

Direito Administrativo

A função pública e o seu regime jurídico

THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI
Procurador da República no Distrito Federal

XII

DA AMOVIBILIDADE

Este capítulo é do maior interêsse e o seu conteúdo pode ser encarado sob prismas muito diversos.

A inamovibilidade constitue, como a vitaliciedade, uma garantia excepcional que só pode ser deferida ou expressamente pela Constituição, ou pela lei, a certa e determinada categoria de funcionários.

Em algumas legislações, como a americana, "removal" corresponde a demissão, a perda do emprêgo (1), em outras "inamovibilidade" é sinônimo de estabilidade (2) bem como a "inamovibilitá" do direito italiano (3).

O mesmo se diz no direito francês dos funcionários que não podem ser destituídos (4).

Nota Ruiz Y Gomez (5), porém, que a palavra *inamovibilidade* pode ser tomada em dois sentidos, relativo e absoluto; no primeiro compreende-se o direito do funcionário de não ser destituído ou removido do cargo sinão nos casos previstos em lei; no segundo, o direito de não ser transferido ou removido de residência ou do car-

go sem o seu consentimento. Acrescentaremos outro caso, o da remoção ou transferência de um cargo para outro, embora da mesma classe e vencimento.

A primeira hipótese corresponde à perda do emprêgo; foi estudada no capítulo próprio relativo à estabilidade.

As duas outras hipóteses, de remoção ou mudança de residência, de cargo, de serviço ou de repartição que os americanos chamam "transfer" (6) e os franceses "mutation d'emploi", "déplacement" (7), é o que poderemos chamar remoção e transferência. A inamovibilidade é a garantia legal que proíbe a remoção ou transferência de lugar ou de cargo.

A *inamovibilidade* é garantia constitucionalmente assegurada aos magistrados, salvo quando esta se der a pedido, por promoção aceita ou pelos votos de 2/3 dos juizes efetivos do Tribunal Superior competente em virtude de interêsse público.

Relativamente aos magistrados, dispõe o texto constitucional:

"Salvas as restrições expressas na Constituição os juizes gozarão das garantias seguintes:

.....
b) inamovibilidade, salvo remoção a pedido, por promoção aceita, ou pelo voto de dois terços dos juizes efetivos do tribunal su-

(1) *Civil Service rules* — Rule XII — *Black Const. Law* — pgs. 129.

(2) Bielsa — *Derecho Administrativo* — II — pg. 60 — Ruiz y Gomez — *Principios Generales de Derecho Adm.*, pg. 172.

(3) D'Alessio — *Istituzione* — I — pg. 461.

(4) Dalloz — *Répertoire*, verb. *inamovibilité*.

(5) *Op. cit.* pg. 172.

(6) *Civil Service rules* — Rule X.

(7) Hauriou — *Précis de Droit Adm.*, 4.^a ed., pgs. 79 e segs.

perior competente, em virtude de interesse público" (8).

Ha, por conseguinte, uma tendência para a inamovibilidade dos funcionários judiciais, principalmente nos Estados onde a remoção vem, por vezes, ferir direitos inerentes à estabilidade do cargo.

Esse dispositivo veio suprir a uma lacuna do texto da Constituição de 1891, que só assegurava a vitaliciedade. O Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890, no entretanto, estabelecia :

"Art. 2.º — Os juizes federais são vitalícios e inamovíveis e não poderão ser privados dos seus cargos sinão em virtude de sentença proferida em juízo competente e passada em julgado".

A Constituição de 1934 e a de 1937 deram, porém, maior maleabilidade ao princípio, embora respeitando-o dentro da teoria da separação de poderes, onde encontra o seu fundamento.

Todas as cautelas foram tomadas pelo legislador constitucional. Para evitar a corrupção e a pressão sobre o Poder Judiciário, chegou ao ponto de permitir até que o juiz prefira disponibilidade com vencimentos integrais a remover-se com a mudança da sede do juízo.

Mesmo a promoção tem sido muitas vezes pretexto para transferir um Juiz (9).

Por isso a Constituição só permite a promoção, quando aceita, prevendo a admitindo como legítima a *recusa* do Juiz. Mesmo quando determinada pelo Poder Judiciário, exige ainda que a deliberação seja tomada por um número certo de juizes efetivos afim de evitar com essa cautela, tanto quanto possível, a intervenção da política ou a imposição de uma maioria ocasional.

Na França, na Alemanha, na Inglaterra, na Itália, a inamovibilidade é um princípio tradicional. As exceções só se justificam mediante cautelas especiais e um processo rigoroso (10).

(8) Art. 64-b da Constituição de 1934, reproduzido no art. 91-b, da Const. promulgada em 1937. — Ver o Ac. do S. T. F. de 26 de julho de 1938 — in "Jornal do Comércio" de 11 de junho de 1939 sobre a inamovibilidade dos juizes estaduais.

(9) Ver C. Maximiliano, *Com. à Const.*, pg. 609.

(10) Kammerer, *La Fonction Publique en Allemagne*, pg. 387; — D'Alessio — *Ist.* — I — pg. — 461; — Lentini — *Ist. Diritto Amministrativo* — I — pg. 589.

Os franceses asseguram maior estabilidade na função, embora reconheçam, em princípio, a necessidade da amovibilidade, e têm como medida disciplinar a transferência *ex-officio*, sem audiência do funcionário (11); no entretanto, ela só se justifica por necessidade do serviço.

No direito italiano também não existe um direito à permanência no mesmo local salvo casos excepcionais devido à natureza da função (12).

A situação dos juizes é, porém, excepcional. Com relação aos demais funcionários, essa garantia vai aos poucos desaparecendo, sendo substituída por um critério mais objetivo que considera, em primeiro plano, a organização do serviço, a lotação das repartições, a composição dos quadros administrativos.

E' o sentido, a nosso ver, dos arts. 88 e seguintes do projeto de estatuto dos funcionários, que mereceria, aliás, redação mais clara e compreensiva.

Ruiz y Gomez (13), embora reconhecendo a natureza discricionária dessas remoções por ser a amovibilidade regra geral, no entretanto, salienta os defeitos do sistema, favorecendo o rebaixamento arbitrário de certos funcionários e permitindo o favoritismo em benefício de outros.

A observação é justa e prova-se por si mesma.

A lei deve manter o justo equilíbrio; nem seria lícito admitir o pleno arbítrio da administração, nem tampouco converter-se a garantia em fonte de abusos em detrimento do bom funcionamento dos serviços.

O problema tem sido encarado de maneira muito variada pelos diversos países, como veremos depois.

Até a lei do reajustamento, ou melhor, até a sua aplicação e interpretação pelo Conselho Federal do Serviço Público Civil e atual Departamento Administrativo do Serviço Público, verificava-se grande confusão na aplicação da legislação, esparsa e muitas vezes contraditória.

Assim, a lei n.º 2.083, de 30 de julho de 1893, assegurava a inamovibilidade ao funcionário

(11) Hauriou — *Précis* — pg. 79.

(12) Lentini — *Ist. di Dir. Am.* — 1939 — vol. 5, pg. 589.

(13) *Principios Generales de Derecho Administrativo* — pg. 201.

rio de Fazenda (14). O decreto n. 21.212, de 28 de março de 1932, dispôs igualmente. Assegurada por lei especial, a garantia era naturalmente válida. Não é, porém, inerente à estabilidade.

Para os que já gozam dessa última garantia, porém, é preciso observar que a remoção não pode importar em uma diminuição na função e nos vencimentos.

Nos casos de entrância, verifica-se isto muito bem.

O Decreto do Governo Provisório, n.º 20.778, de 12 de dezembro de 1931 (15), estabeleceu com relação à inamovibilidade dos funcionários, inclusive membros do Poder Judiciário e serventuários da Justiça, os seguintes princípios:

1.º — que a vitaliciedade e a inamovibilidade não podem ser tomadas em sentido estrito, podendo o funcionário:

a) ser removido da sede de seu cargo, função, repartição ou serviço, com a obrigação de continuar a desempenhar na nova sede a mesma função que exercia anteriormente;

b) ser aproveitado, uma vez extinto o seu cargo, em outro análogo, para o que se deve presumir a sua habilitação. E' o que acontece, por exemplo, ao lente em relação às cadeiras da mesma secção, ao magistrado em relação a qualquer função judiciária;

c) ser reduzido em seus vencimentos quando fôr essa redução decretada de modo geral e uniforme, ou em relação a todos os funcionários da mesma categoria ou classe;

d) ter direito à volta à sede primitiva si restabelecido o lugar ou fôr criado outro idêntico ou análogo.

O decreto n.º 21.212, de 28 de março de 1932, posteriormente tratando de funcionários de Fazenda, determina:

“Art. 5.º — O funcionário que atingir o número 1 de sua classe só poderá ser transferido em virtude de processo em que fique apurada a sua culpa, ou com promoção”.

A remoção, no primeiro caso, como se vê, está entendida como verdadeira penalidade. O artigo 4.º do mesmo decreto igualmente declara:

“Art. 4.º — Os funcionários de segunda entrância transferidos de uma para outra repartição em virtude de processo, pena disciplinar ou a pedido, irão ocupar o último lugar da classe a que pertencerem”.

O art. 32 da lei n.º 284, de 28 de outubro de 1936, que estabeleceu diversas providências relativas ao funcionalismo público da União, determina:

“O Governo, atendendo às conveniências dos serviços, e por proposta da Comissão de Eficiência, poderá transferir ou remover qualquer funcionário de uma para outra localidade ou repartição de cada ministério, guardadas as ressalvas constitucionais e respeitada a especialização técnica”.

O texto legal não poderia, entretanto, deixar de ressalvar as garantias legais, como as entrâncias, que representam categorias de funcionários, classificadas muitas vezes de acôrdo com os seus vencimentos, etc.

Assim, as garantias de inamovibilidade não precisam estar expressas na Constituição, mas podem estar implicitamente asseguradas como um corolário das garantias gerais atribuídas aos funcionários públicos.

Não constitue, porém, uma garantia geral assegurada aos demais funcionários.

A tendência é mesmo no sentido de pôr termo ao regime da inamovibilidade como regra geral (16).

A maior maleabilidade dos quadros, o sistema de readaptação do funcionário, permitindo o aproveitamento de cada um nos misteres mais consentâneos com as suas tendências, constitue hoje a orientação mais aconselhável afim de permitir uma eficiência maior do serviço. Conciliar esses interesses da administração com os direitos individuais e os interesses criados pelo exercício efetivo da função, constitue o grande problema humano a ser resolvido pela lei e pelos órgãos incumbidos de executá-la.

(14) Acc. S. T. F., de 25-8-20, in Rev. S. T. F., Vol. XXVII, pg. 129.

(15) Diário Oficial de 18-12-31.

(16) Chamamos a atenção para o excelente trabalho de Felix Garas — *La selection des fonctionnaires* — especialmente o capítulo — *La rotation des fonctionnaires* — pg. 193.

TRANSFERÊNCIA — REMOÇÃO — READAPTAÇÃO

O capítulo da amovibilidade gira em torno dessa trilogia — transferência — remoção — readaptação. São as tres formas geralmente usadas para a movimentação dos quadros, em sentido lateral.

Em sentido vertical tem o fenômeno o nome de promoção, que estudamos em outro capítulo.

A transferência e a remoção constituem os dois processos normais para a movimentação lateral, horizontal, dos quadros, ou melhor, do pessoal dentro do quadro geral dos funcionários.

Mas, examinando melhor o assunto, devemos considerar os diferentes aspectos por que pode o mesmo ser encarado, diferenças que acompanham até a terminologia.

Assim, as palavras transferência e remoção têm significação específica que apreciaremos em seguida.

Partindo do geral para o particular, podemos enquadrar o movimento lateral dos funcionários dentro dos quadros e carreiras, de acôrdo com o seguinte esquema que nos apresenta Ruiz y Gomez (17):

- 1) *territorial*, quando o cargo para o qual fôr transferido o funcionário está situado em outra localidade, diferente daquela em que venha sendo desempenhado;
- 2) *funcional*, quando, sem variar de localidade, o funcionário passa de um cargo a outro, com funções diferentes;
- 3) *departamental*, quando, sem mudar de localidade, nem de natureza de funções, se passa de um cargo de um departamento (repartição) para outro de outro departamento ou divisão da administração;
- 4) *de competência*, quando, sem variar de localidade, nem de funções, nem de departamento, passa-se de um cargo para outro, com outras atribuições ou competência;
- 5) *interno*, quando, sem variar de localidade, nem de natureza de funções, nem de departamento, nem de competência, se

passa de um cargo para outro igual na mesma repartição.

Dentro desse quadro geral podem ser destacadas as diversas modalidades de transferências e remoções, respeitado, no entretanto, o regime peculiar à lei brasileira.

Assim, a transferência ou remoção territorial não se acham expressamente previstas pela nossa lei, devendo-se considerar a circunstância de passar o funcionário a servir em outra localidade, mera decorrência da remoção ou transferência, sem outras consequências de ordem legal.

A movimentação dos quadros, apesar dos termos restritos do artigo 35 da lei do reajustamento, que só permite a transferência de funcionários de carreiras diferentes, tem se feito de forma ampla, o que aliás se justifica porque as outras modalidades de transferências são mais restritas, aplicando-se o princípio de que "quem pode o mais pode o menos (18)".

O projeto de estatuto dos funcionários racionaliza de alguma forma a matéria prevendo as diversas modalidades de transferências e remoções.

A transferência tem um sentido mais amplo, interessa à posição do funcionário dentro do quadro ou da carreira; conforme diz o projeto, a transferência importa em provimento do cargo (19), pressupõe (quando a transferência é feita para cargo de carreira) a existência de uma vaga a ser preenchida por merecimento.

A remoção constitui um ato de consequências mais reduzidas; o funcionário se movimenta no seu quadro, não ha mudança de carreira, mas apenas de repartição, de serviço ou de um órgão integrante das repartições ou serviços.

Com relação às diversas modalidades de transferências podemos apurá-las no seguinte esquema:

(18) Embora este princípio não seja corrente quando se considera a medida da competência, pode, no entretanto, ser aqui aplicado porque o dispositivo da lei fixa norma geral.

(19) A expressão "provimento" é aqui tomada em sentido amplo, o mesmo que "preenchimento". O art. 80 do projeto poderia ter definido a transferência, o que nos pareceria mais rigorosamente acertado, tendo-se em vista a técnica legislativa. Efetivamente, no mesmo projeto, encontram-se as definições das outras formas de provimento — promoção, readmissão, reintegração, etc.

- 1) entre carreiras da mesma denominação, embora de quadros ou Ministérios diferentes;
- 2) entre carreiras diferentes;
- 3) de cargo isolado de provimento efetivo para cargo de carreira, ou vice-versa;
- 4) entre cargos isolados (20).

A transferência, porém, não pode alterar o padrão de vencimentos do funcionário (21), só se permitindo a transferência nessas condições (22). Por isso é que dissemos que a transferência deve obedecer a um movimento horizontal. Dentro desse princípio verifica-se a maior liberdade de movimento.

A remoção tem um sentido mais restrito. Diz mais quanto à economia interna de cada serviço ou repartição.

Na transferência deve-se obedecer à formação dos quadros e das carreiras; na remoção atende-se mais à lotação de cada repartição ou serviço.

Por isso mesmo as remoções podem ser feitas:

- 1) de uma para outra repartição ou serviço;
- 2) de um para outro órgão integrante das repartições ou serviços.

De qualquer forma as remoções devem ser feitas dentro do mesmo quadro. Quanto à autoridade competente, deve-se notar que a transferência, constituindo novo provimento de um cargo, depende de ato do Presidente da República. O mesmo não ocorre com as remoções, que podem ser determinadas pelos chefes de serviço, de repartição ou pelos diretores gerais, de acôrdo com o caso.

Deve-se considerar sempre a autoridade hierarquicamente superior e de quem dependam as repartições ou serviços dentro dos quais movimenta-se o funcionário removido.

Algumas normas gerais regulam a maneira de proceder-se à transferência ou remoção. Assim, quer a transferência, quer a remoção, po-

dem ser *ex-officio*, isto é, por iniciativa da administração ou a pedido.

Predomina, porém, de modo acentuado neste assunto a ação discricionária do Govêrno, obedecendo à conveniência do serviço e às condições pessoais do funcionário (23). Este justo arbítrio permite atender a resultados benéficos para a administração.

Em alguns países, como na Itália, esse arbítrio é grande. Por isso, observa d'Alessio (24) que "nenhum limite é imposto à faculdade que tem a administração de transferir os empregados tendo como norma a necessidade dos serviços, superiores a qualquer interêsse privado, e levando-se em consideração tanto quanto possível as aspirações dos próprios funcionários" (25).

Não seria, porém, desarrazoado estabelecer-se algumas restrições ao exercício dessa faculdade, como, por exemplo, o da transferência por motivos religiosos ou políticos, bem como por motivos disciplinares, cujos fundamentos são outros (26).

Permuta — A permuta é outra modalidade de remoção, é a dupla transferência ou dupla remoção.

Os americanos chamam-na de *mutual exchange* e a ela aplicam as mesmas regras das transferências ou remoções individuais (27).

A permuta é sempre realizada a pedido, está subordinada aos interêsses da administração e rege-se pelos princípios gerais aplicáveis às transferências e remoções.

DA READAPTAÇÃO

Deixamos propositadamente para um título especial o problema da readaptação (28).

Este corresponde à necessidade de atribuir ao funcionário uma atividade compatível com a

(23) Ver Petrozielo — in "Primo Trattato de Orlando" — II — 3.^a, pg. CCXVII.

(24) *Ist.* — vol. I — pg. 483.

(25) Ver também Lentini — *Ist. di Diritto Am.* — vol. I — pg. 588 — Petrozielo — in "Primo Trattato de Orlando" — II — 3.^a — pg. CCXVII e segs.

(26) Ver Kammerer — *La fonction publique en Allemagne* — pg. 228 e segs.; d'Alessio — *op. loc. cit.* pg. 484 — Nota.

(27) *Civil Service Act and rules* — 1934 — pg. 45 — nota 28 — "*mutual exchange*".

(28) Esta modalidade constitue inovação da lei do reajustamento dos funcionários (art. 32).

(20) Art. 81 do projeto de estatuto.

(21) Ver a lei cubana — in Ruiz y Gomez — *Op. cit.* pg. 204.

(22) *Rule X* do *Civil Service Act* — só permite a transferência quando o cargo não pode ser preenchido por meio de promoção — "*adequately filled by promotion*".

sua capacidade física ou intelectual. Pressupõe, necessariamente, uma modificação em seu estado físico ou mental, que o torne incapaz de preencher a função que exerce, ou a verificação de que o funcionário não tem a necessária aptidão ou pendor para a função.

Felix Garas, em seu livro já citado (29), mostra como não basta o concurso para fixar o critério de seleção. Pode o funcionário demonstrar boa capacidade intelectual e, no entretanto, fracassar no "metier".

"Ce qu'importe, ce n'est pas ce qu'on sait, mais ce qu'on est capable de faire. Ce n'est pas le résultat du travail fourni, mais la nature de ce travail".

E' preciso considerar, diz o autor, as qualidades exigidas para determinado serviço, os defeitos que a função pode tolerar e não apenas a habilitação no concurso. Não basta a diferenciação dos programas para funções diversas, mas uma série de condições pessoais que integram a personalidade do bom funcionário. Os exemplos são inúmeros e nos levariam a um grande desenvolvimento da matéria. Mas o que parece necessário, antes de tudo, é evitar sistemas muito rígidos e fixar critérios peculiares a cada uma das carreiras profissionais, principalmente aquelas de natureza mais técnica.

Somente no quadro da administração da Fazenda Nacional teríamos de considerar situações bem distintas, caracterizando-se cada uma das

carreiras e das repartições de forma bem acentuada, exigindo, cada qual, qualidades próprias, conhecimentos especializados e principalmente tendências pessoais bem marcadas, por parte dos respectivos funcionários.

A solução preconizada funda-se em um processo de individualização dos casos e, portanto, das medidas necessárias para reajustá-los.

Está adstrita, no entretanto, esta solução, a um critério puramente subjetivo e discricionário; depende muitas vezes do chefe do serviço ou da repartição, a iniciativa da remoção.

A medida pleiteada é de grande alcance mas deve ser usada com muita moderação.

As transferências trazem, às vezes, vantagens mal percebidas no momento, mas de grandes resultados. Por outro lado, podem acarretar prejuízos não menores para o funcionário.

A readaptação por meio de transferências obedece a orientação moderna, preconizada pelas melhores autoridades no assunto (30). O seu resultado dependerá principalmente dos elementos objetivos em que se fundar a medida, em cada caso concreto.

O problema de readaptação funcional é, sem dúvida, um dos capítulos mais sugestivos da reforma que ora se realiza em nosso serviço público.

(29) *La selection des fonctionnaires* — pg. 157 e segs.

(30) Lasky, em seu livro *Grammaire de la Politique*, faz a crítica e preconiza interessantes reformas do serviço público, dentro de um critério amplo de aproveitamento das capacidades profissionais, fora de preconceitos e padrões (pg. 247 e segs.).