FUNCIONÁRIO PÚBLICO — MILITAR — IMPEDIMENTO DE CONTRATAR COM A UNIÃO

— Sendo funcionário público o diretor presidente da sociedade que assinou contrato com a União, não pode tal instrumento ser registrado.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Processo n.º 25.906

Aviso n.º 1.425, de 1 dêste mês, sôbre o têrmo de aditamento e alteração ao ajuste assinado com a Companhia Construtora Nacional S. A. para o prosseguimento da construção do cais de saneamento de Pôrto Alegre. Es-

tado do Rio Grande do Sul. — (PG. n.º 25.906).

Recusou-se registro ao contrato porque o presidente da contratante é funcionário público, impedido portanto de contratar com a União.

O Senhor Doutor Procurador proferiu o seguinte parecer:

A espécie: — Um contrato entre o Ministério da Viação e Obras Públicas e a Companhia Construtora Nacional S. A.

Assinaram o contrato, como representantes legais da referida companhia, nos têrmos do art. 10 dos seus Estatutos, os Srs. Hermann Schroeder e Luís Toledo de Abreu, êste, militar da reserva, professor da Escola Militar de Resende.

Houve por bem, o Senhor Ministro Rogério de Freitas, relator do processo, mandar ouvir-nos sôbre a legalidade do contrato, à vista do art. 30 dos Estatutos dos Militares, decreto-lei n.º 9.698, de 2 de setembro de 1946.

Declara-se, nesse dispositivo: Aos militares da ativa, é vedado fazer parte de firmas comerciais, de emprêsas industriais, de qualquer natureza, ou nelas exercer funções, ou emprêgo remunerado.

Repete-se no citado dispositivo o art. 226, ns. I e II, do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, onde, com outros têrmos, mas com idêntico propósito de moralidade administrativa, se determina:

E' proibido ao funcionário:

I — Fazer contratos de natureza comercial ou industrial com o Govêrno, por si ou como representante de outrem;

II — Exercer funções de diretor ou gerência de emprêsas bancárias, ou industriais, ou de sociedades comerciais, subvencionadas ou não.

Vai mais além o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, pois, ainda nos itens IV, VI e IX do citado art. 226, proíbe também aos funcionários:

IV — Exercer, mesmo fora das horas de trabalho, emprêgo ou função em emprêsas, estabelecimentos ou instituições que tenham, ou possam ter, relações com o Govêrno, em matéria que se relacione com a finalidade da repartição ou serviço em que esteja lotado;

. . . . . .

VI — Comerciar, ou ter parte em sociedades comerciais, exceto como acionista, cotista ou comanditário, não podendo, *em qualquer caso ter funções de direção ou gerência;*

. . . . . .

IX — Constituir-se procurador de partes ou servir de intermediário perante qualquer repartição pública, exceto quando se tratar de parente até o segundo gráu.

A proibição dêsse item 9, alcança, *ex-vi* do n.º VI, do art. 245, até os funcionários aposentados ou em disponibilidade.

À vista do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, no contrato objeto do processo, haveria, a um só tempo, duas graves infrações: *a*) aparece, fazendo o dito contrato com o Govêrno Federal, como Presidente duma sociedade anônima, *um professor da Escola Militar; b*) aparece ainda, nêsse mesmo contrato, êsse mesmo pro-outubro de 1939, a pena, *ex-vi* duma sociedade anônima — a contratante, — isto é, com funções de direção duma sociedade comercial.

Para essas duas infrações gritantes do decreto-lei n.º 1.713, de 28 de outubro de 1939, a pena, *ex-vi* duma das suas determinações, se o mesmo fôsse aplicável à espécie, seria a de suspensão. — (Vide art. 234, §§ 1.º e 2.º e mais art. 242, ns. II e III). — Não é, porém, o citado diploma legal aplicável aos militares, que têm o seu estatuto próprio.

O Estado, pessoa jurídica de direito público, reduzir-se-ia a mera ficção, se não tivesse ao seu serviço, para exercer as suas complexas e numerosas funções, as atividades intelectuais e físicas das pessoas naturais.

O conceito de serviço público, no Estado Moderno, em que os problemas políticos, cada dia se ampliam mais,

E mais difere e mais se distancia da noção que lhe davam os escritores clássicos.

A idéia de Estado tem como corolário a existência dos funcionários ou empregados que o representam, que realizam o seu serviço, que exercem as suas funções.

Uma das questões bizantinas do direito administrativo foi, durante muito tempo, a distinção *entre funcionário público e empregado público.*

Na definição de "funcionário público" é muito grande a discordância entre os juristas.

Em sentido genérico, temos por funcionários públicos todos os que exercem função pública.

Maurice Hauriou, em seu *Précis Elémentaire de Droit Administratif*, definindo funcionários públicos assim se manifesta:

"On peut considérer comme fonctionnaires tous ceux qui, en vertu d'une nomination de l'autorité publique, sous le nom de fonctionnaires, employés, agents ou sous-agents d'un service public regi par l'Etat ou les autres administrations publiques.

. . . . . .

Les fonctionnaires sont ceux qui sont incorporés a l'institution administrative par une nomination unilaterale de la puissance publique et deviennent des éléments de ces agences colletives qui sont les organes et services des administrations publiques".

(Obra citada, fls. 64).

Na Alemanha, considerava-se funcionário público tôda pessoa investida de uma autoridade pública.

Na Argentina, no conceito do seu Código Civil e do seu Código Penal, respectivamente, art. 1.112 daquêle e 77 dêsse, pelo têrmo genérico "funcionários públicos" se devem entender todos aquêles que prestam serviços à Administração Pública.

"El Código Civil (art. 1.112) solo habla de la responsabilidad de "funcionários públicos" lo que debe entender-se también como un término genérico que compreende al empleado, es decir, al que presta servicios a la Administracion Pública, de una manera permanente, em virtud de un nombramiento; en suma, al agente de la Administracion.

. . . . . .

"El Código Penal, en el libro 1.º, título XII, art. 77, dice:

Por los términos — "funcionário público" — y "empleado público", usados en este Código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones publicas, "*sea por elección popular*" e por nombramiento de autoridad competente.

(Rafael Bielsa — *Derecho Administrativo*, vol. 2, fls. 19, ed. de 1938).

No conceito das leis penais a expressão "funcionários públicos", para os efeitos da respectiva responsabilidade, ainda é mais ampla.

Nela se compreendem todos os agentes de serviço público, de caráter permanente, normal e ordinário, ou sejam todos os que, embora transitòriamente ou sem remuneração, exercem cargo, emprêgo ou função pública, a êles equiparados os que exercem cargos, emprêgos ou funções em entidades paraestatais.

Assim os orientou o Código Penal Brasileiro, decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, art. 27 e seu parágrafo único.

Comentando êsse artigo e seu parágrafo único, o ilustre Ministro Bento de Faria, um dos mais operosos dos nossos juristas, assim se manifesta:

"Além do que ficou dito anteriormente sôbre a conceituação — de funcionário público — como agente de função pública, temos a acrescentar que, para os efeitos penais, devem ser assim considerados, de modo geral, todos quantos desempenham uma atividade disciplinada pelo Estado, com exclusão das pessoas que embora possam ser ajustadas para realizar, acidentalmente, um serviço reclamado pela administração, nem por isso passam a se integrar no seu organismo funcional.

. . . . . .

"Dentro dêsse conceito para o efeito referido, deve ser compreendida a função pública, pouco importando a sua humildade ou importância, desde que entre na esfera de qualquer dos Poderes — legislativo, judiciário ou administrativo. — Conseguintemente, sòmente nesse sentido, os magistrados *são funcionários públicos*, porque desempenham uma função de um dos poderes do Estado, embora, em sentido restrito, não devam assim ser considerados, porque como membros de um dos poderes integrantes da soberania nacional — o Poder Judiciário — não estão sujeitos aos Estatutos particularmente editados para os titulares da função pròpriamente administrativa" (*Comentários ao Código Penal*, vol. 5, fls. 543 e 544, ed. 1943).

As distinções que na doutrina fazem alguns autores entre *funcionário público* e *empregado público*, na nossa legislação nunca tiveram acolhimento.

Desde as leis do Império, como já registrava Ribas, no seu Direito Administrativo, essas expressões sempre foram usadas como equivalentes.

Na República, a Constituição de 1891, em seu art. 34, n.º 25, dizia: "criar e suprimir empregos públicos. etc.".

No Código Penal de 1890, encontramos as duas expressões usadas no mesmo sentido como se poderá ver dos arts. 207, 208, 219 e 244. (Machado Neto, *Pareceres*, fls. 87 e seguintes).

Pecando pela falta de técnica, arriscando-se à temeridade das definições, as nossas leis, realmente, nunca fizeram distinções entre *funcionários* e *empregados públicos*.

Essas distinções, entre nós, foram reservadas para as controvérsias doutrinárias.

No Brasil, a palavra *empregado público* tem um sentido geral, abrangendo, portanto, os funcionários de qualquer natureza.

Essa afirmação é feita, entre outros. por Viveiros de Castro. *Estudos do Direito Público;* Ribas, *Direito Administrativo;* Paulo Viana e Araújo Castro, *Funcionários Públicos;* Galdino Siqueira, *Código Penal, Comentado*, Parte Especial, fls. 125, ed. de 1921; Machado Neto, *Pareceres* e outros.

Para os efeitos da punição do crime de desacato alguns códigos penais incluem entre os funcionários públicos, diremos melhor, entre os que exercem funções públicas, os próprios membros do Poder Legislativo Federal e Estadual.

Essa orientação, aliás, está autorizada pelo parágrafo único do art. 134 do nosso Código Penal de 1890, e pelo próprio art. 327 do nosso novo Código. (Galdino Siqueira e Bento de Faria, *Comentários*, obras citadas).

Mas não só nos autores e nas nossas leis, vamos encontrar como equivalentes, como sinônimas, as expressões *funcionários e empregados públicos.*

O Supremo Tribunal Federal, em decisões várias, desde 1914, num acórdão de 8 de abril daquêle ano, invocado por Paulo Viana e Araújo Castro, também assim considerou as referidas expressões.

Propondo Kammerer, La Fonction Publique en Allemagne, diz o Senhor Pontes de Miranda: "Todo funcionário público executa serviço público, mas, todo serviço público não é executado por funcionário público.

Em conseqüência, o fato de prestar serviço público não confere sempre a qualidade de funcionário público.

. . . . . .

"No estado atual do direito administrativo (no Brasil, do direito constitucional), a noção de funcionário implica a aceitação da função por parte do indivíduo, o que constitui pressuposto subjetivo de voluntariedade, e a entrada, ainda que por pouco tempo, no quadro daqueles que formam a organização ordinária e rígida dos serviços públicos, com exercício da função a *título de profissão*, se não única, principal". (Comentários à Constituição de 1946. fls. 135 e 138, vol. IV).

Outra agitada discussão doutrinária versa sôbre a natureza das relações jurídicas entre o Estado e os seus servidores.

Enfrentaríamos uma digressão fastidiosa e, ademais, sem oportunidade, se quisessemos examinar as diversas teorias sôbre o assunto, algumas disparatadas, quase tôdas fora da época.

As relações jurídicas entre o Estado e seus servidores são de um verdadeiro contrato de direito público, cujas prestações e contra-prestações, direitos e obrigações dos contratantes, nesse contrato *sui-generis*, resultam das condições da investidura, estão nas respectivas leis e regulamentos.

E' um contrato em que deve predominar sôbre o interêsse privado e interêsse pública, ou seja, do próprio serviço público.

As Constituições de 1934 e de 1946 dedicaram um título especial aos funcionários públicos. (Vide 1934, Título VII, arts. 168 a 173; 1946, Tít. VIII, arts. 184 a 194).

As prescrições dêsses títulos são princípios básicos a serem adotados no Estatuto dos Funcionários Públicos, não só da União, como de todo o país. — Estados, Municípios e Territórios.

Um Estatuto dos Funcionários Públicos sempre foi um alentado ideal da classe e do próprio Govêrno, em todos os países.

Na França, como no Brasil, segundo o testemunho do Senhor Temístocles Cavalcânti, as primeiras cogitações sôbre o assunto datam de 1907.

Entre nós, em 1907, Justiniano Serpa, em 1910, Alcino Guanabara, em 1911, Graco Cardoso, em 1913, Muniz Sodré, em 1914, Camilo de Holanda, em 1916, no Govêrno Wencelsau Braz, em 1921, no Govêrno Epitácio Pessoa, João Lyra, em 1923, Homero Batista, em 1929. Sá Filho, Graco Cardoso, Maurício de Medeiros. Henrique Dodsworth e Daniel Carvalho, em trabalhos diversos se ocuparam do assunto.

Afinal, o Govêrno Provisório de 1930, apresentou um projeto de Estatuto dos Funcionários Públicos Civis à Câmara, trabalho que não ficou concluído.

No Estado Novo, surgiu, afinal, com o decreto-lei n.º 1.713, de 28 de outubro de 1939, a desejada realização.

Com uma lei orgânica de regulamentação dos serviços públicos, disciplinando as relações entre o Estado e os seus servidores, com garantias recíprocas, com direitos e obrigações constantes de seus textos "os cargos públicos deixarão de ser o prêmio das prestações e favores, dos manejos da adulação, das intrigas e calúnias dum regime da injustiça e arbítrio".

(Vide Muniz Sodré, justificação do Projeto n.º 153, de 1913; Viveiros de Castro e outros).

A Lei já temos. Em verdade cheia de falhas e a exigir correções. Falhas e correções que serão tanto menos sensíveis e menores, quanto melhores forem os que a aplicarem.

Com censurável falta de técnica, como muito bem reclama o Sr. Temístocles Cavalcânti, o nosso Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, em seu atrigo 2.º considera *funcionário público a pessoa legalmente investida em cargo público*, e no art. 3.º, definindo cargos públicos declara: "Cargos públicos, para os efeitos dêste Estatuto, são os criados por lei, em número certo, com denominação certa e pagos pelos cofres. (Vide *O Funcionário público e o seu Estatuto*, fls. 92).

Os militares, a nosso ver, embora tenham um estatuto pessoal, estejam sujeitos a leis e regulamentos especiais, são funcionários públicos.

E exercem uma grande e relevante função, pois, nas expressões dos textos constitucionais, têm por gloriosa missão, *defender a Pátria e garantir os poderes constitucionais, a lei e a ordem.* (Const. de 1946, art. 177).

Exercem-se, pode-se afirmar, uma missão fundamental à vida do país, à estabilidade do seu regime e de suas instituições.

Cumpre-lhes garantir a integridade nacional e o exercício dos Poderes do regime, as leis e a ordem pública.

Referindo-se aos militares doutrina Gaston Jèze, professor da Faculdade de Direito de Paris:

"A nuestro juicio, los soldados son agentes públicos propriamente dichos.."

. . . . . .

"La fuerza pública se instituye para defender al Estado contra los enemigos exteriores y para asegurar dentro el mantenemiento del orden y el cumprimiento de las leyes.

. . . . . .

"Podemos, pues, concluir manifestando que todos los militares del Ejército de tierra — oficiales, sub-oficiales, cabos y soldados — y los marinos de cualquier grado son agentes públicos propriamente dichos'. (Obra citada, edição de 1928, fls. 443 e 445).

No mesmo sentido se manifestava Duguit, no seu Traité de Droit Constitutionel, vol. I, fls. 431.

Na prática do nosso regime, várias vêzes, tem sido as Fôrças Armadas utilizadas para o exercício de funções e serviços públicos.

Haja vista que o Código Eleitoral dá à Justiça Eleitoral a faculdade de requisitar Fôrça do Exército para garantia dos respectivos pleitos.

Em verdade a grande e gloriosa missão do Exército, entre nós, como nos demais países, é a defesa da integridade nacional contra os ataques do exterior, mas a êle também incumbe garantir o regime, as suas instituições e a ordem).

Escrevendo sôbre a organização da Polícia e do pequenino Exército de Cuba, diz o Professor Lancis y Sánchez :

"La Policia y el Ejército — Como el término policia envuelve una idea de seguridad tan arraigada y general, su estudo conduce a considerar conjuntamente com su nocion, la función del ejército, de tan intimas relaciones con aquella; pero de naturaleza tan diversa.

El ejercito llena, también, una función de defensa de la sociedad, aunque su missión esté mas especificamente referida a los ataques que la misma pueda sufrir del exterior.

De esta diferencia de finalidad, entre ambos cuerpos, se deducen las caracteristicas que distinguem a ambos, no obstante su ya señalada identidad de fines, en le general".

"Aunque en las características expuestas debe entender-se indicados ya el concepto de cada uno de esos cuerpos, no puede silenciarse que el ejército llena, a veces, funciones de policía; y que ésta, respondendo a los principios que tienden a convertirla en un cuerpo armado, pretende gozar de las vias de excepción que caracterizan la actuación del primero". (*Derecho Administrativo*, La Habana, edição de 1945, n.º 31, págs. 71 e 72).

Têm, porém, os militares um estatuto próprio pessoal.

Essa circunstância decorre da natureza de suas funções, da sua situação nos quadros administrativos, das normas especiais a que êles estão sujeitos, da disciplina que constitui a sua fôrça na garantia da integridade nacional, do regime adotado no país, de suas leis e da ordem pública.

Mas daí, de ser a "classe dos militares distinta e sujeita a normas especiais, a estatuto distinto e a fôro especial nos delitos militares", própria e impròpriamente militares, não resulta que êles não exerçam uma função pública, e das mais elevadas, não sejam também servidores públicos.

O Estatuto das nossas Fôrças Armadas foi baixado com o decreto-lei n.º 9.698, de 2 de setembro de 1946.

No seu art. 1.º, diz êsse diploma legal:

"O Estatuto dos Militares regula os direitos, prerrogativas, deveres, responsabilidades, *casamento* e herança militar dos oficiais e praças do Exército, da Marinha e da Aeronáutica".

Militares brasileiros, segundo o respectivo Estatuto *são todos os incorporados às Fôrças Armadas*, com situação definida na hierarquia militar, formando uma classe especial, una e indivisível de *servidores da Pátria.*

Na sua carreira o militar é *da ativa, da reserva ou reformado.*

Nas classes armadas, *a reserva* tem diferentes modalidades.

Em qualquer dessas modalidades, porém, a pretexto algum, pode ser equiparada à reforma.

No art. 4, § 2.º, o citado decreto-lei n.º 9.698, de 2 de setembro de 1946, declara: "Militar da reserva é o que tendo prestado serviço na ativa, passa à situação da inatividade permanente, remunerada ou não. A expressão *militar da reserva* compreende, também, os oficiais oriundos dos órgãos de preparação de oficiais da reserva."

Os militares que passam a professôres do ensino militar, como no caso do signatário do contrato, Coronel Luís Toledo de Abreu, são transferidos para a reserva.

Mas, nessa situação de reserva mais do que em qualquer outra, êsses militares não podem, sob qualquer pretexto, ser, sequer assimilados aos *militares reformados*.

Os professôres do ensino militar, como se sabe, têm o soldo do pôsto, uma gratificação, honras militares e direito a promoção.

Os que inicialmente, eram militares, estavam em contacto com a tropa, em funções genuinamente militares, uma vez nomeados para o magistério militar, são transferidos para a reserva.

Mas essa transferência não é da atividade para a inatividade.

É, de fato e de direito, transferência apenas de funções, igualmente funções de atividade — da tropa para o ensino.

Dando lições, tendo direito a acesso nos quadros do magistério militar e honras militares, os professôres do ensino militar, que, inicialmente, foram militares, passaram para a reserva, continuam no exercício de funções públicas.

Êsse entendimento da situação dos oficiais do Exército que, por serem nomeados para o magistério militar, são transferidos *para a reserva*, resulta da leitura mais superficial do decreto-lei n.º 103, de 23 de dezembro de 1937, em cujo art. 3.º e seus parágrafos se lê:

"Art. 3.º O oficial do Exército só poderá inscrever-se em concurso para provimento dos lugares de catedrático e adjunto de catedrático de que trata o § 1.º do art. 2.º, quando houver atingido o pôsto de capitão sem falta alguma que o desabone, contar mais de dez anos de serviço e tiver no máximo trinta e cinco anos de idade.

§ 1.º Nomeados professôres catedráticos ou adjuntos de catedráticos, os oficiais serão transferidos para a reserva, no pôsto imediatamente superior ao que tiverem na atividade por ocasião da nomeação, não podendo haver, porém, transferência em pôsto superior ao de coronel. A aceitação da nomeação importa em renúncia definitiva do serviço ativo do Exército, para o qual o oficial transferido para a reserva não mais poderá reverter.

§ 2.º Êsses oficiais terão, porém, gradual acesso na reserva até o pôsto de coronel inclusive, conforme seu tempo de serviço e de modo que sejam *majores, tenentes-coronéis e coronéis*, quando contarem respectivamente 15, 20 e 30 anos de serviço público.

§ 3.º Os vencimentos dos professôres catedráticos e adjuntos de catedráticos, quando oficiais da reserva, serão os mesmos que perceberem os oficiais de igual patente do Exército ativo e como êstes, poderão contribuir para o montepio, na forma da legislação que vigorar".

E, no seu art. 11, êsse mesmo diploma legal determina:

"Art. 11. O regime disciplinar, a que ficam sujeitos professôres, instrutores e preparadores, será o prescrito nos regulamentos dos respectivos institutos de ensino e no disciplinar para o Exército".

Como se sabe, os professôres do ensino militar — catedráticos e adjuntos — são vitalícios, não podem ser dispensados por conveniência da disciplina, por moléstia, ou deficiência do ensino, como ocorre com os contratados ou em comissão (art. 8.º).

Sendo assim, um professor da Escola Militar, que saiu do Exército, foi colocado na reserva, numa reserva *sui generis*, a todos os títulos, apenas foi transferido de funções, mas, nas novas

funções, no magistério militar, está em plena atividade. Não está inativo.

Saiu êsse professor dum serviço para outro, saiu da tropa para as atividades da docência nos estabelecimentos de ensino militar.

Está, pois, abrangido na proibição do Estatuto dos Militares, constante do art. 30 do citado decreto-lei n.º 9.693, de 2 de setembro de 1946, onde se dispõe: *Aos militares da ativa é vedado* fazer parte de firmas comerciais, de emprêsas industriais de qualquer natureza, ou nelas exercer função, ou emprêgo remunerado".

E, em relação aos professôres e instrutores militares, vedou-se mais o exercício do magistério, ou de funções de direção, gerência e outras, de caráter administrativo, em estabelecimento de ensino civil, ou cursos particulares, embora não oficializados. (Artigo citado, § 5.º).

No caso concreto do contrato de fôlhas, há, pois, uma dupla irregularidade; aparece um professor da Escola Militar como diretor presidente duma sociedade comercial, e, ainda mais, contratando, *como representante dessa sociedade, com o Govêrno.*

A possível objeção de que a lei só se refere *a militar da ativa,* não terá a menor procedência. "Legis menti magis est attendenda, quam verbis".

As leis devem ser entendidas mais pela finalidade, pelo sentido que as inspirou, do que pelas suas palavras.

Na proibição do art. 30 do Estatuto dos Militares, onde, como já dissemos, se repetiu a orientação, ainda mais avançada, do decreto-lei n.º 1.713, de 28 de outubro de 1939, se teve em vista não só evitar que funcionários públicos, civis ou militares, dispersassem suas atividades em outros setores, como também que se aproveitassem de suas funções para, nesses setores, obter lucros, fazer negócios.

No Estatuto civil, como frisamos, a providência foi tomada com mais alcance, pois, numa das suas modalidades, atinge até os funcionários aposentados e em disponibilidade.

Um professor do ensino militar, pouco importa *a situação de transferido para a reserva,* de que falam as respectivas leis, está no exercício, está na atividade de funções públicas.

Para o efeito que se teve em vista na vedação constante do art. 40 do decreto-lei n.º 9.698, de 2 de setembro de 1946, êsse professor é um funcionário em plena atividade.

Se a atividade não é na tropa, no contacto dos soldados e oficiais componentes do Exército, é no desempenho da instrução e do ensino militar, isto é, de verdadeiras funções públicas.

A razão elevada da vedação deve prevalecer a seu respeito.

As palavras, por mais que se esforcem os legisladores, nunca dizem mais que o sentido, os propósitos das leis.

Em conclusão:

À vista do art. 30 do Estatuto dos Militares, o contrato de fôlhas foi assinado para quem não tinha capacidade para o ato, por quem, por expressa proibição legal, não podia fazê-lo.

Aliás, nos autos, o Coronel Luís Toledo presidente da Sociedade Anônima contratante, aparece ainda como capitão, vide documento de fôlhas, isto é, como da ativa.

Opinamos, pois, que seja recusado registro ao dito contrato.

E' nosso parecer.

Rio de Janeiro, 21 de setembro de 1948. — *Leopoldo Cunha Melo.*

O Senhor Ministro Rogério de Freitas, relator, vencido, fundamentou seu voto nos seguintes têrmos: Contrato entre a União e uma emprêsa construtora, para execução de obras da qual faz parte como presidente um oficial da reserva do Exército, professor do Colégio Militar.

Levantada em sessão de 17 de setembro a dúvida sôbre a incompatibilidade do exercício da profissão de comerciante com a de Oficial do Exército, embora na reserva, como professor do Colégio Militar, volta agora o contrato a decisão do Tribunal.

O Sr. Dr. Procurador Geral em seu erudito parecer depois de profundo es-

tudo sôbre a legislação atinente ao funcionalismo público em geral, se detem especialmente no exame dos dispositivos do Estatuto dos Funcionários Civis da União, passando em seguida a apreciar o Estatuto dos Militares, para concluir pela incompatibilidade entre as funções exercidas pelo signatário do contrato, com a profissão de comerciante, e em conseqüência, entendia que, por se tratar de uma reserva *sui generis*, lhe era vedado assinar contrato com a União.

Quem pode exercer atividades comerciais ?

Pela Constituição Federal, art. 141, § 14, *"E' livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer"*.

Diante do texto constitucional a lei ordinária é que estabelece as condições de capacidade para o exercício de qualquer profissão, inclusive a do comerciante.

Neste caso, isto é, quanto à profissão de comerciante, o que regula o assunto é o Código Comercial, que estabeleceu como requisitos essenciais à qualificação legal de comerciante os seguintes:

1.º) capacidade jurídica; 2.º) exercício ou prática de ato de mercância; 3.º) profissão habitual dêsse exercício.

Cada um dêsses elementos é essencial, o conjunto de todos determina a profissão de comerciante sem outro requisito formal.

Entre as incompatibilidades para o exercício da profissão de comerciante, estabeleceu o Código Comercial, art. 2.º, as seguintes:

1) Os presidentes ou governador dos Estados dentro dos territórios dêstes; 2) Os magistrados federais e estaduais; 3) *Os oficiais militares de terra e mar, salvo se forem reformados;* 4) Os oficiais dos corpos policiais; 5) Os empregados de Fazenda; 6) Os coletores e escrivães; 7) Os cônsules em seus distritos, salvo os não remunerados.

Pelo disposto no § 3.º citado, o exercício da profissão de comerciante é incompatível *com a atividade militar*.

Aliás o Código Penal da Armada aprovado pelo decreto n.º 18, de 7-3-891, ampliado ao Exército pela lei n.º 612, de 29-9-1899, já dispunha no art. 176: "Todo indivíduo *ao serviço ativo da Marinha de Guerra* e que exercer habitualmente a profissão de comércio". Pena de...

Assim, o militar de terra e mar que pertencer ao serviço ativo da Marinha de Guerra e do Exército está impedido de aceitar cargos de direção de emprêsas cujo exercício importe em ato de comércio.

Nesse mesmo sentido encontramos no *Diário Oficial* de 29 de outubro de 1891, o despacho do Ministro da Guerra: "Em face da clara e terminante disposição do Código Comercial e legislação subseqüente, os militares de mar e terra não podem aceitar cargo de diretor de companhias que importe em ato de comércio".

Vê-se, pois, que o Código Comercial, regulador das atividades e da profissão de comerciante, veda o exercício dessa profissão aos militares do *serviço ativo* do Exército.

É necessário, porém, que essa incompatibilidade se funde em motivo valioso de utilidade ou interêsse público, sem o que importaria em cerceamento da liberdade do exercício de qualquer profissão assegurada pela Constituição Federal.

"As incompatibilidades ou proibições devem ser estabelecidas por leis especiais."

A mercância ou o exercício profissional do comrcio não é, em regra, incompatível com outras profissões.

Caso de incompatibilidade e de proibição do exercício do comércio existem, estabelecidos por motivos valiosos. Sem fundamento na utilidade ou no interêsse público, tais incompatibilidades ou proibições seriam um atentado contra a liberdade do trabalho e da indústria comercial" (Carvalho de Mendonça, ob. citada. 3.ª edição, II vol., pág. 106, n.º 128).

Vejamos agora diante dos Estatutos dos Militares (decreto-lei n.º 9.698, de 2-9-46), regulador dos direitos, prer-

rogativas, deveres, responsabilidades, casamento e herança militar dos oficiais e praças do Exército, Marinha e Aeronáutica, quais são as restrições impostas aos militares e quais os motivos de utilidade e interêsse público que os impedem de exercer a profissão de comerciante.

Dispõe o art. 30 do Estatuto dos Militares: "*Aos militares da ativa* é vedado fazer parte de firmas comerciais, de emprêsas industriais de qualquer natureza ou nelas exercer função, ou emprêgo remunerado."

Reproduz neste artigo o Estatuto a mesma proibição, já anteriormente existente.

Os §§ 1.º e 2.º ampliam essa proibição, aos militares da reserva ativa da Marinha e aos militares da reserva *quando convocados*. O § 3.º, permite aos militares da *ativa poder exercer diretamente* a gestão de seus bens, desde que não infrinjam o disposto no presente artigo. O § 4.º permite aos oficiais titulares dos quadros de saúde e veterinária o exercício de atividades técnico-profissionais no meio civil desde que não prejudique o serviço. O § 5.º veda aos *professores* e instrutores o *exercício do magistério ou de funções de direção e outras, de caráter administrativo, em estabelecimento de ensino civil, ou cursos particulares, embora não oficializados*.

Assim, por disposição expressa de lei, estão os militares *da ativa* do Exército, Marinha e Aeronáutica, proibidos de fazer parte de firmas comerciais, de emprêsas industriais de qualquer natureza ou nelas exercer qualquer função ou emprêgo remunerado.

Quanto a êsse ponto, nenhuma dúvida existe, pois são acordes os textos do Código Comercial e os das leis especiais.

Vedado o exercício da profissão de comerciante pelos militares da *ativa*, pelos valiosos motivos de ordem legal e de interêsse público, examinemos a situação dos militares da reserva em relação à atividade comercial.

Preliminarmente, cumpre-nos esclarecer quais são os casos de reservas estabelecidos pelo Estatuto dos Militares (decreto-lei n.º 9.698, de 2 de setembro de 1946).

Pelo art. 51, é transferido para a reserva e classificado em uma das modalidades, o militar que, de acôrdo com a legislação especial do Exército, da Marinha e da Aeronáutica: *a*) atinge a idade limite de permanência no serviço ativo; *b*) conte mais de 25 anos como tempo de efetivo exercício solicite transferência para a reserva de acôrdo com a legislação especial; *c*) em virtude de disposições legais, deva ser transferido para a reserva; *d*) aceite cargo público civil de provimento efetivo; *f*) fôr nomeado em caráter efetivo para a função de magistério militar.

As restrições impostas aos militares pelo art. 3.º e seus parágrafos são as seguintes:

1) *Aos militares da ativa é vedado: a*) fazer parte de firmas comerciais; *b*) fazer parte de emprêsas industriais de qualquer natureza; *c*) exercer nelas função ou emprêgo remunerado;

2) *Aos militares classificados na reserva ativa* da Marinha aplica-se também essa proibição.

3) Os militares da reserva, quando convocados, ficam inibidos de tratar nos corpos, repartições públicas civis ou militares, e em qualquer estabelecimento militar, interêsses da indústria ou comércio, a que estiverem associados.

4) Aos professôres e instrutores é vedado o exercício do magistério ou de funções de direção, gerência e outras, de caráter administrativo, *em estabelecimentos de ensino civil, ou cursos particulares,* embora não oficializados.

Daí se conclue que as restrições do art. 30 em relação aos militares da ativa e do § 1.º quanto aos militares classificados na reserva ativa da Marinha, são absolutas.

As restrições impostas aos militares da reserva, constantes do § 2.º, sòmente se aplicam *quando convocados*, e, assim mesmo, relativas, pois os inibe de tratar nos corpos, repartições civis e militares e em qualquer estabeleci-

mento militar de interêsse da indústria ou comércio a qual estiverem associados: mas não os proíbe de fazer parte de firma comercial ou emprêsa industrial.

Quanto às restrições constantes do § 5.º a proibição referente aos professôres e instrutores é absoluta, mas *sòmente em relação ao exercício do magistério ou de funções de direção, gerência e outras de caráter administrativo, em estabelecimentos de ensino civil, ou cursos particulares, embora não oficializados.*

Fora destas nenhuma restrição pode prevalecer para incompatibilizar o militar ao exercício de qualquer outra profissão.

Entender-se de modo diferente, seria contrariar o velho princípio de direito pelo qual, "As leis que restringem direitos ou abrem exceções, só abrangem os casos que especificam".

Resta-nos agora saber se o oficial do Exército nomeado professor catedrático pertence ao serviço ativo ou à reserva.

A nosso ver nenhuma dúvida pode existir quanto a êsse ponto, porque dispondo o Estatuto dos Militares:

"Art. 51. *É transferido para a reserva* e classificado em uma de suas modalidades, o militar que de acôrdo com a legislação especial do Exército, da Marinha e da Aeronáutica:

.....

f) fôr nomeado, em caráter efetivo, *para a função do magistério militar.*"

De acôrdo ainda com o art. 60 parágrafo único do Estatuto citado, os membros do magistério militar terão sua situação regulada por legislação especial.

Qual é essa legislação especial? O decreto-lei n.º 103, de 23 de dezembro de 1937.

O que diz essa legislação? o seguinte: Art. 3.º, § 1.º:

"Nomeados professôres catedráticos ou adjuntos de catedráticos, *os oficiais serão transferidos para a reserva,* no pôsto imediatamente superior ao que tiverem na atividade por ocasião da nomeação não podendo haver porém transferência em pôsto superior ao de coronel. *A aceitação da nomeação importa em renúncia definitiva do serviço ativo do Exército, para o qual o oficial transferido para a reserva não mais poderá reverter.*"

É incontestável, pois, que o militar que aceitar a nomeação para o cargo de professor do magistério militar, será transferido para a reserva. É incontestável também, que essa aceitação importa em renúncia definitiva do serviço ativo do Exército para o qual o oficial transferido jamais poderá reverter.

O dispositivo legal a respeito não permite outra interpretação. Não há argumento ou lógica capaz de convencer que um militar transferido para a reserva, por renúncia definitiva do serviço ativo do Exército, possa ser considerado como pertencente à atividade militar.

Diante do exposto, chegamos às seguintes conclusões:

1.º) O professor catedrático do Colégio Militar pertence à reserva do Exército, por fôrça do art. 51, letra *f*, do Estatuto dos Militares;

2.º) Que a legislação especial aplicável à espécie, decreto-lei n.º 103, de 23 de dezembro de 1937, que regula a situação dos membros do magistério militar e que determina a transferência para a reserva dos militares que aceitarem a nomeação para professor catedrático ou adjunto, estabelece como definitiva a renúncia do serviço ativo do Exército;

3.º) Que a única restrição imposta à atividade dos professôres e instrutores do magistério militar, é a proibição para o exercício do magistério ou de funções de direção, gerência e outras, de caráter administrativo, em estabelecimento de ensino civil, ou cursos particulares, embora não oficializados (§ 5.º art. 30, Estatuto dos Militares).

Qualquer outra restrição que se fizer ou incompatibilidade que se quiser criar, atenta contra a liberdade constitucional do livre exercício de qual-

quer profissão assegurado pela Constituição Federal no § 14 do art. 141 que trata dos Direitos e das Garantias Individuais.

Penso, pois, que o professor Cel. Luís Toledo, como presidnte da Cia. Construtora Nacional S.A. não estava impedido de assinar com a União o contrato objeto de discussão, para execução de obras.

Pelos fundamentos expostos, voto pelo registro do contrato.

Sala das Sessões, 28 de setembro de 1948. — *Rogério de Freitas.*