

Argumentou muito bem o eminente juriscônsulto, que o gozo se compreende com o próprio direito, devendo-se por isso considerar no gozo das gratificações aqueles que tiverem, naquelas datas, preenchidas as condições legais para percebê-las.

Somente estes foram beneficiados pela disposição constitucional.

Nem de outra forma se poderia argumentar dentro da verdadeira noção do regime jurídico dos funcionários, sujeitos ao estatuto que venha o Governo a outorgar-lhes (38).

A legislação, aliás como vimos, tem sido desconstruída e vacilante a respeito do assunto, predominando os interesses pessoais e medidas que beneficiam a esta ou àquela classe.

Outras questões podem ser suscitadas, notadamente aquela que diz com o direito dos aposentados.

Dentro dos princípios gerais acima expostos, não resta dúvida que a gratificação incorporada aos vencimentos deve acompanhar o funcionário na sua aposentação. Mas, como vimos,

(38) Sobre este assunto deve se mencionar o parecer proferido pelo Procurador Geral da Fazenda Pública — Benedito Costa — publicado no "Diário Oficial" de 27 de setembro de 1938.

depende muito do regime legal a que se acha sujeito o funcionário.

E' assim que o art. 121 da lei n. 2.924, de 5 de janeiro de 1915, declara que "para o cálculo dos vencimentos do aposentado não serão levadas em conta as gratificações adicionais, nem as abonadas a título de representação, ressalvados apenas os direitos assegurados por leis anteriores, mas apenas para os funcionários que já estiverem no gozo desse direito."

Por outro lado, numerosos acórdãos, em diversos casos diferentes, têm reconhecido o direito dos aposentados (39).

O artigo 157 do dec. 4.555, de 10 de agosto de 1922, também só assegura o direito às gratificações durante a efetividade, o que induz logicamente a conclusão de que a falta de efetivo exercício importa na perda da gratificação, que toma, assim, uma natureza peculiar, de acordo com a lei que outorgou esse favor e o ministrou, como achou de direito.

Seria temeridade, portanto, fixar uma norma geral, fora da medida legal, atribuindo, a alguns, mais do que a lei lhes concedeu.

(39) *Rev. S. T. F.* — Vol. XVIII — pg. 432.

Rev. S. T. F. — Vol. XLI — pg. 155 — para os funcionários da E. F. Central do Brasil.

JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA

Tribunal de Contas da União

Aposentadoria de seus Ministros. — Votos dos Ministros Castro Nunes, Tarquinio de Souza e Rubem Rosa

Tendo presente o processo de concessão de aposentadoria ao sr. dr. Francisco Thompson Flores, no cargo de Ministro do Tribunal de Contas, este Instituto recusou registro à aludida concessão, de acordo com a conclusão do voto do sr. Ministro relator, José de Castro Nunes, que é o seguinte:

VOTO DO MINISTRO CASTRO NUNES

"Trata-se, no presente processo, de aposentadoria de Ministro do Tribunal de Contas dada por ato *ex-officio* do Governo, com fundamento no art. 177 da Constituição. E' esse o único ponto novo que distingue este caso de tantos

outros já submetidos ao Tribunal e nos quais a aposentação fora requerida e motivada por invalidez comprovada.

Mas, diga-se de início que daquele aspecto quasi não se ocupam os que, preopinando no exame deste processo, continuam a impugnar o tratamento das aposentadorias dos Ministros deste Tribunal pelas disposições da lei especial que regula as dos Ministros do Supremo Tribunal. O aspecto debatido continua a ser essa equiparação que se insiste em dizer, nas informações do Tesouro e com apoio em despacho do sr. Ministro da Fazenda, não enquadrada na equiparação constitucional das *garantias*, não obstante reiteradas decisões do Tribunal de Contas, órgão instituído na Constituição para dizer da *legalidade* das concessões de aposentadoria e do *direito* aos *vencimentos* correspondentes. (Decreto-lei 426, de 12 de maio de 1938, artigo 20, parágrafo 2.º, I "a"; Lei 156, de 24 de dezembro de 1935, artigo 23, parágrafo 2.º, 1.º, "a").

Há, pois, que voltar ao assunto já tantas vezes examinado neste Tribunal nos processos de aposentadoria dos Ministros Alfredo Valadão, Agenor de Roure e Jesuino Cardoso de Melo, sendo que este último, na sessão de 25 de outubro último, de acordo com os fundamentos do voto que então proferi, adotado pelo Tribunal.

I — Volta o dr. Procurador Geral com as suas razões já apreciadas no julgamento anterior, reiterando o argumento em que se alicerça toda a impugnação, argumento fundado numa distinção especiosa entre *garantias*, *direitos* e *vantagens*, entendendo-se que os proventos da aposentadoria são *direitos* ou *vantagens*, não se enquadrando nas *garantias* da função judicial, ainda que se reconheça ser a aposentadoria "uma garantia constitucional atribuída aos funcionários públicos em geral" (*Parecer*, fls. 13).

Reconhece-se, pois, que aposentadoria é *garantia* e, portanto, garantia da função judicial, em se tratando de juizes ou de magistrados, e tais são os membros do Tribunal de Contas, equiparados pela Constituição aos magistrados judiciários da mais alta hierarquia.

Ora, se *aposentadoria* é *garantia* da função, não chega a haver entre o Tribunal de Contas e o nobre órgão do Ministério Público nenhuma divergência. Porque o que se assentou no julgamento do último dos casos acima apontados foi precisamente isto: que a garantia da vitaliciedade, assegurada aos juizes, se desdobra nas

hipóteses pelas quais se define essa garantia. Com efeito, a Constituição, no artigo 91, "a", define a vitaliciedade pelas hipóteses em que se autoriza a perda do cargo — "não podendo perder o cargo sinão em virtude da sentença judiciária, exoneração a pedido, ou *aposentadoria*..." A aposentadoria dos juizes é, pois, a *garantia* mesma da vitaliciedade num dos seus desdobramentos, numa das restrições que pode comportar a vitaliciedade, restrições, que, enumeradas na Constituição, constituem a garantia mesma vista por outra face.

No voto que proferi na sessão de 25 de outubro, procurei explicar a razão dessa enumeração. E' que a vitaliciedade, garantia máxima da função judicial, não envolve um conceito absoluto.

Comporta temperamentos visando conciliar o interesse público ligado à conveniência de afastar o juiz criminoso ou inválido para o desempenho do cargo com a independência que se teve em vista assegurar aos magistrados.

O Juiz, pela vitaliciedade, não é perpétuo. Entendeu-se, em meados do século passado, que o juiz *nommé à vie* não podia ser afastado nem mesmo por enfermidade que o impedisse de desempenhar a função, e muito menos por velhice. Dessa controvérsia dão notícia os expositores, particularmente Orban (III, n. 624 e segs.), a propósito do art. 100 da Constituição belga. Daí a razão de ser de definir a vitaliciedade pelas hipóteses da perda do cargo. Harmoniza-se deste modo a garantia funcional do juiz com o interesse público *tambem garantido* contra o juiz julgado inapto para o cargo. Si é do interesse público que o juiz que delinuiu seja privado do cargo, não obstante *nommé à vie*, a *garantia* do juiz estará, todavia, em não ser destituído sinão *em virtude da sentença*, garantia essa, diga-se desde já, que para êle se resolve *num direito*, o direito de ser *processado e julgado*. Do mesmo modo o juiz que se invalida ou que, por atingir a certo limite de idade, a lei presume inválido: o interesse público estará em afastá-lo; a *garantia* do juiz estará em não ser afastado sem conservar um dos predicamentos da função, o vencimento no todo ou em parte, garantia que se resolve no direito à aposentação. Esse direito é a garantia mesma da vitaliciedade, do que decorre que a distinção entre *garantias* e *direitos*, tratandose da função pública, é vasia de qualquer sentido.

Rui Barbosa pressentiu essa coloração entre a vitaliciedade e a aposentação, irmanando os dois conceitos que se completam: "A aposentadoria é a *integração essencial da vitaliciedade*, nos cargos civis, como a reforma o é da inamovibilidade, nos militares; porque, dadas as condições naturais da vida humana, a perpetuidade fora burla, se estivesse subordinada à atividade. Assegurando, pois, a estabilidade nas funções vitalícias militares, ou civis, o art. 74 da Constituição assegura-lhes a reforma e a aposentadoria, isto é, faz de uma e de outra o termo remuneratório de uma carreira laboriosa". (Colet. Homero Pires, vol. 6.º, págs. 245).

II — E' certo que na linguagem constitucional as *garantias* são cláusulas tutelares dos direitos individuais, inconfundíveis com estes. Mas note-se bem, dos direitos *individuais*, pela consideração em que se inspirou a distinção exposta por Alcorta (*Las garantías Constitucionales*, págs. 20) e divulgada entre nós pelo insigne Rui, de serem tais direitos *preexistentes* à Constituição, direitos naturais, *direitos do homem*, do nacional como do estrangeiro, e tais são o direito à vida, à liberdade corpórea, à propriedade, etc.

A Constituição, mesmo a atual, de inspiração diversa, conserva esse traço das cartas liberais na rubrica "Dos direitos e *garantias* individuais". No tocante, porém, à função pública, *direitos e garantias* se equivalem. O estatuto dos funcionários é por definição um compêndio dos direitos a estes assegurados, a começar pelo *direito ao emprego*, locução que totaliza a possibilidade de reivindicar em juízo o cargo ou algum dos seus predicamentos destacados. O direito à aposentadoria é um deles. Dele se ocupa a nossa Constituição em 4 dos 8 incisos em que se desdobra o art. 156. E se é um direito, o conteúdo de tal direito há de ser necessariamente uma *vantagem* econômica ou moral, sem a qual não existiria o interesse que o configura e legitima a ação que o reivindica, tão certo é que o interesse é a medida de ações. Todo direito subjetivo é por definição a faculdade de exigir de outrem uma prestação positiva ou uma abstenção. (*Capitant, Vocab. Juridique*). Se a aposentadoria é um direito, e se esse direito constitui uma garantia, o conteúdo patrimonial desse direito não altera os termos da questão. Na reivindicação do cargo vitalício de que tenha sido despojado o titular que o reclama serão os proventos da atividade, como se em exercício estivesse; na aposentado-

ria, que é a cessação do exercício, o direito ao predicamento remanescente da função, o vencimento nos termos da lei que a regule. Situações idênticas em que o objeto da obrigação do Estado, seja para conservar no cargo, seja para aposentar, é uma prestação pecuniária, *vantagem patrimonial*.

III — Sou forçado a não deixar sem resposta o argumento de que lança mão o dr. Procurador ao invocar decisão minha, como juiz da Fazenda em certo caso. E' o que na linguagem judiciária se conhece por argumento *ad hominem*, círculo de ferro em que se procura colher o juiz numa contradição. Felizmente para mim tal contradição não existe; e si existisse sabem quantos me acompanharam na função judicial que eu a confessaria, fosse para engessar a doutrina anterior, fosse para reconsiderar o ponto de vista de agora, e voltar atrás. Na verdade, porém, em nada aproveita à argumentação do M. P. o despacho que então proferi, e o Supremo Tribunal confirmou, pela simples razão de que no mérito da alegação não entraram as duas instâncias. Tratava-se de liquidação de sentença como preliminar da execução. O julgado executando decidira que os instrutores da Escola Naval gozavam da garantia da vitaliciedade, por equiparação que lhes dera a lei aos professores de categoria superior. Pretenderam eles na liquidação da sentença que o juiz tirasse do julgado a extensão dos vencimentos, isto é, que mandasse incluir no cálculo dos vencimentos as diferenças entre os seus proveitos de instrutores e as tabelas para os professores. Entendeu o juiz, sem entrar no mérito do pedido, que essa consequência da equiparação não na comportava aquela fase processual, tão sabido é que a execução se opera conforme for o julgado. Se a melhoria dos vencimentos não fora reconhecida pela sentença, nem mesmo pedida, não havia como dá-la o juiz da execução. Seria executar o julgado indo além dos termos da condenação.

Si foram esses os termos da decisão, aliás transcritos nas razões do dr. Procurador, nenhuma decisão houve acerca do ponto em debate. O juiz não decidiu, como se pretende, que a equiparação nas garantias não se estende aos vencimentos ou vantagens materiais da função. Mas, ainda assim, dado que houvesse decidido para afirmar que a equiparação *nas garantias* não acarrete a equiparação *nos vencimentos*, ainda assim nenhuma colisão poderia existir entre os dois pontos de vista em que se insinua a contradição.

É isso por dois motivos : 1.º, porque o vencimento em si mesmo não é *garantia*, mas somente a sua *irredutibilidade*, tratando-se de juizes ; 2.º, porque ao conceito de vitaliciedade é estranha a tabelação dos vencimentos, tabelação que entende com a categoria do funcionário, e não com a sua estabilidade.

Não é o vencimento na sua *fixação* que constitui a *garantia*, mas na sua *fixidez*, na *irredutibilidade*. O poder competente para os tabelar é livre para os *fixar* como entender ; o que não pode é, uma vez fixados, reduzi-los. Critério de base para essa fixação só existe para os magistrados estaduais, o que representa para estes, sem dúvida, uma *garantia* (Const., artigo 103, d), mas somente para eles, não para os dos tribunais da União. Tratando-se de funcionários públicos em geral, ou de professores, como era o caso na espécie trazida à conferência, é livre a fixação dos vencimentos, graduados de acordo com as diferentes categorias na hierarquia administrativa. Tratando-se de membros componentes dos tribunais nacionais (entre os quais o Tribunal de Contas) é livre por igual essa fixação, ressalvada apenas a *irredutibilidade*, prerrogativa peculiar aos juizes. Cifra-se nisso a *garantia* assegurada aos juizes, o direito de não sofrerem redução nos seus vencimentos, salvo si a título de impostos. É bem de ver que a *garantia* não decorre da vitaliciedade. Tem-na os juizes, não porque sejam vitalícios, mas porque a Constituição acrescentou mais essa prerrogativa de que não goza, em outros setores, a função vitalícia. Basta considerar que todos os funcionários com mais de 10 anos de serviço gozam de *iguais* garantias de estabilidade (Const. art. 156, c) e, não obstante, têm desiguais vencimentos. Os ministros do Tribunal de Contas têm as *mesmas* garantias dos ministros do Supremo Tribunal. Não têm, no entanto, os mesmos vencimentos, porque da equiparação *nas garantias* não decorre a equiparação *nos vencimentos*.

Do mesmo modo no caso invocado : da equiparação na vitaliciedade não poderia decorrer a equiparação nos vencimentos. Onde a contradição entre o juiz com a sua sentença e o ministro do Tribunal de Contas com o seu voto ?

IV — Assentado que a aposentação é um desdobramento da vitaliciedade, definida esta na Constituição pelas hipóteses da perda do cargo, constituindo, no dizer lapidar de Rui, "a integração essencial da vitaliciedade nos cargos civis,

como a reforma o é da inamovibilidade nos militares", forçoso é concluir que, equiparados *nas garantias* da função aos ministros do Supremo Tribunal (Const. art. 114), têm direito os do Tribunal de Contas, à aposentadoria nos mesmos termos assegurados por lei àqueles. De outro modo seria preciso negar a evidência do que já ficou exposto, isto é que a aposentadoria é uma *garantia* da função judicial, "inteiramente necessário à vitaliciedade", complemento desta, acessório inseparável da *garantia*.

Ora, se a aposentadoria é a *garantia* mesma da vitaliciedade vista por outra face, dizer que os ministros deste Tribunal têm direito à aposentadoria nos termos preceituados para os do Supremo Tribunal é ficar com o texto constitucional que os equipara no tocante às *garantias*.

A pretender-se que essas *garantias*, que a Constituição declara que serão "as mesmas" asseguradas aos ministros do Tribunal Supremo, hão de ser as que a Constituição assegura aos juizes em geral, seria interpretar o texto para desfechar num verdadeiro *non sens*... Estaria sem sentido a equiparação, que *não foi nas garantias comuns* do estatuto judicial, mas nas *garantias dos ministros do Supremo Tribunal*, o que pressupõe no estatuto de tais magistrados prerrogativas maiores que, inexistentes na letra da Constituição, hão de estar nas leis que o definem. Foi esse estatuto que a Constituição estendeu aos ministros do Tribunal de Contas. Onde houver uma prerrogativa da função que possa enquadrar-se nas *garantias* do art. 91 (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos) e conferida por lei aos ministros do Supremo Tribunal, tal prerrogativa se estenderá automaticamente aos do Tribunal de Contas.

Equiparação nas garantias se traduz por *equiparação no estatuto*.

O estatuto da função pública não se esgota, como é óbvio, nas disposições de base. O que se reclama dos países, como a França, em que êle se não entronca na Constituição, é que se reserve o menor espaço possível à preceituação regulamentar, no interesse da maior *garantia* dos funcionários. (Vejam-se DUGUIT, *Traité*, vol. n. III, págs. 147 e segs. ; HAURIU, *Droit Adm.* págs. 613 e segs. ; ROGER BONNARD, *Droit Adm.* págs. 369 e segs.)

Em nosso direito as bases estão na Constituição ; mas esta mesma, no art. 156, defere à lei a preceituação complementar das disposições

fundamentais que assenta. Não há que estranhar, pois, que as leis editadas ou ajustadas ao desenvolvimento das garantias da função judicial sejam complementares dessas mesmas garantias. Si a aposentadoria dos Ministros do Supremo Tribunal refoge à preceituação comum, temos aí, nessa preceituação especial, uma prerrogativa peculiar ao estatuto daqueles ministros extensiva aos do Tribunal de Contas, porque esse estatuto é *comum a ambas essas categorias de magistrados*. Tal é o sentido óbvio da cláusula constitucional.

V — A circunstância de ter sido a aposentação do ministro Thompson Flores decretada com fundamento no art. 177 não altera a solução. Confesso que vacilei tendo em vista o preceito do art. 156, c), que só admite a redução do prazo de 30 anos para aposentação com vencimentos integrais (a lei de 1924 o reduz para 25) na hipótese de invalidez. Tratando-se, pois, de afastamento por aposentação “no interesse do serviço público ou por conveniência do regime”, não é de invalidez que se trata, mas de medida deixada ao alcance do Governo naquela disposição transitória e a seu “juízo exclusivo”.

A lei 4.837 de 1924 cogita, como também a preceituação comum, da aposentadoria, por invalidez, e invalidez comprovada. Está, pois rigorosamente dentro da Constituição (artigo 156, e). Mas será possível aplicá-la num caso, como este, em que de invalidez não se trata, nem requerida foi a aposentadoria, *sinão compulsória*? Dispõe o art. 177 que “Dentro do prazo de 60 dias a contar da data desta Constituição (o ato é de 31 de dezembro de 1937) poderão ser *aposentados* ou reformados *de acordo com a legislação em vigor, os funcionários civis e militares* cujo afastamento se impuser a juízo exclusivo do Governo, no interesse do serviço público ou por conveniência do regime”.

Ha que fixar, para melhor exame, tres ordens de questões que a análise do texto pode suscitar: 1.º, aplica-se também aos juizes e, portanto, aos ministros do Tribunal de Contas, dado o carater excepcional da medida do Governo que se contem no preceito e a sua extensão aos militares; 2.º, trata-se de afastamento por aposentação, “poderão ser aposentados”, diz o texto, situando no instituto da aposentadoria o afastamento, que não será a título de disponibilidade, o que levaria a consequências diversas; 3.º manda aplicar a legislação em vigor, aplicação subsidiária,

de vez que nenhuma lei disciplina essa espécie de aposentadoria.

A primeira indagação não suscita grandes dúvidas — O estatuto judicial tem características próprias; mas o juiz não deixa de ser, *latu sensu*, funcionário. O carater da prescrição e os termos amplos em que está formulada indicam um dos casos em que a palavra *funcionário* é empregada na Constituição no seu sentido mais compreensivo. Dada a equiparação dos ministros do Tribunal de Contas aos do Supremo Tribunal no tocante às garantias, não é descabido o exame desse aspecto, porque inaplicavel a uns, inaplicavel seria aos outros. Indagação das cláusulas constitucionais assecuratórias da vitaliciedade e da irredutibilidade dos vencimentos no sentido de que os vencimentos da função vitalicia (Judicial) são irredutíveis.

Perde-se de vista argumentando deste modo que se trata de *aposentadoria*, em que não há lugar para o principio da irredutibilidade, só applicavel na atividade e na disponibilidade, que supõe em potencial o regresso à atividade. Aposentadoria é por definição constitucional, legal e doutrinária, o afastamento definitivo da função com vencimentos *proporcionais* ao tempo de serviço até certo limite em que a lei os concede integrais.

Argumentar com o principio da irredutibilidade dos vencimentos da função judicial vitalicia é perder de vista que se trata de aposentadoria, que *pode* não comportar vencimentos integrais, o que se induz claramente da própria Constituição (art. 156, e comb. art. 91, a).

Mandando aplicar a *legislação em vigor*, há de ser a legislação sobre aposentadoria e os preceitos constitucionais correspondentes a esta. No caso, a dúvida estará apenas em saber se a lei especial de 1924 é que deve ser aplicada, não se tratando de aposentadoria por invalidez. E' bem de ver, porém, que por igual motivo estaria arredada a preceituação comum que, do mesmo modo que a lei de 24, supõe a invalidez, e comprovada. Inaplicavel ao caso é a lei 583, de 9 de novembro de 1937, restrita à compulsória por idade.

Na cláusula “de acordo com a legislação em vigor” o que se determina é que se observe a lei applicavel ao caso. Si o aposentado era ministro do Tribunal de Contas, não perdeu ele essa qualidade pelo fato de haver sido afastado com fundamento no art. 177, de vez que esse afastamen-

to tem a forma de aposentadoria e esta se terá de reger, nos termos do preceito constitucional, pela legislação em vigor sobre aposentadorias, portanto, a legislação comum ou a lei especial, conforme o caso. Volta-se, pois, ao primeiro aspecto, isto é, a aplicabilidade da lei especial aos ministros do Tribunal de Contas.

A aplicação dessa lei aos casos da compulsória do art. 177 não é inconstitucional. O preceito do art. 156 e, "in fine", não proíbe que a lei dispense o tempo de 30 anos para conceder a aposentadoria por fundamento outro que o de invalidez, com vencimentos integrais. Limita-se a autorizar a redução desse tempo nos casos de invalidez, únicos de que cogita.

Ficam fora do alcance da prescrição as aposentadorias com outro fundamento. De outro modo não seria constitucional, nem na vigência da Const. de 34, que continha o mesmo preceito (art. 170, 5.º) nem em face da atual, a Lei 5.839, de 1937, que manda dar vencimentos integrais ao aposentado na compulsória por limite de idade, qualquer que seja o seu tempo de serviço.

Seria recusar a aplicação da lei subtilizando a exegese constitucional, o que é contrário aos princípios dominantes nesta matéria que se orientam na possibilidade das leis com a Constituição.

Não será demais recordar que a lei de 1924 nunca deixou de ser aplicada, quer pelo Tesouro, quer pelo Tribunal de Contas, mesmo no caso de aposentação compulsória de ministros do Supremo Tribunal, por ato do Governo Provisório de 1931. Aos que não tinham tempo de serviço federal se contou o da magistratura estadual para perfazer os 25 anos necessários à obtenção dos proventos integrais, por aplicação daquela lei.

VI — O ministro de cuja aposentadoria se trata conta 24 anos, 2 meses e 26 dias de serviço federal, conforme se vê do expediente do Tesouro. Teve mais 4 anos de exercício neste Tribunal. Deve aplicar-se ao caso a lei especial, de 24, contando-se-lhe o tempo da magistratura estadual quanto basta para perfazer os 25 anos necessários. E como não se procedeu assim, é ilegal o processamento da aposentadoria. Recuso, pois, o registro da concessão".

VOTO DO MINISTRO TARQUINIO DE SOUZA

Foi proferido pelo sr. Ministro Octavio Tarquinio de Souza o seguinte voto :

"Recuso registro à concessão, por entender que ao aposentado cabem os vencimentos integrais do cargo, pelos motivos constantes do erudito e bem fundamentado voto do ilustre sr. Ministro relator, e ainda com apoio na garantia constitucional assegurada na letra c do artigo 91 da Constituição em vigor, ponto em que divirjo de S. Exc.ª

A expressão usada no artigo 177 da mesma Constituição — "de acordo com a legislação em vigor", em se tratando de juizes ou de ministros do Tribunal de Contas, não se refere à preceituação pertinente ao instituto de aposentadoria, antes abrange todas as disposições, sejam de ordem constitucional, sejam de leis ordinárias, que disciplinam e resguardam o exercício da função judicial.

Baseado no artigo 177, pode o Governo aposentar juizes e Ministros do Tribunal de Contas, invocando o interesse do serviço público ou a conveniência do regime, mas o afastamento, por aposentadoria, de juizes e ministros do Tribunal de Contas, não priva dos vencimentos integrais, "ex-vi" da garantia de irredutibilidade que a Constituição vigente lhes assegura, certo como é que o mandamento constitucional em que se apoia o ato de aposentação só comporta interpretação *stricti juris*".

VOTO DO MINISTRO RUBEM ROSA

O sr. Ministro Rubem Rosa proferiu o seguinte voto :

"Registro a concessão, visto o título de fls. expedido pelo Tesouro, guardar conformidade com a Constituição e com a legislação em vigor.

1) Na sessão de 19 de outubro de 1936, discorrendo sobre "os direitos constitucionais dos Ministros do Tribunal de Contas", tive ensejo de demonstrar — parece-me — que o decreto legislativo 4.837, de 10 de julho de 1924, — Regra de exceção — sem mandamento expresso não pode ser aplicável à aposentação dos Ministros deste Colégio de Contas (Vide Diário Oficial de 30-10-36, p. 23.676, "J. do Com.", de 27).

Todo o fulgor do voto do ilustre relator, sr. Ministro Castro Nunes, expondo pela primeira vez, o seu ponto de vista, recentemente (Vide "J. do Comércio", de 10-11-38) e reiterado, em maiores detalhes, na sessão de hoje, não conse-

guiu abalar a minha antiga convicção. Reexaminei a tese em todas as suas modalidades e, com pesar meu, não posso compartilhar de tão honrosa opinião. Apesar de já, por diversas vezes, assim ter pre-opinado, não me arreceiaria em confessar o meu erro, de público, se o meu entendimento tivesse aderido à corrente contrária.

2) *Aos magistrados e aos seus equiparados pela Constituição, na aposentação pelo art. 177, quais os proventos que lhes competem?*

A Carta Constitucional de 10 de novembro de 1937, nesse mandamento (ampliado quanto ao tempo pela Lei Const. n. 2, de 16-5-938), "visou armar o Governo de poderes excepcionais para decretar a aposentadoria de funcionários públicos de 3 categorias: federais, estaduais e municipais" (telegrama do Ministro da Justiça à Interventoria Federal no Rio Grande do Sul, in "A Noite" de 13-4-938):

"Poderão ser aposentados, de acordo com a legislação em vigor, os funcionários civis, cujo afastamento se impuser, a juízo exclusivo do Governo, no interesse do serviço público ou por conveniência do regime" (art. 177).

O diploma "faculta" ao Governo o afastamento "por aposentadoria", devendo o estipêndio do inativo ser calculado "de acordo com a legislação em vigor". Qual essa legislação? A das "garantias" enumeradas na Constituição ou a consignada na lei "comum"?

No item V do voto do ilustrado relator, sr. Ministro Castro Nunes, foi analisado com alteza de linguagem e de argumentação, a conhecida passagem de Rui Barbosa: "a aposentadoria é a integração essencial da vitaliciedade nos cargos civis". Concluiu o erudito voto que somente na atividade ou em disponibilidade os vencimentos são íntegrais.

Estatuindo a norma "de acordo com a legislação em vigor", coerentemente chegou Sua Excelência à conclusão, já noutra feita esposada, de ser a da legislação "especial" (4.837).

Chego à mesma conclusão (decorrência do n. 1, deste voto). Explico-me: aplicando a lei "comum" (lei 2.924, de 5-1-15, art. 121; lei 3.089 de 8-1-16, art. 132), reduzindo a "base", para armar a proporção, de 35 para 30 anos, à vista do texto constitucional (art. 156).

Aliás, foi este Tribunal que, pela primeira vez, na sessão de 28-12-934, decidiu que "os ven-

cimentos da aposentadoria sejam calculados na base de tantas trigésimas partes de seus vencimentos quantos forem os seus anos de serviço efetivo" ("Diário Oficial" de 27-3-935, p. 6.067. Em Circular de 4 de maio de 1936, a Presidência da República recomendou a observância dessa decisão: "Diário Oficial", de 15, p. 10.351).

No Brasil, toda a vez que o Estado, em virtude de Revolução, "rompeu o compromisso de estabilidade dos membros da magistratura, a que os colara a lei da sua investidura", na feliz observação de Rui Barbosa, o afastamento se operou com vantagens proporcionais.

Na Monarquia, a lei 2.033, de 20-IX-1871, dispunha: "os juizes... que se acharem física ou moralmente impossibilitados, serão aposentados a seu pedido, ou por iniciativa do Governo, com o ordenado por inteiro, se contarem 30 anos de serviço efetivo. E com o ordenado proporcional, se tiverem mais de 10" (art. 29, § 10). Esta regra foi confirmada pelo decreto 3.303, de 9-10-1886 (art. 1.º, § 1.º).

Proclama-se a República e a Const. de 1891, nas Disposições Transitórias, art. 6.º, estatue que a "aposentação" dos antigos magistrados, não "aproveitados" pelo novo regime, será com todos os seus vencimentos, desde que tivessem mais de 30 anos de exercício. Doutra parte, assegurou a "disponibilidade", com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, aos que tivessem menos de 30 anos de exercício. É digna de leitura a exegese desses predicamentos in Rui Barbosa. Comentários à Const. col. por H. Pires, São Paulo, 1934, vol. 6, ps. 499 a 568, especialmente, ps. 245, 246, 500, 507, 513, 542, 550, 563, 564.

Em 1930, vencedora a Revolução, é instituído o Governo Provisório, exercendo "discricionariamente, em toda sua plenitude, as funções e atribuições, não só do Poder Executivo, como também do Legislativo" e "podendo anular ou restringir, coletiva ou individualmente, por atos ulteriores, os direitos até aqui resultantes de nomeações, aposentadorias... disponibilidade... e, em geral, de todos os atos relativos a emprego, cargos... assim como do exercício ou o desempenho dos mesmos, inclusive, e para todos os efeitos, os da magistratura... da União Federal..." (dec. 19.398, de 11-11-930, arts. 1.º e 8.º).

Pelo dec. 19.711, de 18-2-931, "com as vantagens que lhes assegura a legislação vigente", foram aposentados diversos magistrados federais. A todos foi aplicada, quanto ao cálculo dos pro-

ventos da inatividade, a lei especial (4.837) para os do Egrégio Supremo Tribunal Federal e a comum (2.924) para os demais juizes federais e os da magistratura local.

E', como se acaba de expor, uma mesma solução nas nossas tres revoluções...

Examinei e meditei em torno dos termos do parecer do eminente Desembargador, sr. Tito Fulgêncio (in Justiça, vol. 13, p. 150 — revista jurídica publicada em Porto Alegre, fascículo de julho deste ano). A argumentação deste juriconsulto, porém, não convence. O magistrado (*nommé à vie ; for life*) na espécie do artigo 177 ("a juízo exclusivo do Governo", "no interesse do serviço público, ou por conveniência do regime"), pode ter interrompida a sua *carreira* e os seus vencimentos calculados "de acordo com a legislação em vigor".

Em relação aos atingidos pelo art. 177, a Nação renuncia a "garantia" que lhes tocava, quer quanto à "vitaliciedade", quer quanto à *irredutibilidade de vencimentos*" (fixidez).

Repito, neste ponto, a argumentação do Sr. Ministro Castro Nunes é assás convincente (item V do cit. voto).

O regime instituído em 10 de novembro considerou extintos: a justiça federal (artigo 182); a justiça eleitoral (decreto-lei 63, de 13-12-937); o *Tribunal de Contas* (art. 114).

Como acentuou, em parecer, o sr. Ministro Francisco Campos: "A Constituição de 934, não podia... constituir um *limite* ao que, a respeito da *magistratura*, viesse dispor uma Constituição posterior..." ("Diário Oficial" de 11-8-938, p. 15.989).

Foi o que aconteceu ao Tribunal de Contas criado pelo decreto 966-A, de 7-11-1890, novamente "instituído" pela Const. de 1891 (artigo 89) e "mantido" pela de 1934 (art. 99).

Tanto o mandamento constitucional o considerou extinto, que o art. 114, instituiu "outro" Tribunal de Contas a ser disciplinado pela legislação ordinária. Mais: tive ocasião de expender este pensar aqui no convívio íntimo deste Colégio de Contas.

Nem outro foi o entender do próprio órgão outorgante da Carta Constitucional, tanto que — enquanto não tivesse *corpo e vida* o instituto "criado" — pelo decreto-lei 7, de 17-11-937 ("dispõe sobre o atual Tribunal de Contas"), mandou a anterior Corte de Contas "continuar a exercer

as suas atribuições" (art. 1) Até o advento do decreto-lei 426, de 12-5-938 o seu funcionamento foi a título *provisório*. Indiscutivelmente, os seus titulares, até então não poderiam gozar da "equiparação" que a Carta só concedeu aos componentes do Instituto que fosse criado.

Ora, o decreto de aposentação — causa do título expedido, tem a data de 31-12-937.

Logo, quer pela aplicação da lei vigente a esse tempo, quer pela nenhuma salvaguarda das "garantias" conferidas pela Constituição de 1934, a inatividade, daí decorrente, só poderia conferir vencimentos *proporcionais* ao tempo de efetivo serviço.

"Esaminare il merito di provvedimento significa valutarne la convenienza e l'opportunità. Ora, questo esame che é esclusivo de Governo nel campo della sua opportunità, *non spetta alla Corte dei Conti*. Così essa *non può giudicare se il Governo abbia fatto bene o male*; Ma la Corte dei Conti potrà i dovrà esaminare se... *siano state osservate le forme stabilite dalla legge*". (Adolfo Becio, *I poteri del Parlamento sui decreti registrati con riserva della Corte dei Conti*, in Rivista Amministrativa del Regno, mese giugno 1930, Torino, cfr. D'Alessio, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1932, vol. I, p. 333; La Torre, *Nozioni di diritto amministrativo*, 2.^a ed. Roma, 1935, página 120).

Encarece-se a hipótese sob o aspecto jurisdicional do ato administrativo (questão doutrinária):

"La Corte... può censurare i provvedimenti che riguardano lo stato, *la posizione dello impiegato*, quando questi abbiano influenza decisiva sul *diritto o sulla misura* della pensione (Enrico Mazzocolo. Il sindacato di legittimità degli atti amministrativi dinanzi alle Corte dei Conti in sede giurisdizionale. Tivoli, 931, p. 5, cfr. Giuseppe Moffa, in Nuovo Digesto Italiano (a cura di D'Amelio), Torino, 1938, *vb* Corte dei Conti, n. 42, especialmente, nota 1, onde se opõe *séria reserva* e esse controle).

Ainda assim e levando em conta o conselho do E. Presidente da Corte de Contas Italianas — "con quel criterio di *misura* e di praticità che é di chi giudica" — os "efeitos financeiros" do decreto de aposentação estão "de acordo com a legislação em vigor".

3) Eis a conclusão a que cheguei".