

## A função pública e o seu regime jurídico

THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI

Procurador da República no Distrito Federal

### VII

#### DA ESTABILIDADE

*Funcionários vitalícios — Funcionários que só podem ser demitidos com justa causa ou motivo de interesse público. Os nomeados “enquanto bem servir”. — Funcionários que somente podem ser demitidos em virtude de sentença judicial ou processo administrativo — Dos extranumerários — Os interinos — Funcionários em comissão — Funcionários demissíveis ad nutum — Disponibilidade. Supressão do cargo.*

Integrado na sua função, terá o servidor do Estado os direitos que lhe forem conferidos pela lei, de acordo com a natureza do cargo.

Não vamos enumerá-los, por isso que dependem da categoria de cada um, mas examinar em sua generalidade aqueles mais importantes, inerentes à função pública.

Vamos começar pela estabilidade, graduando a fixidez, a permanência na função dentro de uma escala que vai desde a vitaliciedade até a demissibilidade *ad nutum*, passando por diversas gradações.

Variam as classificações, feitas pelos nossos escritores, de acordo com este critério.

Ruy Barbosa, por exemplo, distingue tres categorias gerais de funcionários, a saber :

- 1) os vitalícios ;
- 2) os demissíveis *ad nutum* ;
- 3) os que não se acham compreendidos em nenhuma das duas primeiras categorias e só podem sofrer destituição, “nas emergências, debai-

xo das condições ou mediante as formas nas leis previstas e capituladas”. (1)

O Ministro Arthur Ribeiro, em um voto proferido no Supremo Tribunal Federal, classificou os funcionários públicos, quanto ao afastamento definitivo de suas funções, em quatro categorias, a saber (2) :

a) funcionários demissíveis *ad nutum*, por constituirem a regra geral, tendo a autoridade administrativa inteira liberdade não só para nomeá-los como para despojá-los dos seus cargos, conforme entender conveniente ao serviço ;

b) funcionários nomeados por determinado tempo e que têm no diploma de sua nomeação, ou na lei, o tempo prefixado para o seu exercício, de sorte que do cargo ficam privados automaticamente desde que tenha escoado aquele prazo.

c) funcionários que, passado certo prazo de exercício e sem faltas, adquirem direito à estabilidade em seus cargos, somente podendo ser demitidos em virtude de sentença judicial ou mediante processo administrativo.

d) funcionários vitalícios, isto é, nomeados por toda a vida, não podendo deles ser privados senão no caso de incapacidade física ou moral, ou na hipótese de cometerem crimes para cuja punição a lei imponha a pena de perda do emprego, verificado judicialmente, qualquer desses casos, como plena garantia dos direitos de defesa.

Preferimos uma classificação mais simples e que, a nosso ver, compreende melhor as diversas hipóteses conhecidas em nosso direito administrativo :

(1) Comentários à Const. Federal brasileira, pg. 235.

(2) Ap. Cível — 6.278 — in Jurisprudência de 1935 — 1.ª parte — pag. 104.

a) os vitalícios, que só podem ser demitidos em virtude de processo e condenação judicial;

b) os que só podem ser demitidos por justa causa ou motivo de interesse público;

c) os que só podem ser demitidos em virtude de sentença judicial ou processo administrativo;

d) os demissíveis *ad nutum*. (3)

Não nos referimos aos contratados e outros funcionários admitidos por tempo determinado, por isso que se trata do cumprimento de obrigação contratual, cujo regime está sujeito às normas que forem traçadas pelo estatuto legal que lhes foi peculiar.

A questão da estabilidade do funcionário está subordinada a uma orientação geral, a uma política que serve de base a toda a estrutura jurídica ou estatuto da classe.

Seguindo o progresso da legislação social, a tendência deve ser para assegurar maior estabilidade ao funcionário, salvo o direito de demissão ou dispensa por falta grave que incompatibilize o funcionário com o serviço público.

Por isso mesmo, já em 1916, concluía o Congresso Sul Americano de Ciências Sociais de Tucuman (4):

“Em matéria de administração geral é indispensável para assegurar a regularidade da função pública a existência de preceitos legais que se assentem na estabilidade dos funcionários”.

Essa estabilidade deve pressupor, no entanto, certo tempo de serviço em virtude do qual o funcionário se radica no cargo.

## FUNCIONARIOS VITALÍCIOS

Constituem uma classe privilegiada no quadro administrativo. No nosso regime constitucional somente os magistrados, os militares, os Ministros do Tribunal de Contas, gozam dessa regalia excepcional de só poderem ser demitidos em consequência de condenação em processo criminal.

A questão da vitaliciedade constitue motivo de grandes debates porque é incontestavelmente

um privilégio, contrário aos princípios democráticos e que só se justifica por motivos muito relevantes.

Por isso tem sido admitido e sustentado que a vitaliciedade não pode ser decretada por lei ordinária, devendo promanar de um texto constitucional.

A tese é discutível: tem sido debatida entre nós. E' preciso, no entretanto, atender a uma distinção que ora fazemos entre os funcionários cuja demissão depende de condenação judicial, e outros que dependem apenas de processo administrativo.

Rigorosamente dentro dessa técnica, somente os primeiros são vitalícios, no sentido *constitucional* do termo.

A questão da vitaliciedade imposta em lei ordinária não tem mais o mesmo interesse à vista das disposições constitucionais vigentes.

A tese merece, no entretanto, ser examinada.

Ruy Barbosa (5) teve ocasião de ferí-la por diversas vezes, dentro dos princípios então dominantes, bradando contra o sistema de privilégios, incompatível com o regime democrático, privilégios que só se justificam quando não se revestem de caráter pessoal e se tornam acessíveis a todos, por determinação constitucional.

“Não pode ser constitucionalmente sustentada, pois, a vitaliciedade, sinão nas hipóteses em que a própria Constituição a decretar ou, por exceção dificilmente verificada naquelas, em que seja necessária eficácia da função, nativa à sua índole, imprescindível à sua defesa. Nesta averbação só conhecemos realmente contempláveis, além dos ofícios de notariado e das situações especiais, em que essa regalia se obtém pela competência adquirida em longos serviços, os cargos de magistério superior, cuja dignidade, independência e utilidade não se conciliam com o arbítrio administrativo. A alta ciência deve estar fora do arbítrio do poder. Tirada esta especialidade, onde a exceção emana de um título imemorial e universal, só ha duas classes de vitaliciedade constitucionais neste país: a da investidura judiciária e dos postos e patentes militares”.

Aponta-lhe depois o defeito e maior inconveniência (6):

(3) Nossas “Instituições de Direito Administrativo” — 2.<sup>a</sup> edição — Vol. II — fls. 629.

(4) *Apud* Bielsa — *Derecho Administrativo* — Vol. II — pg. 74.

(5) Comentários à Constituição, vol. III pg. 223.

(6) Comentários à Constituição — colhidos e ordenados por Homero Pires — Vol. III, pg. 224.

"Desnatura e aniquila o poder executivo paralisando-lhe a ação prestada em toda a extensão da sua maior tarefa : a de administrar. Com um exército de vitalícios não ha governo possível. Governo é presteza, é celeridade, é subordinação, é responsabilidade dos superiores pelos atos dos subalternos, é confiança dos preponentes nos prepostos; e nada disso se concebe onde cada empregado revestir contra a autoridade dos seus chefes a coiraza da vitaliciedade".

João Barbalho (7), para citar um dos melhores comentadores e doutrinadores da Constituição de 1891, da mesma maneira insurgira-se contra o privilégio anti-democrático, limitando esse favor aos casos constitucionais.

"A vitaliciedade é anexa à democracia.

"Somente por exeção limitadíssima fundada em altas razões de Estado, nos governos democráticos vê-se admitida por alguns cargos a vitaliciedade, v.g. dos de magistratura; e em muitas organizações em que predomina a democracia nem mesmo são vitalícios os juizes (exemplos : vários Estados da União Norte Americana e o Supremo Tribunal Federal Suíço, cujos membros servem durante tempo limitado por lei).

"E, si tal é a natureza da vitaliciedade anti-pática ao nosso regime de governo, não é lícito extendê-la por lei ordinária além dos limites em que a Constituição teve de admiti-la".

A tese tem os seus impugnadores autorizados, notadamente decisões do Supremo Tribunal Federal (8) e alguns autores, como Carlos Maximiliano (9).

A verdade é que, entre nós, a vitaliciedade tem sido assegurada pela lei ordinária, notadamente para os professores civis e militares.

Basta, aliás, que a lei assegure a estabilidade do funcionário e só admita a sua destituição em virtude de sentença, para assegurar-lhe implicitamente a vitaliciedade.

Como medida excepcional muitas vezes ela se justifica mesmo fora dos casos restritos expressos na Constituição — Vantagens podem ser

apontadas. Ruiz y Gomez (10) assim a resume de maneira muito clara.

1 — assegura a independência e imparcialidade do funcionário.

2 — protege as liberdades públicas.

3 — garante o funcionamento do principio da separação de poderes.

4 — garante o bom funcionamento dos serviços públicos.

5 — favorece o principio da especialização em beneficio do serviço.

6 — favorece o principio da autoridade.

Os inconvenientes correspondem às vantagens, mas cabe ao Estado pôr um cobro a esses inconvenientes por meio de sanções disciplinares e até processo por falta de cumprimento do dever, que constituem medidas eficazes contra os abusos geralmente apontados.

#### FUNCIONARIOS QUE SÓ PODEM SER DEMITIDOS COM JUSTA CAUSA OU MOTIVO DE INTERESSE PÚBLICO — OS NOMEADOS "ENQUANTO BEM SERVIR"

E' a garantia ampla, geral, atribuida a todos os funcionários com menos de dez anos de serviço público e mais de dois, quando nomeados em virtude de habilitação em concurso de provas.

E' bem de ver que o conceito do *interêsse público*, ou da *justa causa*, tem uma grande elasticidade; independe, naturalmente, a sua comprovação, do processo administrativo ou criminal, mas deve ser evidenciada pelos meios que a natureza do processo ou a causa de admissão permitirem (11).

*Justa causa* pode ser uma infração grave, uma incompatibilidade, verificada para o serviço público, interêsses da administração, supressão do cargo, enfim, circunstâncias que deveriam ser prefixadas e qualificadas em lei ordinária.

Dentro de um certo critério, poder-se-ia compreender nessa categoria o nomeado com a *clausula enquanto bem servir*. De acordo com a

(7) Apud Araujo Castro — *Estabilidade dos funcionários públicos* — pg. 21.

(8) Acs. de 1 de julho de 1899, de 10 de agosto de 1907, 28 de dezembro de 1907, 26 de outubro de 1901, 21 de novembro de 1914, 7 de novembro de 1928 e muitos outros.

(9) Comentários à Constituição — n.º 346.

(10) *Principios generales de derecho administrativo* — pg. 174.

(11) Em sentido contrário resolveu a Corte Suprema, em acórdão de outubro de 1937.

doutrina, a nosso ver mais acertada, deve se exigir a prova do mau serviço para justificar a demissão dos funcionários nomeados com aquela cláusula.

Como demonstrou Enéas Galvão, em um notável acórdão do S. T. F.:

“As expressões *enquanto bem servir* constituem de modo claro uma garantia para o funcionário não ser dispensado sem a prova da falta que torna incompatível com o emprego; com aquelas mesmas expressões, como bem se adverte no acórdão embargado, se garante com a maior extensão a permanência na mais alta função judiciária na América do Norte.

Absurdo inqualificável, ocasionando a mais revoltante injustiça, seria entender que daquele modo se deixou ao superior hierárquico o direito de demitir livremente os funcionários, justificando-se, destarte, a destituição por interesse de ordem partidária, ou por motivos pessoais (12)”.

Semelhante doutrina é sustentada entre nós, entre outros, por Ruy Barbosa (13), Prudente de Moraes (14), Pedro Lessa.

Ruy Barbosa, em um parecer notável, chega às seguintes conclusões:

“Do exposto nesta sessão, das nossas alegações, resulta:

1º) que a ressalva *enquanto bem servir* das leis brasileiras corresponde exatamente à que as leis inglesas e americanas enunciam nas expressões tradicionais *during good behaviour*;

2º) que, portanto, essas duas cláusulas encerram para os funcionários públicos, lá e cá, o mesmo sistema de proteção e formulam a mesma garantia”.

Contra essa opinião encontram-se as de Epitácio Pessoa, Pires Albuquerque, Carvalho de Mendonça.

Parece-nos que está com a razão Araujo Castro (15):

“A nomeação com a cláusula *enquanto bem servir* pode ser comparada, a nosso ver, ao que os escritores americanos chamam nomeação condicional sem causa especificada, cabendo ao Poder Judiciário, quando provocado pela parte, examinar si o motivo em que se baseou o Executivo era ou não suficiente para expedição do ato.

O processo administrativo tornar-se-á mesmo dispensável para os funcionários de menos de dez anos de serviço, si o Executivo puder fazer esta prova independentemente de tal formalidade.

E quer parecer-nos que se não afasta deste ponto de vista o Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 16 de agosto de 1914:

“A cláusula legal a ser conservado o funcionário *enquanto bem servir* exclue o arbitrio na sua demissão que, para se justificar, é preciso se fundar em faltas que denotem que o funcionário servia mal o cargo em que foi investido”.

A teoria vem do Direito Americano e Inglês, conforme se vê em Kammerer (16):

“a) *En Angleterre, depuis l'act of Settlement de 1700, les juges ne peuvent être destitués qu'en cas de forfaiture (misbehaviour), ils sont nommés par la Reine, à vie, during good behaviour, et la révocation doit être précédée de la constatation de forfaiture, au moyen d'une procédure entamée devant le Parlement, dans des formes analogues à celle de l'impeachment (mise en accusation des ministres). Une adresse est ensuite envoyée par les deux chambres du Parlement à la Reine, qui statue sur la destitution demandée”.*

No direito americano, é este um princípio firmado, como se vê em Throop:

“*The doctrine that an officer can be removed only upon notice after a hearing where the tenue of his office is during good behaviour or until removed for cause or for a definitive term subject to be removed for*

(12) Ac. de 13 de outubro de 1915, in Rev. S. T. F., vol. VIII, página 54.

(13) *Demissão dos Curadores de Órfãos*, pg. 59.

(14) *Ministério Público*, pg. 56, apud Araujo Castro, *Estabilidade dos Funcionários Públicos*, pg. 74.

(15) *Estabilidade dos Funcionários Públicos*, pg. 83.

(16) *Op. cit.*, pg. 383.

(17) *On Public Officers*, § 364.

(18) *Le Gouvernement Parlementaire en Angleterre*, I, pg. 271.

*cause is recognised in other american cases and may be regarded as settled law in this country*" (17).

Todd (18), igualmente :

*"Mais si tout gouvernement doit nécessairement posséder le droit théorique de révoquer ceux de ses agents qui tiennent leurs offices "during pleasure", toutes les fois qu'il juge la mesure dictée par les exigences des services publics, néanmoins, c'est une règle reconnue que les personnes, tenant de la Couronne un office non politique, ne doivent être révoquées que pour incapacité ou mauvaise conduite"*.

A Jurisprudência tem oscilado muito sobre este assunto, mas é força reconhecer que nestes últimos anos tem predominado o conceito de que a cláusula *enquanto bem servir* corresponde à demissibilidade *ad nutum*, conforme se verifica dos julgados do Supremo Tribunal Federal e da Corte Suprema (19).

#### FUNCIONÁRIOS QUE SOMENTE PODEM SER DEDITIDOS EM VIRTUDE DE SENTENÇA JUDICIAL OU PROCESSO ADMINISTRATIVO

E' esta igualmente uma velha tese discutida entre nós. Houve tempo em que somente os funcionários de concurso gozavam dessas garantias notadamente os professores de Institutos oficiais.

Uma grande confusão sempre dominou a jurisprudência sob o regime das leis anteriores à lei n. 2.924, de 1915. Esta veio, porem, fixar um critério mais seguro, estabelecendo as necessárias garantias devidas aos funcionários com mais de dez anos de serviço.

Dispôs o art. 125 daquela lei :

"O funcionário ou empregado público federal, salvo os funcionários em comissão, que contar dez ou mais anos de serviço público federal, sem ter sofrido penas no cumprimento de seus deveres, só poderá ser destituído do mesmo cargo em virtude de sentença judicial ou mediante processo administrativo".

A Constituição de 16 de julho veio criar um critério mais liberal, extinguindo a exigência da falta de penas no cumprimento dos deveres, para

que possa ser assegurada a estabilidade do funcionário.

O art. 169 daquela Constituição reconheceu a existência de duas situações, critério mantido na Constituição promulgada em 1937 (art. 156) :

a) dos funcionários nomeados em virtude de concurso de provas ;

b) dos funcionários nomeados por outra forma.

Para aqueles a estabilidade se verifica com dois anos de efetivo exercício. Para estes últimos, no entretanto, somente depois de dez anos.

#### DOS EXTRANUMERÁRIOS

Em relação aos extranumerários, a estabilidade é função da natureza do cargo e do modo de seu provimento. Todas essas condições decorrem da lei, à qual cabe fixar o regime jurídico desses auxiliares da administração pública.

Assim, o *contratado* tem o seu regime sujeito às normas do contrato, cuja infração importa na sua rescisão. Além do mais, o prazo de sua validade deve estar expresso no contrato (20).

O *mensalista* é admitido em virtude de portaria, pelo prazo que nela for estabelecido, não

(19) No sentido de que a demissibilidade dos funcionários nomeados *enquanto bem servir* não depende de prova :

Ac. do S. T. F., de 29 de junho de 1932, in *Jurisprudencia da Suprema Corte*, pg. 474.

Ac. da Suprema Corte, de 8 de janeiro de 1932, in *Diário de Justiça*, de 29 de agosto de 1932.

Ac. do S. T. F., de 6 de setembro de 1927.

Contra :

Declaração in *Arq. Jud.* Vol. VI, pg. 479, nota 1.

Ac. do S. T. F., de 13 de outubro de 1915, in *Rev. S. T. F.*, volume VIII, pg. 54.

Ac. do S. T. F., de 27 de abril de 1921, in *Rev. S. T. F.*, Vol. XVIII, página 303.

Ac. do S. T. F., de 16 de junho de 1915, in *Rev. S. T. F.*, vol. V, página 34.

Ac. do S. T. F., de 15 de agosto de 1923, in *Diário de Justiça*, de 4-7-32.

Ac. do S. T. F., de 8 de abril de 1914, in *Rev. de Direito*, Vol. 33.

Ac. do S. T. F., de 23 de abril de 1916.

Ac. do S. T. F., de 27 de dezembro de 1918, *Rev. S. T. F.*, Vol. 63, página 102.

Ac. do S. T. F., de 9 de maio de 1923 in *Rev. S. T. F.*, Vol. 55, página 97.

Ac. do S. T. F., de 17 de outubro de 1919, *Rev. S. T. F.* Vol. 25, pg. 172.

Ac. do S. T. F., de 16 de junho de 1924, *Rev. S. T. F.* Vol. 67, pg. 285.

(20) Art. 14 do decreto-lei n.º 240, de 4 de fevereiro de 1938.

podendo exceder do exercício financeiro (21), salvo a possibilidade de recondução, na forma da legislação em vigor (22).

O *diarista* é admitido para exercer função de caráter transitório; recebe por dia de trabalho.

A admissão do diarista é a título precário, não lhes assiste a menor garantia de estabilidade. O mesmo acontece com o "pessoal para obras" cuja dispensa a lei determina "com a conclusão dos trabalhos para os quais tenha sido admitido (23)".

A legislação vigente não permite reconhecer a essa categoria de prepostos da administração qualquer garantia de estabilidade, excluindo-os dos quadros da administração e do funcionalismo.

Em outro capítulo, mostraremos como deve ser considerada a situação desse pessoal perante a legislação social, quanto à estabilidade dos que têm mais de dez anos de serviço.

## OS INTERINOS

Os funcionários interinos, isto é, aqueles que não ocupam o cargo público em caráter efetivo, devem estar sujeitos a esse regime especial. Não gozam geralmente de qualquer garantia de estabilidade, mesmo quando tenham mais de dez anos de serviços (24).

São nomeados para preencher cargos vagos ou em substituição ao seu titular quando em férias ou licença, nos casos em que a substituição se tiver de proceder por esta forma.

A *efetivação de interinos* só se pode realizar ou por determinação expressa da lei ou pelo fato de ter este satisfeito as condições para o seu preenchimento efetivo.

O dec. n.º 578, de 29 de julho de 1938, facultou aos interinos a sua efetivação por meio de concurso. Em virtude do aludido decreto, os interinos deveriam obrigatoriamente inscrever-se no concurso e satisfazer as condições impostas aos demais candidatos, sob pena de demissão, devendo também ser exonerados aqueles que não fossem aprovados no concurso.

(21) Art. 16 § único do mesmo decreto

(22) Art. 24 § único.

(23) Art. 39 — § 5 — decr. 240 de 1938.

(24) É o que diz o acórdão de 27 de abril de 1932 in "Diário da Justiça" de 24 de dezembro de 1932. Igualmente o acórdão de 24 de dezembro de 1935 — in Jurisprudência — de 1935 — 1.ª parte. pg. 850.

## FUNCIONÁRIOS EM COMISSÃO

Os cargos em comissão devem ser exercidos em caráter transitório, sendo de confiança e, portanto, de livre nomeação e demissão.

Efetivamente, o exercício do cargo em comissão só se verifica quando se destinar:

a) ao exercício de funções especiais e temporárias;

b) ao exercício de atribuições extraordinárias, sobre certas matérias ou fins especiais, como por exemplo, os funcionários incumbidos de inspecionar ou fiscalizar certos serviços, tomar contas a outros funcionários ou exercer jurisdição fora do respectivo termo ou comarca (25).

São, por isso mesmo, demissíveis *ad nutum* (26). A lei 2924, de 5 de janeiro de 1915, excluía expressamente da garantia de estabilidade por tempo de serviço, os funcionários em comissão (27).

O artigo 169, da Constituição de 1934, assegurava a estabilidade dos funcionários com mais de dez anos de efetivo exercício, o que poderia justificar, em rigor, a efetivação dos funcionários que não estivessem em exercício efetivo mas temporário, interino, em comissão.

A Constituição de 1937 preferiu a expressão pura e simples de "exercício", tirando-lhe o adjetivo.

## FUNCIONÁRIOS DEMISSÍVEIS AD NUTUM

Demissíveis *ad nutum* são todos os funcionários que não encontram na lei garantia de estabilidade. Os interinos, em comissão, certas categorias de extranumerários, os nomeados por

(25) Ac. S. T. F. de 6-IX-1928 — in Rev. Jur. Brasileira. Vol. III — pg. 734 e segs. — ver também — Ap. Cível 5151.

(26) Ac. S. T. F. de 27-VIII-1921 — in Rev. S. T. F. vol. XXXVII — pg. 88.

Ac. S. T. F. de 18-V-1932 — in Diário Justiça — 24 agosto de 1937.

Ac. S. T. F. de 19-VIII-1931 — in Diário Justiça — 19 de agosto de 1937.

(27) O ac. do S. T. F. de 4 de maio de 1937 — referindo-se à garantia da lei 2924 declara que "a preceituação assim mandada respeitar exclue expressamente de suas garantias o funcionário ou empregado público — nomeado em comissão — pouco importando o seu tempo de serviço ou a exemplaridade no cumprimento de seus deveres."

concurso com menos de 2 anos de serviço e os demais com menos de 10 (28).

Existe no serviço público uma massa de funcionários flutuante que nele ingressam e dele são dispensados de acordo com a conveniência e as necessidades do serviço. Em geral, não se acham integrados no seu quadro fixo, não constituem a sua parte estavel, permanente, fixa. Esses são, por natureza e definição, instaveis, podem ser demitidos, dispensados, *ad nutum*, isto é, independente de formalidades processuais.

Mesmo, porém, os do quadro só gozam de estabilidade, salvo garantia legal expressa, depois de dez anos de serviço ou quando nomeados em virtude de concurso, depois de dois anos de efetivo serviço público.

A lei 2924, de 1915, excluía da garantia os funcionários com mais de dez anos de serviço, quando nomeados em comissão ou quando houvessem sofrido penas no cumprimento dos seus deveres. Dependia, assim, a investidura efetiva no cargo da exemplaridade no seu exercício.

As Constituições de 1934 e 1937, tiraram essas restrições, e com razão. Si o funcionário não tem idoneidade ou não merece ser mantido no cargo, dele pode ser destituído por meio de inquérito, depois de completar os dez anos, ou mesmo sem esta formalidade, antes desse período.

Si for mantido, apesar das pequenas faltas, deve se lhe assegurar a estabilidade.

A Constituição de 1934 exigia apenas efetivo serviço público.

A Constituição de 1937 simplificou ainda mais a solução das controvérsias dizendo apenas "serviço público", o que permite considerar apenas o exercício da função ou do serviço público, qualquer que seja a categoria do funcionário.

Satisfeita a condição do exercício durante dez anos, implicitamente ser-lhe-á assegurada a estabilidade.

E' preciso, no entretanto, considerar que, salvo expressa garantia legal, não seria lícito admitir a estabilidade quando a função seja de confiança, ou de natureza transitória por definição, quando a precariedade seja inerente ao próprio cargo.

Muitas vezes este nem sequer tem remuneração fixa, consta apenas de gratificação pelo exercício, ou merece apenas um *pro labore*.

(28) Ac. S. T. F. de 7-VIII-21 — Rev. S. T. F. Vol. XXXVII pg. 88.

## DISPONIBILIDADE — SUPRESSÃO DO CARGO

Disponibilidade, diz o acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 22 de dezembro de 1920 (29) "é o desligamento de alguém do exercício do cargo de que foi afastado, ou por conveniência do serviço ou porque o cargo foi extinto, conservando-se o afastado no gozo de alguns dos privilégios e garantias do cargo".

Por aí se vê que a disponibilidade pode ser encarada sob diversos aspectos, ou como penalidade ou decorrente de uma situação de fato que leva a colocar o funcionário à disposição do Estado, podendo ser, a qualquer momento, chamado para o serviço.

Chama-se, por isso mesmo, às vezes, de disponibilidade ativa, por isso que continuam a servir, embora sem continuidade. E' o caso dos professores em disponibilidade ou por supressão de cadeira, ou em virtude de idade, mas que prestam serviços em mesas examinadoras, etc.

Por isso mesmo, em princípio, devem-se-lhe assegurar todos os direitos e vantagens inclusive o aproveitamento em cargos da mesma categoria e vencimentos (30).

Algumas legislações, como a italiana, fixam um prazo para a disponibilidade, findo o qual devem ser aposentados (31).

Ruiz y Gomez considera a disponibilidade um regime jurídico especial, que não se confunde com a atividade (32), e mostra, com acerto a nosso ver, que deve para eles vigorar um estatuto especial.

O decreto 20.778, de 12 de dezembro de 1931, para os casos de extinção do cargo formulou um regime especial:

1º — o funcionário de cargo extinto poderá ser aproveitado em outro análogo, devendo-se considerá-lo apto, tal como o lente em relação às cadeiras da mesma seção, o magistrado em relação a quaisquer funções judiciárias (art. 1º, nº 2).

(29) Revista do S. T. F. Vol. XL — pg. 8.

(30) O Supremo Tribunal Federal tem assegurado por vezes o direito mesmo às gratificações adicionais.

(31) D'Alessio — *Istituzione* — I — pg. 475. Ver, entre nós. Decreto 3263, de 20 de abril de 1899.

(32) *Principios generales de Derecho Administrativo* — pg. 259.

2º — si depois da transferência da sede de qualquer cargo, função, repartição ou serviço foi criado outro idêntico ou análogo, no mesmo local primitivo, ou si for restabelecido o cargo extinto, terão os funcionários ou serventuários, que daí hajam sido removidos ou que serviam no mesmo cargo ou função, preferência para voltarem a exercer o mesmo cargo ou função na sua sede anterior (art. 7º).

A Constituição de 1934, em seu artigo 158, § 2º, assegurava aos professores cujas cadeiras fossem suprimidas o aproveitamento em outra em que se mostrassem habilitados (33).

Embora não reproduzido, na Constituição de 1937, o dispositivo contém a boa doutrina.

A questão da disponibilidade e as teses que lhe são correlatas dariam para um estudo mais desenvolvido. Voltaremos ao estudo da matéria nos diferentes capítulos que se seguem, notadamente no que interessa aos vencimentos.

Quanto à estabilidade, basta dizer que o funcionário em disponibilidade continua no serviço, embora sem atividade, conserva-se à disposição do Governo, que pode aproveitar os seus serviços nas condições acima mencionadas.

Os *funcionários adidos* são aqueles dispensados do cargo para o qual foram nomeados, mas

que se conservam à disposição da administração, servindo em outra repartição. Embora a resolução de 12 de fevereiro de 1846 os tivesse equiparado, quanto às vantagens, aos em disponibilidade, o certo é que não pode haver confusão entre êles.

Não gozam das mesmas vantagens, geralmente são funcionários sem garantias, nomeados por meio de portaria, exercendo cargos subalternos e cuja permanência no serviço é tolerada muitas vezes pela natureza de suas funções e do tempo de exercício (34).

Podem ser aproveitados em outros cargos sem equivalência com os anteriores exercidos.

E' uma figura que tende a desaparecer e que não encontra classificação nas diversas categorias de empregados ou funcionários do Estado.

Não gozam de estabilidade especial, recaindo o seu caso na generalidade das hipóteses já estudadas.

(33) A interpretação do dispositivo foi processada no caso de uma professora do Instituto dos Surdos Mudos, que pretendeu ser aposentada na Escola de Bellas Artes, não tendo logrado o deferimento do mandado de segurança dada as categorias diferentes dos dois institutos de ensino.

(34) Ver o Ac. do S. T. F. de 23 de junho de 1926 — in *Pandectas* — Vol. I — 2.ª parte — pg. 239.

## JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA

### Tribunal de Contas da União

#### Caso de prescrição suspensa por demora das repartições públicas -- Voto do Ministro Castro Nunes

O Tribunal de Contas, na sessão de 22 do corrente, decidiu mandar registrar o crédito para pagamento de diárias e gratificações devidas a sargentos e praças do 1º Batalhão Ferroviário, incumbido da construção da Estrada de Ferro Santo Angelo a Porto Lucena, em 1928, nos termos do voto do relator, Ministro Castro Nunes, assim formulado:

"A hipótese que se ventila neste processo resume-se no seguinte: em 1928, sargentos e

praças do 1º Batalhão Ferroviário incumbidos da construção da Estrada de Ferro Santo Angelo a Porto Lucena fizeram jús a diárias e gratificações. O tenente coronel engenheiro chefe da construção remeteu à Inspeção das Estradas de Ferro as folhas do pessoal organizadas mensalmente e na conformidade da tabela aprovada pelo Ministro da Viação. Nenhuma dúvida opôs a Inspeção deixando, porém, de providenciar o pagamento por falta da verba. E