OS SERVENTUÁRIOS DE JUSTIÇA — SUA SITUAÇÃO JURÍDICA

ALAIM DE ALMEIDA CARNEIRO
Advogado no Distrito Federal

SUMÁRIO: *Noção de serviço público e servidor público. O conceito de funcionário nas Constituições de 1934 e 1937. O Estatuto dos Funcionários Públicos. A percepção de custas. A situação dos serventuários de justiça. A nova orientação adotada na Organização Judiciária dos Territórios e do Distrito Federal.*

A noção de *serviço público*, embora represente idéia central e constitua um dos pontos essenciais de tôdas as doutrinas que interessam o direito administrativo, como observa TEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCÂNTI,[1] é, ainda, por excelência, oscilante e imprecisa, variando o seu conceito de acôrdo com a organização político-administrativa de cada Estado.

Nessas condições, como o conceito de *servidor público* decorre, necessàriamente, daquele, também aí não se encontra doutrina pacífica, nem jurisprudência uniforme.

Mau grado, todavia, essa imprecisão, podemos assinalar, como tendência ponderável, a classificação dos agentes públicos em dois grandes grupos: funcionários e empregados.[2]

Essa classificação, embora destituída de qualquer precisão técnica, como observa NÉZARD,[3] informou os sistemas francês e italiano e foi, até certo ponto, também adotada entre nós.[4]

A tese era que o poder de determinação que o Estado conferia ao funcionário o identificava e distinguia do simples empregado, que, embora também exercitasse sua atividade no campo orgânico dos serviços públicos, não tinha esfera de ação própria,

1 TEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCÂNTI, *O Funcionário Público e o seu Estatuto*, pág. 6.

2 RAFAEL BIELSA, *Derecho Administrativo*, v. II, pág. 2; ROMANO, *Principii*, n.º 69; BULLRICH, *Principios Generales de Derecho Administrativo*, 1942, pág. 268; MARCELO CAETANO, *Direito Administrativo*, pág. 205.

3 NÉZARD, *Théorie juridique de la fonction publique*.

4 MATOS DE VASCONCELOS, *Direito Administrativo*, v. II, pág. 412.

ficando em plano inferior[5] e desempenhando suas atribuições como simples auxiliar daquele.

Ao empregado, dizia BATBIE, não está entregue o poder de decisão;[6] a idéia de funcionário, conclui VIVEIROS DE CASTRO, implica a de autoridade, *imperium* ou *jurisdictio*.[7]

Em abono dessa tese, seria fácil alinhar ampla doutrina, mau grado a jurisprudência oposta que surge em nossos tribunais;[8] de qualquer forma, entretanto, o fato é que o nosso legislador se manteve rebelde a quaisquer postulados doutrinários, empregando o têrmo, indiferentemente, nas mais variadas acepções.

Quando no Código Civil, por exemplo, se estabeleceu que os funcionários públicos se reputam domiciliados onde exercem as suas funções, a expressão foi empregada em sentido amplo, excluindo os militares, cujo domicílio foi objeto de outro artigo, mas compreendendo todos os servidores civis, "funcionários" ou "empregados", ou como quer que se classifiquem.[9]

Generalizando, o Código Penal de 91 considerou funcionário todos os empregados de um serviço público, sem qualquer exclusão,[10] conceito amplíssimo, que o legislador penal estendeu, ainda, ao exercício transitório ou acidental de função pública, mesmo que não remunerada.[11]

Em outros textos legais, todavia, a expressão foi e continuou a ser empregada com amplitudes diferentes, sendo de notar-se o Decreto n.º 5.246, de 1928, que empregou o têrmo em sentido excepcionalmente restrito, considerando "funcionário público" apenas os que exerciam funções de caráter permanente.

Presentemente, entretanto, parece que já não se verificam as mesmas oscilações, embora em duas acepções perfeitamente distintas seja ainda o têrmo freqüentemente empregado: em sentido amplo, para significar servidor público; em sentido restrito, para indicar, apenas, o ocupante de "cargo público".

Na Constituição de 1934, por exemplo, se dizia:

> "O quadro dos funcionários públicos compreenderá todos os que exerçam cargos públicos, seja qual fôr a forma de pagamento".[12]

---

5 ORLANDO, *Diritto Amministrativo Italiano*, v. I, pág. 228.

6 BATBIE, *apud* MATOS DE VASCONCELOS, *op. cit.*, pág. 413.

7 VIVEIROS DE CASTRO, *Direito Administrativo*, 3.ª ed., pág. 556.

8 Supremo Tribunal Federal, acórdão n.º 2.407, de 8-4-1914.

9 Código Civil, arts. 37-39.

10 GALDINO SIQUEIRA, *Direito Penal*, v. II, pág. 121.

11 Código Penal, art. 327.

12 Constituição de 1934, art. 170, § 1.º.

FRANCISCO CAMPOS, comentando êsse dispositivo, afirma que o seu centro de gravidade está na última frase: "seja qual fôr a forma de pagamento", concluindo, daí, que a Constituição quis abolir a distinção corrente entre funcionários e empregados, a êstes estendendo as prerrogativas, garantias e vantagens de que estavam até então excluídos, como a licença, as férias, a aposentadoria e a estabilidade.[13]

Aí temos, pois, o têrmo empregado em seu sentido lato, como correspondente de servidor ou agente público.

Na Carta de 1937, todavia, a redação do dispositivo variou, não permitindo exegese idêntica.

> "O quadro dos funcionários públicos comprenderá todos os que exerçam cargos públicos, criados em lei, qualquer que seja a forma de pagamento".[14]

O centro de gravidade, na feliz expressão de FRANCISCO CAMPOS, continuou sendo a forma de pagamento, mas a cláusula restritiva intercalada (criados em lei), dá lugar a que se considere o dispositivo constitucional como sendo, apenas, uma norma a ser obedecida pelo legislador ordinário.

De fato. Dispondo a Constituição que *funcionário* é o que exerce *cargo público, criado em lei,* ficou o seu conceito condicionado à definição posterior de cargo público.

Assim é que o Estatuto dos Funcionários, obedecendo ao mandamento constitucional, expressamente consignou:

> "Cargos públicos, para os efeitos dêste Estatuto, são os criados por lei, em número certo, com denominação própria e pagos pelos cofres da União".[15]

Acrescentaram-se, assim, outras condições à caracterização jurídica do "funcionário público", mas o *centro de gravidade* continuou a ser a forma de pagamento.

Comparando-se, pois, os dois conceitos, através dessas duas Constituições, concluimos, claramente:

a) funcionário público, *latu sensu,* é o que exerce função pública, *qualquer que seja a forma de pagamento* (Constituição de 1934);

b) funcionário público, *strictu sensu,* é o que exerce cargo público, *pago pelos cofres da União* (Constituição de 1937 e Estatuto dos Funcionários).

---

13 FRANCISCO CAMPOS, *Direito Administrativo,* pág. 100.

14 Constituição de 1937.

15 Decreto-lei n.º 1.713, de 28 de outubro de 1939, art. 3.º.

Essa insistência do legislador em fazer da forma de pagamento o núcleo lógico da definição deu lugar a que se estabelecesse uma diferença específica: funcionário é pago pelos cofres públicos e serventuário é pago pelas partes.

De acôrdo com êsse critério, o DASP, em seu relatório de 1941, concluiu claramente:

"Nos serviços da Justiça, além de funcionários e pessoal extranumerário, há, ainda, uma terceira categoria de servidores, os serventuários de justiça, que se caracterizam pelo fato de não terem vencimento ou salário pagos pelos cofres públicos, percebendo, apenas, *custas* ou *percentagens*, pelos atos que praticam ou trabalhos que realizam, pagos pelas partes".[16]

Firmou-se, assim, um critério diferencial exato e que decorre, necessàriamente, da própria lei: se os serventuários de justiça não recebem dos cofres públicos, não podem, em face do Estatuto, ser considerados funcionários, *stritu sensu*.

Quanto a isto, aliás, nenhuma dúvida pode prevalecer. A matéria é clara, e uniforme o seu entendimento.

Já em 1944, cuidando da aplicação aos serventuários da chamada Lei do Reajustamento, firmou o Desembargador VICENTE PIRAGIBE:

"Tais disposições tornam patente que os requerentes, escrivães juramentados, não são funcionários públicos, *stricti juris*".[17]

Da mesma forma, emitindo parecer sôbre caso semelhante, disse RENATO BIÃO CERQUEIRA, Consultor Jurídico do D.S.P. da Bahia, que os serventuários são servidores do Estado, funcionários em sentido lato, embora, pelas qualidades do seu cargo, pela jurisdição a que se subordinam e por certo regime especial de garantias, não possam confundir-se com o funcionário, pròpriamente dito.[18]

Nesse particular, não há, pois, nada mais a acrescentar: o serventuário de Justiça não ocupa cargo público, no sentido estatutário do têrmo.

O que não é possível, entanto, é a extensão analógica do critério diferencial adotado, de modo que exclua o serventuário até do conceito genérico de funcionário público.

A forma de pagamento não pode constituir elemento único da caracterização, tanto mais que, como assinala a Constituição

16 Relatório do Departamento Administrativo do Serviço Público, 1941, pág. 133.

17 VICENTE PIRAGIBE, Provimento, *in Revista do Serviço Público*, maio de 1944, pág. 149.

18 RENATO BIÃO CERQUEIRA, parecer *in Revista de Direito Administrativo*, v. II, pág. 849.

de 1934 (que usou a expressão em sentido lato), não é sequer um elemento essencial.

Mister é atentar à natureza do serviço prestado, ao vínculo de subordinação, à hierarquia e ao compromisso assumido.

Examinando a espécie, em brilhante acórdão concluiu o Tribunal de Apelação de São Paulo, com referência aos depositários públicos, que, sendo nomeados pelo Estado, sujeitos a compromisso legal, prestando serviço na gestão de interêsses coletivos e tendo remuneração fixada no Regimento de Custas, se justificava a sua inclusão no rol dos funcionários públicos, ao lado dos tabeliães, escrivães, etc...[19]

Nada justifica, realmente, que se abandone a análise ontológica, que nos conduz a examinar a natureza mesma da função, para adotar critério meramente formal, que há de ser secundário na caracterização jurídica.

A respeito, aliás, é clara a lição de ROMANO:

"La caractteristica, da cui è determinata la qualità di pubblico ufficiale, non consiste già nello stipendio o retribuzione; e tanto meno nel modo, con cui tale retribuzione sia stabilita e corrisposta; ma unicamente nella natura delle attribuzione *affidate al funzionario coi poteri corrispondente".*[20]

Nesse êrro de análise, que apontamos, incidiram, entre outros, CHANTE GRELLET e PICHAT, que, com referência à situação dos serventuários, concluíram: *"...ils ne recoivent pas de commission de la puissance publique et ne sont que de mandataires des parties".*[21]

GASTON JÈZE, entretanto, com a sua autoridade, e citando BERTHÉLEMY, MOREAU e LAFERRIÈRE, afirma que os serventuários são funcionários públicos[22] e, esclarecendo melhor o seu ponto de vista, diz, em artigo posteriormente publicado na *Revue du Droit Public*: *"...ce qui, parfois fais négliger ce caractère essencial, ce sont certaines particularités relatives à leur nomination; c'est aussi le mode de leur rémuneration".*[23]

Também HAURIOU, referindo-se ao problema, expressamente declara: *"Les officiers ministériels, notaires, avoués, huissiers, greffiers, commissaires-priseurs, agents de change, avocat ao Conseil*

19 Acórdão, *in Revista dos Tribunais*, v. 124, pág. 507.

20 ROMANO, *op. cit.*, pág. 243.

21 CHANTE GRELLET e PICHAT, *Repertoire du Droit Administratif*, 2.ª ed., verb. *Fonctionnaires Publics*, n.º 33.

22 GASTON JÈZE, *Les Principes du Droit Administratif*, 2.ª ed., pág. 419.

23 GASTON JÈZE, *in Revue du Droit Public et de la science politique*, t. 27, pág. 261.

d'Etat et à la Cour de Cassation, sont de fonctionnaires publics", e adverte, ainda: "*On a mis quelquefois cette qualité en doute par ce qu'ils sont directement remunerés par leur clientèle, mais il faut pas oublier que les offices de l'ancien régime, même ceux da la judicature, autres gages du roi, comportaient rémuneration directe par le public, épices, etc... et n'en etaient pas moins de fonctions publiques*".[24]

De fato. A simples percepção de custas não é suficiente, por si só, para retirar a qualidade de funcionário, de quem a tenha, nem a forma ou espécie de remuneração podem caracterizar a natureza do vínculo jurídico.

Da insistência da Administração em apegar-se a essa diferença formal, resultou haver, em um mesmo serviço de Justiça, auxiliares no desempenho de idênticas atribuições, uns considerados *serventuários* e outros *funcionários*, de que se originaram situações anômalas, agravadas pela circunstância de não serem idênticos para êsses servidores os regimes jurídicos, nem estarem ambos sujeitos às mesmas normas disciplinares.

Idêntica situação já se verificou na França, no antigo regime, como testemunha HAURIOU; mas muito diversas são as nossas condições.

Lá é o Ministro da Justiça, na qualidade de chanceler, "garde des sceaux", que superintende tôdas as peças da ordem judiciária, pelo que lhe estão igualmente subordinados funcionários ou serventuários. No Brasil, porém, os *funcionários* têm sido considerados, pròpriamente, agentes do Executivo, a que estão, de regra, subordinados, ao passo que os *serventuários* são confiados à superintendência dos tribunais a que estão adjetos.

Está, pois, em jôgo, por assim dizer, tradicional prerrogativa do Poder Judiciário, considerada absolutamente essencial, como observam BARBALHO[25] e CARLOS MAXIMILIANO.[26]

A independência dos Tribunais só se sentiria inteiramente resguardada se pudessem dispor de servidores próprios, fora dos quadros gerais dos servidores diretos do Executivo.

Para atender a essa exigência, que não convinha desprezar, seria mister considerar serventuários todos os que desempenham funções auxiliares idênticas, nos órgãos judiciários, percebam, ou não, dos cofres públicos.

---

24 HAURIOU, *Droit Administratif*, 8.ª ed.,. pág. 644.

25 BARBALHO, *Comentários à Constituição*.

26 CARLOS MAXIMILIANO, *Comentários à Constituição*, pág. 583.

Nesse sentido, e com êsse objetivo, na Exposição de Motivos 2.438, de agôsto de 1944, o D.A.S.P. sugeriu o seguinte critério: são funcionários os que recebem apenas dos cofres públicos, e serventuários os que, recebendo, ou não, dos cofres públicos, percebem custas ou percentagens pagas pelas partes.[27]

Assim, por exemplo, assinala o mesmo documento, os escrivães seriam todos serventuários de Justiça, porque todos percebem custas, embora alguns também recebam vencimentos da União.

Foi essa a solução adotada no Decreto-lei n.º 6.887, de 21 de setembro de 1944, que organizou a Justiça dos Territórios, e no Decreto-lei n.º 8.527, de 31 de dezembro de 1945 (Organização Judiciária no Distrito Federal), que expressamente consignou:

> "Art. 204. Serventuários são os que ocupam cargos criados em lei, com denominação própria, e percebem vencimentos dos cofres públicos e custas, ou sòmente custas".
>
> "Art. 205. Funcionários são os que ocupam cargos criados em lei, em número certo, com denominação própria e pagos pelos cofres da União".

Com a fixação dêsse critério, simplificou-se sensìvelmente, o problema, mas para que a ambiguidade existente seja, totalmente, afastada, será ainda mister extinguir os cargos públicos atualmente existentes nos Quadros da Justiça e cujos ocupantes passaram a considerar-se serventuários.

Sem essa medida, as dúvidas poderão persistir.

De qualquer modo, entretanto, a lei estabeleceu, afinal, como era necessário, critério objetivo de diferenciação.

---

27 Exposição de Motivos, *Diário Oficial* de 4-10-44 e 19-10-44.