

FUNCIONÁRIO PÚBLICO — EFETIVAÇÃO DE INTERINO

— O funcionário nomeado para outro cargo, em caráter interino, não carrega consigo a efetividade desfrutada no cargo anterior.

— A estabilidade é um atributo pessoal do funcionário, que não se comunica ao cargo.

PARECER

1. O Sr. Governador do Estado de São Paulo houve por bem determinar a audiência dêste Departamento para exame do pedido de reconsideração formulado por Osvaldo de Luca, contra a apostila de 12-IV-1954, publicada a 13, que, tornando sem efeito a anterior de 16-VIII-1950, aposta no título de nomeação de

30-7-1947, restabeleceu os efeitos dêste último, de modo a prevalecer a investidura em caráter interino, para prover o cargo de Assistente de Administração, classe K, lotado na Secretaria da Fazenda.

2. O pedido manifestado pelo interessado, com fundamento no art. 96 da

Constituição estadual e arts. 219 e 220, n.º II, do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado, acha-se arrazoado a fls., do apenso n.º GG-5.898-52, no qual foi examinada a situação desse servidor, como a de outros mais, à vista do que foi representado pelo antigo Serviço de Cadastro Geral da Secretaria do Governo, sobre nomeações e apostilas expedidas irregularmente por várias unidades administrativas, sem que observassem as normas legais vigentes, afetando, assim, a validade substancial dos respectivos atos.

3. Trata-se, como se vê, a fls., do referido apenso, de sugestão, acolhida pelo Sr. Governador do Estado, proposta pelo Serviço de Assistência Jurídica do seu Gabinete, sem ser ouvido este Departamento, para exame da legalidade da apostila que anulou a efetivação do interessado, a fim de ser estabelecido um critério de uniformidade que resultar desse exame, frente às anomalias apontadas, inquinando a legalidade de tais atos de nomeação efetiva. Dentro desses pressupostos e nos limites das atribuições deste órgão, passamos a opinar.

4. As razões oferecidas pelo interessado, em apoio de sua pretensão, são estribadas nas alegações de fato e de direito que, tanto quanto possível, procuraremos resumir. As de fato são as seguintes:

a) nomeado, segundo alega, em caráter efetivo, para o cargo de Auxiliar de Escrita, por ato de 17-5-39, foi promovido, por ato de 5-7-40, passando a ocupar o cargo de 4.º Escriturário; em 30-8-48 foi nomeado para prover em caráter interino, o cargo de Oficial Administrativo (atualmente Assistente de Administração), que passou a exercer sem solução de continuidade;

b) em 16-8-1950, foi efetivado no cargo mediante apostila, nos termos do artigo 16, n.º III, do Estatuto, acrescentando notar que em 23-12-53 foi promovido na carreira a que pertence o cargo de que era ocupante, de Assistente de Administração;

c) tornada sem efeito a apostila de efetivação em 12-8-54, voltou o interessado à situação anterior de interinidade, perdendo, assim, injustamente — alega — a garantia de estabilidade adquirida com o curso do tempo, sem ser considerado o desempenho de comissões legais além de chefias, em razão das credenciais que adquirira no desempenho, que era tido como efetivo, do cargo do qual era ocupante.

5. As razões de direito que são aduzidas, em favor da tese da legalidade da apostila de efetivação, giram em torno dos seguintes fundamentos:

a) quando foi nomeado já trazia consigo as prerrogativas decorrentes do estágio probatório completo, cumprido em cargo anterior, de provimento efetivo, passando de um cargo para outro, sem solução de continuidade, podendo ser efetiva a nomeação em face do art. 16, n.º II e art. 20 do Estatuto;

b) consoante o disposto no art. 186 da Constituição federal, entende-se que a exigência do concurso prevista pelo art. 17 do Estatuto, é só para a primeira investidura em cargo de carreira ou isolado;

c) que sua efetivação operou-se, também, por força do art. 30, letra b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que mandou fossem efetivados nos cargos que estivessem exercendo, os participantes da Revolução Constitucionalista, sendo portador do respectivo certificado.

6. Relativamente à matéria exposta na alínea a do tópico anterior, muito pouco se terá que acrescentar às considerações desenvolvidas *ex-abundantia*, pela mencionada Seção do Cadastro Geral, constantes do parecer n.º 130, que, em face da insistência da Secretaria da Fazenda no sentido da manutenção das apostilas de efetivação, mostrou, com sólidos e irresponsáveis argumentos, a insubsistência dos respectivos atos.

A nulidade dessas apostilas, na realidade, emerge do art. 17 do Estatuto estadual, em íntima conexão com a regra expressa no art. 186 da Constitui-

ção federal. Cogita-se, na espécie, de nomeação, como forma estrita de provimento de cargo público, e, como tal, sujeita aos princípios legais que a informam nos seus lineamentos, e, no caso, sendo ela em caráter efetivo, para cargo inicial de carreira, a exigência do concurso é impostergável como condição básica para legitimar o ato, inclusive no caso de nomeação para estágio probatório, não pairando dúvidas a respeito, tal a limpidez do referido preceito estatutário, à luz também do art. 82 da Constituição do Estado.

Como adverte aquela Seção de Cadastro, atendendo à situação pretérita do servidor, poder-se-ia, desde que satisfeitos outros requisitos legais, dar provimento aos novos cargos, por meio de medidas de outra natureza, tais como, transferência, aproveitamento, mas nunca por via de nomeação, de feição jurídica com peculiaridades próprias, a qual, sendo destinada a prover cargo inicial de carreira, era imprescindível a habilitação por concurso.

7. A situação anterior do servidor, investida das prerrogativas de efetividade, não poderá, assim, ter o elastério de convalidar a nomeação efetiva para outro cargo, muito simplesmente porque a efetividade é atributo inerente ao próprio cargo, segundo os ensinamentos colhidos em doutrina.

8. Alaim de Almeida Carneiro, em lúcidos comentários a uma decisão da Justiça estadual, depõe, a respeito do assunto, a sua autorizada opinião, aduzindo que:

“Do ponto de vista técnico, e de acordo com a nossa invariável tradição, a efetividade embora muitas vezes se refira a funcionário, é apenas um atributo do cargo, que diz respeito à sua forma de provimento. Cargo efetivo é aquele cujo provimento se dá em caráter permanente ou invertendo os termos da definição, aquele cujo ocupante titular, não é demissível *ad nutum*. Pode haver um funcionário interino ou substituto, ocupando em caráter precário ou transitório, um cargo efetivo. A inves-

tidura normal desses cargos é sempre feita em caráter permanente. Por isso se emprega a expressão “caráter efetivo” para significar funcionário provido em caráter permanente, em cargo efetivo” (in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 22, págs. 107-110).

Portanto, de acordo com essa noção básica do conceito doutrinário da efetividade, da qual não devemos nos afastar, se um funcionário é nomeado para outro cargo, em caráter interino, não carrega consigo a efetividade desfrutada no cargo anterior. Ele poderá, como é evidente, conservá-la desde que observe as prescrições legais relativas ao provimento em caráter efetivo, do novo cargo, entre as quais se inclui a habilitação em concurso, consoante a regra do art. 17 do Estatuto, em harmonia com o art. 186 da Constituição federal, desde que se trate de cargo inicial de carreira.

Ora, se o interessado adquiriu a condição de efetivo, foi pelo provimento que dava ao cargo de 4.º Escriturário, que, ao deixá-lo, não trouxe consigo a efetividade vinculada indissolúvelmente ao citado cargo, tanto mais que era vedada a acumulação de cargo ocupado interinamente com outro de carreira ou isolado (art. 21 do Estatuto estadual).

9. Nem aproveita ao suplicante a prerrogativa de estabilidade que o colocaria ao abrigo de uma situação de instabilidade, decorrente da interinidade, cuja noção seria absorvida por aquela, diante da incompatibilidade existente entre a estabilidade e o conceito que traduz a interinidade. Mas, considerada essa estabilidade em relação ao cargo propriamente dito, quanto ao seu provimento, ver-se-á que, pela sua conceituação no regime jurídico do funcionário, que nenhuma relação de prevalência ela tem por si só, sobre a efetividade. Mas, ao contrário, se alguma idéia de subordinação existe é da estabilidade frente à efetividade, porque não pode haver estabilidade onde não existe efetividade (T. Cavalcânti, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. III, pág. 387).

A estabilidade, segundo o consenso geral, é na sua essência, um atributo pessoal do funcionário, que não se comunica ao cargo, aí residindo a distinção que o separa da efetividade que é atributo do cargo. E porque o funcionário estável que se traslada de um cargo para outro para dar provimento a um cargo de carreira, em caráter interino, ou para qualquer outra admissão a título precário, perde a estabilidade adquirida, anteriormente, no cargo do qual era ocupante efetivo?

10. É conhecido o parecer do Consultor Geral da República, Carlos Medeiros Silva, sobre o assunto, defendendo essa tese que se tornou vitoriosa no cenário da Administração federal, infirmando a tese contrária que vinha orientando as decisões do D.A.S.P., que considerando, primeiramente, a estabilidade do extranumerário, a estendeu ao regime do funcionário público. Ficou aí, fartamente demonstrado que a estabilidade, adquirida não se transmite ao novo cargo ou função, desde que estes, por lei, sejam de investidura precária, como é o caso de extranumerário ou interino.

De fato, os argumentos desse jurista são de maior relevância, valendo como ensinamento, dentre outros lances do citado parecer, o seguinte:

“A estabilidade consiste na restrição imposta ao Poder Público no caso de decretação de perda do cargo.

A Constituição, no art. 188, diz como o funcionário efetivo se torna estável pelo decurso do tempo, excetuando os que se encontrem em cargos de confiança ou que a lei declara de livre nomeação e demissão. Não basta, pois, o decurso do tempo; é preciso, ainda, que o exercício ocorra em cargo cuja investidura não seja de natureza precária. Tanto um requisito como o outro são igualmente indispensáveis. Se o primeiro fôsse suficiente, ficaria à discreção do Executivo efetivar funcionários em cargos que a lei quer sejam de confiança; bastaria deixar que os seus ocupantes nêles permanecessem por tempo superior ao lapso previsto na Constituição.

13. Cabe à lei dizer da natureza do provimento, se em caráter efetivo ou precário. A caracterização legal não pode ficar sujeita a variações conforme a situação pessoal do ocupante. Caso contrário, o cargo de provimento temporário deixaria de sê-lo sempre que nêles fôsse investido um funcionário estável. A regra constitucional estaria burlada, a lei ordinária, definindo a natureza da investidura, sofreria colapsos ao sabor dos interesses dos agentes do Poder Executivo, que entendessem de prover com estáveis, cargos de confiança, ou de livre demissão” (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 25-289).

E mais adiante, reforçando esse pensamento, pondera:

“15. A razão de se negar ao funcionário estável o direito de comunicar a sua estabilidade à função de extranumerário consiste em que esta é por definição legal, ocupada temporariamente. Se houvesse prolongamento ou extensão de prerrogativa anteriormente adquirida, por simples provimento, ter-se-ia modificado a natureza da investidura da função. A caracterização legal ficaria à mercê do ato executivo de admissão” (*idem, idem*, pág. 290).

Não tendo, portanto, a outorga da estabilidade o alcance de modificar a natureza da admissão de um funcionário, não nos parece lógico nem racional que a estabilidade possa se comunicar à nova nomeação, para o efeito de se conceder ao nomeado título que a sua nomeação não lhe reconhece. Admitido a título precário, em caráter interino, por ser demissível *ad nutum*, assim permanecerá no cargo em que dá provimento, não sendo possível considerá-lo estável, com a perda conseqüente do cargo em que tinha efetividade. Conserva-a, entretanto, se a sua investidura no novo cargo, de acordo com a lei ordinária que a define, fôr em caráter permanente, isto é, mediante provimento efetivo, pois, neste caso, deixaria de se verificar a incompatibilidade entre a estabilidade e a efetividade. Aliás é o que está ex-

presso no art. 188, parágrafo único do Estatuto, que reza:

“Não adquirirão estabilidade, qualquer que seja o tempo de serviço, o funcionário interino e o nomeado em comissão”.

Como se conciliar, porém, a teoria consagrada por essa tese com a regra estatutária que postula a estabilidade como atributo do serviço público e não do cargo (art. 189, § 2.º) para se concluir que uma vez adquirida, não mais a perde o seu titular, qualquer que seja a forma de provimento que der em outro cargo?

11. É ainda o acima nomeado jurista que responde, com vantagem, à objeção, face às normas do Estatuto Federal, *verbis*:

“18. A conclusão é apressada e não tem procedência. O Estatuto, que só contém dois artigos sobre a estabilidade (arts. 191 e 192) no primeiro marca o prazo para a sua aquisição e, no segundo, estabelece, na oração principal, que constitui o seu corpo, que a demissão do estável requer prévia sentença ou processo administrativo. Nos parágrafos 1.º e 2.º trata da estabilidade em confronto com a inamovibilidade, procurando extremar os institutos. Por isto diz que “a estabilidade não obrigará a União a tolerar a permanência em cargo público de funcionário faltoso, inapto ou incapaz” (§ 1.º) e, em seguida, que “a estabilidade diz respeito ao serviço público e não ao cargo, ressaltando-se ao Governo o direito de aproveitar o funcionário em outro cargo, de acordo com as suas aptidões” (§ 2.º).

Este final do dispositivo, sempre omitido ou menosprezado nas citações, conjugado com o anterior, revela claramente que a intenção da lei foi afastar qualquer propósito de equiparar-se a estabilidade e a inamovibilidade que é prerrogativa dos juizes” (idem, idem, página 290).

Cabe dizer, pois, dentro desse entendimento que, por força do citado dispositivo, ficou o Governo armado de poderes que lhe permitem afastar o funcionário estável, no interesse do serviço público,

de acordo com as suas aptidões, não se podendo interpretar o dispositivo legal em aprêo dando-se-lhe a latitude de instituir um privilégio destinado a transformar a natureza do provimento dos cargos, porque, como é evidente, essa prerrogativa é inerente ao Poder Legislativo, como assinala muito a propósito o citado parecer.

12. Há um outro ponto que foi pôsto em destaque pelo peticionário, com o qual pretende justificar a legitimidade da sua efetivação, ao sustentar que a exigência de concurso, no seu caso, era descabida desde que não se tratava de primeira investidura, de acordo com o art. 186 da Constituição federal.

13. Não há, porém, nenhum fomento de direito, nessa arguição. De fato, os direitos e garantias essenciais dos funcionários e as normas básicas para o exercício da função, em sentido abstrato e geral acham-se definidos no título VIII da Constituição da República sob a epígrafe — Dos Funcionários Públicos, — fixando-se, aí, os princípios normativos para o exercício da função pública no sentido amplo e geral. A exigência do concurso para o ingresso em cargos de carreira é, assim, uma regra constitucional, mas, à lei ordinária deixou-se larga discricção sobre o assunto, como diz Carlos Medeiros Silva (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 33, pág. 11). Por “primeira investidura” entende-se aquela considerada em relação a cada carreira e não em relação ao serviço público. Explica o sentido dessa expressão, Alaim de Almeida Carneiro, ex-consultor jurídico do D.A.S.P.:

“A exigência do concurso nos termos da Constituição é apenas para a primeira investidura. Com essa disposição quis o legislador assegurar que o ingresso nas carreiras se faria pelo sistema do mérito, deixando à lei ordinária, entretanto, fixar o critério a ser adotado nos demais casos.

Considerando, pois, que a “carreira” se caracteriza pela nomeação inicial e promoções sucessivas, parece que o objetivo da Constituição foi excluir a exi-

gência do concurso de segunda entrância, isto é, concurso para promoção” (in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 11, págs. 397-398).

A primeira conclusão necessária que se tira do art. 186 da Constituição federal, é que a investidura em cargos iniciais de carreira só pode dar-se mediante o concurso, isto é, a “primeira investidura”, em função do cargo de determinada carreira, e essa observação conduz a outra de que tantas quantas vezes se pretenda ingressar numa carreira, entende-se como regra que a exigência do concurso é indispensável. Não estava, pois, o interessado imune dessa prova de habilitação, para que pudesse ser nomeado diretamente para o cargo inicial da referida carreira, incidindo, portanto, na regra do art. 17 do Estatuto.

14. Vejamos, finalmente, a adução de caráter supletivo, enunciada pelo suplicante, ao se declarar amparado pelo artigo 30, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado, para o efeito de se considerar efetivado no cargo.

Conforme já salientou a Seção de Estudos, a alegação não procede, ante a intempestividade do fato sobre o qual recairia êsse benefício, em relação à data da incidência do benefício, pois, enquanto que a interinidade se verificou em 31 de julho de 1948, a efetivação só podia se operar alcançando situações de interinidade existentes em 9 de julho de 1947, data da vigência da Carta Constitucional do Estado.

15. São essas, pois, as razões que nos levam a pensar que a Administração abraçou a boa doutrina, no caso, determinando, após revisão dos respectivos atos de nomeação, a anulação dos mesmos, anulação essa que, como é óbvio, acarreta consequências de fato e de direito, notadamente no sentido de reconduzir o interessado à situação de interinidade que o investia no cargo.

16. As nomeações em tais casos acham-se eivadas de vício substancial, porque levadas a efeito com preterição de formalidade considerada essencial, como é

a exigência do concurso, para provimento de cargo inicial, estabelecida como condição precípua para a nomeação (artigo 17 do Estatuto), vício êsse que acarretou a nulidade que não poderá ser relevada, traduzindo, como traduz, um defeito por vício de legitimidade do ato, e não vício de mérito, quanto à oportunidade ou conveniência da medida, pois, como diz Tito Prates da Fonseca, é preciso distinguir um caso do outro, lembrando que, “se o vício, a inobservância das condições do ato administrativo dizem respeito a normas ou princípios jurídicos, o defeito será de legitimidade”. E, acrescenta, citando Santi Romano, *Corso di Diritto Amministrativo*, página 266:

“Em Direito Administrativo, declara a Administração a nulidade pela autoimpugnação e procede sem atenção aos efeitos do ato verdadeiramente nulo. Demandada em Juízo, alegará, em defesa, a nulidade. O pronunciamento da nulidade pelo juiz tem valor meramente declarativo. O ato administrativo nulo não merece, em geral, obediência mesmo antes de tal pronunciamento. A nulidade é insanável” (*Direito*, vol. III, pág. 53).

17. Isto pôsto, concluímos pelo indeferimento do pedido de reconsideração, cumprindo observar que, conforme já assinalou a Seção de Estudos da D. P., foi excedido o prazo legal para sua interposição, que é de 120 dias, contados, no caso, da data da publicação da última apostila de 13-4-54.

E o fizemos examinando o mérito da reconsideração pedida, sem levar em conta essa preliminar, a fim de se estabelecer um critério de uniformidade sobre a matéria, que poderá ser resumida na proposição de que a estabilidade, conquanto seja um atributo inerente ao serviço público, ela tem relação direta com o cargo ocupado, perdendo-a o titular dessa prerrogativa, desde que aceite nomeação para outro cargo, em caráter interino, prevalecendo a interinidade de que se reveste o provimento para todos os efeitos de direito.

É o nosso parecer, s. m. j.

Consultoria Jurídica, em 10 de março de 1955. — *Aloísio Gonzaga Ribeiro*, Consultor Jurídico do Departamento Estadual de Administração de São Paulo.
