

Consultoria-Geral da República

Pareceres

PARECER

Número de referência — 235-T

O Ministério da Educação e Saúde entendia, em certa época, que a "correlação de matérias" a que alude o art. 185 da Constituição, ao dispor sobre as acumulações remuneradas, somente era exigível quando se tratasse de exercício simultâneo de um cargo de magistério e outro técnico ou científico; se a acumulação fôsse de dois cargos de magistério a correlação era dispensável.

2. Contra este ponto de vista decidiu o Excelentíssimo Senhor Presidente da República, ao aprovar a Exposição de Motivos n.º 313, de 11 de abril de 1951 do Departamento Administrativo do Serviço Público, e o parecer que emiti sob o n.º 36-T (*Diário Oficial* de 31 de julho de 1951, pág. 11.347; "Pareceres do Consultor-Geral da República", vol. I — março-dezembro de 1951, pág. 177).

3. Pergunta agora o Ministério ao D. A. S. P. como proceder em relação aos casos anteriormente consumados, de acordo com o entendimento repudiado. E este órgão, depois de expor ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República os trâmites da controvérsia, sugeriu a S. Exa. a audiência desta Consultoria-Geral, o que foi aprovado.

4. O novo Estatuto dos Funcionários (Lei n.º 1.711 de 28-10-52) no art. 188, n.º II, esposou a tese de que "correlação de matérias" é exigível em qualquer dos casos de acumulação. E no art. 193 dispõe que "verificada em processo administrativo acumulação proibida, e provada a boa-fé, o funcionário optará por um dos cargos".

5. Dá, assim, o texto legal resposta à consulta. Não pode mais constituir objeto de controvérsia, na esfera administrativa, a excelência desta ou daquela interpretação, uma vez que o legislador optou expressamente por uma delas. Constitui, portanto, preceito legal e imperativo, a exigência da correlação de matérias; não é mais uma decisão administrativa sujeita a variações, ao sabor do intérprete.

Considerando, porém, que tais acumulações se constituíram com o beneplácito ministerial, os acumuladores não de ser considerados de boa-fé. Em processo administrativo regular será apurada tal circunstância, bem como a correlação de matérias, em cada caso concreto.

6. Resta esclarecer, finalmente, que o fato da acumulação haver resultado de decisão administrativa não obsta à desacumulação compulsória. O próprio Estatuto (art. 193) considera as hipóteses de boa ou de má-fé do acumulador, para impor a perda dos cargos.

E a acumulação inocente é aquela que resulta de investidura, com o conhecimento de causa por parte da administração, presumidamente de boa-fé.

7. É pacífico também que a situação do funcionário é estatutária, e pode ser modificada a qualquer tempo, em virtude de lei nova, ainda que constituída à sombra da lei antiga. Segundo a lição de P. ROUPIER, em se tratando de exercício de funções públicas:

"... il convient de noter que l'incompatibilité d'une fonction publique avec telle ou telle situation peut toujours être établie par une loi nouvelle."

(*Les Conflits de Lois dans le Temps*, 1933, Tome II, pág. 72).

No mesmo sentido opina CARLOS MAXIMILIANO:

"Os preceitos atuais regem o exercício das funções públicas, os poderes e deveres dos servidores; por exemplo: tornando compatíveis ou incompatíveis dois lugares ou duas atividades oficiais, ou instituindo incompatibilidade absoluta, conforme tem sucedido com excluir de certos empregos ou profissões os naturalizados e os membros de família outrora reinante."

("Direito Intertemporal," 1946, pág. 335).

8. Nos Pareceres 77 T e 193 T, tendo sido o segundo aprovado por despacho presidencial, sustentei a tese da inexistência de "direito adquirido" à acumulação. Como estão ambos publicados oficialmente, a eles me reporto ("Pareceres do Consultor-Geral da República", vol. I, março-dezembro de 1951, págs. 404-405 e *Diário Oficial* de 4 de novembro de 1952, pág. 16.967).

9. Em face do exposto, o procedimento a seguir, na espécie que deu origem à consulta, é o previsto no art. 193 do vigente Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União.

E' o que me parece. S.M.J.

Rio de Janeiro, 10 de fevereiro de 1953. — Carlos Medeiros Silva, Consultor-Geral da República.

Despacho do Senhor Presidente da República — Aprovado. — Em 13-2-1953.

EXPOSIÇÕES DE MOTIVOS

PR 4.047-53 — N.º 29, de 18 de fevereiro de 1953, submetendo à consideração presidencial o Parecer sob número 236-T., de mesma data, relativo à inexistência de direito adquirido à acumulação remunerada no caso de federalização de Faculdades de ensino superior. "Aprovado. Em 26-2-53." (Restituído proc. ao M.E.S. em 3-3-53).

Despacho sem data do Exmo. Sr. Presidente da República.

ASSUNTO — *Funcionário público; natureza jurídica da relação de emprego; a tese contratual e a doutrina estatutária; acumulação remunerada; direito adquirido; federalização de Faculdade de ensino superior.*

PARECER

N.º de referência — 236 T.

I

1. A federalização de estabelecimentos de ensino superior livre, mantidos por entidades de cunho privado, veio focalizar a situação de professores que ocupavam, simultaneamente, cargos públicos, com os quais a cátedra não tinha correlação.

Ao expedir os respectivos títulos de nomeação para o magistério oficial, a administração passou a indagar, em cada caso, da existência de acumulação proibida, em

face do art. 185 da Constituição. Assim, àqueles que, além do cargo público, possuíam a condição de professores, sem possibilidade de conciliação com o texto constitucional, foi negado o provimento.

A compatibilidade entre o emprego privado e a função pública que desempenhavam, paralelamente, deixou de existir, desde o momento em que ambas as atividades passaram a ser administrativas, mediante o desempenho de dois cargos públicos.

2. Entendeu-se que a situação funcional anterior à federalização não podia constituir obstáculo à aplicação do dispositivo constitucional que veda as acumulações remuneradas, pelas razões que expendi no Parecer 77 T, de 11-12-51, emitido por solicitação do Sr. Ministro da Educação e Saúde ("Pareceres do Consultor-Geral da República", março-dezembro de 1951, vol. I, pág. 407) e no Parecer 193 T, de 20-10-52, aprovado pelo Exmo. Senhor Presidente da República e publicado no *Diário Oficial* de 4-11-52, págs. 16.967 e 16.968.

3. Não era lícito invocar-se, na espécie, "direito adquirido", uma vez que a condição do funcionário é estatutária, cabendo ao legislador editar, sem constrangimento, salvo de ordem constitucional, quando necessária, as normas reclamadas pelo interesse público, inclusive novas interdições e incompatibilidades. A lição de autores de nota e da jurisprudência foi também indicada, como base desse entendimento.

4. Acontece, porém, que o Tribunal Federal de Recursos, ao julgar, em 18 de setembro de 1952, o Mandado de Segurança n.º 1.903, impetrado por Adalberto Moreira dos Santos, decidiu contrariamente àquela orientação, concedendo a medida para que o requerente, antigo professor de Química Farmacológica e Bromatológica da Faculdade de Odontologia e Farmácia, da Universidade de Minas Gerais, federalizada pela Lei n.º 971, de 1949, possa acumular este cargo de magistério com o de Tesoureiro da Rede Mineira de Viação, empresa federal então administrada pelo Estado de Minas Gerais em virtude de contrato (Decreto n.º 25.150, de 29-6-48) e que acaba de retornar à União, com personalidade autárquica (Lei número 1.812, de 4-2-53).

5. Reconheceu o Egrégio Tribunal, segundo o voto do Relator, o Sr. Ministro João José de Queiroz, que havia, na espécie, um "direito adquirido" a resguardar, a despeito da inexistência da correlação de matérias, exigida pelo art. 185 da Constituição. Disse S. Ex.ª:

"Sem dúvida nenhuma que ao impetrante assistia direito líquido e certo ao exercício de ambas as funções, a exercida na autarquia estadual e a exercida no magistério superior em uma Universidade de caráter particular. Alterou-se, porém, a situação com a federalização da Universidade de Minas Gerais, passando, por força da lei que a estabeleceu, a serem funcionários federais os seus professores. Mas, pergunto eu, decorreu essa alteração de ato voluntário do impetrante? Concorreu êle, de algum modo, para que se alterasse o regime da Universidade em que exercia o seu magistério? Evidentemente não. A federalização ocorreu em virtude de lei elaborada e votada pelo Poder competente, sancionada pelo Presidente da República. Inteiramente fora a circunstância, do controle do impetrante. Alterou-se, pois, a situação por fato estranho à sua vontade. Não foi êle que criou ou possibilitou a nova ordem de coisas. Ora, Senhor Presidente, diz a Constituição no § 3.º do art. 141 que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. E' o caso, exatamente. A lei que oficializou a Universidade de Minas não poderá prejudicar o direito adquirido do impetrante ao exercício da cátedra que conquistou por concurso e para a qual foi regularmente nomeado e empossado. A meu ver, se configura, na hipótese, exatamente a situação prevista na garantia constitucional: não pode a lei prejudicar o direito adquirido. Ora, se a lei de oficialização da

Universidade de Minas viesse impedir o exercício do magistério aos professores regularmente nomeados e empossados ferir-lhes-ia direito adquirido. Esse entendimento não se choca, de modo nenhum, com o disposto no art. 185 da Constituição. São dois princípios constitucionais a serem aplicados e, se houvesse conflito entre êles, ter-se-ia que estabelecer uma hierarquia de valorização que o resolvesse. Ora, o princípio do respeito ao direito adquirido está, a meu ver, colocado em posição superior àquele outro princípio que veda as acumulações. Assim, Sr. Presidente, teria que concluir pela prevalência do princípio contido no § 3.º do artigo 141. Mas nem mesmo haverá, a rigor, na espécie, incompatibilidade entre os dois princípios. O art. 185 da Constituição impede venha alguém a acumular, por ato voluntário, dois cargos incompatíveis. Isto, porém, não se verificou com o impetrante. Êle exercia, legitimamente, os dois cargos; não infringiu a Constituição.

Uma lei posterior ao exercício simultâneo, legítimo, dos dois cargos foi que, alterando a situação jurídica de uma das instituições a que servia o impetrante, acarretou o problema, ora submetido à apreciação deste Tribunal. Não foi o impetrante que acumulou com desrespeito à Constituição: foi a lei ordinária que criou a situação; e vedada estava, à lei, a possibilidade de ferir direito adquirido."

6. De acordo com o Sr. Ministro Relator, cujo voto acaba de ser reproduzido quase integralmente, votaram os Srs. Ministros Macedo Ludolf e Cunha Vasconcelos.

Disse o primeiro:

"Já havia um direito preconstituído, de tal forma que não é possível invocar-se a acumulação de cargos, como se procurou fazer.

O Sr. Ministro Relator, a meu ver, foi de muita felicidade ao encarar os dois dispositivos constitucionais trazidos à baila, ou seja, o que assegura o direito adquirido e aquele que veda a acumulação de cargos.

O primeiro em hipótese como esta, devidamente esclarecida, é que deve ter supremacia, a fim de garantir uma situação patrimonial que ficou a cavaleiro de qualquer golpe."

Para o segundo:

"Não se enquadra a hipótese na proibição constitucional e realiza uma situação de direito adquirido, que está amparada pela própria Constituição."

7. Tomando conhecimento dos três votos aludidos, e esclarecendo que a decisão do Tribunal ainda não havia transitado em julgado, o Sr. Ministro da Educação e Saúde, impressionado com a sua possível repercussão na órbita administrativa, sugeriu ao Exmo. Sr. Presidente da República o reexame do assunto por parte desta Consultoria-Geral, antes de despachar outro processo semelhante em que é interessado o Professor Laertes de Macedo Munhoz, da Universidade do Paraná. S. Excelência despachou afirmativamente.

II

8. Vamos proceder assim, por dever de ofício, ao exame dos argumentos expendidos pelos dignos juizes, na espécie, para depois dizer da conveniência de adotar a solução, a que êles conduzem, na esfera administrativa, em hipóteses semelhantes.

9. Antes, porém, de entrar nesta indagação cumpre observar que nem o próprio Tribunal Federal de Recursos está seguro da excelência de suas razões neste particular. Em verdade, ao julgar o Mandado de Segurança n.º 1.532, em 17-4-52, adotou orientação diversa. Orestes

Franklin Xavier de Brito, o impetrante, era oficial administrativo, aposentado, do Tribunal de Contas da União e professor da Faculdade de Direito de Goiás, federalizana em virtude da Lei n.º 1.254, de 4-12-50. Pretendeu acumular as respectivas vantagens e reclamou a expedição do título de professor, sem prejuízo da continuidade dos proventos de sua aposentadoria. O Ministro da Educação e Saúde exigiu que ele optasse, previamente, por uma das situações, com base no art. 185 da Constituição. Contra esta exigência pediu o impetrante a segurança que lhe foi denegada.

10. O Sr. Ministro Relator Henrique D'Ávila disse com muita clareza que, com a federalização da Faculdade, a situação do interessado "mudou inteiramente de aspecto". "Passou a atuar o comandamento do artigo 185 da Constituição Federal que não tolera a acumulação, a não ser nos casos ali especificados." Depois de acentuar que a aposentadoria está sob regime de proibição, comentou S. Ex.ª:

"E no que tange ao pormenor não dá ensejo nem guarida (a Constituição) a quaisquer exceções fundadas no *direito adquirido* resultante de situações anteriormente consolidadas."

11. Os Srs. Ministros Cunha Melo, Cândido Lôbo e Sampaio Costa acompanharam o Relator. O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos divergiu de seus colegas por entender que a percepção de proventos de aposentadoria com os vencimentos de cargo público não configura a acumulação proibida, só admissível, para S. Ex.ª, em se tratando de funções na atividade.

12. Só houve um voto vencido, no julgamento dêste caso, por motivo estranho ao "direito adquirido", argumento que foi repellido expressamente pelo Sr. Ministro Relator.

13. A divergência de orientação, do próprio Tribunal, em questão idêntica, seria o suficiente para demonstrar que a decisão especialmente focalizada neste processo não é daquelas que devam repercutir imediatamente na esfera administrativa.

14. Mas há ainda outros argumentos para se concluir pela não aceitação da tese fundada no "direito adquirido" e na supremacia de um dispositivo constitucional sobre outro do mesmo contexto.

Do expediente submetido à consideração presidencial não há alusão aos demais votos proferidos no julgamento do Mandado de Segurança n.º 1.903. Verifiquei, porém, que da respectiva ata consta que os Srs. Ministros Alfredo Bernardes e Mourão Russel, concordaram com o Relator, sem justificação de voto, deixando de votar os Srs. Ministros Cândido Lôbo e Elmano Cruz. O Sr. Ministro Relator funcionou, no caso, como substituto do Sr. Ministro Henrique d'Ávila.

15. O Sr. Ministro Cunha Melo discordou dos votos vencedores em termos peremptórios:

"Nego o *writ*. O § 3.º do art. 141 da Constituição não serve de arrimo ao que vindica o impetrante."

O legislador ordinário não amarfanhou direito adquirido algum. Quem veda a acumulação pleiteada nestes autos é a própria Constituição, a própria Lei Fundamental, no art. 185."

Reproduziu, no seu voto, um despacho do Prof. Pedro Calmon, então Ministro da Educação e Saúde, *in verbis*:

"E' doutrina pacífica no Ministério que, com a federalização das Faculdades e Escolas, o seu professorado se integra no Quadro do funcionalismo, em igualdade de direitos com a sua classe e, o que vale dizer, submetida ao mesmo regime legal, e, portanto, às mesmas limitações."

Teríamos o absurdo de vigorarem para uns (os professores já pertencentes ao quadro federal) as restrições de que outros (os novos) estariam isentos.

Admitidos que sejam nesta categoria, adquirirem as vantagens e acarretam os ônus consequentes, ficando incluídos nos casos de acumulação permitida, e, *a fortiori*, convidados à opção, nos casos em que é consentida.

Resta o problema resultante dos direitos adquiridos, não em face da União, porém das Faculdades ou Escolas, por antigos servidores, ameaçados ou compelidos, pela desacumulação, a se despojarem da cátedra. A solução pode ser de caráter patrimonial, na forma de indenização, se dela cogitar lei posterior, como seria de todo justo, ou se fôr isto possível com os recursos próprios no âmbito da autonomia financeira das Universidades."

16. O acórdão em causa foi publicado na audiência de 5-1-53 (*Diário da Justiça* de 6-1-53, pág. 132) e dêle, foi interposto recurso extraordinário para o Egrégio Supremo Tribunal Federal, em 27-1-53, cujo processamento se interrompeu pela superveniência das férias forenses.

17. A proposta ministerial, como se vê, foi prematura; trata-se de acórdão sujeito à revisão do Supremo Tribunal e que foi proferido em divergência com outro recente do mesmo colégio judiciário: da sua formulação não participaram ativamente todos os seus membros efetivos. A prudência aconselha, em tais casos, que se aguarde pronunciamento mais eloqüente e de caráter definitivo.

III

18. E' sabido que as decisões judiciais, fora do caso concreto que deram causa, só valem como argumento pelas razões, pelos raciocínios que encerram. E' êste o ensinamento de Pedro Lessa, um dos maiores juizes que tiveram assento no Supremo Tribunal Federal:

"uma decisão judicial só vale como argumento para um juiz pelas razões, pelos raciocínios que encerra, e nunca pelo decreto judicial".

("Revista de Direito", vol. 59, págs. 308 311.)

Carlos Maximiliano, que também honrou aquêles Egrégio Tribunal, afirmou:

"o julgado vale, sobretudo, pelos seus fundamentos..."

("Hermenêutica e Aplicação do Direito", 3.ª ed., 1941, pág. 226.)

19. Na espécie, a decisão comentada admitiu a existência de um "direito adquirido" à acumulação, contra o disposto no art. 185 da Constituição, invocando o artigo 141 § 3.º do mesmo texto, que deve prevalecer no caso de conflito.

20. A expressão "direito adquirido" não é vulgar. Foi definida em lei, entre nós, e sobre o seu conteúdo disseram exaustivamente os velhos mestres.

A Constituição de 1946, no art. 141 § 3.º, reproduziu com supressão das palavras — "em caso algum" — o art. 3.º da antiga Introdução ao Código Civil Brasileiro, que assim dispunha:

"A lei não prejudicará, em caso algum, o *direito adquirido*, o ato jurídico perfeito, ou a coisa julgada."

A definição do que se devia entender por "direito adquirido" veio logo em seguida, no mesmo artigo, parágrafo primeiro:

"Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida, *inalterável a arbítrio de outrem*."

21. Em face dêste conceito que é o corrente, haverá "direito adquirido" a uma situação funcional?

Está o Estado impedido, por força da noção do "direito adquirido", de alterar as condições de exercício do funcionário, criando novas incompatibilidades ou interdições, de forma a obrigá-lo a afastar-se de outras atividades, ainda que de natureza privada?

Terá o funcionário "direito adquirido" ao exercício de mais de uma função ou emprego, sejam ambos públicos, ou uma desta categoria e o outro particular?

Na espécie, o acórdão responde afirmativamente a todas estas indagações. Extraídas as consequências da tese, teríamos que admitir que não será possível estabelecer o regime de "tempo integral" para os funcionários já pertencentes ao serviço público; que para estes, novos impedimentos, restrições, ou limitações ao exercício de atividades, quer públicas ou privadas, não poderão ser estabelecidas em lei, porque o "direito adquirido" é soberano e não as tolerará.

22. A consulta aos autores de melhor conceito leva a uma resposta contrária à tese do acórdão.

IV

23. É conhecida a controvérsia sobre a natureza da relação entre o funcionário e o Estado. A corrente civilista ou contratualista que tem origem histórica no fato de ser, em épocas remotas, o funcionário tido como empregado do Rei e não do Estado, tende a amoldar a função pública às regras do direito privado, e dar ao funcionário o mesmo tratamento concedido aos empregados de empresas particulares. Apesar de contar ainda com alguns adeptos que procuram atenuá-la com a explicação de que o "contrato" que se estabelece entre o funcionário e o Estado é "de direito público", ela não encontra mais eco nos tempos modernos em que o interesse público domina o individual.

24. São interessantes os conceitos emitidos, a propósito, por José Hygino, em parecer dado em 1898 e publicado in "Revista Rorense", vol. II, págs. 15-18; idem, Nelson Baptista, "O nexo jurídico entre o Estado e o Funcionário", in "Revista Forense", vol. 25, págs. 5-23; idem, J. A. B. de Mello Rocha, em erudito trabalho forense, in "Revista Forense", vol. 51, págs. 58-73 e 373-394; idem, Paulo Domingues Vianna, "Dos Estatutos dos Funcionários Públicos", 1915, págs. 38; idem, A. O. Viveiros de Castro, "Tratado de Ciência da Administração e Direito Administrativo", 3.^a ed., 1914, págs. 563. Voto do Ministro Filadelfo Azevedo, no Rec. Ext. 8.575, julgado em 16-4-46, pelo Supremo Tribunal Federal, comentado por Alaim de Almeida Carneiro, in "Revista de Direito Administrativo", vol. 3, págs. 194-243.

São reflexos jurisprudenciais da concepção privatista os acórdãos inseridos na Revista Forense, vol. 13, página 38; vol. 17, págs. 230; vol. 19, págs. 52; vol. 23, págs. 270.

25. Viveiros de Castro proclamou certa vez:

"A doutrina contratual é uma velharia já sem cotação entre os Mestres."

("Acórdãos e Votos", págs. 433; ed. 1925.)

E tinha razão, segundo o testemunho de publicistas consagrados: P. Laband, "Le Droit Public de l'Empire Allemand", trad. francesa, 1901, Tomo II, págs. 107; Otto Mayer, "Le Droit Administratif Allemand", tradução francesa, 1906, Tomo IV, págs. 1; F. G. Goodnow, "Derecho Administrativo Comparado", trad. espanhola, Tomo II, págs. 70; L. Meucci, "Istituzioni di Diritto Amministrativo", 3.^a ed., 1892, págs. 182; Duguit, "Traité de Droit Constitutionnel", 3.^a ed. (1930), Tomo III, página 104; H. Berthelemy, "Traité Élémentaire de Droit Administratif", 13.^a ed. (1933), págs. 52; Cino Vitta, "Diritto Amministrativo", 1935, vol. 2.^o, págs. 376; Carlos Garcia Oviedo, "Derecho Administrativo", 2.^a ed., 1948, página 285; José Gascon y Marin, "Tratado de Derecho Administrativo", 10.^a ed., 1948, Tomo I, págs. 294.

26. A doutrina de Gaston Jèze, oposta à tese privatista, que encara a função pública como situação legal

ou estatutária, ganhou terreno e se impôs vitoriosamente com a sua incorporação ao Estatuto dos Funcionários de França (Lei 46-2294, de 19-10-48, art. 5.^o) nos seguintes termos:

"Le fonctionnaire est vis-à-vis de l'administration dans une situation statutaire et réglementaire."

27. De acordo com esta noção, o legislador pode aumentar ou reduzir as vantagens do cargo, com aplicação do preceito no presente e no futuro, excluídos os seus efeitos sobre o passado, ou aos fatos consumados. Assim, estabelecida uma restrição, a ela se deve submeter o funcionário, sem que, entretanto, fique obrigado a responder pelos atos ou fatos ocorridos anteriormente (G. JÈZE, *Les Principes Generaux du Droit Administratif*, 3.^a edição, 1925, págs. 133-135).

M. WALINE dá o seu testemunho no mesmo sentido:

"Ce qui est certain, et sur quoi l'accord est général, c'est que l'administration peut réduire à tout moment les avantages de carrière des fonctionnaires, ou aggraver leurs obligations; elle peut à tout moment modifier le statut des fonctionnaires, dans la mesure où celui-ci est décrit par de simples règlements et non par une loi, et à condition de procéder, pour la modification de ces règlements, dans la forme où ils ont été établis. Ces modifications s'imposent alors immédiatement à tous les fonctionnaires, même s'ils sont entrés au service à une époque où leur statut était plus favorable (jurisprudence constante)."

(*Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 6.^a ed., págs. 327, 195).

PAUL DUEZ e GUY DEBEYRE, atestam, em sua recente obra:

"La situation juridique est modifiable à tout moment par l'autorité compétente. Le nouvel acte régle le régime de la fonction s'appliquera de plano, non seulement à ceux qui voudront désormais entrer dans la fonction publique, mais encore à ceux qui y sont déjà. Les fonctionnaires n'ont aucun "droit acquis" au maintien de leur condition. La jurisprudence est particulièrement ferme sur ce point."

("Traité de Droit Administratif", 1952, página 646.)

ANDRÉ DE LAUBADÈRE, em livro aparecido no corrente ano, afirma:

"CONSEQUENCES DU PRINCIPE.

.....

2.^o Le contenu de la situation du fonctionnaire, ses droits et obligations, peuvent être modifiés unilatéralement par l'Etat, à tout instant, sans que le fonctionnaire puisse invoquer de prétendus "droits acquis" ni réclamer une indemnisation quelconque: C.E. 24 déc. 1937, de la Bigne de Villeneuve, página 185; 24 mars 1944, Toutée, p. 104."

("Traité Élémentaire de Droit Administratif", 1953, págs. 664.)

V

28. Acordes em que a situação do funcionário pode ser modificada pelo legislador são as opiniões de RAFAEL BIELSA ("Derecho Administrativo", 1947, Tomo II, páginas 102 e 155) apesar de partidário da existência, na espécie, de um "contrato de direito público" (ob. cit., e "Estudios de Derecho Público. I — Derecho Administrativo", 1950, págs. 15); BENJAMIN VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, 1951, vol. III, página 580; J. M. RUIZ Y GOMES, *Principios Generales de Derecho Administrativo*, 1935, págs. 80; A. LENTINI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 1939, vol. I, parte geral, págs. 591; R. BONNARD, *Precis de Droit Admi-*

nistratif, 1935, pág. 367; M. HAURIU, *Precis Elementaire de Droit Administratif*, 4.^a edição, 1938, página 71; LOUIS TROTABAS, *Manuel de Droit Public et Administratif*, 1948, pág. 117; P. STAINOF, *Le Fonctionnaire*, 1933, pág. 63; FRANCISCO CAMPOS, parecer in *Revista de Direito Administrativo*, vol. I, pág. 273; MÁRIO MASAGÃO, parecer in "Revista" e vol. cit., pág. 693; ALCIDES CRUZ, *Direito Administrativo Brasileiro*, 2.^a ed., 1914, pág. 100; C. A. LÚCIO BITTENCOURT, parecer in "Revista Forense", vol. 98, pág. 309; THEMISTOCLES B. CALVALCANTI, *O Funcionário Público e seu Estatuto*, 1940, pág. 279.

Até na Inglaterra, onde a doutrina contratual tem raízes profundas, a lei pode sempre modificar os direitos dos funcionários, informa em obra recente P. M. GAUDEMET, "Le Civil Service Britannique", 1952, pág. 72.

VI

29. A doutrina francesa tem, para nós, neste particular, significação especial, porque nela é que se vem inspirando a nossa jurisprudência. São contraditórios nos acórdãos os mesmos argumentos e invocada, a todo o momento, a autoridade de seus defensores.

30. SEABRA FAGUNDES, como relator de um acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, em 1941, ("Revista Forense", vol. 88, pág. 221) dizia que "hoje em dia é geralmente repelida a teoria contratual como capaz de explicar o vínculo entre o funcionário e o Estado". E, depois de outras considerações, conclui:

"O que regula a situação jurídica do funcionário, já o estabelecia, em 1918, acórdão do Supremo Tribunal Federal relatado pelo insigne VIVEIROS DE CASTRO, e está hoje no consenso de quase todos os autores, é um *estatuto legal*, dependente de ato unilateral da autoridade pública."

("Revista de Direito", vol. 53, págs. 146 a 161.)

O acórdão invocado por SEABRA FAGUNDES e que, relatado por VIVEIROS DE CASTRO, contou com a unanimidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, é realmente notável pela clareza e precisão de conceitos. Mostra como a doutrina *contratual*, que teve certa voga, graças ao prestígio do civilista CHIRONI, já em 1918 estava completamente proscriita segundo o testemunho de autores italianos, franceses, belgas, alemães, norte-americanos e nacionais. Disse o autorizado VIVEIROS DE CASTRO:

"A situação do emprego, na época da nomeação, não fica imutável em proveito do empregado; continua regida pelas leis e pelos regulamentos, que podem ser modificados legalmente e regularmente, sendo o funcionário obrigado a se sujeitar a essas modificações, salvo se preferir solicitar a sua demissão."

(*Revista de Direito*, vol. 53, pág. 149.)

31. Decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, em 23-2-49, em sessão plena, que

"As relações jurídicas entre o Estado e o funcionário são de natureza não contratual, mas decorrentes de estatuto legal e, assim, alteráveis por ato unilateral do Estado, de acordo com as condições impessoais do interesse público."

(*Revista de Direito Administrativo*, vol. 23, pág. 142 e "Revista Forense", vol. 124, pág. 500; idem, de 22-9-47, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 13, pág. 229; idem, decisão de 1-10-45, in "Revista Forense", vol. 113, pág. 143.)

32. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em sessão plenária, em acórdão de 21-11-49, proclamou a tese estatutária:

"Assim, e como é sabido, as antigas doutrinas que atribuíam a relação jurídica entre o Estado e o funcionário público em caráter contratual cederam lugar, de há muito, à chamada doutrina es-

tatutária, entendida esta em seus devidos termos, segundo a qual as condições vigentes ao tempo da investidura no cargo podem ser alteradas sem que se considere ferido qualquer direito subjetivo do servidor que o ocupa."

(*Revista de Direito Administrativo*, vol. 24, págs. 72-84.)

33. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em câmaras civis reunidas, em acórdão de 13-6-47, seguiu o mesmo rumo:

"O interesse público pode exigir a qualquer tempo modificações em seus serviços e a sua necessidade não deve encontrar peias num suposto direito adquirido por parte de seus agentes, a não ser que a lei, expressamente, declare o contrário."

(*Revista de Direito Administrativo*, volume 9, págs. 183-184.)

34. Finalmente o Supremo Tribunal Federal tem como assentada a mesma doutrina.

Ao julgar em 11-9-44 o Rec. Ext. n.º 8.471 (1.^a Turma) o Sr. Ministro ANIBAL FREIRE, Relator do feito e antigo professor de direito administrativo, proclamava com o apoio de CASTRO NUNES, outro especialista do direito público:

"As decisões recorridas afirmaram-se no princípio dominante de que as promoções de funcionários são estritamente estatutárias, podendo as suas condições ser alteradas por legislação subsequente."

Nada há a opor no estado atual da doutrina e da legislação a tal conceito.

A relação jurídica que une o funcionário ao poder público desprende-se dos liames contratuais para incorporar-se ao acervo de regime estatutário, que domina a atividade do Estado.

Pode-se afirmar, sem risco de contradita, "que se estabeleceu quase uniformidade entre os tratadistas da matéria..."

"Dentro desse quadro, a ação do Estado desenvolve-se no interesse público e os direitos do funcionário às vantagens da carreira ficam subordinados às prescrições legais, alteráveis ao arbítrio do legislador, sem que possam ser invocados direitos que se não constituíram definitivamente."

("Revista de Direito Administrativo", vol. 3, págs. 244-246.)

35. No julgamento da Apelação Cível n.º 8.373, em 18-1-44, o Supremo Tribunal Federal (1.^a Turma) pela voz do Sr. Ministro OROZIMBO NONATO, relator do feito, afirmou:

"Não é necessário desdobrar tôdas as linhas em que se amplia o debate para mostrar o crescente desprestígio da doutrina contratual, que vai encontrar origem em aparências falazes e na idéia falsa de que as outras doutrinas levam ao mais desimpedido dos arbítrios. Nem o expediente, de que outros se socorrem, como ORLANDO e LABAND, do apelo à existência do "contrato de direito público" pode prevalecer contra a doutrina estatutária a não ser que se quisesse subverter a noção irreduzível de contrato, guardando-se-lhe apenas o rótulo para uma situação jurídica *toto coelo* diferente daquele que o contrato indica, e caracteriza."

A situação de funcionário não é contratual. É regulamentar, subordinados os seus direitos aos fins públicos de sua função. É o estatuto, é o regulamento que baliza o alvedrio do governante e oferece as demarcações das garantias e proveitos dos funcionários."

(*Revista de Direito Administrativo*, volume 4, pág. 163.)

36. E ainda recentemente, na decisão do Recurso Extraordinário n.º 8.874, tomada pela 2.ª Turma, em 26-6-50, o Egrégio Supremo Tribunal acompanhava ainda o preclaro mestre OROZIMBO NONATO, também relator, que assim motivou o seu voto:

"A subordinação do funcionário a um *status*, isto é, a uma situação objetiva geral e impessoal, legal e regulamentar no sentido técnico dessas expressões, consoante o conceito de PLÍNIO BARRETO, lembrado na sentença de fls., impediu a formação de "*direito adquirido*", conforme em casos semelhantes e tendo o oúso de adversar opinião de FIDELFO AZEVEDO, sustentei, alentado no magistério de ESPÍNOLA — ESPÍNOLA FILHO."

(Revista Forense, vol. 136, págs. 417 a 419.)

VII

37. A jurisprudência dominante se inspira, como ficou demonstrado, na doutrina *estatutária* e esta repele, formalmente, a idéia do "*direito adquirido*" ao gôzo pere de determinada situação funcional.

38. Em interessante trabalho intitulado *Os direitos adquiridos do Funcionário Público*, ODILON C. DE ANDRADE, professor de Direito Administrativo da Universidade de Minas Gerais, depois de combater essa possibilidade, ante à doutrina vitoriosa, concluiu:

"A verdade verdadeira é que o *direito adquirido* do funcionário só se coaduna com a teoria contratual da função pública.

Mas neste caso tenha-se a coragem da coerência e não se permita ao Estado reduzir vencimentos, aumentar atribuições, restringir ou modificar competência, negar licenças, etc.; dê-se enfim ao funcionário a posição jurídica de contratante em face de contratante dêle podendo exigir o respeito e integral cumprimento das condições pactuadas quando aceitou o cargo."

(Revista Forense, vol. 70, pág. 470.)

39. EPITÁCIO PESSOA, então Presidente da República, com a sua grande autoridade de antigo legislador e Ministro do Supremo Tribunal, em veto endereçado ao Congresso Nacional, em 18-1-21, demonstrou a impossibilidade de se configurar "*direito adquirido*" nas relações entre o Estado e o funcionário. E explicou:

"O conceito do *direito adquirido* vai tomando entre nós extranha elasticidade e dificultando cada vez mais a acção administrativa.

Pretender que os funcionários públicos, quaisquer que elles sejam, têm direito adquirido a tôdas as vantagens insertas nos regulamentos do tempo em que foram nomeados, é, ou tornar intangíveis êsses regulamentos e paralisar quasi a administração publica, ou crear no paiz, nas mesmas repartições, nas mesmas categorias, tantas classes de empregados com direitos diferentes, quantas forem as modificações por que passaram os regulamentos. Uma vez admittido tal critério, a lei, sejam quaes forem as condições do Thesouro ou do estado dos serviços publicos, não poderá mais extinguir repartições, supprimir simples postos de acesso, diminuir vencimento, abolir gratificações, ampliar o prazo da aposentadoria, elevar a contribuição do montepio, estabelecer novas condições de promoção, estatuir sobre penas administrativas, demissão, normas de serviço, etc., etc., sem resalvar a situação dos funcionários nomeados no regimen da lei anterior.

Ao cabo de alguns annos e de algumas reformas, pode-se bem imaginar como será difficil, complicado, moroso e inoperativo, o funcionamento da machina administrativa."

(Revista Forense, vol. 35, pág. 291.)

40. PIRES E ALBUQUERQUE, que também honrou aquêle conspícuo colégio judiciário, disse com clareza e precisão:

"Se a lei pode alterar a organização e o estipêndio dos cargos públicos, não há como admitir que esta organização e estipêndio, enquanto dependentes de uma condição alterável a arbítrio de terceiros, possam constituir *direitos adquiridos*."

(Revista do Supremo Tribunal Federal, volume 92, pág. 660.)

41. E' princípio corrente, aliás, que as leis administrativas não estão sujeitas ao princípio da irretroatividade destinado à protecção dos direitos adquiridos. Elas se aplicam, imediatamente, sem encontrar nêles qualquer obstáculo, *in futurum* (BENTO DE FARIA, *Aplicação e Retroatividade* da Lei, 1934, pág. 25; LAFAYETTE, parecer in *Revista Forense*, vol. 6, pág. 129; CLÓVIS BEVILÁQUA, *Código Civil Comentado*, 3.ª ed., 1927, vol. I, página 99, n.º 9).

42. Segundo P. ROUBIER, em se tratando do exercício de funções públicas

"... il convient de noter que l'incompatibilité d'une fonction publique avec telle ou telle situation peut toujours être établie par une loi nouvelle."

("Les Conflits de Lois dans le Temps", 1933, Tome II, pág. 472.)

No mesmo sentido opina CARLOS MAXIMILIANO:

"Os preceitos *atuais* regem o exercício das funções públicas, os poderes e deveres dos serventuários: por exemplo, *tornando compatíveis ou incompatíveis dois lugares ou duas atividades oficiais*, ou instituindo incompatibilidade absoluta, conforme tem sucedido com excluir de certos empregos ou profissões os naturalizados e os membros de família outrora reinante."

(Direito Intertemporal, 1946, pág. 335.)

Nos Pareceres 77 T e 193 T disse, a propósito de hipóteses semelhantes:

Não tinha, portanto, o funcionário em causa, "*direito adquirido*" à continuação por tempo indefinido ao exercício simultâneo de seu cargo com o emprego privado. Se êste não era vedado, antes da federalização, uma lei nova poderia torná-lo incompatível sob a invocação de qualquer motivo que a juízo do legislador fôsse considerado plausível.

Se a lei nova podia restringir as atividades privadas do funcionário por mais forte razão poderia também fazê-lo dentro dos quadros funcionais, criando as incompatibilidades que entendesse razoáveis.

No caso, o impedimento vem da própria Constituição (art. 185) e é evidente que a lei nova não poderia dispensá-lo. A sua observância estava implícita porque o legislador ordinário não tinha poderes para afastá-la. Ainda que não mencionada a sua invocação se impõe ao aplicador da lei.

Quando foi baixada a lei de federalização não havia, portanto, "*direito adquirido*" a determinada situação funcional, isto é, um direito intangível do funcionário de continuar a exercer, sem restrições e ao par da função pública, determinado emprego privado. Com o advento de federalização a incompatibilidade surgiu e contra ela não é lícito invocar-se direito adquirido. (Parecer 77 T, de 11-12-51.)

VIII

43. A tese contratualista, de fundo *civilista*, tende a colocar no mesmo regime jurídico o emprego público e o privado. Mas, entre nós, desde 1934 que os textos constitucionais contêm preceitos peculiares a cada categoria de trabalhadores. A locação de serviço emancipou-se da disciplina do Código Civil e ganhou terreno através de uma legislação abundante, já consolidada. Não obedece

mais à noção contratualista de outrora e caminha a passos largos para o regime estatutário e publicístico sob a égide de uma justiça especializada.

44. Como admitir que em se tratando de função pública sejam reeditados os cânones civilistas, para colocar o interesse privado acima do público e coartar a ação do legislador, proibindo que ele possa baixar as prescrições que entender necessárias à tutela do interesse coletivo?

IX

45. A esses argumentos, outros se podem acrescentar, em réplica ao reconhecimento, no caso da federalização das Faculdades, de um "direito adquirido" à acumulação remunerada.

46. A inspiração do acórdão em causa, do colendo Tribunal Federal de Recursos, é eminentemente *contratualista*, e está divorciada não só da quase unanimidade dos autores, como da jurisprudência mais autorizada, inclusive acórdão recentíssimo do mesmo Tribunal.

47. No julgado em exame, são freqüentes as referências do voto principal à circunstância de não haver o interessado dado o seu assentimento à federalização da Faculdade, da qual surgiu a incompatibilidade funcional.

Seria necessário, para que o funcionário pudesse ser privado do exercício da atividade particular, *por lei nova*, que o legislador obtivesse, antes, a sua aquiescência, argumenta o digno Relator. Supôs, S. Ex.^a, um *contrato bilateral* que uma das partes não podia alterar sem o beneplácito da outra. O funcionário que exerce *atividade privada*, fica com "direito adquirido", sem limite no tempo, porque a incompatibilidade superveniente é atentatória de seus interesses, deduz-se do acórdão.

48. A inversão de posições é completa, como se vê. O cargo existiria para o funcionário, com a sua configuração inalterável, e não este para aquele, a serviço do interesse público.

49. Um reexame mais detido do julgado, especialmente do voto do ilustre Ministro Relator, evidencia que não é esta somente a crítica que se lhe pode fazer.

Houve também uma colocação inadequada das matérias em debate.

50. Quando o impetrante exercia um cargo público e um emprego privado, não havia *acumulação remunerada* no sentido que a Constituição e as leis dão a esta expressão. A *acumulação* surgiu, como mera possibilidade,

posteriormente, quando o emprego privado *deixou de existir*, pelo desaparecimento da Faculdade como entidade privada.

51. Direito adquirido a exercer, indefinidamente, o cargo público juntamente com o emprego privado, não existia, porque ao Estado se reconhece a faculdade de criar por lei nova, com efeito imediato, incompatibilidades, restrições e impedimentos. Assim, o emprego privado que o impetrante possuía, ele poderia perdê-lo, a qualquer momento, desde que pretendesse conservar o cargo público, tornado incompatível com aquele.

52. Mas, de qualquer forma o exercício simultâneo que lhe era permitido não constituía *acumulação remunerada* no sentido legal. A lei de federalização, que o acórdão diz haver postergado o "direito adquirido", não se defrontou com uma *acumulação remunerada permitida*, a qual se teria tornado inviável em detrimento de seu titular.

53. A verdade é que o impetrante só adquiriu direito à acumulação em virtude do acórdão, que mandou provê-lo num cargo público, quando ele já era titular de outro, sem correlação de matérias.

54. Não gozava o impetrante, antes da federalização, da proteção constitucional de um *direito adquirido à acumulação*, porque acumulação não havia. E nem poderia pretendê-la, porque a tanto se oporia o art. 185 da Constituição.

X

55. A acumulação, como se vê, na espécie, é fruto exclusivo do acórdão; é uma dádiva contra o mandamento constitucional, a pretexto de proteger situação que antes dele *nunca existiu*, isto é, o exercício cumulativo de *dois cargos públicos*, sem correlação de matérias, como o exige o art. 185 da Constituição.

56. Em face do exposto, é minha opinião que o acórdão em causa não deve ter reflexos na esfera administrativa, salvo quanto ao seu beneficiário. Mas, ainda assim, é de se esperar que o Egrégio Supremo Tribunal, a quem o feito foi submetido, fará cessar a singular posição em que se encontra o impetrante, de poder acumular cargos públicos com flagrante violação do art. 185 da Constituição e do Estatuto dos Funcionários (artigo 188, número II).

E' o que me parece. S.M.J.

Rio de Janeiro, 18 de fevereiro de 1953. — Carlos de Medeiros Silva, Consultor-Geral da República.