NOTAS E COMENTÁRIOS

DA PERDA DO CARGO NO DIREITO PÚBLICO BRASILEIRO

A. NOGUEIRA DE SÁ
Advogado em São Paulo

SUMÁRIO : Base legal. Ato motivado. Casos de perda do cargo e de exoneração. Estabilidade. Estágio probatório. Conclusão.

Na relação de emprêgo público o pressuposto da sua proteção assenta, antes de tudo, no interêsse do serviço público e da natureza institucional. Da causa final, pois, dessa proteção, decorrem, entre outros, os princípios da regularidade e continuidade do funcionamento do serviço. Basta essa consideração preliminar para se ver que a perda do cargo público só é possível *secundum legem.*

A não ser assim, a perda do cargo se dará com violação frontal do art. 189, nº II, da Constituição federal que estatui em têrmos expressos, claros, inconfundíveis, que (*verbis*) "*os funcionários perderão o cargo quando estáveis, no caso do número anterior* (*mediante sentença judiciária*), *no de se extinguir o cargo ou no de serem demitidos mediante processo administrativo em que se lhes tenha assegurado ampla defesa*" (arts. 88-89 da Constituição paulista).

Não havendo, pois, no sistema constitucional que disciplina, fundamentalmente, a relação de emprêgo público no Brasil, outra espécie de perda do cargo por parte dos funcionários estáveis, absolutamente lógica é a conclusão de que o funcionário, exonerado *ex-officio,* foi privado do direito líquido e certo de exercer o seu cargo, como seu titular efetivo que é, como o vinha fazendo, na conformidade da Constituição e das leis que regulam a espécie.

A não ser na hipótese de cargo *exercido em comissão,* ou na de ser *exercido interinamente,* não há, no direito público brasileiro, outra exoneração *ex-officio.* Basta ler o ordenamento para vê-lo. E' manifesto.

Ainda mesmo quando se trata de alguém nomeado para estágio probatório (primeira nomeação) não pode o funcionário ser exonerado sem a observância das normas legais que regulam a espécie porque firmam condições e regras de forma que necessàriamente precedem ao ato de exoneração (Estatuto, arts. 18 e segs.) Já o reconheceu o Supremo Tribunal Federal, em vários acórdãos, como se vê, por exemplo, da *Revista de Direito Administrativo,* vol. 2, pág. 107 e vols. 11, pág. 168, e 14, pág. 316). O princípio é o de que a exoneração imposta não se verifica *nisi ex justa causa.* E isso porque a Administração pública não é dona dos cargos públicos como o eram os príncipes quando (no Estado de polícia) os podiam distribuir a título de mercês. [1]

1 Versamos êste assunto no artigo doutrinário: "A propósito da cláusula *Enquanto bem servir*", publicado na Revista "Administração Pública" (órgão do D. S. P.) número de dezembro de 1945.

No Estado de direito é isso um impossível, e por essa razão é que se aprimora cada vez mais o regime jurídico que disciplina essa matéria de importância tamanha que dela depende a melhor consecução dos próprios fins da Administração pública.

Nos Estados Unidos da América do Norte, onde justamente os serviços administrativos do Estado atingiram a espantoso desenvolvimento, bem se comprova o que representa para o interêsse público a fiel observância do regime que ali se implantou em 1883, com a criação da Comissão do Serviço Civil que prescreveu o chamado *spoil system.*

No direito público brasileiro, desde 1934, a estabilidade do funcionário veio a ser erigida, até, como instituto de amparo constitucional. Foi isso uma exigência do meio.

E' de notar como num país em que, por exemplo, dominou por mais de vinte anos um govêrno totalitário — a Itália — prevaleceu o respeito dêsse regime.

Adverte Zanobini que é "oportuno assinalar a distinção assaz importante no campo do emprêgo público qual seja a existente entre empregados *di ruolo* e empregados não *di ruolo.* Os primeiros são aquêles que tiveram acesso sob as prescritas garantias de concurso ou outras cabíveis, a um serviço previsto no quadro orgânico da Administração, e *com o caráter de continuidade*". (Grifo nosso). "Os segundos são aquêles em relação aos quais não concorrem essas condições: e precisamente os suplentes, os encarregados e os adventícios". E, mais adiante, no próprio original, o pessoal não "*di ruolo non manca assolutamente de qualquer garanzia, sia per quanto riguarda il trattamento economico, sia pela aplicazione delle pene disciplinari, nonchè per quanto riguarda la tutela da parte degli organi di giustizia amministrativa e per eventuale diritto ad una indennità di licenziamento, quando ciò sia imposto dalla durata del servizio secondo i principii generali*".[2] Na França, a sua exoneração só pode resultar do pedido escrito do interessado, conforme dispõe o art. 131 do Estatuto Geral dos seus funcionários públicos civis (Lei nº 2.294/46, de 19-X-46). No sistema belga, em que há também o estágio probatório, "os direitos e deveres do estagiário são semelhantes aos dos agentes definitivos (art. 29 do seu Estatuto — publicado em 8-X-37). Também no da Suíça não há exoneração *ex-officio* do estagiário. O ato é motivado, depende de processo em que é ouvido o estagiário (art. 55, item 3, do seu Estatuto — Lei federal de 30-6-27/24-6-49).

Inspirou-se, também, nessa lição magistral o preparo do Projeto da Lei do Extranumerário (Lei nº 1.309, de 29-XI-51), que lhe prevê um regime de amparo e garantia compatíveis com a sua figura de serviço eventual (arts. 19 e segs.).

Na direito público brasileiro, portanto, na União, nos Estados e Municípios, a perda do cargo, antes mesmo de se completar o estágio probatório, *é ato motivado* e sujeito a regras de formas próprias à espécie (Estatuto federal : Lei nº. 1.711, de 28-X-52, arts. 15 e segs., e art. 83, parágrafo único, e *estadual, Decreto-lei nº* 12.273, *de* 28-X-41, *art.* 16, II).

Adquirida a estabilidade, opera-se a incorporação do agente ao serviço a que está vinculado jurìdicamente. A estabilidade, afirma o § 2º do art. 82 daquele Estatuto, lei complementar da Constituição federal, "*diz respeito ao serviço público e não ao cargo*". E é por isso que, ainda que não goze de inamovibilidade, que esta é apanágio do Juiz, garante-lhe o Estatuto, no caso de transferência para outro

2 "Corso", vol. Terzo — "L'Organiz. Amm.", 3ª ed. atualiz. pág. 18 e s., 1946 — Giuffrè, Milão.

cargo (e a transferência é uma forma de provimento) o mesmo vencimento ou remuneração (Federal, arts. 11, III, combinado com os arts. 52 e 54, e estadual, art. 12, III, combinado com os arts. 68 e 71).

O Estatuto é das leis que hão de ter, necessàriamente, a sua sistemática como exigência de ordem técnica. A fonte primeira de suas disposições é a Constituição e a matéria, uma vez que ao funcionário se reconhece um *status*, é das mais complexas em direito público. Assim, por exemplo, no caso da estabilidade, se o funcionário já a adquiriu, permanee titular dela, não importa em que cargo se encontre legalmente investido em caráter efetivo. E' claro que nenhuma situação de que decorra prejuízo patrimonial lhe pode ser imposta. Por isso mesmo não pode ser provido em outro cargo de estipêndio menor, ainda que se trate de cargo de que já foi ocupante. Admiti-lo, seria ir além da lei e reduzir o direito à estabilidade a um vanilóquio, pois se reduziria a isso a estabilidade sem o consectário de garantia do estipêndio do cargo.

Mas, quando perderá o cargo? O funcionário público perderá o cargo, — dispõe o art. 83 daquele Estatuto (o que é fundamental no regime e, portanto, já seria de observância obrigatória na União, nos Estados e nos Municípios, como decorrência da ordenação constitucional — Título VIII da Constituição federal de 46):

1) Quando vitalício, sòmente em virtude de sentença judicial.

2) Quando estável, no caso do número anterior, no de se extinguir o cargo ou no de ser demitido mediante processo administrativo, em que se lhe tenha assegurado ampla defesa.

A exoneração, pois, legal (que é uma das causas operantes da vacância do cargo) não sendo a pedido, sòmente poderá ser *ex-officio* quando se tratar de cargo em comissão ou quando não satisfeitas as condições de estágio probatório. É o que prevê, expressamente, o art. 74, I, combinado com o art. 75, itens I e II e alíneas *a* e *b*, daquele Estatuto.

No artigo 188 estatuíu a Constituição federal a estabilidade depois de dois anos de exercício (*não alude a cargo*) para os funcionários efetivos nomeados por concurso e, depois de cinco anos, para os nomeados sem concurso.

A hipótese de passar o funcionário, que já adquiriu estabilidade, a exercer outro cargo (nomeação, transferência ou promoção) da mesma entidade de direito público evidencia como essa estabilidade é no serviço e não no cargo. Sem haver, é claro, quebra de continuidade de exercício da função pública não se pode, em absoluto, admitir que a estabilidade já adquirida desapareça na situação jurídica sobrevinda. Ainda mesmo que o período total de tempo de serviço necessário à aquisição da estabilidade não se tivesse completado no cargo anterior, mas não havendo descontinuidade, seria computado para a consecução dessa mesma estabilidade ao passar o funcionário a exercer outro cargo da mesma entidade. Apenas se requer, é óbvio, que se trate da mesma pessoa de direito público e não haja descontinuidade de exercício. É de observar, também, que, se para efeito do estágio probatório se conta até a interinidade no mesmo cargo, desde que não haja quebra de continuidade (Estatuto estadual, art. 20) não se compreenderia se pudesse desprezar a estabilidade já adquirida no cargo anterior para o funcionário que passasse a ser titular de outro cargo em continuação ao exercício daquele. E é, aliás, o que não permite o texto expresso do Estatuto ao determinar que as nomeações serão feitas: ..."III — em caráter efetivo quando se tratar de cargo de

provimento efetivo e o candidato fôr ocupante de cargo público com estágio probatório completo" (art. 16, III, do Decreto-lei nº. 12.273, de 28-X-41).

Êsse entendimento, que é claro e lógico, já fôra proposto e aceito sob o regime das Constituições federais de 34 e 37. Percorrendo-se a revista *Administração Pública*, órgão do D. S. P. do Estado de São Paulo, número de dezembro de 1943, págs. 215 e segs., lê-se êsse pronunciamento adotado pelo Govêrno do Estado:

"... Alega o reclamante que adquirira estabilidade porque servira anteriormente como soldado da então Fôrça Pública, do Estado. Ora, não se pode concluí-lo, não só porque a situação do soldado era, para êsse efeito, como, aliás, demonstrou o citado acórdão, *irredutível à de funcionário público*, como, ainda, porque, não se somam, para aquêle efeito, parcelas intercaladas ou descontínuas de tempo de serviço, isto é, como ensina Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de* 34", tomo II, págs. 468-9):

"Se, ao ser nomeado para o novo cargo, o funcionário público já se achava *legalmente e em definitivo* (o grifo é do autor) afastado do cargo, como se foi legalmente exonerado ou aposentado (*aliter*, se apenas se achava em disponibilidade), a aceitação do novo cargo não lhe dá direito a contar o tempo de exercício anterior".

E é compreensível êsse entendimento, pois a expressão "efetivo exercício" na cláusula constitucional já está a indicar, por si, claramente, a permanência, a continuidade, em suma, da prestação do serviço no decurso de dez anos e um dia... [3]

Êsse o entendimento certo, que se coaduna com os pressupostos necessários das disposições constitucionais que servem de base para o regime jurídico do funcionário público no Brasil.

Na última edição de seus *Comentários à Constituição de* 46, vol. 5º, pág. 260, Pontes de Miranda omitiu a hipótese de nomeação para outro cargo, *sendo a mesma a entidade.*

Em face do comentário já transcrito em referência ao texto sôbre a espécie na Constituição de 34 (*artigo* 169) e que se aplica ao da atual (*artigo* 188) porque em substância é o mesmo o instituto da estabilidade, conclui-se que o eminente constitucionalista se equivocou (e o dizemos *data venia*) ao tratar num só comentário ao art. 192 (que tem, aliás, como pressuposto, entidades diferentes) ao dizer que na mesma entidade só se conta, do outro cargo, tempo para a *disponibilidade* e a *aposentadoria.* Demais, o acórdão que cita, do Supremo Tribunal Federal, de 4 de junho de 1947, *não se refere ao caso da nomeação para outro cargo da mesma entidade.*

Entendimento contrário poderia levar a êste absurdo: E' o funcionário já estável nomeado para outro cargo. Logo depois é o cargo anterior provido por outro. Como não levou para o segundo cargo estabilidade alguma, está o funcionário sujeito à exoneração. Exonerado que venha a ser, ficará numa situação de que não cogitam os textos. Nem sequer em disponibilidade se pode pensar porque o cargo de que é titular não foi extinto e tão sòmente da extinção do cargo do estável é que decorre a disponibilidade (art. 189, parágrafo único, da Constituição federal).

---

3 A orientação adotada, na espécie, decorreu do Parecer nº 279/43, emitido por nós, em 3-11-43, no Processo nº 1501/43 — D. S. P., quando chefiávamos a Consultoria Jurídica do Departamento do Serviço Público do Estado. (Diário Oficial de 20-11-43 — Of. nº 2834 — Processo nº 1501/43 — D.S.P.).

E se o funcionário já fôr titular do direito subjetivo à aposentadoria facultativa, *com vencimentos integrais do seu cargo* (Const. federal, art. 191, §§ 1º e 2º) e art. 92 da Constituição paulista. Como poderá prevalecer essa exoneração? Em que situação jurídica se encontrará êsse funcionário? Bem se vê o êrro, a falsidade da tese da perda da estabilidade no segundo cargo da mesma entidade. A perda do cargo por meio de uma exoneração repelida pela lei e pela Constituição é um ato jurìdicamente inválido e irremediàvelmente insanável. Dá lugar, pois, ao pedido de segurança, tão líquido e certo o direito violado.

O entendimento contrário tomou como base, por equívoco, a derrogação *tácita* do § 2º do art. 189 do Estatuto, em relação aos que, já tendo adquirido o direito à estabilidade, passaram a ser providos em caráter efetivo em outro cargo da mesma administração, e do art. 18 e incisos do mesmo Estatuto em relação aos que ainda estivessem em estágio probatório.

Ora, a revogação tácita de direito invocada por equívoco, no caso, só podia fundar-se na incompatibilidade entre normas jurídicas (art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil — Decreto-lei nº 4.657, de 3-9-42). E isso porque, como é evidente, a Constituição não disciplinou tôda a matéria de que se cogita.

Envolve, às vêzes, um problema delicado de hermenêutica essa espécie de revogação de direito. Mas, no caso em exame não há maior dificuldade de análise jurídica.

Segundo a magistral lição de Covielo, verifica-se essa *incompatibilidade* "quando l'applicazione contemporanea delle norme poste dalle due leggi é impossibile per la contradizione che ne seguirebbe" (Cfr. *Revista dos Tribunais*, vol. 220, págs. 39 e segs). A simultânea aplicação das duas normas se torna impossível. A segunda exclui a primeira.

Ora, no caso, não só o Estatuto federal vigente (decretado como lei complementar da Constituição federal de 46) consigna o mesmo princípio de que a estabilidade é no Serviço público e não no cargo, como conservou o instituto do estágio probatório.

Bastaria considerá-lo para se ver claramente a perfeita coexistência entre as normas que dispõem sôbre o estágio probatório e estatuem que a estabilidade diz respeito ao serviço público e não ao cargo, e a norma do art. 88 da Constituição estadual que "assegura a estabilidade ao funcionário que contar mais de dois anos de exercício" (*sic*).

A estabilidade não se confunde com estágio probatório, mas é certo, porque está nos textos legais e atende a postulado jurídico-social, que a exoneração só excepcionalmente se dá a título discricionário, ou seja, no caso de cargo exercido em caráter interino ou de cargo exercido em comissão. Precisamente, por isso é que regras de forma se previram para se apurar a conveniência ou não de ser confirmado o *funcionário ainda sujeito, nos têrmos da lei, ao estágio de prova.*

Proscrever, portanto, êsse entendimento é retroceder à época em que a relação de emprêgo dependia do arbítrio do príncipe.