FUNCIONÁRIO PÚBLICO — CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO — ESTABILIDADE — EFETIVAÇÃO DE INTERINO

— O legislador estadual, mesmo o constituinte, está limitado pelas normas estabelecidas na Constituição federal sôbre os funcionários públicos.

— É inconstitucional a contagem de tempo de serviço prestado a entidade privada, para o efeito de aposentadoria e disponibilidade dos funcionários públicos.

PARECER.

1. A Lei nº 6.898, de 4 de setembro de 1962, de São Paulo afigura-se-nos inconstitucional, quer em face da Lei Suprema da República, quer da Carta Política do Estado, quando manda computar, para os efeitos de aposentadoria e disponibilidade no serviço público (administração centralizada e administração autárquica), o trabalho prestado em estabelecimentos privados de ensino ou de pesquisa científica ligada a produção, desde que situados no território do Estado e por êste reconhecidos ou subvencionados.

2. Assim entendemos, porque ambas essas Constituições determinando a contagem, para os efeitos de aposentadoria e disponibilidade dos serviços públicos, do tempo de serviço público federal, estadual ou municipal ("Constituição da República", art. 192; "Constituição do Estado", art. 105), não pode o legislador ordinário, com essas finalidades, fazer computar a prestação de serviço a pessoas privadas. Ao estatuir sôbre a soma de tempos de serviço público e privado, a lei estadual se afasta dos critérios constitucionalmente prescritos, infringindo-os.

3. No que diz com os preceitos estatutários do funcionalismo, o legislador estadual (mesmo o constituinte) está limitado pelas normas do Título III da Constituição da República ("Dos Funcionários Públicos"). Tanto pelo que nelas vem expresso, como pelo que delas virtualmente decorre.

4. É óbvio que quando o texto constitucional da União regulou explicitamente u'a matéria não é lícito aos Estados regulá-la de modo diferente, pois se o direito supremo da Federação careceria de fôrça obrigatória, seria mera sugestão, faltar-lhe-ia razão de ser. Todavia ainda quando não expresso na Lei Magna um determinado critério, se pelo tratamento que, de modo genérico, o constituinte deu a certa matéria, se constata que êsse critério é o único conciliável com o pensamento constitucional, ao legislador do Estado (constituinte ou ordinário) fica proibido tratar o assunto de modo a frustrar ou preterir o espírito do texto da Constituição da República.

5. No que concerne às regras estatutárias do serviço público essa verdade transparece, desde que se considerem os absurdos aos quais conduziria o reconhecimento, aos Estados (e conseqüentemente aos Municípios), da possibilidade de disporem, nas matérias reguladas pelos artigos que a Constituição federal consagra ao funcionário, de modo diferente do nêles estatuído. Em relação à estabilidade, por exemplo fixado por esta, no art. 188, o lapso de cinco anos de exercício para o que adquiram os funcionários efetivos, indepentemente de concurso, se fôsse permitido ao legislador estadual ampliar a garantia, pela soma de tempos de serviços prestados a diferentes pessoas de direito público (quando a Lei Suprema só cogitou de tal soma para os efeitos de disponibilidade e aposentadoria — art. 192), o estágio probatório, pressuposto no texto constitucional da União, deixaria de existir. O funcionário que, nomeado para cargo estadual, independente de concurso, ao ser empossado contasse já com mais de cinco anos de serviço a uma outra pessoa de direito público, ficaria estável no ato mesmo da posse. O Estado nomeante estaria privado da faculdade constitucional de demiti-lo dentro em cinco anos, por ineficiência, ainda que o seu tempo de serviço

anterior nada implicasse, como pressuposto de habilitação, para o nôvo cargo em que admitido. Como assim dispor a legislação local frustraria, por caminho oblíquo e para favorecimento pessoal, o moralizador sistema de mérito, prescrito pela Constituição da República à organização do serviço público civil.

6. No caso sob consulta o absurdo da exegese que tolerasse a computação, para fins de aposentadoria ou disponibilidade, do tempo de serviço a pessoa privada, teria como conseqüência premiar, com ônus para os cofres públicos, contribuição de trabalho prestado no campo de atividades particulares, desvirtuando o sentido do benefício outorgado, que é o de retribuir, proporcionalmente, na inatividade, o esfôrço despendido em prol dos serviços estatais em geral. E então poderia ocorrer, à semelhança do que figuramos quanto à estabilidade, que servidor, admitido recentíssimamente no serviço do Estado, pudesse aposentar-se dentro em pouco por já contar, em seu favor, com largos anos de trabalho na pesquisa ou no ensino em estabelecimentos particulares. O benefício o favoreceria, não por ter dado contribuição substancial de anos de atividade ao serviço público civil, ou seja, em um campo de interêsse de tôda a coletividade, mas sim, por ter dedicado a maior parte dos seus anos de trabalho a entidades privadas e de fins lucrativos.

Ora, preceito legal que assim nega os propósitos informadores do texto do art. 192 da Lei Suprema da República, não pode subsistir.

7. Certo, o legislador local pode deferir direitos e garantias além dos estipulados na Lei Suprema da República, mas o segundo teor do próprio art. 144 desta, em que tal se admite, só o pode fazer quando com isso não afete princípios nela adotados, ou seja, quando não desvirtue, tirando-lhes o sentido, regras nela fixadas. Do contrário a sistemática da Constituição de República — no que concerne ao funcionário, como no mais — ficaria à mercê de distorções por parte do legislador estadual, e até do municipal.

8. Nem há pretender que o ensino e a pesquisa científica, reconhecidos ou subvencionados pelos cofres estaduais, se tornam, por isto, serviços públicos. Se tal ocorresse, tantas seriam as ampliações (tributárias, de contrôle financeiro, de provimento de cargos etc.), que o reconhecer ou subvencionar resultaria numa verdadeira incorporação de entidades privadas ao âmbito dos serviços estatais.

O que nesses casos há é u'a modalidade entre tantas, de colaboração dos particulares com a Administração Pública.

1. Quanto à Lei nº 7.493, de 27 de novembro de 1962, de São Paulo o seu art. 3º, ao declarar estáveis "os atuais ocupantes interinos dos cargos aludidos no parágrafo único do art. 1º, desde que tenham, pelo menos, cinco anos de efetivo exercício no cargo", se nos afigura flagrantemente inconstitucional. Os servidores que se contemplam no parágrafo citado são titulares de "cargos de Magistratura, do Ministério Público, do Ensino Secundário e do Ensino Superior", nos quais a investidura ou o exercício são condicionados, pelas Constituições da República e do Estado, à formalidade do concurso ou à temporariedade. E, assim sendo, a lei não os poderia tornar estáveis sem a prévia prestação de provas de capacidade intelectual, ou ao arrepio da natureza transitória das investiduras.

2. Com efeito. O ingresso na Magistratura vitalícia, no Ministério Público e no Magistério Secundário ou Superior é sempre dependente de concurso, por fôrça dos arts. 124, nº III, 127, 128 e 168, nº VI, da Constituição federal, e a nomeação para cargos de juiz, quando dêle prescinde, há de ser por tempo limitado, segundo o disposto igualmente na Constituição, art. 124, nº XI. A Carta Política do Estado, por sua vez, não deixa margem a outro entendimento, nem o poderia fazer, é óbvio. Ou segue as pegadas da Lei Suprema da União (arts. 57 e 59), ou é omissa.

3. É certo que o art. 5º da Lei nº 7.493 admite que os funcionários, a que se refere o seu art. 3º, possam ser aproveitados noutros setores do serviço público ("nada impede o aproveitamento do servidor em outro cargo ou função"), mas isso não afasta a inconstitucionalidade. Sim, porque a efetivação ocorre é no cargo ocu-

pado à data da lei, ou seja, em cargo de Magistratura, Ministério Público ou Magistério.

4. Demais disso, é de notar que a estabilidade, através de ato legislativo, de funcionários interinos ou nomeados por tempo certo, supõe efetivação, e destarte, implica no exercício, pela Assembléia, da atribuição de nomear os servidores públicos, privativa do Governador ("Constituição do Estado", art. 43, *g*). E com assim violar a Carta Política estadual, essa medida fere também o preceito do art. 7º, nº VII, *b*, da Lei Suprema da União, assecuratório da independência de cada um dos podêres estatais.

5. A efetivação do interino é, em verdade, um outro provimento do cargo, que não aquêle, de nomeação provisória. Equivale a uma segunda nomeação, a um nôvo provimento do cargo, ao seu provimento em outras circunstâncias que não aquelas nas quais fôra êle antes provido. Nomear interinamente é prover o cargo em têrmos de precariedade no tempo, e sob o critério de livre escolha; nomear efetivamente é provê-lo a título permanente, sob condições mais cuidadas de seleção, quer se exija concurso, quer se trate de investidura que o dispense.

6. Quando o Poder Legislativo declara efetivos servidores nomeados interinamente, priva o Governador da oportunidade de prover os cargos em um segundo estágio de integração dos quadros do serviço público, medida com que poderia alcançar as mesmas pessoas antes nomeadas, ou outras, percorridos os caminhos de seleção (concurso), previstos para tal e sujeitos a providências executórias também do Poder Executivo, ou por livre escolha.

O mesmo é de dizer, *mutatis mutandis*, da estabilidade outorgada a servidor de investidura a tempo certo.

1. Quanto à Lei nº 7.501, de 27 de novembro de 1962, de São Paulo, o seu art. 6º ao criar cargo no Quadro da Secretaria da Agricultura (uma função gratificada), independentemente proposta do Governador, contraria o parágrafo único do art. 22 da Constituição do Estado, segundo o qual caberá ao titular do Poder Executivo, com exclusividade (salvo execessões que não vêm ao caso), a iniciativa das leis que "criarem cargos em serviços já organizado". E do mesmo passo que infringe êsse texto, a lei ofende igualmente o princípio da independência e harmonia dos podêres, expresso no art. 7º, nº VII, *b*, da Constituição federal, princípio que pressupõe não invada o órgão de um poder o âmbito da competência privativa de qualquer dos outros.

2. Nem colhe objetar que o dispositivo da Carta Política do Estado fale em cargo, e função gratificada não é cargo, como outras tantas no direito constitucional escrito (funcionário, causa, ato, vencimentos etc.), é usada no texto em sentido lato, para abranger ampliações dos cargos com pessoal em serviços preexistentes, quaisquer que sejam as modalidades pelas quais se pretendam fazer criação de cargo *stricto sensu*, de cargos em comissão, de funções de extranumerários, gratificadas etc ... Sem o que não teria significação com a finalidade manifesta que tem em mira, de conter aumentos de despesa no custeio de servidores desnecessários, a juízo do responsável pela supervisão dos serviços executivos — o Governador — pois impossível a criação de lugares de provimento e remuneração permanentes (cargos), criar-se-iam outros de natureza eventual ou provisórios, nem por isso menos onerosos. E tanto assim que se há de entender que o próprio art. 6º, onde no nº III se institui função gratificada, é aberto com a referência a cargos ("ficam criados, na Parte Permanente do Quadro da Secretaria da Agricultura os seguintes cargos, destinados...").

3. O art. 10, criando um cargo de "Diretor referência "65", fere do mesmo modo o art. 22, parágrafo unico *in fine*, da Constituição do Estado, e o art. 7º, nº VII, *b* da Constituição federal.

4. O art. 17, ao criar novos cargos, como êsses outros, e aumentar vencimentos de cargos já existentes, violadas duas vêzes, o parágrafo único do art. 22 da Constituição do Estado, que além de tornar privativa do Governador a iniciativa das leis que criam cargos em serviços já

organizados, também lha confere no relativo às leis de majoração de vencimentos.

5. A circunstância da criação de cargos e do aumento de vencimentos terem tido lugar no correr da votação de projetos oriundos do Poder Executivo, não se nos afigura remover a eiva de inconstitucionalidade.

6. A privatividade, de que trata o citado texto, nasce do pressuposto de que sòmente o titular do Poder Executivo, pela gestão imediata dos serviços administrativos e de execução orçamentária, se acha em condições de aferir, segundo o interêsse público, da necessidade de acrescer os quadros de pessoal e da possíbilidade de trazer ao Estado novos encargos com os seus servidores. E procura corrigir as liberalidades, em matéria de pessoal, a que tende o Poder Legislativo, porque distante da execução orçamentária, desconhece os problemas dela emergentes, no dia da tarefa administrativa, quanto ao equilibrio entre a receita efetiva e os encargos a atender.

Ora, admitir, em nome do direito de emenda, peculiar em tese ao poder legiferante, que a Assembléia crie cargos ou aumente vencimentos em serviços já existentes, só porque provocada a pronunciar-se, por mensagem do Poder Executivo, sôbre a matéria com tais serviços relacionada, é ceder a um preceito teórico, firmado e assente sob a influência do direito positivo doutros paises, sem considerar que com isto se frustre, na prática, o propósito do constituinte, tornando inócua a sadia restrição imposta ao órgão legislador. Porque se ao Poder Legislativo se reconhece, pela prerrogativa de emenda, a possibilidade de criar um cargo ou aumentar um vencimento, se lhe reconhece *ipso facto*, a de criar quantos cargos e aumentar quantos vencimentos queira, contanto que no mesmo serviço ao qual se refira a mensagem do Governador. Mas a questão não é de quantidade, senão de natureza do poder a exercer-se. E então a norma, cautelosa e intencionalmente restritiva do poder de legislar, perde o sentido. Ou o chefe do Poder Executivo, pelo receio do abuso, principalmente quando não conta com maioria na Assembléia, se abstém de sugerir medidas, as melhores a seu juízo especificamente credenciado, ou as sugere expondo o erário ao risco de encargos desmedidos.

Enquanto isso, uma vez entendida a restrição do art. 22, parágrafo único, com excludente de providências ampliativas por parte do Poder Legislativo, nem se pretere a contribuição mais segura no sentido do interêsse público (do Poder Executivo), nem se priva o legislador de colaborar na matéria, em certa medida. A Assembléia, mediante emendas supressivas, poderá conter a despesa, como poderá mesmo rejeitar todo o projeto governamental, no exercício eficaz da sua atribuição de contrôle da ação administrativa, deixando o campo livre, conforme motivação dos debates, para que o Governador torne à matéria com outra formulação. Não haverá o irremediável da oneração do Tesouro Público, como no caso de aumento de vencimentos ou criação de cargos, mas sim a oportunidade de nôvo exame do assunto.

7. O direito de emendar há de ser entendido não à luz do seu sentido doutrinário como prerrogativa ilimitada das assembléias legiferantes, mas sim em função de preceito inovador do direito pátrio. E então ter-se-á de aceitar que, bem ou mal, o legislador constituinte dêle privou o legislador comum nesses casos. Ou quase se privou, pois as emendas supressivas são permitidas.

Quanto às leis nº 7.831, de 15 de fevereiro de 1963, e nº 7.851, de 11 de março de 1963, de São Paulo a primeira, nos seus arts. 36 e 37, ao elevar os vencimentos dos terceiros, segundos e primeiros escreventes dos cartórios oficializados, bem assim os dos respectivos fiéis, sem proposta do Governador, e a outra ao majorar vários vencimentos (Diretor, referência 68, da PS-I, do Quadro da Secretaria da Fazenda lotado na Diretoria Geral" e de "Assistente Técnico do Quadro da Secretaria da Fazenda ocupados por bacharéis em direito"), também por iniciativa direta do Poder Legislativo, tal como a Lei nº 7.501, de 27 de novembro de 1962, a que vimos de nos

reportar, ferem o art. 22 parágrafo único, da Constituição do Estado, e o art. 7º, nº VII, *b*, da Constituição federal. Pelo que remetemos aos argumentos expendidos a propósito dessa outra lei. — *M. Seabra Fagundes*, advogado no Rio de Janeiro.