OS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS E A CONSTITUIÇÃO

ALAIM DE ALMEIDA CARNEIRO

SUMÁRIO : Conceito de estabilidade; notícia histórica; classificação dos servidores públicos; funcionário efetivo; aquisição da estabilidade; cargos de confiança.

1. *Conceito de estabilidade : notícia histórica.* Já analisamos em outro artigo a evolução por que passou o serviço público até o aparecimento da moderna burocracia, com seu corpo de servidores hierarquizados. [1] Vimos os cargos públicos confundindo-se com os privilégios da Côrte ou com a posse da terra, na Idade Média, [2] ou com a magistratura e o sacerdócio nas cidades gregas. [3]

Com o desenvolvimento, porém, do Estado moderno e subseqüente multiplicação de suas tarefas, foi sendo o funcionalismo despojado de suas antigas prerrogativas, à medida que se especializava e se profissionalizava.

É evidente que não se pode fixar a época em que essa transformação se operou. Parece, todavia, que a situação evolveu por dois processos, a julgar por seus efeitos : por um lado iam sendo reduzidas as funções especiais que só poderiam ser desempenhadas por titulares privilegiados, por outro iam os próprios titulares sendo aos poucos despojados de suas tradicionais prerrogativas.

Essa evolução ensejou o aparecimento de novas classes de servidores públicos, dedicados ao desempenho de funções subalternas ou auxiliares. Daí, possìvelmente, também, a clássica dicotomia dos servidores em "funcionários" e "empregados", classificação que, a despeito de sua imprecisão técnica, [4] e das dificuldades práticas resultantes, [5]

---

1 Comentários aos arts. 185 e 187 da Constituição federal, nesta Revista, vol. X, p. 351, e vol. XI, p. 394.

2 Attilio Brunialti, *Il Diritto Amministrativo Italiano e comparado*, vol. I, p. 281, ed. 1912; Massimo Giriodi, *I Pubblici uffici e la gerarchia amministrativa*, in V. E. Orlando, *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, vol. I, parte 1a., cap. II.

3 Fustel de Coulanges, *La Cité Antique*, Paris, 1903, 18a. ed., livro IV, cap. IX.

4 Matos de Vasconcelos, *Direito Administrativo*, vol. II, p. 412; artigo nosso nesta Revista, vol. III, p. 447.

5 Guillermo Varas, *Derecho Administrativo*, 1940, p. 305.

logrou informar os sistemas francês e italiano e, por certa forma, também o nosso. [6]

É certo que, evolvendo o serviço público de acôrdo com as características de cada país e com as imposições de seu direito positivo, distanciaram-se os conceitos, [7] embora, entre nós, sempre prevalecesse a distinção original. A idéia de "funcionário", diz Viveiros de Castro, implica a de autoridade (*imperium* ou *jurisdictio*) exercendo um dos direitos da soberania. Os "empregados", pelo contrário, não têm autoridade nem esfera de ação própria. [8]

A definição, posta nesses têrmos, foi mais ou menos prestigiada entre nós, embora sem qualquer efeito prático por não ser fácil distinguir as funções investidas de autoridade daquelas puramente auxiliares. Pode-se dizer, portanto, que embora se conservasse, por alguns anos, a distinção teórica, o único elemento diferencial constante e inconfundível residiu sempre no caráter permanente ou transitório da função desempenhada, as primeiras confiadas aos funcionários e estas últimas aos empregados. Daí, por extensão, foram todos os demais servidores públicos sendo classificados consoante a amplitude da estabilidade que desfrutavam.

Assim é que Rui Barbosa, por exemplo, classificou os servidores em três categorias : vitalícios, demissíveis *ad-nutum* e os que, compreendidos entre as duas primeiras categorias, só podiam ser demitidos nas "emergências", debaixo das condições ou mediante as formas nas leis previstas e capituladas. [9] Artur Ribeiro adotou o mesmo critério, indicando quatro categorias que poderíamos assim resumir : demissíveis *ad-nutum*, nomeados *a tempore*, vitalícios e funcionários que, após certo tempo, não podem ser demitidos senão em virtude de sentença judiciária ou processo administrativo. [10] Temístocles Brandão Cavalcânti, mais recentemente, classificou os servidores em vitalícios, demissíveis por justa causa ou interêsse público, demissíveis em virtude de sentença judiciária ou processo administrativo e demissíveis *ad nutum*. [11]

Pouco se distanciam os autores, e o centro de gravidade de tôdas as classificações é sempre o mesmo : a maior ou menor amplitude das garantias outorgadas quanto à conservação do emprêgo. Também o

---

6 Berthélemy, Bonnard, Gaston Jèze, Duguit, Loris, Meucci, Pôrto Carreiro, Ribas, Viveiros de Castro, Alcides Cruz, *apud* Matos de Vasconcelos, ob. cit.

7 Massimo Giriodi, op. cit., p. 228.

8 Augusto Olímpio Viveiros de Castro, *Tratado de Ciência da Administração e Direito Administrativo*, 3a. ed., 1914, p. 556.

9 Rui Barbosa, *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, col. por Homero Pires, 1933, vol. III, p. 235-6.

10 Artur Ribeiro, apelação cível n. 7.278, "in" *Jurisprudência* de 1935, 1a. parte, p. 104, *apud* Temístocles Brandão Cavalcânti, *O Funcionário Público e o seu Estatuto*, Rio, 1940, p. 319.

11 Temístocles Brandão Cavalcânti, *O Funcionário Público e o seu Estatuto*, 1940, p. 319-320.

Supremo Tribunal Federal adotou o mesmo critério, classificando os servidores em vitalícios, demissíveis *ad nutum*, que conservam os cargos enquanto bem servirem e que só podem ser demitidos mediante processo administrativo. [12]

Prestigiando êsse critério tradicional, já consubstanciado nos decretos ns. 5.426, de 7 de janeiro de 1928, e 18.088, de 27 do mesmo mês e ano, o constituinte de 1934, ao definir os "funcionários públicos", fixou-lhes expressamente os limites da estabilidade: "depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas e, em geral, depois de dez anos de efetivo exercício, só poderão ser destituídos em virtude de sentença judiciária ou processo administrativo, regulado por lei, e no qual lhes será assegurada ampla defesa".

Andou bem, portanto, o legislador que ao classificar os servidores públicos na lei n. 284, de 28 de outubro de 1936, estabeleceu dois grupos distintos: funcionários e extranumerários. Êstes demissíveis *ad nutum* e aquêles sòmente mediante processo administrativo ou sentença judiciária. A expressão "funcionário público", portanto, empregada *strictu sensu*, ficou reservada para os servidores que não podiam ser demitidos *ad nutum*.

O mesmo critério foi reiterado na Carta de 1937, que indicou êsses elementos como constituindo as normas a serem observadas na feitura do Estatuto dos Funcionários Públicos.

Em 1939, entretanto, ao ser finalmente outorgado o prometido diploma, o legislador não sòmente dispôs sôbre a garantia constitucional como ainda julgou dever dar-lhe um *nomen juris*: *estabilidade*. Assim, por uma sorte de sinédoque, a estabilidade, cuja maior ou menor amplitude servira, até então, para caracterizar as várias classes de servidores públicos, passou a ser considerada como definindo um conjunto pré-determinado de garantias que deveriam constituir senão um dado grau de estabilidade. Daí por diante, a figura jurídica da estabilidade no serviço público brasileiro teve seus contornos definitivamente fixados: estável é o funcionário que não pode ser demitido senão nos casos previstos, pela forma indicada.

Ao afirmar pois, simplesmente, que os "funcionários públicos são estáveis", o constituinte de 1946 perfilhou o conceito restrito do Estatuto, justificando e prestigiando essa metonímia jurídica. Isso nos fornece um elemento útil à interpretação do texto: a expressão "funcionário público" está empregada em sentido restrito, isto é, designa o ocupante de cargo público, criado em lei, com denominação própria, número certo e pago pelos cofres públicos. [13]

---

12 Acórdão de 28-12-1918, "in" *A Constituição Federal Interpretada pelo Supremo Tribunal Federal*, José Afonso Mendonça de Azevedo, 1925, p. 466, n. 1.713.

13 Sôbre o conceito de funcionário público, veja-se artigo nosso, nesta Revista, vol. III, p. 447.

Excluem-se da estabilidade, portanto, sem a menor dúvida, os chamados extranumerários, embora sejam também "funcionários públicos" no sentido lato do têrmo.

2. *Funcionário efetivo* : A Constituição restringe ainda mais, entretanto, a garantia consagrada quando diz que se aplica apenas aos "funcionários efetivos".

Diz Carlos Maximiliano que "não se confunde com o funcionário efetivo o contratado, nem o extranumerário: o primeiro está garantido pelo tempo convencionado; e o segundo não granjeia senão direito ao ordenado". [14]

Data venia, não pode ter sido êsse o objetivo do legislador constituinte. Em primeiro lugar, nunca se distinguiu em nosso direito positivo *contratado* de *extranumerário.* Êste é o gênero, aquêle, a espécie. Em segundo lugar, a expressão "funcionário efetivo", embora perfeitamente compreensível, é igualmente estranha à nossa lei. A efetividade é atributo do cargo e não de seu ocupante. Em cargo efetivo pode ser provido um funcionário interinamente, em substituição, em estágio probatório, etc., sem lhe afetar a natureza. Parece, pois, que o objetivo do legislador foi exatamente excluir essas formas de provimento. Funcionário efetivo seria pois sinônimo de funcionário permanente, isto é, o que não foi nomeado em caráter transitório (como o substituto), em caráter precário (como o interino) ou em confiança (como o comissionado).

O que houve foi uma impropriedade técnica que se torna ainda mais evidente quando se compara a redação do artigo com a do seu parágrafo único. O que diz o artigo é que são estáveis os funcionários efetivos, satisfeita a carência prevista; o que diz o parágrafo é que a regra não se aplica aos cargos de confiança. Teríamos, pois, a seguinte regra : são estáveis os funcionários efetivos, salvo os cargos de confiança. É flagrante a imperfeição técnica. Se a regra foi fixada em relação às características do ocupante não deve a exceção reportar-se aos atributos do cargo.

3. *Da aquisição da estabilidade* : Essa imperfeição técnica tem induzido errônea interpretação do trecho, parecendo que se o artigo se refere apenas a "funcionários efetivos" não seria mister excluir os ocupantes dos cargos em comissão. Por isso afirmou Pontes de Miranda que o parágrafo era tautológico. [15]

O fato, porém, é que o artigo não só outorga estabilidade aos "funcionários efetivos" como ainda lhes fixa o período de carência. Se a exceção contida no parágrafo, portanto, não diz respeito ao *sujeito* da estabilidade — já definido —, deve referir-se às condições para a sua aquisição. O que o legislador quis dizer, portanto, e o que está es-

---

14 Carlos Maximiliano, *Comentários à Constituição Brasileira,* 1946, vol. III, p. 250, nota 629.

15 Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946,* vol. IV, página 162, n. 4.

crito em lei, é que o período de carência para a aquisição da estabilidade não flui no exercício de cargos em comissão. Assim, pois, a pessoa estranha ao serviço público nomeada para exercer um cargo em comissão, nem nêle adquire estabilidade, nem conta o tempo de exercício para efeito de estabilidade em outro cargo fetivo para que venha a ser, porventura, nomeada. Essa é a regra contida no parágrafo. Outra interpretação conduz a considerar supérflua a disposição, para a qual se pode encontrar efeito adequado.

Excluída, assim, a contagem do tempo de serviço anterior em cargos de confiança, indaga-se como contar, para efeito de estabilidade, o exercício em outros cargos efetivos. O problema não é novo e já foi suscitado na vigência das Constituições anteriores.

Pontes de Miranda, comentando a Constituição de 1934, estabeleceu algumas regras que poderíamos assim resumir : *a*) se o funcionário entrou por meio de concurso para o primeiro cargo e é nomeado para outro para o qual também se exige concurso, conta integralmente o tempo anterior para efeito de perfazer o *biênio; b*) se o funcionário entrou por meio de concurso para o primeiro cargo e é nomeado para outro para o qual não se exige concurso, conta integralmente o tempo anterior, porém apenas para perfazer o *quinqüênio,* porque a aceitação de cargo para o qual não se exige concurso importa na renúncia à estabilidade especial, criada para os que exercem cargos cuja investidura se opera mediante concurso; *c*) se o funcionário entrou para o primeiro cargo sem concurso e é nomeado para outro, após concurso, somam-se os períodos apenas para perfazer o *quinqüênio.* [16]

Embora êsse autor não haja reproduzido essas considerações nos comentários feitos aos artigos correspondentes das novas Constituições, estamos de acôrdo com êsse ponto de vista.

O que a Constituição exige, na primeira hipótese, isto é, no caso de concurso, são dois anos de exercício. Êsse *biênio,* portanto, só pode ser constituído pelo exercício em cargos dessa natureza. Claro está, entretanto, que na hipótese do funcionário haver ocupado cargo em que foi provido em virtude de concurso, sendo nomeado para o exercício de outro cargo de livre nomeação, há de contar o período anterior que, se é válido para a aquisição da estabilidade especial, igualmente o será para o caso geral. Isso é o que decorre do dispositivo constitucional. Cabe agora ao legislador ordinário regular a matéria dispondo os pormenores.

Desde já está estabelecido, também, que o exercício há de ser em *cargo efetivo,* isto é, que não se contarão outros serviços prestados à administração pública ou à satisfação dos encargos impostos pela defesa nacional, como entendeu o DASP em 1944. [17]

---

16 Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição dos Estados Unidos do Brasil,* 1935. t. III, p. 456.

17 E. M. de 7-6-1944, publicada no *D. O.* de 20-6-44, p. 10.987, "apud" *Manual dos Servidores Públicos,* 1945, de Eduardo Pinto Pessoa, t. I, p. 281.

É igualmente certo que não se pode contar, para efeito de estabilidade, o tempo de serviço prestado às administrações estaduais ou municipais, o que expressamente pode ser concedido, como no art. 192.

4. *Cargos de confiança ou de livre nomeação* : No anteprojeto do art. 3.º, a que se radica o texto analisado, [18] a redação do parágrafo era tal que se podia atribuir sentido explicativo à cláusula final: cargos de confiança ou que a lei declare de livre nomeação e demissão. Agora, como está redigido o parágrafo, há duas hipóteses distintas: cargos de confiança e cargos que a lei declare de livre nomeação e demissão. Não ganhou o texto em clareza com a inovação introduzida, mesmo porque não se conhece em nosso sistema senão uma espécie de cargos de confiança, que são denominados "cargos em comissão".

De qualquer forma, porém, o dispositivo tem a virtude de constituir em regra a efetividade dos cargos públicos: serão de livre nomeação aquêles que a lei o declarar.

Com isso se põe têrmo às dúvidas muitas vêzes levantadas no que diz respeito à forma de provimento dos cargos isolados, no silêncio da lei. Até agora se entendia que o cargo isolado, isto é, aquêle que não se integra em carreira, era sempre de provimento precário, salvo expressa determinação em contrário. O próprio Supremo Tribunal fixou que, não estando a efetividade assegurada em lei, todo provimento é precário, reservando-se o govêrno o direito de livremente demitir o ocupante do cargo. [19]

---

18 José Duarte, *A Constituição Brasileira de 1946*, vol. III, p. 338.

19 Acórdão de 12-8-1916, *in* Mendonça de Azevedo, op. cit., p. 462.