

DIREITO A ESTABILIDADE E A EFETIVIDADE.

Inteligência do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

Profa. MARIA HELENA MEGALE
da faculdade de Direito da UFMG

Os servidores públicos civis, nomeados em virtude de concurso, são estáveis no serviço público após dois anos de efetivo exercício.

E o que estabelece o artigo 41 da Constituição Federal.

Essa disposição representa uma garantia para aqueles cujo status jurídico nela se enquadre.

Com efeito, o estável tem uma condição privilegiada em relação àquele que não é considerado como tal pela Administração Pública.

Assim é que o servidor estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa (parágrafo 1º do art. 41).

Analisando o preceituado nessa última disposição, chegamos a uma síntese a respeito do ato por força do qual ocorre definitivamente a perda do cargo do servidor estável: sentença judicial transitada em julgado.

Em síntese, é do Poder Judiciário que promana o ato determinante da referida perda,

Isso porque, sendo os atos da Administração Pública sujeitos ao controle do Poder Judiciário, mesmo diante da existência de processo administrativo conclusivo da perda do cargo, tal certeza pode ser desfeita pelo exercício da função jurisdicional.

Essa afirmação tem respaldo no parágrafo 2º do artigo 41, que prevê a possibilidade de a decisão administrativa ser invalidada pelo Judiciário.

Uma vez tornada nula a demissão do estável, será o servidor reintegrado à sua situação anterior, ou seja, voltará a ocupar o cargo do qual fora destituído.

Como dissemos anteriormente, a posição do servidor estável

representa uma garantia a mais.

Assim é que, mesmo fora daquela situação de conflito, provocadora de demissão do servidor, este não será prejudicado com a extinção ou com a declaração da desnecessidade do cargo, pois, ainda nesse caso, ficará ele em disponibilidade remunerada, até seu adequado aproveitamento em outro cargo (parágrafo 3º do artigo 41).

A pretensão de incorporar o caráter de estável ao seu status constuma, por essas razões, estar presente nas reivindicações dos servidores em geral.

A Constituição, objetivando beneficiar pessoal que ingressou no serviço público sem perspectivas de estabilidade, dotando-o desse caráter, garante-lhe tal faculdade, desde que esteja em exercício na data da promulgação da Constituição (5 de outubro de 1988) há, pelo menos, 5 (cinco) anos continuados (Artigo 19 das Disposições Constitucionais Transitórias), observado o disposto em seus parágrafos 2º e 3º.

O alcance da faculdade garantida pelo artigo 19 pode ser colocado em dúvida a respeito dos professores convocados para o exercício do magistério no Estado de Minas Gerais, quando se lê apressadamente o seu parágrafo 2º.

Dito parágrafo reza o seguinte: “o disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do caput deste artigo, exceto se se tratar de servidor”.

Ele estabelece que a garantia conferida no caput do artigo não se aplica, exceto se se tratar de servidor: a ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão; nem aos que a lei declare de livre exoneração.

Amparada a situação do convocado nos termos da exceção prevista no parágrafo, desnecessária qualquer outra análise mais detida do sentido de suas disposições.

O convocado para exercer atribuições específicas do cargo de professor estadual é, em decorrência da natureza das atividades a que é chamado a desempenhar e pelo regime a que está sujeito, autêntico servidor público.

As funções que passa a desempenhar, mesmo quando a lei fala

em prazo determinado de exercício, são permanentes, posto que constituem atribuições do próprio estado, que delas não pode abrir mão (artigo 23, V, da Constituição Federal.)

De forma explícita, a legislação reconhece no convocado o atributo de servidor.

Entre tantos exemplos, citemos o do parágrafo 2º do artigo 7º do Decreto nº 27.868, de 12 de fevereiro de 1988.

Lemos ali os seguintes termos: “o pagamento do servidor convocado...”

Esse entendimento, como não poderia ser outro, é pacífico na linguagem técnica adotada no Estado tanto pelo legislador como por aquele a quem cabe apreciar as proposições de lei, para sancioná-las ou vetá-las.

Com efeito, nas razões do veto à proposição de lei que deu origem à Lei nº 7.109, de 13 de outubro de 1977, vemos:

“Deixei, também, de acolher a proposta de efetivação de servidor convocado para o magistério estadual.....” (grifos nossos).

A garantia constitucional do artigo 19, apesar da discussão que tem gerado, não é esdrúxula na legislação do nosso Estado.

Essa traz não raros exemplos de efetivação de pessoal não admitido inicialmente através de concursos.

Assim é que o artigo 3º da Lei nº 7515, de 23 de julho de 1979, garantiu a efetivação para o servidor convocado para o magistério do 1º grau, desde que:

- a) até 31 de dezembro de 1979 não tivesse sido realizado concurso público para a classe de magistério;
- b) possuisse habilitação específica;
- c) provasse ter 5 (cinco) anos de exercício no magistério estadual até 31 de julho de 1979 e nele estivesse na data da lei.

Pode ter sido uma prática inconstitucional, como querem alguns, mas existiu.

No texto da Constituição em vigor, na precisão dos termos do artigo 19 aqui mencionado, a garantia, tanto a da estabilidade como a da efetividade, é formalmente válida e aplicável ao servidor convocado para o exercício do magistério, desde que observadas as exigências nele contidas.

A gênese das discussões sobre os direitos do pessoal convocado

para o magistério está na ausência de identidade da ratio legis com o fato que a lei disciplina.

Na verdade, existe profundo fosso entre o espírito da norma e a faticidade regulamentada.

Então vejamos.

A Lei nº 7109, de 13 de outubro de 1977, que contém o Estatuto do Pessoal do Magistério Público do Estado de Minas Gerais, prevê a convocação como uma das formas de exercício temporário das atribuições específicas de cargo do magistério durante a ausência do respectivo titular ou, em caso de vacância, até o provimento do cargo (artigo 115).

Consiste, assim, a convocação numa daquelas formas de suplência prevista no Estatuto, na Seção I, Capítulo II, Título VI, que trata do Regime de Trabalho.

Nos termos do referido Estatuto, convocação “é chamamento de pessoa pertencente ou não ao Quadro do Magistério para assumir a regência de turma ou aulas, ou exercer função de especialista de educação” (art. 122).

A lei prescreve, no seu artigo 123, que do ato de convocação deverá constar o prazo de exercício além do período proporcional de férias” (inciso II), esclarecendo que tal prazo não poderá exceder a 01 (um) ano, “renovável se perdurarem as condições que determinaram a convocação e desde que não haja candidato com melhor habilitação” (inciso III).

A convocação, sob o ângulo constitucional, tem-se constituído em forma enviesada de ingresso no serviço público, tendo-se prestado, na maioria dos casos, para o provimento de cargos públicos por tempo indeterminado, não obstante a lei dispor de forma diferente.

Daí a afirmação de que existe um hiato entre a ratio legis e o setor da realidade disciplinada.

A norma está distante dos fatos.

E a matéria continua a ser disciplinada nos mesmos moldes, para as mesmas finalidades, mantendo-se alheada da sistemática constitucional.

Note-se que a Constituição de 67, ao lado da máxima contida na primeira parte do parágrafo primeiro de seu artigo 97 (requisito de concurso público para a primeira investidura em cargo público), contemplava a possibilidade de provimento sem a referida exigência, desde que facultado em lei.

Entretanto, formalmente, no caso de professores convocados, não há provimento de cargo, há o chamamento para o exercício de função pública em caráter precário, transitório.

Esse é o espírito da lei, ultrajado, porém, pela realidade, visto que, com renovações, tantas vezes repetidas, do prazo para o exercício da função, aquele caráter de transitoriedade, legalmente previsto para o convocado, se torna diluído no tempo, mantendo-se o professor na situação de convocado *ad aeternitatem*.

Tal prática, iniciada na década de 70, continua viva no seio do magistério estadual.

Assim é que a lei nº 9.381, de 18 de dezembro de 1986, que instituiu o Quadro de Pessoal das Unidades Estaduais de Ensino, em seu artigo 38, prevê a possibilidade de convocação e o Decreto nº 27.513, de 10 de novembro de 1987, que autoriza convocação de pessoal nas unidades de ensino estabelece que “observado o disposto neste Decreto, ficam mantidas as regulamentações já baixadas sobre a matéria” (artigo 4º).

Quanto, porém, à aplicação do artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias ao servidor convocado, que preencha os requisitos constitucionais, não resta a menor dúvida, apesar do seu regime jurídico especial, nos termos do artigo 106 da Constituição anterior.

Não resta dúvida de que, em 5 de outubro de 1988, quando da promulgação da Constituição federal, o servidor público (fora as situações de exceção aqui referidas), que preencha os requisitos necessários à aquisição da estabilidade a que alude o artigo 19 (caput) do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias tornou-se estável.

O caput do artigo 19 acima mencionado deve ser interpretado como regra autônoma de estabilidade excepcional como tentaremos demonstrar.

A estabilidade ali consagrada não pressupõe a efetividade.

Essa última é inerente a determinado modo de ingresso no serviço público, ou seja, aquele erigido como regra geral no inciso II do artigo 37 da Constituição Federal em vigor.

A efetividade consiste num tipo de nomeação, afirma JOSE CRETELA JUNIOR (Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Forense, 1975, p. 209); ou numa “qualidade do provimento originário por concurso ou nos casos em que a lei expressamente o

dispensa". (Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 4. ed. Rio de Janeiro, Forense 1983, p. 193).

Enfim, a efetividade é uma característica da nomeação, que deve vir explícita, inclusive, no ato desta.

Como explica HELY LOPES MEIRELLES, "a efetividade, embora se refira ao funcionário, é apenas um atributo do cargo, concernente à sua forma de provimento" (Direito Administrativo Brasileiro. 8ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, p. 417).

Os administrativistas comumente afirmam, de forma taxativa, que a efetividade é um pressuposto necessário da estabilidade. Sem efetividade não pode ser adquirida a estabilidade. MEIRELES, Hely Lopes. Op. cit. p. 418; MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Op. cit., p. 193.

Melhor seria, sob o ponto de vista lógico, entretanto, a afirmação de que a estabilidade decorre da efetividade, mas não apenas desta, sobretudo considerando que as constituições, embora excepcionalmente, outorgam e garantem aquele direito subjetivo ao servidor também não efetivo.

Haja vista, a esse propósito, o estabelecido no parágrafo único do artigo 18 da Constituição de 1946 e no parágrafo 2º do artigo 177 da de 1967, onde se lê, respectivamente:

"São considerados estáveis os atuais servidores da União, dos Estados e dos Municípios que tenham participado das forças expedicionárias brasileiras".

"São estáveis os atuais servidores da União, dos Estados e dos Municípios, da administração centralizada ou autárquica, que, à data da promulgação desta Constituição, contem, pelo menos, cinco anos de serviço efetivo."

Estabilidade, por sua vez, é o direito a que converge todo efetivo e, excepcionalmente, é garantia deferida aos que não ingressaram no serviço público com aquele caráter de efetividade.

Tendo, desde o início dessas considerações, abordado a dinâmica da estabilidade, importante parece acrescentar que ela diz respeito ao serviço público e não ao cargo.

Assim, pode a Administração aproveitar um servidor estável em outro cargo de igual padrão, de conformidade com as suas aptidões. (COSTA, Antônio Tito. Estabilidade e efetividade no serviço público. Revista de Direito Público. São Paulo. v. 9, jul./set., 1969, p. 174-5).

Feitas essas ponderações, fundamentais para o estabelecimento da distinção entre efetividade e estabilidade, podemos então separar, com segurança, uma e outra, abordadas no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Do caput do artigo 19 emerge a estabilidade.

Trata-se, como já dissemos, de regra autônoma; o próprio tempo verbal ali empregado nos dá essa certeza "são consideradas".

O parágrafo primeiro agasalha em seus termos a efetivação, que será disciplinada em lei.

Note-se que nele o verbo projeta a efetividade para o futuro ("será contado").

Sabendo-se que a efetivação será objeto de lei infraconstitucional, conforme o parágrafo 1º do artigo 19 estabelece, indaga-se, desde logo, a respeito de quem estaria habilitado para o concurso que a tem como finalidade.

O candidato à efetivação através do concurso ali previsto, há de contar, igualmente, 5 (cinco) anos, pelo menos, de exercício no serviço público no dia 5 de outubro de 1988.

Numa interpretação sistemática do texto, podemos concluir, de início, que todos aqueles que preencham os requisitos para a estabilidade do caput estarão aptos para o concurso.

Os que podem ser estabilizados, repetimos, podem ser efetivados, isto é, todo servidor público civil da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, com exceção dos professores de nível superior (art. 19, caput, e parágrafos 2º e 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), que contem, pelo menos, 5 anos de exercício na data da promulgação da Constituição Federal (5 de outubro de 1988.)

O tempo de exercício dos servidores admitidos a prestarem o concurso para efeito de efetivação será contado como título (parágrafo 1º).

Não seria demais acrescentarmos aqui uma visão jurisprudencial que se firmou sob a égide da Constituição de 1967, acerca da quaestio juris objeto destas notas.

Em várias decisões, o Supremo Tribunal Federal, examinando a incidência da regra do artigo 177, parágrafo 2º, da Constituição Federal, considerou que o servidor, ao ser declarado estável, adquire também efetividade.

Tal entendimento transparece na jurisprudência que, a título de exemplo, passamos a citar.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A recorrente faz jus à estabilidade e conseqüentemente efetivação, no cargo de “Diretor de Escolas Agrupadas”, na conformidade do parágrafo 2º do art. 177, da Constituição Federal de 1967. RE nº 69989. Terezinha Aparecida Freire versus Prefeitura Municipal de São Paulo. Relator: Min. Djaci Falcão. Acórdão de 27 de ago. 1970. Revista Trimestal de jurisprudência. Rio de Janeiro, 55: 877-80, mar. 1971.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Funcionário público. Artigo 177, parágrafo 2º, da Constituição de 1967. O funcionário público que já era efetivo, antes da Constituição de 1967, e ainda não estável, passou a sê-lo, sem contudo, alteração no cargo que exercia. Se efetivo e estável, nada lhe acrescentou o dispositivo constitucional: a aquisição da estabilidade não importou na efetividade no cargo. Jurisprudência predominante na Corte. ERE nº 92.185. Alba Azevedo Ferraz do Amaral e outros versus Prefeitura Municipal de São Paulo. Relator: Min. Oscar Corrêa. Acórdão de 20 de out. 1982. Revista Trimestral de Jurisprudência. Rio de Janeiro, 104:198-213, abr. 1983.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Estabilidade do art., 177, parágrafo 2º da Constituição de 1967. Cargo de Diretor Escolar dos quadros, do município de São Paulo, considerado de provimento efetivo à luz da legislação local. Hipótese em que a estabilidade envolve a efetividade, de acordo com precedentes do Supremo Tribunal Federal. RE. nº 72. 631. Prefeitura Municipal de São Paulo versus Cláudia Carquejo de Oliveira. Relator: Min. Xavier de Albuquerque. Acórdão de 11 de out. 1972. Revista Trimestral de Jurisprudência. Rio de Janeiro, 85:543-50, ago. 1978.

No julgamento dos Embargos no RE nº 92.185, acima mencionado, o Min. Leitão de Abreu adotou indêntico entendimento dos precedentes do Supremo Tribunal Federal ao afirmar que: “Não sufrago a tese de que, concedendo a cláusula constitucional, parágrafo 2º do artigo 177, da Constituição de 1967, a estabilidade, essa garantia, que diz respeito ao direito de não ser o seu titular afastado

do serviço público, a não ser mediante processo administrativo ou decisão judicial, não implica a efetividade”.

(Revista Trimestal de Jurisprudência. Rio de Janeiro. v. 104, abr. 1983, p. 199).

No mesmo sentido o Min. Décio Miranda, no Agravo em Mandado de Segurança nº 67864, citado pelo Min. Moreira Alves, nos mesmos embargos supramencionados: “Em princípio, a estabilidade diz respeito ao serviço público, e não ao cargo, e só importa em efetividade neste quando outorgada, anomalmente antes desta última” (Op. cit. p., 206).

Essa tese fundamenta a aquisição de estabilidade acompanhada de efetividade no argumento de que adquirida a estabilidade anômala, por consequência desta, o servidor adquirirá a efetividade, até para não ser estável sem ser titular de cargo (Min. Moreira Alves nos Embargos já mencionados, op. cit., p. 206).

A Constituição vigente outorga a estabilidade, também de forma anômala, mas prevê um ato formal para fins de efetivação, de conformidade com o disposto no parágrafo 1º do artigo 19 analisado.

* * * *