

# Estabilidade e Vitaliciedade

CLENÍCIO DA SILVA DUARTE

Consultor Jurídico do DASP

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Estabilidade — conceito. Origem do instituto como garantia constitucional assegurada ao funcionário público. Seus destinatários. 3. Hipóteses de perda do cargo pelo funcionário estável. 4. Vitaliciedade — conceito. Seus destinatários. Manutenção do instituto para os que a adquiriram por disposições constitucionais anteriores. 5. Hipóteses constitucionalmente excepcionadas de perda do cargo pelo vitalício sem sentença judiciária. A que categoria funcional se dirige. Proventos correspondentes. 6. Como executar-se a norma do parágrafo único do art. 124 da Constituição Federal, que transfere jurisdição e atribuições de juízes federais que especifica para a justiça local. 7. Considerações finais.

1. A tradição do Direito Constitucional brasileiro, introduzida desde a Carta Política de 1934, consistente em conferir aos funcionários públicos **lato sensu** direitos e garantias individuais específicos, no que seguiu o exemplo da Constituição de Weimar, de 1919, totalmente desprezado pelos demais países, inclusive a atual República Federal da Alemanha,<sup>1</sup> dá o sentido da vocação liberal do povo brasileiro.

Talvez se possa interpretar a aceitação pacífica, entre nós, da declaração solene dessas garantias, não como expressão de liberalidade, mas como defesa pelo receio de influência política que pudesse perturbar o sadio funcionamento da máquina administrativa, pelas discontinuidades que adviriam, sem tais garantias, das freqüentes mutações políticas, tão comuns entre os povos de origem latina.

Seja por um fato, seja por outro, a verdade é que o nosso Direito Constitucional se tem mantido fiel a essa orientação de atribuir, na Lei Maior, garantias individuais específicas aos funcionários do Estado, entendidos em sentido amplo e abrangente dos três Podêres da República.<sup>2</sup>

Colocado nessa situação de privilégio, sem correspondência no Direito Comparado, o funcionário brasileiro terá de

1. Cf., ao propósito, nosso artigo intitulado **O Servidor Municipal na Constituição de 1967**, nesta Revista, vol. 105, nº 1, janeiro a abril de 1970, p. 33.

2. Cf. Constituição Federal de 1967, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, Título I, Capítulo VII, Seção VIII.

comportar-se de modo a não desmerecê-la, para que se mantenha incólume, ao longo da história, a tradição iniciada em 1934.

Se, a despeito dessas garantias excepcionais, tem diminuído o interesse na disputa de cargos públicos pelos cidadãos mais qualificados tècnicamente, êsse fenômeno se deve ao fato de estar o País em processo de desenvolvimento, quando os atrativos salariais das atividades privadas acompanham essa evolução, fato que não tem sido seguido na esfera de atuação estatal, o que, de certo modo, constitui um paradoxo, pela crescente e assoberbante intervenção do Estado no domínio econômico.

Pela inatualidade da política salarial, está ocorrendo um êxodo no setor de atividade pública, de onde se retiram os mais capazes, não obstante as maiores garantias pelo exercício dos cargos públicos, o que não impressiona, dada a tremenda disparidade de retribuição dos encargos.

Sendo uma constante na época atual e em todos os países a crescente intervenção estatal no domínio econômico, até em atividades mais pertinentes à exclusiva exploração privada, não se justifica que o Estado se mantenha indiferente à atualização de sua política salarial, sob pena de se não aparelhar de modo adequado a essa competição.

Uma certa reação se está fazendo sentir na atualização salarial, adstrita apenas ao setor da Administração Indireta, mais precisamente das emprêsas públicas, numa filosofia pragmatista, como se o objetivo da atividade lucrativa fôsse de relevância no Estado.

A realização de serviços públicos à altura do maior desenvolvimento alcançado pela sociedade política de que se trate e na proporção da maior soma de tributos arrecadados de sua população impõe ao Estado o aperfeiçoamento da máquina administrativa, com pessoal qualificado para movimentá-la, o que só se consegue dentro da realidade salarial. A prestação de serviços públicos com eficiência é a atividade precípua do Estado, que, na maioria dos casos, terá de executá-la diretamente, pela indelegabilidade de tais atribuições.

Essas digressões, aparentemente estranhas ao objeto dêste estudo, servem, ao contrário, para justificar, de certo modo, a permanência de remanescentes capacitados na Administração Pública, como que presos a tais garantias, na esperança de que se venha a rever essa política salarial, para adequá-la à realidade, o que ora parece está tentando fazer o atual Governô.

2. Dentre as garantias asseguradas aos funcionários públicos **lato sensu**, a da permanência no cargo se afigura a mais importante, pela tranqüilidade que oferece ao seu ocupante, certo de só perdê-lo nas condições constitucionalmente previstas, excluídas desta apreciação, evidentemente, pela transitoriedade e excepcionalidade que lhe são inerentes, a legislação revolucionária, baixada por atos institucionais e complementares, não-incorporados na Constituição.

A estabilidade é a garantia constitucional da permanência na titularidade do cargo, após dois anos de exercício, para os funcionários nomeados por concurso.<sup>3</sup>

A estabilidade para os não-concursados, como norma permanente, desapareceu do nosso Direito Constitucional, desde a primitiva redação da Carta Política de 1967, não se mantendo o preceito do art. 188, nº II, da Constituição de 1946, que assegurava igual garantia para os funcionários efetivos nomeados sem concurso, após cinco anos de exercício.<sup>4</sup>

Se a estabilidade em cargo público como norma **ad futurum** só se assegurou, após a Constituição de 1967, quando o provimento decorresse de concurso, nas Disposições Transitórias dessa mesma Carta Política ressalvou-se a situação dos funcionários já amparados pela legislação anterior, vale dizer, não só dos que, com base na Constituição de 1946, ou em normas constitucionais dos Estados e Leis Orgânicas municipais, ou ainda de leis ordinárias federais, estaduais e municipais, já haviam adquirido estabilidade em cargos efetivos, sem concurso, ao completarem cinco anos de exercício, como a dos que estivessem em processo de aquisição desse direito, ocupantes de cargos isolados de provimento efetivo antes da entrada em vigor da Constituição de 1967, isto é, anteriormente a 15 de março daquele ano. Assim, não apenas assegurou o preceito constitucional transitório<sup>5</sup> o direito adquirido,<sup>6</sup> como preservou, nessa hipótese, a mera expectativa de direito.

3. Constituição Federal, art. 100, **caput**, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

4. Cf. a reprodução do princípio constitucional de 1946, no art. 82 do atual Estatuto dos Funcionários.

5. Constituição Federal de 1967, art. 177, **caput**, de sua primitiva redação, e 194 da atual.

6. Tem cabimento a referência, no texto, à preservação taxativa do direito outorgado pelas Cartas Constitucionais e anteriores na nova Constituição, pois que, sendo pacífico que não há direito adquirido contra a Lei Fundamental, com a revogação, por esta, do princípio constitucional anterior, só a ressalva expressa da situação dos que se beneficiaram com a legislação revogada preservaria esse direito, mormente quando, em outros casos, a estabilidade sem concurso decorreria de preceituação de lei ordinária.

A nova Constituição, ao mesmo tempo em que apenas mantinha como norma permanente o princípio da estabilidade após dois anos de exercício, quando decorrente o provimento de prévia habilitação em concurso, preservava a situação dos que foram providos anteriormente, sob a égide da legislação então vigente, assegurando, ainda, estabilidade aos que contassem, à data de sua promulgação, isto é, 24 de janeiro de 1967, cinco anos de serviço público, fôsem ocupantes de cargos públicos ou empregos regidos pela legislação trabalhista, da Administração Direta ou Autárquica, da União, dos Estados e dos Municípios (art. 177, § 2º, da redação primitiva).<sup>7</sup>

Ressalvada, pois, a situação dos que adquiriram estabilidade com fundamento na legislação anterior à Constituição de 1967, ou por disposições transitórias desta Carta Política, quer a hipótese do art. 177, § 2º, da redação inicial, referido acima, quer a do art. 178, alínea a, da mesma redação, atual 197, alínea a (estabilidade conferida aos ex-combatentes da Segunda Guerra Mundial), a estabilidade como norma permanente, para os provimentos posteriores a 15 de março de 1967, só pode ocorrer se êstes forem precedidos de habilitação em concurso público.

Na redação da Constituição em vigor, decorrente da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, pode haver investidura em cargo público sem prévia habilitação em concurso, em casos a serem indicados em lei.<sup>8</sup> A norma prevê êsse provimento excepcional, que, entretanto, não assegurará estabilidade, qualquer que seja o tempo de exercício, pois o instituto, para provimentos posteriores à vigência da Constituição de 1967, só é assegurado, após dois anos de exercício, a quem haja ingressado através de concurso público (art. 100, **caput**).

A estabilidade, independentemente de prévia habilitação em concurso, só pode ocorrer em relação aos servidores regidos pela legislação trabalhista, que a adquirem na forma ali estabelecida,<sup>9</sup> mas não mais se verifica, em provimentos após a vigência da Constituição de 1967, no que concerne aos funcionários públicos pròpriamente ditos, isto é, os regidos por disposições estatutárias.

7. Cf. Parecer nosso, de 1º de junho de 1967, emitido no Processo nº 12.128/66, publicado no **Diário Oficial** de 13-6-67, págs. 6.327 e 6.328, e R.D.A., vol. 90, págs. 288 a 290. No mesmo sentido, homologando as conclusões, Parecer nº 530-H, de 11-7-67, da Consultoria-Geral da República, publicado no **Diário Oficial** de 20-7-67, págs. 7.713 e 7.714.

8. Art. 97, § 1º, *in fine*.

9. Consolidação das Leis do Trabalho, arts. 492 a 500.

3. Sendo estável, o funcionário público só perderá o cargo:<sup>10</sup>

a) por sentença judiciária, quer diretamente, como corolário da decisão jurisdicional, quer indiretamente, pela incompatibilidade do exercício da função pública com a condenação;

b) mediante processo administrativo, em que lhe seja assegurada ampla defesa, por infração disciplinar de que resulte demissão, ou por ineficiência no desempenho dos encargos que lhe sejam cometidos, ou desídia no cumprimento de seus deveres;<sup>11</sup>

c) pela extinção do cargo ou declaração de sua desnecessidade, hipóteses em que ficará em disponibilidade remunerada, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.<sup>12</sup>

4. A vitaliciedade é garantia de maior expressão, quando se assegura ao seu beneficiário a titularidade do cargo, só o perdendo, de um modo geral, ressalvadas outras hipóteses expressas na Constituição Federal, através de sentença judiciária.

A conferição de tal direito originou-se de se entender necessário dar aos seus titulares maior independência para o pleno exercício de suas funções.

A exemplo do ocorrido em relação aos funcionários estáveis ou em processo de aquisição de estabilidade, amparados pela legislação anterior, também ressalvou a Constituição de 1967, quer em sua primitiva redação (art. 177, *caput*), quer na introduzida pela citada Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (art. 194), a vitaliciedade dos professores catedráticos e titulares de ofício de justiça, nomeados até 15 de março de 1967.

5. As ressalvas constitucionais que permitem a perda, pelo vitalício, do cargo público, independentemente de sentença judiciária, são as seguintes:

a) a disponibilidade de magistrado, com proventos proporcionais ao tempo de serviço, determinada pelo Tribunal compe-

10. Esclareça-se, mais uma vez, que não se está considerando a legislação revolucionária, mas apenas as preceituações incorporadas na Constituição Federal, na redação em vigor, decorrente da Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

11. Cf. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967 (Reforma Administrativa), art. 100; Constituição Federal, art. 105, nº II.

12. Constituição Federal, parágrafo único do art. 100, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

tente, em escrutínio secreto e pelo voto de dois terços de seus membros efetivos; <sup>13</sup>

b) a disponibilidade de juiz estadual, por êle requerida, com proventos integrais, em caso de mudança da sede do juízo. <sup>14</sup>

A disponibilidade, salvo a hipótese referida na alínea **b**, **supra**, quando solicitada pelo juiz estadual, em caso de mudança da sede do juízo, é sempre com proventos proporcionais ao tempo de serviço, e, como norma constitucional, não alcança os demais funcionários a que se atribuiu vitaliciedade, sejam os Ministros do Tribunal de Contas, sejam os professores catedráticos ou titulares de ofícios da justiça, resguardados pelo preceito transitório constante do art. 177, **caput**, da primitiva redação, ou 194 da redação atual da Constituição de 1967.

Paradoxalmente, — pois que a garantia da vitaliciedade, que visa à maior independência do seu titular, mais se dirige aos magistrados que a outros servidores, — só sofre restrições em relação aos membros do Poder Judiciário, desde que os demais titulares não são suscetíveis da perda do cargo público, senão através de sentença judiciária, do momento em que a exceção à garantia só se admite em face de expressa preceituação constitucional que a preveja, o que não ocorre na espécie.

Tem-se, então, que a regra geral que assegura ao vitalício a garantia no cargo, salvo sentença judiciária determinante de sua perda, sofre as exceções mencionadas acima apenas quanto aos juizes, não alcançando os demais titulares da garantia, pela falta de previsão da hipótese.

6. A Constituição de 1967, na redação da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, dispôs, no parágrafo único do seu art. 124:

“Nos Territórios do Amapá, Roraima e Rondônia, a jurisdição e as atribuições cometidas aos juizes federais caberão aos juizes da justiça local, na forma que a lei dispuser. O Território de Fernando de Noronha compreender-se-á na Seção Judiciária do Estado de Pernambuco.”

13. A hipótese se acha expressamente prevista no § 2º do art. 113 da Constituição Federal, assim redigido: “O Tribunal competente poderá determinar, por motivo de interesse público, em escrutínio secreto e pelo voto de dois terços de seus juizes efetivos, a remoção ou a disponibilidade do juiz de categoria inferior, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, assegurando-lhe defesa, e proceder da mesma forma, em relação a seus próprios juizes”.

14. Cf. Constituição Federal, art. 144, § 2º

Tratando-se de juízes federais, cuja vitaliciedade, ressalvada a hipótese do § 2º do art. 133 da Constituição Federal, não sofre restrições outras, nem mesmo a decorrente de mudança da sede do juízo, aplicável apenas aos juízes estaduais, como executar-se o dispositivo, com a transferência de jurisdição para a justiça local? De fato, se esta impõe o esvaziamento do cargo e a conseqüente perda de titularidade pela inexistência de atribuições, como processar-se a transferência prevista, sem a disponibilidade ou remoção obrigatória? Perderia, então, o juiz federal, em pleno gozo de vitaliciedade, o seu cargo sem que a hipótese estivesse constitucionalmente prevista? E, se não pode efetivar-se essa perda, como dar execução ao preceito constitucional que impõe a transferência de atribuições? Em outras palavras, se a Constituição Federal, ao mesmo tempo que, no parágrafo único do seu art. 124, determina que a jurisdição e as atribuições cometidas aos juízes federais daqueles Territórios passariam aos juízes da justiça local, assegura a vitaliciedade aos magistrados, que só perderão o cargo, ressalvada a hipótese do § 2º do art. 113 da Constituição Federal, em se tratando de juízes da União, por sentença judiciária (art. 113, nº I), como conciliar as duas preceituações?

Não fôsse a explicativa que se propôs à transferência de jurisdição e atribuições no texto constitucional, ao se declarar: "na forma que a lei dispuser", chegar-se-ia a um impasse de impossível alijamento, pois se teria de entender imediata a retirada de jurisdição, hipótese em que seria necessário que a própria preceituação constitucional estatuisse mais uma restrição à garantia de vitaliciedade, prevendo, então, a disponibilidade.

Mas tal não se verifica, e só se poderão harmonizar os comandos constitucionais insertos no parágrafo único do art. 124 e no art. 113, nº I, se se entender que a efetiva transferência de atribuições e jurisdição só se efetivará com a vacância dos cargos de juízes federais, ou se o Tribunal Federal de Recursos, considerando haver interesse público na imediata execução do citado parágrafo único do art. 124 da Constituição Federal, quiser exercer a faculdade que lhe é outorgada pelo § 2º do art. 113 da Carta Política de 1967, a única exceção, para a magistratura federal, em que pode ocorrer a perda do cargo sem sentença judiciária.

7. Essas ligeiras considerações sôbre os institutos da estabilidade e da vitaliciedade sômente se abordam para chamar a

atenção sobre as alterações constitucionais introduzidas pela Carta Política de 1967, seja na sua primitiva redação, seja na decorrente da Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Nota-se que o legislador constituinte, nessas duas etapas, por influência da legislação excepcional revolucionária, impôs maiores restrições a ambas as garantias, já permitindo, quanto aos atingidos apenas pela estabilidade, mais expressivo número de casos de perda do cargo sem processo administrativo, em que não há demissão, mas disponibilidade com proventos proporcionais ao tempo de serviço (art. 100, parágrafo único), já em relação aos vitalícios, restrita a garantia, com ressalva do direito adquirido quanto aos atingidos pelas Constituições anteriores, apenas aos magistrados e Ministros do Tribunal de Contas.

A prática tem demonstrado que a excessiva outorga de garantias a servidores do Estado, qualquer que seja a sua posição hierárquica, não contribui para um maior aperfeiçoamento do serviço público, que está a exigir reforma imediata de seu processo de atuação, mormente na época atual em que domina a tecnologia, a demandar soluções rápidas e precisas para os problemas cada vez mais crescentes e prementes a cargo do Estado. Devem as garantias constitucionais relativas ao emprêgo público cingirem-se a um mínimo capaz de impedir o arbítrio, mas não convém que transformem o funcionário num dono da função, sem que o Poder Público tenha meios de coibir abusos.

A má distribuição de pessoal, cuja ociosidade em alguns setores contrasta com a escassez em outros, tem sido o maior fator de desperdício de mão-de-obra no serviço público. Esse problema não passou despercebido ao legislador responsável pelo Decreto-lei nº 200, de 1967 (Reforma Administrativa), sendo ora executado pelo DASP, através de setor específico desse Departamento, o que constitui um processo preliminar para permitir chegar-se à realidade salarial, imprescindível à perfeita profissionalização do servidor público.