O CAPÍTULO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS NA NOVA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

ALAIM DE ALMEIDA CARNEIRO

SUMÁRIO: 1 — *A sistemática constitucional*. 2 — *O art*. 184 *e o conceito de cargo público*. 3 — *O acesso aos cargos públicos e a igualdade perante a lei*. 4 — *Restrições quanto ao sexo*. 5 — *Diferença entre brasileiros natos e naturalizados*. 6 — *Nacionalidade e cidadania*. 7 — *Lei formal e lei material*.

1. Na Constituição do Império e na da primeira República não havia disposições especiais sôbre funcionários. Fôra apenas consignado, como decorrência do princípio de igualdade, a igual possibilidade de acesso aos cargos públicos.

A Constituição vigente, todavia, embora encerre inúmeros artigos esparsos sôbre funcionários, reuniu num só título as disposições gerais sôbre o provimento, exercício e vacância dos cargos públicos.

O primeiro trabalho, portanto, na exegese do capítulo, seria a fixação de sua amplitude, pela exata conceituação constitucional de "cargo" e "funcionário".

Acontece, porém, que, seguindo o defeituoso modêlo anterior, o legislador constitucional ora empregou o têrmo em sentido muito amplo, para compreender tôda a classe dos servidores públicos, federais, estaduais, municipais ou territoriais, ora restringiu excessivamente o conceito, de modo a abranger, apenas, os que exercem, no âmbito federal, um cargo público pròpriamente dito.

Em face dessa disparidade de critérios, torna-se essencial que o exegeta se detenha no exame de cada artigo antes de fixar a amplitude dos têrmos empregados.

2. Dispôs o art. 184 da Constituição vigente: "Os cargos públicos são accessíveis a todos os brasileiros, observados os requisitos que a lei estabelecer".

Comentando artigo equivalente da Constituição de 1934, Pontes de Miranda comparou o texto às Cartas grêga e finlandesa, para reparar que aquêlas tinham tido a cautela de fixar o critério a ser adotado com referência aos "cargos" para os quais pudessem ser contratados estran-

geiros, ao passo que a nossa reservava todos, indistintamente, aos cidadãos brasileiros.[1]

De fato. Considerando o têrmo em sentido amplo, como equivalente a "função pública", seria mister fixar as exceções, sem o que um estrangeiro não poderia ser admitido nem mesmo para um serviço inferior ou braçal, como diarista ou tarefeiro, ou para uma função superior e técnica, como contratado.

A dúvida levantada por Pontes de Miranda já havia ocorrido aos legisladores constituintes e, tanto assim, que o projeto do art. 168 da Constituição de 1934 expressamente dispunha: "Excepcionalmente, um estrangeiro poderá ser contratado para o desempenho de função técnica".

O próprio fato, entretanto, da restrição proposta no projeto não ter sido acolhida em plenário parece demonstrar que foi considerada desnecessária, por estar o têrmo "cargo público" alí empregado em sentido restrito.

Foi êsse, de fato, o entendimento posteriormente fixado. Os cargos públicos, pròpriamente ditos, estavam reservados aos brasieliros, mas as demais funções públicas poderiam ser exercidas por qualquer estrangeiro.

Redação idêntica adotou a Constituição de 1937, art. 122, item III. A referência, também, é feita a "cargo público". A dúvida, porém, não podia mais prevalecer porque a Constituição, no seu art. 156, letra *a*, expressamente definiu o sentido do têrmo empregado.

Tendo em vista, portanto, a inalterabilidade da nossa situação administrativa, e a patente continuidade do preceito, que filia o texto vigente às Constituições anteriores, somos forçados a admitir que, também agora, em sentido restrito está o têrmo usado.

Aliás, quando a Constituição quis empregar o têrmo genérico, de modo a compreender todo o serviço público, usou a expressão "função pública" e não "cargo público", como, por exemplo, nos arts. 181, § 3.º, e 136.

3. A revolução francêsa, desde 1789, e a americana, desde 1776, deduziram, pràticamente, como conseqüência jurídica do princípio de igualdade de todos perante a lei, a igual possibilidade de acesso aos cargos públicos. 2.

De acôrdo com êsse critério, e com melhor técnica, a Constituição de 1937 — que também reservou um capítulo aos funcionários — dispôs sôbre o acesso aos cargos públicos (art. 122, 3) no capítulo dos Direitos e Garantias Individuais, como convinha.

Essa filiação doutrinária, uniformemente aceita, [3] sofre em nosso regime uma restrição aparente: ao passo que a igualdade perante a lei

---

1 Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, Rio, 1937, t. II, p. 452, n. II.

2 Eugênio M. de Hostos, *Leciones de Derecho Constitucional*, Paris, 1908, p. 214.

3 A Esmein, *Eléments de Droit Constitutionnel Français et comparé*, 1906, p. 447.
Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, 1930, v. III, p. 632;
Attilio Brunialti, *Il Diritto Costituzionale*. 1900, v. II. p. 636.

é indistintamente reconhecida a brasileiros e estrangeiros residentes no país (art. 141, § 1.º), o acesso aos cargos públicos, acompanhando a tendência universal [4], é reservada sòmente àqueles.

Tal restrição, entanto, mister é que se diga, não importa no repúdio à filiação invocada. O art. 184 prende-se ao art. 141, pois nada obsta a que o legislador constitucional, dispondo sôbre o provimento dos cargos, tivesse aberto uma exceção à regra geral a que não estava subordinado.

Esta questão, pareça embora meramente acadêmica, é de suma importância: dela decorre interpretação restritiva à capacidade outorgada ao legislador para estatuir requisitos ao provimento dos cargos públicos. Isto é: à lei ordinária ficou reservado criar os pressupostos para o provimento dos cargos públicos; dada, porém, a filiação do art. 184 ao princípio geral estabelecido no art. 141, § 1.º, tais pressupostos a ambos os dispositivos citados forçosamente se subordinarão. [5]

Assim, pois, embora o art. 185 apenas se refira a "requisitos", *latu sensu*, não será admissível que se exijam, a êsse título, condições de nascimento, fortuna, raça, crença religiosa, etc.

Tanto vale dizer que são inconstitucionais, independentemente do disposto no art. 31, as restrições estabelecidas em alguns Estados, que limitam aos seus naturais o acesso aos cargos públicos.

4. O legislador constitucional de 1934 (art. 168), seguindo o modêlo alemão, expressamente vedou qualquer restrição no provimento dos cargos públicos com fundamento na diferença de sexo. [6]

Critério idêntico foi adotado nas Constituições da Espanha (art. 40), da Estônia (art. 6.º), da Irlanda (art. 8.º), da Lituânia (art. 11), da Romênia (art. 6.º), da Checoslováquia (art. 10, n.º I) de Dantzig (artigo 73) etc. [7].

A Constituição vigente silenciou a respeito, no que parece que não andou bem. Dir-se-á que a igualdade perante a lei, fixada no art. 141 da Carta, é garantia suficiente ao acesso das mulheres aos cargos públicos. Parece-nos que não.

Não há país onde o princípio de igualdade desfrute de maior prestígio do que os Estados Unidos. [8] A lei ordinária, entretanto, limitou francamente o acesso de mulheres aos cargos públicos federais, [9] o que

---

4 Leonard D. White, *Civil Service in the modern State*, Chicago 1930.

5 Pontes de Miranda, ob. cit., v. II, p. 452.

6 Constituição de Weimar, art. 178.

7 *Apud* J. Guimarães Menegale, *Direito Administrativo e Ciência das Finanças*, 1933, v. I, ps. 184-186.

8 Thomas M. Cooley *The General Principles of Constitutional Law in the Unites States of America*, Boston, 1898, p. 247.

9 Rule VII das "Civil Service Rules" de abril de 1905, revista em 15 de setembro de 1934; R. S. de 12 de julho de 1870.

Apud Temístocles Brandão Cavalcânti, *Tratado de Direito Administrativo*, Rio, 1942, v. III, p. 159, nota 51.

A respeito dizem MOSHER AU KINSGSLAY: *"The elimination of sex barriers to recruitment has given rise to a lengthy struggle, and one not yet concluded. In general, however, there are anow no legal provisions restricting the public services in America to males"*. E, mais adiante: *"Neverteless, sex barriers still exist in practics, if not in law, and definitely affect the field of recruitment. Mosher e Kingslay*, Public Personnel Administration, 1941, p. 124).

é considerado decorrência necessária do direito de regulamentação profissional que o poder de polícia faculta ao Estado. [10]

Na Itália, na carência de vedação constitucional expressa, secularmente vêm sendo as mulheres excluídas da maioria dos cargos públicos, [11] o que os juristas assinalam, sem apontar nisso nenhuma ofensa ao princípio geral da igualdade. [12]

Na Argentina, o legislador constitucional estabeleceu não sòmente que todos os habitantes são iguais perante a lei, como, ainda, que são igualmente admissíveis aos cargos públicos, "sem outra condição que não seja a idoneidade". [13] Apesar dessa linguagem categórica, dúvidas surgiram quanto à nomeação de mulheres para os cargos públicos, defendendo-se, a propósito, interpretação muito ampla da condição de "idoneidade. [14]

Aliás, já em 1891, apesar do teor liberal do Diploma, do sentido amplo do dispositivo correspondente (art. 73) e da nossa tradição consagrada, [15] muitas dúvidas surgiram a respeito, [16] havendo mesmo quem defendesse a tese de que o acesso das mulheres aos cargos públicos só se justificaria se houvesse texto permissivo expresso. [17]

Se era desejo do legislador, portanto, como a nossa tradição indica, assegurar o acesso das mulheres aos cargos públicos, indiscriminadamente, e em igualdade de condições com os homens, seria mister tê-lo feito expressamente. Do contrário, restrições poderão ser feitas, considerado o sexo como requisito de capacidade.

A capacidade física, diz Matos de Vasconcelos, é função da saúde, da idade e do sexo: [18] *corporalis munera feminis ipse sexus denegat,* ensinava Ulpiano.

---

10 Diz Andrew: "as to professions which are the propoer subject of license and regulation, it cannot be said that a law wich excludes women from their exercise in necessarily void": (James Dewitt Andrews, *A Treatise on the Jurisprudence, Constituion and law of the United States,* Chicago, 1900, p. 626).

11 L. M. Giriodi, *I publici uffici e la gerarchia amministrativa, in* V. E. Orlando, *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano,* v. I, parte 1a., p. 343.
Petrozziello, *in* V. E. Orlando, of. cit., v. II, parte 3a., p. CLXI.

12 Attilio Brunialti, ob. cit., p. 636.

13 Constituição argentina, art. 16.

14 Juan A. Gonzàlez Calderón, *Derecho Constitucional Argentino,* 1918, t. II, p. 3.

15 Aristides Milton se refere ao Alvará de 17 de dezembro de 1808, pelo qual o príncipe regente fêz mercê a D. Maria José de Mendonça Figueira e Azevedo do ofício de escrivão das execuções da Vila e Comarca de Sabará, na antiga província de Minas Gerais. (Aristides A. Milton, *A Constituição do Brasil,* Rio, 1898, 2a. ed., p. 363).
Também o Ministro Castro Nunes se refere à nomeação, pelo interventor Aurelino Leal, de uma mulher para o cargo de tabelião e escrivão de Cantagalo, no Estado do Rio. (*Jornada Revisionista,* p. 129, nota 18).

16 Rodrigo Otávio, *Pareceres* 626 e 678 do Consultor Geral da República, de 23-8-1921 e 30-5-1922, respectivamente;
Solidônio Leite, parecer n. 1 do Consultor Geral da República, de 4-1-1930.

17 E' difícil, diz Alcides Cruz, responder se, na falta de disposição expressa, pode a mulher ser admitida ao exercício do funcionalismo público. (Alcides Cruz, *Direito Administrativo Brasileiro,* 2a. ed., 1914, p. 90).
Em sentido contrário se manifesta Matos de Vasconcelos, *Direito Administrativo,* Rio, 1937, v. II, p. 437.

18 José Matos de Vasconcelos, ob. cit., p. 436.

5. E' da nossa tradição constitucional reservar aos nacionais o acesso aos cargos públicos. Nesse sentido são claros os dispositivos de tôdas as nossas Constituições republicanas, que sempre se referem a "brasileiros".

Como, porém, no art. 129 da Carta, igualmente se denomina de brasileiro o nato e o naturalizado, a uns e outros se estendem a prerrogativa constitucional do art. 184.

Realmente. Quando, para qualquer efeito, quis a Constituição distinguir brasileiros natos dos naturalizados, expressamente o fêz, como nos arts. 38-I, 80-I, 90-I, 99, 103 e 126.

Em face do exposto, pode-se afirmar a inconstitucionalidade de lei que, regulando o provimento dos cargos públicos, em geral, exigisse, como condição absoluta, a qualidade de brasileiro nato, ou fixasse um prazo de carência após a naturalização.

Claro está, no entanto, que não se pode questionar sôbre a constitucionalidade de lei que, no interêsse da administração ou da segurança nacional, limitasse aos cidadãos natos o acesso a certos e determinados cargos públicos.

Também a Constituição argentina, como já vimos, assegura a todos, nacionais ou estrangeiros, o acesso aos cargos públicos, mas, nem por isso, se inquina de inconstitucional a lei que considera determinados cargos acessíveis apenas aos nacionais. [19]

O fato da Constituição exigir, expressamente, a cidadania para determinados cargos, diz Bullrich, não impede que a lei ordinária possa exigí-la para outros. [20]

6. Referindo-se a Constituição, no artigo comentado, a "brasileiros", preferiu o critério da nacionalidade ao da cidadania, adotado pela Lei do Império (art. 179, § 14).

Não são técnicamente idênticos os sentidos jurídicos dos dois têrmos, embora vulgarmente se confundam. A qualidade de cidadão supõe a nacionalidade, mas compreende, ademais, a plenitude dos direitos políticos. E', como diz Bluntschli, a expressão plena das relações políticas entre o indivíduo e o Estado. [21]

Nossa Constituição, aliás, distinguiu os conceitos, tanto assim que denominou o Capítulo I, do Título IV, "Da nacionalidade e da cidadania".

Isto pôsto, exigindo o art. 189 apenas a nacionalidade para o provimento dos cargos públicos, não impôs, como condição absoluta, o gôzo pleno dos direitos políticos, muito embora tenha estabelecido, no art. 136, que a perda dêstes acarreta, simultâneamente, a do cargo ou função.

Nada obsta, portanto, a que a legislação ordinária, respeitado o disposto no § 3.º do art. 181 da Constituição, permita, por exemplo, o ingresso em cargo público do menor de 18 anos.

---

19 Rafael Bielsa, *Principios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1942, p. 396.

20 Rodolfo Bullrich, *Principios Generales de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1942, p. 304.

21 *Apud* Amancio Alcorta, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 1927, t. I, p. 316.

Na Constituição de 1937, falava-se em "lei ou regulamento", no que diz respeito à capacidade de estabelecer requisitos para o provimento de cargos públicos.

Os textos anteriores, todavia, como também o vigente, referem-se, apenas, a "lei".

Pontes de Miranda, comentando a Constituição de 1934, diz que a expressão aí empregada, como no art. 128 da Constituição alemã, é lei no sentido material e não no sentido formal, e que, assim, bastará qualquer fonte de direito, desde que se trate de Poder com autoridade para tanto. 22

Aplica-se à nova Constituição idêntica observação. Poderá o Congresso, ao criar cargos públicos, fixar-lhes requisitos especiais de provimento, assim como o Estatuto dos Funcionários poderá indicar condições gerais, mas isso não obsta a que, em cada caso especial, possam os regulamentos dos concursos, ou as instruções baixadas pelas autoridades competentes, fixar novos requisitos especiais. Seria impossível, realmente, exigir um pronunciamento legislativo cada vez que fôsse mister estabelecer um requisito especial de capacidade para dado cargo público.

Interpretação diversa redundaria em exigir uma lei para aprovar cada programa de concurso.

22 Pontes de Miranda, ob. cit., pag. 453.