

O PROVIMENTO E O DESPROVIMENTO NA FUNÇÃO PÚBLICA NO DIREITO COMPARADO LUSO-BRASILEIRO (*)

CESAR ROBERTO PINTO DE MELO PALHARES
Procurador do Departamento de Estradas de Rodagem
da Guanabara

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO
Procurador do Estado da Guanabara
Professor de Direito Administrativo na Faculdade
de Direito Cândido Mendes

Administração é basicamente atividade de pessoas praticando atos em persecução de determinados fins. Na administração pública estes fins são o bem comum e prefere-se, à idéia de pessoas, a de órgãos. Assim é que o elemento humano assume fundamental importância no Direito Administrativo. Desde logo deve-se estabelecer a acadêmica distinção entre o *órgão* e o *agente*; enquanto que a noção de *órgão* transcende o Direito Administrativo e passa ao Direito Constitucional, a de *agente* se situa no campo estrito do Direito Administrativo.

Realmente, por *órgãos* entendemos pessoas ou colegiados capazes de exprimir a vontade estatal, ao passo que os *agentes* são os indivíduos que formam o elemento pessoal da administração pública, ocupando-se do seu funcionamento, exercendo atividades no serviço de pessoas jurídicas de Direito Público, sob a direção dos respectivos órgãos. Enquanto que os órgãos são subdivisões da própria Administração, os agentes, individualmente entendidos, sob o aspecto jurídico, não a integram propriamente, senão que a ela aderem através de um especial *vínculo jurídico*. A esta altura convém explicitar as denominações *servidor*, *agente* e *funcionário*. En-

tendemos por *servidor* o *genus*: qualquer indivíduo que de algum modo tenha relação de serviço, prestando seu concurso pessoal ao poder público, pode ser classificado como servidor. Já o agente é *species*: são servidores que colaboram na formação da vontade estatal ou dão-na execução depois de manifestada, no desempenho de atividades várias. Os agentes, por sua vez, admitem *sub-species*, conforme a natureza do vínculo que os liga ao Poder Público. Quando os agentes exercem atividades administrativas ligadas à Administração Pública por um especial vínculo estatutário, temos os *funcionários públicos*. A natureza deste vínculo jurídico, fartamente discutida em doutrina, não obstante as posições francesa, contratualista, e alemã, do ato administrativo e, portanto, unilateral, e, mais, dos matizes vários que apresentam estes dois conceitos antagônicos, parece estar reconhecida, na maior parte dos sistemas jurídicos e da doutrina, como *estatutária*. Relação estatutária, como se sabe, é entendida aquela em que os limites jurídicos entre o agente — funcionário — e o Estado não são nem pactuados em contrato nem ditados unilateralmente pela Administração, mas estabelecidos pela lei. É a lei, em suma, que fixa e rege o complexo dos fenômenos relativos à função pública desde o provimento, seguindo-se do exercício e suas conseqüências até ao desprovimento. Em síntese, a vida funcional, desde o ato que a origina até o afastamento definitivo, está regida pela lei; não tendo, tanto a vontade do agente funcionário quanto a da Administração, qualquer alcance que não o reservado pela própria legislação. Estamos, assim, dentro da matéria administrativa em que predomina a atuação vinculada. Já se vê que, no escopo deste trabalho, deixando de lado os institutos relativos a todas as categorias de agentes não-funcionários, nos dirigimos ao exame de certos aspectos da teoria da função pública do Direito Comparado luso-brasileiro. De início cumpre chamar-se a atenção para uma diferença importante entre a sistemática brasileira e a portuguesa: enquanto no Brasil nos filiamos, de modo absoluto, à teoria estatutária, em Portugal admite-se o contrato como meio normal e, como ensina LUIZ LOPES NAVARRO (1), até mesmo obrigatório para o provimento de certos cargos públicos (2). Muitos são os aspectos que tal sorte de apro-

(1) LUIZ LOPES NAVARRO, *Funcionários Públicos*, 2.^a edição, pág. 19.

(2) Dec. n.º 26.115, de 23/11/1935, art. 23, e Dec. n.º 26.117, de 23/11/1933, art. 21.

(*) Trabalho apresentado à Cadeira de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 1969.

ximação ensinaria ao pesquisador, mas talvez devido a sua importância, logicamente antecedente e conseqüente, provimento e desprovimento foram escolhidos para um breve discurso em Direito Comparado. Assim é que podemos dividir este exame em duas partes: na primeira, estudando os fenômenos relativos ao provimento e na segunda, aquêles ao desprovimento. Assim, relativamente à primeira parte, cumpre, de início, fixar, num estudo destinado a juristas de dois sistemas positivos distintos, não obstante os inúmeros pontos de contacto, um esclarecimento tecnológico. Em outras palavras, um esclarecimento de nomenclatura jurídica que, em disciplina como a nossa, representa mais que uma digressão semântica para ser a própria construção de uma sistemática. No direito brasileiro os cargos públicos são criados por lei (3) e devem ser providos por atos administrativos. Provimento é, pois, o meio jurídico de cometer a uma pessoa as atribuições da função pública, assumindo modalidades diversas: nomeação, promoção, transferência, reintegração, readmissão, aproveitamento e reversão (4). De todas estas apenas a primeira é originária, classificando-se as demais como derivadas. No provimento seguem-se atos complementares em que o provido investir-se-á na função ou no cargo. É a esta investidura que se denomina posse, ou por outra, a posse é o ato administrativo que formaliza o instituto da investidura, assim como o alvará é o ato administrativo que formaliza o instituto da licença, em suma, a representação formal da vontade administrativa manifestada. Resta-nos apreciar um instituto menor nesta seqüência: o exercício. Não se confunde com a posse; enquanto que a posse completa o provimento, é êle, por seu turno, a *conditio juris* para o regular desempenho das funções. Por isso, a lei brasileira faz dependerem do exercício e não da posse várias conseqüências de direito, bem como a êle se ligam mais caracteristicamente os institutos relativos aos vencimentos, licenças, aposentadoria, etc...

No direito português, JOÃO ALFAIA (5) sistematiza de maneira muito clara estes fenômenos partindo de um *nomen juris* genérico: preenchimento de cargos (e lugares) dos serviços públicos. Distingue o autor, como modalidades de preenchimento, a admissão,

(3) Constituição do Brasil, de 1967, art. 95.

(4) Ver classificação da Lei n.º 1.711, de 28/10/1952, art. 11.

(5) JOÃO ALFAIA, *Regime Jurídico do Funcionalismo*, edição Ática Ltda., janeiro 1962, pág. 55.

promoção, transferência, comissão de serviço, etc..., dos meios jurídicos de preenchimento que, para êle, são o provimento e a investidura. Ocupando-nos apenas destes dois meios jurídicos, é "Provimento o ato administrativo pelo qual é designado um indivíduo para ocupar determinado lugar ou desempenhar certo cargo nos serviços públicos". (6) ALFAIA chama a atenção para a confusão generalizada com a investidura, que muitos têm como sinônimo de provimento. O provimento, por sua vez, pode assumir três formas: nomeação, contrato em sentido lato e inerência.

A nomeação é o ato administrativo em que se indica alguém para preencher determinado cargo ou desempenhar determinada função; a contratação não é senão um acôrdo de vontades, exigido pelo Direito Administrativo, para que um indivíduo loque seus serviços à Administração, e a inerência é o provimento que se dá em determinado cargo ou função pelo fato de ter ocorrido provimento em outro cargo ou função dêle dependente ou com êle acumulado. Já a investidura é um ato administrativo conseqüente, não autônomo, destinado à concretização do primeiro, submetendo o provido a uma manifestação receptícia de vontade destinada a aperfeiçoar o ato de provimento e a carregar todas as conseqüências que a nova situação jurídica, o *status*, comporta. Já se pode, com estes dados, estabelecer um primeiro cotejo e tirar algumas conclusões:

Primeira Conclusão

No direito brasileiro não há provimento contratual, no português a modalidade é aceita. Com efeito, além da modalidade do ato administrativo (nomeação), os agentes administrativos em Portugal podem ser providos por contrato administrativo ou, até, por eleição (7). Poder-se-ia argumentar que o Presidente da República e os Prefeitos dos Municípios são agentes administrativos providos por eleição; realmente, estes agentes são eleitos, mas não são a rigor "agentes administrativos", mas agentes políticos. O Presidente da República, por exemplo, não integra o quadro do funcionalismo. Sua situação jurídica não está regida por texto legal ordinário, como a

(6) JOÃO ALFAIA, *Regime Jurídico do Funcionalismo*, edição Ática Ltda., janeiro 1962, pág. 77.

(7) MARCELO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 7.ª edição, pág. 457, d.

do funcionário, mas deflui integralmente de normas constitucionais. O mesmo se diga dos Governadores e Prefeitos, que têm o seu *status* regido, respectivamente, pelas constituições estaduais e leis orgânicas municipais. Estes agentes são, cada um deles, órgãos unipessoais dos poderes executivos, da União, dos Estados e dos Municípios. No ensinamento de CIRNE LIMA, melhor seriam denominados de *condutores políticos*. Assim é que não há exceção no Direito Administrativo brasileiro relativamente ao provimento por eleição.

Quanto ao contrato administrativo e ao assalariamento, modalidades do contrato de função pública *lato sensu*, tampouco existem autorizadas no direito brasileiro.

As Administrações podem recrutar, sob regime de contrato de trabalho, apenas servidores braçais (pessoal de obras) e servidores temporários para funções de natureza técnica ou especializadas. Estes servidores não são funcionários públicos e nem mesmo agentes da Administração, o que vale dizer: *a lei não lhes atribui competência* para que exerçam, mesmo que em mínima parcela, o poder público.

Segunda conclusão

No direito brasileiro a investidura, concretizada na posse, tem como ato final o exercício. Assim, autores como HELI LOPES MEIRELES entendem o provimento como um *procedimento* administrativo em que se sucedem, basicamente, os atos de nomeação, posse e exercício. No direito português o exercício não tem esta importância, a ele não se referindo os autores portugueses consultados, com qualquer destaque.

Terceira conclusão

Enquanto que no direito brasileiro é bastante classificar o provimento consoante a natureza dos atos que designam um indivíduo para determinado lugar ou desempenho de funções, no direito português faz-se mister uma dupla classificação do instituto do provimento, não só quanto à natureza do ato administrativo provimental como quanto aos modos em que se poderá dar o provimento que, como já vimos, são o ato administrativo, o contrato administrativo, o assalariamento e a eleição. Esta classificação modal é dispensável no direito positivo brasileiro.

A *latere*, vale lembrar que o Professor MARCELO CAETANO, com acuidade, estuda diversos processos de recrutamento que, entretanto, não têm, no direito brasileiro, senão interesse acadêmico, de vez que a Constituição do Brasil determina, salvo para os *cargos em comissão*, assim declarados em lei, uma única forma de recrutamento, obrigatória para União, Estados, Municípios e respectivas autarquias: o concurso público de provas, ou de provas e títulos (8).

Relativamente à segunda parte, cumpre-nos, então, como nos propusemos, examinar os fenômenos jurídicos do *desprovimento*, isto é, da extinção da relação jurídica de função pública. No Brasil, excluído o fato jurídico da morte (*mors omnia solvit*), conhecemos a *demissão* e a *exoneração*, como formas de extinção *integral* do vínculo da função pública, e a *aposentadoria* e a *disponibilidade* como modalidades parciais de desprovimento, em que, cessando embora o exercício, remanescem certos direitos e deveres. Os institutos da exoneração e da demissão são perfeitamente individualizados e inconfundíveis. A exoneração é a extinção do vínculo de função pública como consequência de ato administrativo, geralmente discricionário, em que se reconhece, ainda no período em que o funcionário não adquiriu estabilidade, sua inabilitação para o exercício do cargo ou função para o qual foi nomeado.

Ocupante de cargo em comissão, exonera-se, também, discricionariamente, bem como o interino, findo o prazo da interinidade, e, finalmente, a pedido do próprio funcionário. Em Portugal, o instituto da exoneração, dado como oposto à nomeação, porque "só se exoneram agentes nomeados" (9), também é um ato administrativo, que se pratica a pedido do funcionário para liberá-lo do cargo ou das funções, cabendo, excepcionalmente, sem ser por provocação do funcionário, quando resultar de fato lícito impeditivo da continuação do exercício de funções públicas. (O exemplo deste caso é o da exoneração da mulher funcionária que perde a nacionalidade portuguesa por casamento com estrangeiro). O artigo 469 do Código Administrativo, no seu parágrafo único, prevê a exoneração findo o prazo do estágio probatório, em que o provimento tem o caráter provisório.

(8) Constituição do Brasil de 1967, cap. VII, seção VII, art. 95, § 1.º

(9) MARCELO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 7.ª edição, pág. 547, n.º 266.

O Estatuto dos Funcionários Ultramarinos, em seu novo texto, estabeleceu um provimento provisório de cinco anos, dividido em dois períodos; um, de dois, e outro, de três anos; não se refere à exoneração, aludindo, apenas, aos atos intermediários de recondução e nomeação definitiva (10).

Em Portugal, por outro lado, existindo provimentos por outros atos que não a nomeação (contratação e eleição), surgem formas afins da exoneração, que são o *distrato contratual* ou *rescisão* e o *térmo*. Já a demissão, no Brasil, tanto quanto em Portugal, é uma pena disciplinar. A extinção do veículo de função pública se dá através de ato administrativo punitivo e, *deinde*, vinculado à existência de infração estatutária.

Tanto em Portugal como no Brasil, a demissão pode surgir como pena disciplinar autônoma, cuja aplicação é da competência da autoridade administrativa, e como pena acessória, decretada pelo juiz criminal perante o qual haja corrido processo-crime e transitada em julgado uma decisão condenatória relativa a certos crimes que são considerados como inabilitantes para a função pública.

Em Portugal, para os agentes contratados, a sanção que corresponde à demissão é a *rescisão disciplinar*. A aplicação da pena de demissão nos dois países depende da instauração de inquérito administrativo disciplinar no qual se assegura ao funcionário a devida defesa. Em Portugal, a defesa está garantida nas três ordens estatutárias: na do Governo Central (art. 50.º), na Ultramarina (artigo 396.º) e na relativa às pessoas de Direito Público reguladas pelo Código Administrativo (art. 598.º); no Brasil, a obrigatoriedade de inquérito e da defesa tem assento constitucional inarredável por todos os estatutos, federal, estaduais, municipais e respectivas autarquias, no artigo 103, inciso II, da Constituição do Brasil. É de notar, como curiosidade, que o princípio do contraditório só aparece na legislação brasileira, em nível constitucional, em três passagens: no artigo 150, §§ 15 e 16, assegurando a contraditoriedade no contencioso criminal, no artigo 151, assegurando-a no processo especial de suspensão de direitos políticos, e neste caso, que examinamos, relativamente ao processo administrativo disciplinar, *conditio juris* da aplicação da pena de demissão.

(10) Estatuto dos Funcionários Ultramarinos, aprovado pelo Decreto n.º 46.982, arts. 27.º e 28.º e seus §§.

Resta-nos examinar as formas de desprovimento em que a extinção do vínculo não se dá integralmente, e tais são: a aposentadoria e a disponibilidade.

Realmente, nestas duas modalidades o que cessa é o exercício do cargo ou da função, subsistindo um vínculo mínimo entre o funcionário e o Estado.

A aposentadoria no direito brasileiro, da mesma forma que o provimento e a demissão, tem disciplina constitucional federal com aplicação obrigatória a todo e qualquer estatuto brasileiro.

Podemos dizer que estes princípios fundamentais relativos à aposentadoria asseguram a inatividade remunerada em três casos: por invalidez (11), por velhice (12), e por tempo de serviço (13). Enquanto as duas primeiras são compulsórias, a terceira modalidade é facultativa, estabelecida com o fito de premiar o funcionário que haja permanecido no exercício efetivo de suas funções sob determinadas condições legais, *pro labore facto*.

O direito português, sob a denominação de *aposentação*, disciplina o mesmo instituto para os seus três regimes estatutários.

Para os funcionários públicos do governo português centralizado, há numerosa legislação extravagante, partindo do Decreto-lei n.º 16.669, de 27-3-1929; para o funcionário ultramarino, no artigo 429 e seguintes de Estatuto (Decreto n.º 46.982); e para os funcionários das pessoas coletivas de Direito Público regidas pelo Código Administrativo há, no artigo 555 deste diploma, remissão à legislação central. Em Portugal existe, ainda, a *aposentação compulsiva*, que não é senão uma das penas da escala disciplinar, estabelecida nos três estatutos: no Decreto-Lei 32659, artigo 11, 8.º; no Estatuto dos Funcionários Ultramarinos, artigo 354, 8.º; e no Código Administrativo, artigo 564, 6.º.

A aplicação desta pena poderá ser feita quando, tratando-se de caso de demissão, o funcionário a demitir reúna os requisitos legais para a aposentadoria facultativa. O Estatuto Disciplinar foge um pouco à doutrina do Código Administrativo e do Estatuto dos Funcionários Ultramarinos, restringindo, casuisticamente, a aplicação às

(11) Constituição do Brasil de 1967, art. 100, I.

(12) Constituição do Brasil de 1967, art. 100, II.

(13) Constituição do Brasil de 1967, art. 100, III.

hipóteses de incompetência profissional, incapacidade moral ou alcoolismo incorrigível (14).

A outra forma de desprovinimento parcial é o instituto da disponibilidade. Talqualmente os institutos da nomeação e da aposentadoria, também o legislador constitucional brasileiro consagrou o da *disponibilidade*. O artigo 99, § 2.º, da Carta Magna, ordena que “extinto o cargo, o funcionário estável ficará em disponibilidade remunerada, com vencimentos integrais, até o seu obrigatório aproveitamento em cargo equivalente”. Vale dizer que a estabilidade a que se refere o dispositivo não se dá no cargo ou na função, mas no serviço público. Na legislação portuguesa o problema da extinção do cargo não merece senão tratamento incidental, num decreto antigo (26.115, de 1936), inovando a tradição e a índole do direito lusitano que, como observa MARCELO CAETANO (15), “era de conservar os funcionários de cargos extintos na situação de *adidos*, a quem se dava preferência no provimento dos cargos que sucessivamente fôsem vagando e para os quais tivessem aptidões, pagando-se-lhes, entretanto, uma porcentagem do antigo vencimento, que ia diminuindo no número de anos que se mantivessem nesta situação.

O decreto mencionado radicalizou a situação, determinando que, se não possível o aproveitamento imediato, fôsse aposentado, se a isso tivesse direito ou, se não o tivesse, demitido com uma indenização de dois anos de vencimentos.

Estamos em condições de alinhar algumas conclusões relativamente ao instituto do desprovinimento:

Primeira conclusão

Quanto à *exoneração*, o instituto no Brasil tem amplitude bem maior que no direito português. Com efeito, êste só a regula expressamente em dois únicos casos: o da extinção voluntária do vínculo e o da impossibilidade lícita de sua permanência, formas estas referidas pelos autores portugueses (16).

Ora, o agente funcionário em estágio probatório que, embora não tendo praticado falta disciplinar, houver de ser afastado por conveniência do serviço, sê-lo-á através do instituto depreciativo da demissão.

A exoneração no direito brasileiro, tendo lindes mais alargados, permite o afastamento do funcionário não estabilizado, por considerações discricionárias que não macularão o seu *curriculum*, dispensando, por outro lado, em razão da própria discricionariedade, a necessidade de fundamentar o ato. Mas esta situação de instabilidade, que é própria do interino, do comissionado e do funcionário recém-nomeado ainda em probação, não existe para os demais que, em consequência, gozando de estabilidade, só poderão ser destituídos por aplicação de pena disciplinar.

Neste ponto o direito brasileiro oferece uma alternativa humana e simpática à consideração do legislador português.

Segunda conclusão

A quase absoluta identidade relativamente ao instituto da demissão, entendido, em ambos os sistemas, como *pena*, aplicável principal ou acessoriamente. Entretanto, cumpre notar que os princípios do *due process* e do contraditório, que informam a aplicação desta pena, recebem no Brasil um tratamento de nível constitucional, dissuadindo não só a Administração como até o legislador ordinário de ferir a orientação, que é do próprio Direito Natural, como MARCELO CAETANO a caracteriza (17).

Terceira conclusão

Os institutos da *aposentadoria* e da *aposentação* também quase não oferecem discrepância. Importa, ainda, chamar a atenção para o cuidado do legislador constitucional brasileiro erigindo certos princípios relativos à função pública em normas constitucionais. É que, dado o regime federativo, o Brasil não possui apenas três sistemas estatutários, como sucede em Portugal, mas tantos sistemas quantos suas unidades políticas: União, Estados, Municípios, sem contar com

(17) MARCELO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 7.ª edição, pág. 533, n.º 258.

(14) Estatuto Disciplinar dos Funcionários Cíveis, Decreto-lei n.º 32.659, de 9/12/1943, art. 23.º, § 2.º, 1.º e 2.º, e § 4.º

(15) MARCELO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 7.ª edição, pág. 549, n.º 268.

(16) MARCELO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, pág. 547, n.º 266.

os sistemas de pessoas de Direito Público menores pertencentes, respectivamente, à União, aos Estados e aos Municípios; os estatutos obedecem, destarte, no mínimo, aos preceitos da Constituição Federal, podendo ocorrer que tenham de se sujeitar a duas ordens constitucionais, federal e estadual e, até mesmo, a uma terceira classe hierárquica de legislação, que são as leis orgânicas municipais.

Quarta conclusão

O instituto da aposentação do direito lusitano, entretanto, apresenta uma particularidade desconhecida no direito brasileiro e que, a nosso ver, constitui um aperfeiçoamento do sistema disciplinar; trata-se da *aposentação compulsiva*. É ela uma *pena*, graduada imediatamente antes da demissão e que lhe serve de alternativa quando à infração se comina pena de demissão, e o demitendo reúne os requisitos para a inatividade voluntária.

Sem dúvida, parece-nos melhor a doutrina do Estatuto dos Funcionários Ultramarinos e a do Código Administrativo que a do Estatuto Disciplinar Central. A casuística preferida pelo Estatuto Disciplinar não aperfeiçoa o instituto, ao contrário, reduz a sua flexibilidade, a livre apreciação das nuances, a cuidadosa valoração da hipótese que, a nosso ver, dão ao instituto um conteúdo humano apreciável. Assim é que, na legislação brasileira, verificado um típico administrativo a que caiba a pena de demissão, não obstante ser o funcionário antigo ou entrado em anos, o administrador terá que agir com o mesmíssimo rigor que se fôsse um recém-nomeado ou ainda válido para recompor sua vida. O instituto da aposentação compulsiva abre, humanamente, aos que, se bem que faltosos, já deram de si por longos anos à coisa pública, a generosidade de uma alternativa que não os lançará, além do opróbrio, à miséria. Esta seria uma contribuição ao aperfeiçoamento do estatuto da função pública no Brasil, adotada à pureza do artigo 580, § 2.º, do Código Administrativo Português.

Admitindo que o Estado moderno amplia e diversifica, dia a dia, suas funções, forçoso é reconhecer-se que o capítulo do funcionalismo público, que deve corresponder a êsse crescimento e especialização, merecerá cuidado cada vez maior. Mas não é apenas êste o problema suscitado pelo Estado moderno relativamente à função

pública. A atualização dos institutos a ela relativos é imperiosa, porque, principalmente nos países de livre empresa, a estabilização e a melhoria de vida se tornam cada vez mais afincadamente procuradas, o que lança o Estado, também, no mercado competitivo do trabalho especializado. A dignidade da função pública, exige, portanto, o aperfeiçoamento permanente dos institutos a ela ligados; julgamos, por isso, que qualquer contribuição modesta que seja, como esta, possa se tornar útil.