua mensagem anual, declarou que "mais se perde com a longa permanência dos servidores nos cargos do que se ganha com sua maior experiência".[4]

O abrandamento sucessivo por que foi passando o referido sistema redundou, afinal, na formação de um corpo misto de servidores públicos, parte selecionada pelo mérito e parte politicamente escolhida ou, pelo menos, livremente nomeada, embora atendendo-se à condição de capacidade.

Daí a existência, nos Estados Unidos, dos cargos "não classificados" e, entre nós, dos cargos de livre provimento do Presidente da República.

Êstes últimos são, presentemente, em número muito reduzido. Em 1943 (últimos dados que possuímos) para 58.896 cargos de carreira havia, apenas, 3.268 ocupantes de cargos isolados,[5] situação muito lisonjeira em comparação com os Estados Unidos, onde, em 1932, apenas 73,6% dos cargos públicos federais eram providos pelo sistema de mérito.[6]

O concurso — Os textos das Constituições de 1934 (art. 170, § 2.º) e de 1937 (art. 156, *b*) cuidavam de maneira semelhante da matéria regulada no art. 186 da Constituição vigente, que estamos analisando.

Naqueles textos, entretanto, havia referência expressa a "concurso de provas ou de títulos", o que pareceu desnecessário ao Constituinte de 1946.

Ficou assim à lei ordinária especificar a natureza do concurso a ser exigido. Êste poderá ser de provas ou de títulos, ou de qualquer outra espécie, compreendendo todos os requisitos de capacidade que em um concurso se podem apurar.

De qualquer forma, entretanto, haverá uma *competição*. Êste é o sentido do têrmo: ir a concurso significa sujeitar-se a exame em *concorrência*

---

[3] Lucy M. Salmon, "History of the Appointing Power of the President", American Historical Papers, N.Y. 1886, v. I, n. 5.

[4] Mosher and Kingslay, ob. c., p. 18.

[5] "Reajustamento de vencimentos e Salários do pessoal Civil e Militar", ed. da Imprensa Nacional, 2.ª ed. p. 143. ("Relatório do DASP de 1942", p. 619).

[6] "Better Government Personnel", 1935.

com outros. E' o que os autores americanos denominam "competitive examination" em oposição à simples prova, ou "pass examination".

Daí não se conclua, entretanto, que a Constituição quis fixar um detalhe técnico. O único objetivo constitucional é limitar o árbítrio da escolha, isto é, "provimento mediante concurso" opõe-se a "livre provimento".

Direito à nomeação — Discute-se se o candidato habilitado em concurso é titular de um direito subjetivo à nomeação ou de um simples legítimo interêsse.

O problema, segundo D'Alessio, prende-se à questão de predominância do interêsse público sôbre o interêsse privado. Importa verificar se o legislador ao estabelecer o concurso tinha por objetivo assegurar a igual possibilidade de acesso aos cargos públicos, como garantia de um direito individual, ou apenas assegurar o interêsse supremo da coletividade que consiste em confiar aos mais capazes o exercício do poder público.

Para D'Alessio qualquer dúvida é improcedente : o candidato habilitado não tem, senão, um legítimo interêsse.[7]

Outra não pode ser, de fato, a solução, em que pese ao ponto de vista contrário de Bielsa.[8] Se nem ao candidato habilitado a uma promoção se reconhece qualquer direito subjetivo,[9] não há como reconhecê-lo a quem ainda pleiteia o ingresso no serviço público.

A Administração *não pode* nomear senão os candidatos aprovados e *deve* nomeá-los na ordem da classificação, mas pode, se o entender conveniente, não fazer qualquer nomeação, com o que não lesará nenhum direito subjetivo.[10]

E' êsse o ponto de vista dominante, em torno do qual é uniforme a jurisprudência americana, cujos direitos constitucional e administrativo tiveram grande influência em nossa formação.

"The fact that a candidate has passed the civil service examination and is on the eligible list does not in and of itself entitle him to appointment when a vacancy occurs. This is true even though only the one person who is asking for appointment took the examination. An appointing officier may not wish to fill a vacany, and it his privile to refuse to do so".[11]

Ha, de fato, um direito difuso, direito potencial, espectativa de direito, mas não direito individualizado, direito subjetivo, para o qual possa ser pleiteada a proteção da justiça.

---

[7] Francesco D'Alessio, "Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano", Turim, 1932, v. I, p. 456 e seguintes.

[8] Rafael Bielsa, "Princípios de Derecho Administrativo", Buenos Aires, 1942, p. 369.

[9] "Direito à promoção", comentário *in* "Revista de Direito Administrativo", v. III, p. 194.

[10] Roger Bonnard, "Précis de Droit Administratif", Paris, 1940, p. 466.

[11] Oliver P. Field, "Civil Service Law", Mineápolis, 1939, p. 99.

Oliver P. Field, examinando o problema, muito bem fixou :

"The right of a person to office is not a right to the office, but the right to elegible for the office".[12]

Idêntica doutrina defendem os juristas italianos :

"Ciò significa che il vincitore del concorso non ha alla nomina un diritto perfetto da sperimentare dinanzi ai tribunali, ma solo un interesse legitimo reservato all'exame della giurisdizione dell Consiglio di Stato".[13]

A situação, entretanto, pode ser diversamente considerada se o Govêrno resolve nomear candidato pior classificado em detrimento de outros. Aí, sim, o direito antes difuso se individualiza e merece proteção judiciária.

Nesse sentido se manifestam, entre nós, Bento Faria[14] e Aguiar Dias.[15]

Cargos de carreira — A Constituição prevê obrigatoriedade de concurso apenas para os cargos de carreira, seguindo, também, nesse particular, o modêlo anterior.

O tratamento diferenciado talvez não se justifique, mas não é puramente formal, do ponto de vista teórico, a distinção entre cargos de carreira e cargos isolados. Aquêles se agrupam pela homogeneidade funcional e se escalonam em classes ou graus, hieràrquicamente sobrepostos pela afetação de maiores responsabilidades. êstes, ao contrário, não se escalonam hieràrquicamente, ou porque exijam maior autonomia de serviço ou porque correspondam a funções restritas e especializadas que não comportam agrupamento homogêneo.

Daí a diferença de tratamento consignada na Constituição de 1934. Sòmente os cargos de carreira seriam obrigatòriamente providos por concurso.

Em 1936, entretanto, foi inteiramente reorganizado o nosso serviço público, desaparecendo qualquer vestígio de "carreira", no sentido técnico do têrmo. Os postos de chefia e direção passaram a ser providos em caráter precário (constituindo as funções gratificadas e os cargos em comissão), fora das carreiras, que perderam seu sentido hierárquico, para constituirem simples agrupamentos de funções homogêneas, escalonadas pelos níveis de vencimento.[16]

Dessa organização *sui generis* decorre o desaparecimento de qualquer diferença específica entre cargo de carreira e cargo isolado. Parece, pois, que o legislador constituinte reproduziu o texto das Cartas anteriores sem maior exame.

Primeira investidura — A exigência de concurso, nos têrmos da Constituição, é apenas para a primeira investidura. Com essa disposição quis o legislador assegurar que o ingresso nas carreiras se faria pelo sistema do mé-

---

[12] *Idem*, p. 15.
[13] Cino Vitta, "Diritto Amministrativo", Turim, 1937, v. II, p. 460.
[14] "Arquivo Judiciário", v. 18, p. 351.
[15] "Revista Forense", v. 110, p. 479.
[16] Artigo nosso nesta Revista, v. VIII, p. 239.

rito, deixando à lei ordinária, entretanto, fixar o critério a ser adotado nos demais casos.

Considerando, pois, que a "carreira" se caracteriza pela nomeação inicial e promoções sucessivas, parece que o objetivo da Constituição foi excluir a exigência de concurso de segunda entrância, isto é, concurso para promoção.

E' certo que o Tribunal Federal de Recursos, em Resolução de 4 de março de 1948,[17] entendeu que a restrição constitucional se referia apenas à investidura em classe inicial de carreira.

Tal exegese, entretanto, dificilmente defensável, conduziria à negação do sistema do mérito, a tanto custo implantado, e que desde 1934 se alteou à Constituição.

Ademais, num sistema de pessoal, como o nosso, em que as carreiras se estendem horizontalmente, isto é, em que as promoções correspondem a simples acréscimos de vencimento, não há qualquer diferença funcional entre um cargo inicial e um intermediário.

[17] *Diário da Justiça* de 8/3/48, p. 1.513.