NOTAS E COMENTÁRIOS

OS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS E A CONSTITUIÇÃO

(ART. 187)

ALAIM DE ALMEIDA CARNEIRO

SUMÁRIO: 1 — Notícia histórica. 2 — Conceito atual de vitaliciedade. 3 — A vitaliciedade do magistério. 4 — Inamovibilidade como decorrência da vitaliciedade. 5 — A irredutibilidade de vencimentos. 6 — A situação especial da magistratura. 7 — O caráter exaustivo do mandamento constitucional.

1. A vitaliciedade das funções públicas tem aparecido e desaparecido do cenário administrativo acompanhando sensìvelmente as oscilações da democracia.

Ao tempo em que o poder temporal decorria do poder espiritual dos soberanos, todo funcionário público a quem coubesse uma parcela de autoridade era sacerdote e magistrado. A escolha então se fazia pela vontade dos Deuses, traduzida no privilégio da hereditariedade. Foi assim na Grécia antiga e na Roma dos Reis.[1]

Com o aparecimento das primeiras democracias, à medida que se multiplicavam as funções públicas estas perdiam o seu caráter sacerdotal, permitindo que a eleição substituisse a hereditariedade.[2]

Só a República Romana, orgulhosa, conservadora e aristocrática, restaurou a vitaliciedade dos cargos públicos, essencial à manutenção das classes privilegiadas. Daí, como vimos em outro escrito,[3] a confusão entre cargos, ofícios, honras e privilégios.

Êsse fenômeno, antigo como o serviço público, reproduziu-se através da história. A França revolucionária, nos albores da nova democracia, considerou

---

[1] Fustel de Coulanges, *La cité antique*, Paris, 1903, Cap. X.
[2] *Idem*, pág. 389.
[3] Artigo, *Revista de Direito Administrativo*, vol. III, pág. 351.

a própria inamobilidade dos juízes incompatível com a soberania popular.[4] Nos Estados Unidos também a discussão se reabriu e a vitaliciedade da magistratura só ficou assegurada depois que se sublimou a teoria da separação de poderes.[5]

Nada mais justificaria, portanto, nos tempos modernos, a concessão dêsse privilégio a servidores administrativos.

Deu-se, porém, com a vitaliciedade o mesmo que com a acumulação: o princípio continuou a vigorar sôbre outros fundamentos. Dizia-se que de suas concessões decorriam vantagens para o serviço, libertando o servidor de influências políticas.

Contra essa interpretação acomodativa, que serviria para justificar a mais ampla vitaliciedade, opuseram-se inúmeros juristas, entre os quais Benthan que negava as vantagens apontadas, afirmando que o servidor probo não precisa ser vitalício para proceder com independência e honestidade mas que, por outro lado, essa garantia pode estimular a indolência e encorajar o desmazêlo.

2. Essa sucessiva acomodação do privilégio anti-democrático determinou a evolução do conceito de vitaliciedade. Ao tempo em que o serviço real ainda não tinha sido sucedido pelo serviço civil, quando os monarcas dispunham a seu talante dos cargos e das honrarias, tôda função pública que não fôsse precária ou expressamente temporária seria vitalícia. A capacidade, entretanto, de dar ou retirar êsses "ofícios" emprestava à vitaliciedade o simples caráter de nomeação por tempo indeterminado.

A primeira restrição ao arbítrio do poder consistiu em assegurar a manutenção de certos cargos pelos seus titulares *quandu bene se gesserint*. Foi o que ocorreu na França em 1467[6] e na Inglaterra em 1640,[7] donde foi transplantado para os Estados Unidos, traduzindo-se na cláusula *during good behaviour*.[8]

A êsse conceito moderado, ainda hoje vigente, se opõe a vitaliciedade outorgada ao funcionário *sa vie durant*, já sustentada entre nós, que leva a considerar o cargo vitalício como propriedade do seu titular, que não o pode perder nem pela enfermidade, nem pela velhice.

O ilustre Ministro Hahnemann Guimarães afirmou terem os juízes a propriedade de seus cargos, invocando as expressões correntes entre os constitucionalistas inglêses e americanos, *judicial tenure* e *tenure of judicial office*.[9] A

---

[4] *Enciclopedia Giuridica Italiana*, 1902, verbete *inamovibilitá;* Arraya, *Comentarios a la Constitución de la Nación Argentina*, vol. II, pág. 254.

[5] A. Hamilton, *Le Federaliste*, Paris, 1902, n.º 78, pág. 644.

[6] Attilio Brunialti, *Il Diritto Costituzionale*, Turim, 1900, vol, II, pág. 507.

[7] *Idem*, pág. 508.

[8] Putney, *United States Constitucional History on law*, pág. 223.

[9] Hahneman Guimarães, *Pareceres do Consultor Geral da República*, 1943, n.º 216, pág. 134.

mesma expressão, entretanto, tem sido uniformemente usada tratando-se de funcionários "estáveis", como no célebre *"Tenure of office act"* de 1867, que veda ao Presidente demitir sem consentimento do Senado os servidores que foram nomeados com êsse beneplácito.[10]

Aliás, mesmo na França, de onde nos veio êsse falso conceito, já hoje se repele a teoria da propriedade dos cargos, que Duguit reputa absolutamente inexata,[11] como os nossos Tribunais também já reconheceram.[12]

De qualquer forma, porém, a discussão é acadêmica: a vitaliciedade definida na Constituição de 1946 é simples indemissibilidade. O funcionário vitalício, diz a lei, não pode ser demitido senão mediante processo judicial.

Verificada, pois, qualquer das hipóteses previstas nas leis ordinárias como causa de demissão, cabe ao Executivo promover a ação judicial competente, assegurada ampla defesa ao funcionário acusado.

Êsses são os limites constitucionais do instituto que, mesmo assim, entretanto, não havia razão para ser estendido a funcionários executivos.[13]

3. Dir-se-á que a vitaliciedade do magistério é de nossa tradição administrativa. Não há dúvida. A lei de 11 de agôsto de 1827 já declarava os professôres "proprietários" de suas cadeiras, o que foi ratificado por algumas leis posteriores.

A validade dessas leis, todavia, foi muitas vêzes questionada[14] e só a pujança própria dos privilégios explica a sua resistência centenária contra a opinião pública, a evolução da doutrina e o voto dos publicistas.[15]

Acresce considerar que, ao tempo daquela primeira lei, não tendo sido ainda outorgado um "Estatuto" aos funcionários públicos, nem fixado o conceito da estabilidade, foi aquêle o recurso encontrado para assegurar a situação funcional dos professôres.

Compreende-se, pois, a concessão da vitaliciedade no regime de 1934, mas não se compreenderia na carta de 1937, que elevou a estabilidade dos funcionários a mandamento constitucional. A nova Constituição, entretanto, levando o intérprete à maior perplexidade, reproduziu os preceitos referentes à estabilidade, insertos no Diploma de 1937, e os da vitaliciedade de 1934!

---

[10] *Apud* Gonçalez Calderon, *Derecho Constitucional Argentino*, 1931, tomo III, pág. 395.

[11] Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, 1930, vol. III, pág. 204.

[12] *Apud* José Afonso Mendonça de Azevedo, *Jurisprudência*, pág. 134.

[13] Temístocles Brandão Cavalcânti, *Tratado de Direito Administrativo*, 1932, vol. III, pág. 374.

[14] José Matos de Vasconcelos, *Direito Administrativo*, 1937, vol. II, pág. 443, nota.

[15] Cfr. Araújo Castro, *Estabilidade de Funcionários Públicos*, 1917.

Por certo os defensores da prerrogativa anti-democrática reproduzirão os argumentos repelidos por Benthan: a vitaliciedade é essencial para assegurar a independência de cátedra. A isso se poderá responder que, com o mesmo argumento, seria de conceder a vitaliciedade a inúmeros outros servidores públicos, por cuja independência funcional não é menos necessário zelar.

Acresce considerar que, com êsse objetivo, a medida seria inoperante. De que vale a conservação do cargo sem a inamovibilidade, a irredutibilidade de vencimentos e a imunidade disciplinar? A pressão política se fará sentir da mesma maneira se o servidor, embora vitalício, puder ser transferido, removido, censurado, suspenso, multado, reduzido em seus vencimentos, etc. Nada o justificaria, portanto.

O fato, porém, é que o privilégio foi concedido. Mas, exatamente porque se trata de um privilégio, mister é interpretá-lo restritivamente.[16]

Assim, por exemplo, aos professôres catedráticos, como aos titulares de ofícios, se aplicarão as normas do art. 191 sôbre aposentadoria, tal como as disposições das leis ordinárias que regulam os direitos e deveres dos funcionários públicos. Nem mesmo se esquivarão, sob a capa da vitaliciedade, ao regime disciplinar comum.[17]

4. Pela mesma razão não será possível falar em inamovibilidade de professôres. A garantia foi concedida apenas aos juízes, condicionada ao interêsse público e sem qualquer relação com a vitaliciedade.

E' certo que Rui declarou ser "inamovibilidade" sinônimo de "vitalicidade",[18] equívoco em que também incorreu o Supremo Tribunal ao declarar que a inamovibilidade está implícita na vitaliciedade.[19] Tudo leva a crer que êsse errôneo entendimento decorre da confusão entre o sentido estrito do têrmo — incorporado ao nosso direito positivo — e o sentido amplo em que é vulgarmente empregado pelos italianos e franceses.

"Inamovibilidade" *latu sensu* é o têrmo genérico compreensivo das duas garantias, isto é, a irremovibilidade e a vitaliciedade.[20]

Castro Nunes esclareceu perfeitamente o assunto, dizendo que no conceito doutrinário de "inamovibilidade" se inclui não só o direito ao cargo — garantia que conhecemos pela palavra vitaliciedade — como também a irremovibilidade, com o sentido de inamovibilidade na função.[21]

---

[16] Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito.*

[17] A vitaliciedade, diz Levi Carneiro, não importa na imunidade às penas disciplinares (Parecer n.º 24-G do Consultor Geral da República, de 12-2-1931).

[18] Rui Barbosa, *Atos Inconstitucionais*, pág. 42.

[19] Acórdão *in Arquivo Judiciário*, vol. I, pág. 87.

[20] Coumoul, *Du Pouvoir Judiciaire*, pág. 303, *apud* Castro Nunes, *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, 1943, pág. 95, nota 7.

[21] Castro Nunes, op. cit., pág. 95.

O que se tem feito, portanto, é uma inversão da regra de que resultou falsa recíproca. A inamovibilidade — *latu sensu* — compreende a vitaliciedade, mas nunca esta compreendeu aquela.

Aliás, em nosso direito, temos exemplo de servidores vitalícios que não são inamovíveis — como os militares — e servidores inamovíveis que não são vitalícios, tais como os juízes com atribuições limitadas ao preparo dos processos ou à substituição (art. 95, § 3.º). Também na Constituição do Império os juízes eram "perpétuos" se bem que não fôssem *constitucionalmente* inamovíveis (art. 153).

Nem se busque ver aí uma contradição *in abjecto*. O problema já tem sido debatido e amplamente esclarecido quer na Argentina, onde há juízes vitalícios e juízes temporários, ambos inamovíveis,[22] quer nos Estados Unidos.[23]

5. O mesmo se pode dizer da irredutibilidade de vencimentos. E' prerrogativa expressamente concedida aos juízes e sòmente a êles, sem nenhuma relação com a vitaliciedade.[24]

O próprio Supremo Tribunal Federal já distinguiu os institutos quando, em 1898, se recusou a reconhecer a irredutibilidade de vencimentos dos Ministros do Supremo Tribunal Militar, embora a Constituição lhes assegurasse a vitaliciedade.[25]

Alega-se que a irredutibilidade dos magistrados, porque expressa na Constituição, subtrai o vencimento dos juízes à ação das leis ordinárias, mas que os vencimentos dos demais funcionários vitalícios, pôsto que também *irredutíveis*, podem ser reduzidos por lei geral, respeitados os direitos adquiridos.[26]

Haveria assim duas formas de irredutibilidade: a constitucional e a legal.

A tese poderia ser convincente se a suposta irredutibilidade dos vitalícios pudesse e houvesse sido fixada por lei ordinária. O fato, porém, é que os defensores dessa interpretação *sui generis* fazem essa "irredutibilidade" decorrer da própria vitaliciedade. Ora, se tais fôssem as conseqüências necessárias do preceito constitucional, teria a irredutibilidade, forçosamente, o mesmo teor hierárquico do mandamento de que decorresse.

Ademais, se tal "irredutibilidade" consiste, apenas, na prerrogativa de só poderem os vencimentos ser reduzidos por lei geral e *ad futurum*, ela é inoperante. Também os vencimentos dos servidores públicos estáveis, *enquanto em exercício*, não podem ser reduzidos senão por lei geral.

---

[22] Daniel Antokoletz, *Tratado de Derecho Constitucional y Administrativo*, Buenos Aires, 1933, t. II, pág. 677.

[23] João Barbalho U. C., *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, 1902, pág. 231, nota.

[24] Araújo Castro, op. cit., pág. 43.

[25] *Apud* José Matos de Vasconcelos, *Direito Administrativo*, 1937, vol. II, pág. 447.

[26] Romão Côrtes de Lacerda, artigo publicado *in Arquivo Judiciário*, vol. LXXXVII, suplemento.

A verdade é que a irredutibilidade mesmo expressa, concedida que é no interêsse do serviço, não cria nenhum *direito subjetivo* a favor do funcionário.[27] Se uma nova Constituição, portanto, retirar dos próprios magistrados a garantia da irredutibilidade, poderá uma lei ordinária subseqüente diminuir êsses vencimentos, sem que haja ofendido qualquer *direito adquirido*. Essa é a doutrina vitoriosa.

6. Mister, entretanto, é distinguir a situação dos magistrados, quanto às garantias constitucionais.

Concedidas a funcionários do Executivo é privilégio avêsso à democracia; concedidas aos magistrados é garantia do perfeito funcionamento do princípio salutar da separação de Poderes.[28]

A vitaliciedade dos juízes assegura a independência do Judiciário em face do Executivo, tal como a irredutibilidade de vencimentos garante sua independência do Poder Legislativo.[29] O disposto no art. 45 da Constituição e seus parágrafos, que vedam a prisão e formação de culpa de um parlamentar sem autorização da Câmara interessada, tem o mesmo objetivo da vitaliciedade da magistratura: assegurar a efetiva independência dos Poderes. Não pode o Legislativo diminuir os vencimentos dos juízes; não pode o Judiciário prender e processar os membros do Legislativo. Aquêles, entretanto, não têm seus vencimentos irredutíveis, nem êstes imunidades pessoais.

Poderíamos dizer, portanto, que assim como a imunidade não constitui direito subjetivo do parlamentar, também a vitaliciedade é antes condição da Magistratura do que prerrogativa pessoal dos juízes.

Daí a nossa afirmativa inicial quanto à improcedência da vitaliciedade dos funcionários executivos, o que Orlando reputa da maior inconveniência.[30]

7. Dir-se-á que a vitaliciedade dos professôres, como a de outros funcionários, quando não fôsse constitucional poderia ser outorgada por lei ordinária.

O assunto foi muito discutido nos regimes de 1824 e 1891 e há jurisprudência em ambos os sentidos,[31] embora o art. 179, XVI, da Constituição do Império declarasse abolidos todos os privilégios que não fôssem essenciais e inteiramente ligados aos cargos por utilidade pública.

A dúvida, entretanto, não pode mais ser levantada. Nas Cartas de 1824 (art. 153), de 1891 (art. 57) e de 1937 (art. 91) cuidava-se da vitaliciedade

---

[27] Léon Duguit, op. cit., vol. III, pág. 206.

[28] Carlos Maximiliano, *Comentários à Constituição*, 4.ª ed., 1948, vol. II, pág. 287. Ruyz y Gomez, *Principios Generales de Derecho Administrativo*, pág. 174.

[29] J. Bryce, *The American Commonwealth*, vol. I, pág. 275.

[30] V. E. Orlando, *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, vol. I, pág. 634.

[31] *Apud* Araújo Castro, op. cit., págs. 13, 19, 20.

dos magistrados no capítulo do Poder Judiciário, mas não havia qualquer alusão expressa aos demais funcionários. Daí o admitir-se a possibilidade de ser o privilégio concedido por lei ordinária.

Na Constituição vigente, todavia, além das disposições referentes aos magistrados, contida no capítulo próprio (art. 96), foi a matéria tratada na parte reservada aos servidores públicos e o foi exaustivamente, como afirma Pontes de Miranda,[32] e está claro no texto: "Serão vitalícios, *sòmente*, etc.". Não pode, pois, a lei ordinária estender a outros a prerrogativa excepcional.

Aos magistrados a Constituição concedeu a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, como decorrência necessária da separação de poderes;[33] aos professôres, como aos titulares de ofício, foi concedida apenas a vitaliciedade e, isto mesmo, como gracioso privilégio anti-democrático,[34] que deve ser interpretado restritivamente.

[32] Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, vol. IV, pág. 164.

[33] Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1937*, tomo III, pág. 19; *idem* de 1946, vol. II, pág. 160. Clodomiro Zavalía, *Derecho Federal*, 3.ª ed., 1941, tomo I, pág. 508, *in fine*.

[34] João Barbalho, U. C., op. cit., pág. 231, nota. Araújo Castro, op. cit., pág. 136, *in fine*. Rui Barbosa, *Comentários à Constituição* (Homero Pires), vol. III, pág. 224. Temístocles Brandão Cavalcanti, *Tratado de Direito Administrativo*, 1942, vol. III, pág. 374; *idem*, *A Constituição Federal Comentada*, 1948, tomo II, pág. 306.