A ESTABILIDADE NA DISPOSIÇÃO TRANSITÓRIA DA CONSTITUIÇÃO

RAIMUNDO NONATO FERNANDES*

– Constituições de 1946 e 1967. Constituição de 1988. Conceito tradicional de estabilidade. O pressuposto da efetividade. Doutrina e jurisprudência. Alcance da norma transitória vigente. Extensão a funcionários e empregados públicos. Exigência de efetivo exercício. Estabilidade sem efetividade. Efeitos em relação à exoneração ou dispensa, demissão e extinção do cargo ou emprego. Pessoal das fundações públicas. Pessoal temporário. Concurso exigível.

1. A exemplo das Constituições de 1946 (Ato das Disposições Transitórias, art. 23) e 1967 (art. 177, § 2º), a Constituição de 5 de outubro de 1988 também concedeu, aos servidores públicos não-concursados, com pelo menos cinco anos de serviço, o direito de permanência na função, mas em termos não exatamente idênticos aos dos textos anteriores (Ato das Disposições Transitórias, art. 19, §§ 1º e 2º).

2. Em 1946, havia as figuras do funcionário interino, investido temporariamente em cargo vago, ou a título de substituição (Decreto-lei nº 1.713, de 28 de outubro de 1939, art. 15, inc. III, letras *a* e *b*), e do extranumerário (mensalista, contratado, diarista e tarefeiro), admitido a título precário para função determinada (Decreto-lei nº 5.175, de 7 de janeiro de 1943, arts. 2º e 3º).

A Constituição declarou efetivado o primeiro e equiparou aos funcionários, para efeito de estabilidade, aposentadoria, licença, disponibilidade e férias, os extranumerários ocupantes de função de caráter permanente, cuja definição veio a ser dada pela Lei nº 525-A, de 7 de dezembro de 1948 (art. 4º).

Admitiu-se, para a efetivação, a contagem de tempo de serviço federal, estadual e municipal.[1]

3. Em 1967, o sistema de pessoal da União compreendia os funcionários estatutários e os contratados sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). As nomeações interinas foram proibidas pelo Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967 (art. 102), e, no tocante aos extranumerários, a Lei nº 2.284, de 9 de agosto de 1954, determinou sua integração ao quadro de funcionários à medida que fossem completando cinco anos de serviço. A Lei nº 3.780, de 12 de julho de 1960, completou essa integração (art. 19), extinguindo tal categoria de pessoal.

O § 2º do art. 177 dessa Constituição declarou estáveis os servidores da administração direta e autárquica que, à data de sua promulgação (24.2.67, sendo a vigência em 15.3.67), contassem cinco ou mais anos de serviço público. Em sua interpretação, firmou-se o entendimento de que:

a) Podia ser computado tempo de serviço federal, estadual ou municipal, da administração direta ou indireta;[2]

b) A estabilidade estendia-se aos funcionários estatutários e aos servidores trabalhistas, conservando estes, porém, a condição de contratados e o respectivo regime jurídico;[3]

* Professor de direito administrativo na UFRN (aposentado).

[1] STF, Plenário, RMS nº 930, acórdão de 12.4.49, *Arquivo Judiciário*, v. 91, p. 77; id., RMS nº 1.009, acórdão de 24.8.49, *Revista Forense*, v. 129, p. 433.

[2] STF, 1ª Turma, RE nº 69.869, acórdão unânime de 7.4.70, *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 53, p. 449; Duarte, Clenício da Silva. Parecer de 1.7.67. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 90, p. 288-90.

[3] Costa, Adroaldo Mesquita da. Parecer nº 530-H, de 11.7.67. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 90, p. 285-8; Duarte, Clenício da Silva, parecer cit.

c) No caso de interino substituto, só se beneficiava da estabilidade o ocupante de cargo vago;[4]

d) A estabilidade acarretava a *efetividade*, por ser esta um pressuposto daquela.[5]

4. A Constituição atual colocou a questão nos seguintes termos:

a) A estabilidade concedida o é no *serviço público*, não no cargo ou emprego;

b) São beneficiados os *servidores* da administração direta, das autarquias e das fundações públicas, o que abrange funcionários estatutários, empregados trabalhistas e servidores admitidos ou contratados sob o regime especial previsto no art. 106 da Constituição de 1967, em qualquer caso sem concurso público, excluídos os ocupantes de cargo, função ou emprego de confiança ou, de qualquer modo, passíveis de livre exoneração, e os professores de nível superior;

c) O período de cinco anos há de ser continuado e, portanto, prestado à mesma entidade publica, sendo computável o afastamento para o exercício de cargo, função ou emprego de confiança;

d) O servidor estabilizado não fica dispensado de concurso público, para que possa tornar-se *efetivo*, valendo-lhe o tempo de serviço, com que obteve a estabilidade como título para concorrer à efetivação.

5. Como se vê, há duas mudanças importantes, em relação às Constituições anteriores: a primeira, quando se exclui a efetivação no cargo ou emprego, ainda dependente de ulterior concurso, e a segunda, quando se exige a continuidade do período de cinco anos, que equivale, assim, a efetivo exercício e não a tempo de serviço público, definido pelo art. 40, § 3º, do texto permanente como abrangente do trabalho prestado a quaisquer entidades públicas, no âmbito federal, estadual ou municipal.

6. A estabilidade concedida afasta-se do conceito tradicional, prevalente não só na doutrina como na jurisprudência. O Prof. Adroaldo Mesquita da Costa acentuava, em seu parecer, citado anteriormente, a propósito do art. 177, § 2º, da Constituição de 1967: "14. O funcionário pode ser efetivo sem ser estável, mas, em hipótese alguma, poderá ser estável sem ser efetivo, de forma que se o legislador constituinte lhe quis dar a estabilidade, é forçoso compreender que também o desejou, com relação à efetividade, por via de conseqüência."[6]

Também acerca desse dispositivo concluiu Clenício da Silva Duarte, consultor jurídico do Dasp, que "a estabilidade acarreta a conseqüente efetividade".[7] Por sua vez, Hely Lopes Meirelles afirma: "A efetividade é um pressuposto necessário da estabilidade. Sem efetividade não pode ser adquirida a estabilidade."[8]

7. O acórdão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, anteriormente citado, proferido no RE nº 85.109, em 10.11.77, e em que ficou vencido, apenas, o Ministro Bilac Pinto, tem a seguinte ementa: "Funcionário público ocupante interino de cargo vago no advento da Constituição Federal de 1967. A estabilidade adquirida, pelo funcionário, nos termos do art. 177, § 2º, dessa Carta Política, implica, no caso, aquisição, também, da condição de efetivo no mesmo cargo."[9]

Em decisão anterior, da 1ª Turma, datada de 27 de outubro de 1970 (RE nº 69.732), o Ministro Luiz Gallotti, justificando seu voto em favor dessa tese, acentuou que "a estabilidade é mais do que a efetividade. A efetividade não significa necessariamente estabilidade, mas a estabilidade importa efetividade. O funcionário pode ser efetivo sem ser estável, mas não pode ser estável sem ser efetivo" [10]

8. É certo que, em alguns acórdãos, o Supremo Tribunal Federal (assim como o Tribunal Fe-

[4]STF, 1ª Turma, RE nº 70.344, acórdão unânime de 19.3.71, *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 57, p. 516; 2ª Turma, RE nº 70.966, acórdão unânime de 2.3.72; ibid., v. 65, p. 151; Costa, Adroaldo Mesquita da; Duarte, Clenício da Silva, pareceres cit.

[5]STF, Plenário, RE nº 85.109, acórdão de 10.11.77, *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 85, p. 604; 1ª Turma, RE nº 69.372, acórdão de 27.10.70, ibid., v. 58, p. 112 e 114-5; Costa, Adroaldo Mesquita da; Duarte, Clenício da Silva, pareceres cit.

[6]*Revista de Direito Administrativo*, v. 90; p. 286.

[7]Ibid., v. 90, p. 289.

[8]Meirelles, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 13. ed. Revista dos Tribunais, 1987. p. 373.

[9]*Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 85, p. 604.

[10]Ibid., v. 58, p. 115

deral de Recursos) afirmou, a propósito da disposição transitória da Carta de 1967, que ela concedeu estabilidade, mas não efetividade.[11]

Essas decisões, porém, referiam-se ao caso de funcionários já em gozo de estabilidade, que pretendiam transferi-la para outros cargos, de nível mais elevado, exercidos em substituição. Para repelir esta pretensão, argumentou-se, acertadamente, que, se o texto constitucional havia concedido estabilidade, e não efetividade, não cabia uma segunda concessão da mesma garantia.

Não se negou, assim, que a estabilidade pressupõe a efetividade. Apenas ficou admitido tratar-se de duas situações distintas, como realmente o são: a efetividade resulta da confirmação do estagiário no cargo,[12] e a estabilidade da conclusão, pelo estagiário confirmado, do prazo constitucional de dois anos.[13]

O funcionário efetivo está protegido contra a livre exoneração ou demissão,[14] mas não contra a extinção do cargo,[15] de que só o estável, nessa hipótese, conserva as respectivas vantagens.[16]

9. A regra do art. 82, § 2º, da Lei nº 1.711/52 de que "a estabilidade diz respeito ao serviço público e não ao cargo" não exclui a existência de um vínculo entre este e o respectivo titular, qualificado por Celso Antônio Bandeira de Mello como "direito de inerência no cargo", que é, segundo ele, um efeito da efetividade.[17] Adquire-se a estabilidade no exercício de um determinado cargo, em razão de uma habilitação específica e de uma investidura a título permanente, isto é, não interina, em confiança ou a termo.

Tanto isto é certo que, se ocorre nova investidura de funcionário estável em cargo que não seja de provimento efetivo, perde ele a estabilidade.[18]

10. Daí a observação de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, de que "não se pode dissociar completamente a estabilidade do cargo de que o funcionário é titular. Essa garantia de estabilidade, embora no serviço, há de considerar os atributos do cargo de que o funcionário é titular, tanto de ordem patrimonial, quanto de ordem de dignidade da função", ou seja, "apesar de suscetível de ser transferido do cargo, não pode (ele) sê-lo para outro inferior em dignidade funcional e em vantagem patrimonial."[19]

11. A regra em questão, pois, significa, apenas, que o funcionário estável não é inamovível, como o são os magistrados,[20] podendo ser transferido para outro cargo da mesma ou de outra denominação, com ou sem mudança de classe e sem perda de vencimento, como dispõem as normas regulamentares.[21]

12. Em que consiste, então, a estabilidade conferida pela norma constitucional transitória? Sem dúvida, ela não se identifica, integralmente, com o modelo definido no art. 41 do texto permanente da Constituição, por não se restringir, como a disciplinada nesse texto, aos ocupantes de cargos, e, especialmente, por excluir a efetividade. Como garantia, é uma estabilidade relativa, pois só protege o funcionário ou empregado contra a exoneração ou dispensa imotivada e a demissão, observadas, quanto ao último, as normas especiais da legislação do trabalho.[22]

A exoneração ou dispensa pode ocorrer, porém, se reprovado o servidor no concurso para a efetivação, assim como no caso de extinção do

[11] STF, 1ª Turma, RE nº 77.335, acórdão unânime de 10.12.73, ibid., v. 69, p. 861; id., RE nº 80.836, acórdão unânime de 23.8.75; *Diário da Justiça*, p. 7.975, 31 out. 1975; TFR, ibid., 1ª Turma, AMS nº 73.612, acórdão de 12.8.74, p. 8.414, 11 nov. 1974; ibid., 2ª Turma, AMS nº 74.508, acórdão de 2.5.75, p. 6.445, 10.9.75.

[12] Brasil. Lei nº 1.711, de 28.10.52, art. 15, § 7º Estatuto dos funcionários da União.

[13] Constituição Federal, art. 41.

[14] STF, Súmula nº 21.

[15] Id., Súmula nº 22.

[16] Constituição Federal, art. 41, § 3º

[17] Bandeira de Mello, Celso Antônio. Apontamentos sobre os agentes públicos. In: *Revista de Direito Público*, v. 13, p. 66.

[18] Silva, Carlos Medeiros da. Parecer de 23.5.51 na Consultoria-Geral da República, In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 25, p. 286-92.

[19] Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 1974. v. 2, p. 438.

[20] Constituição Federal, art. 95, inc. II.

[21] Decreto nº 81.053, de 19.12.77, art. 1º, § 1º, redação do Decreto nº 83.614, de 25.6.79; Decreto nº 88.951, de 8.11.83, art. 1º

[22] CLT, arts. 494 e 853 a 855.

cargo antes de adquirida a efetividade, porque o amparo do § 3º do art. 41 pressupõe a estabilidade plena, obtida por funcionário concursado e confirmado no estágio probatório. Em relação ao empregado, a CLT não cogita de extinção do emprego, salva indiretamente, por extinção da empresa, de estabelecimento, filial ou agência, ou de atividade, hipótese em que ressalva diversamente os direitos daquele, conforme tenha ou não havido motivo de força maior.[23]

13. É de se destacar, ainda, a extensão da garantia do art. 19 aos servidores de fundações públicas, não alcançados pelas normas transitórias de 1946 e 1967. A modificação atende, certamente, à mais recente orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a partir de acórdão unânime do Tribunal Pleno, de 24 de outubro de 1984,[24] considerando pessoas de direito público, do gênero autarquia, as fundações instituídas pelo Poder Público para a gestão de serviço estatal de natureza administrativa, como é o caso das fundações universitárias e outras (CNPq, IBGE, Funai, LBA, etc.).

Essa jurisprudência consagrou doutrina defendida por vários e ilustres autores.[25]

A norma constitucional dirige-se a essas fundações, cujos agentes são servidores públicos.

14. Cabe uma referência ao pessoal de que tratava o art. 160 da Constituição de 1967,[26] dado, aqui, [27] como alcançado pela disposição constitucional em exame.

É sabido que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal definiu esse pessoal como sujeito a regime administrativo, quando disciplinado em leis especiais, da competência de cada Unidade Federativa,[28] bem como que, para fins de acumulação,[29] o contrato para a prestação de serviços técnicos especializados tinha de ser temporário,[30] como no regime de admissão previsto na primeira parte do art. 106.

Normalmente, pois, esse trabalho temporário não perdurava por cinco anos continuados. Mas nada impede que, nos casos em que isto tenha ocorrido, seja aplicado o art. 19, ora comentado, uma vez que, por um lado, essa disposição não exige que se trate de função permanente, e, por outro, o prazo de cinco anos é suficientemente longo para afastar a temporariedade do trabalho.

15. Resta uma indagação quanto ao tipo de concurso exigido pelo § 1º do art. 19: se é obrigatório concurso público geral, aberto a quaisquer interessados, ou pode fazer-se um concurso interno, restrito aos servidores estabilizados pelo *caput* do artigo. A pergunta tem razão de ser porque o parágrafo alude apenas a concurso, *tout court*, em vez de concurso público, e o condiciona à definição da lei ("na forma da lei"), em vez de remeter ao texto permanente da Constituição.

Ao legislador ordinário, pois, é lícito adotar uma ou outra das duas modalidades, sem ofensa ao texto constitucional transitório.

[23] Id. arts. 497, 498 e 502.

[24] Moreira Alves (relator). RE nº 101.126-2-RJ, *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 113, p. 314.

[25] Reale, Miguel. In: *Revista de Direito Administrativo*, 72:409-15; Bandeira de Mello, Celso Antônio. In: *Revista de Direito Administrativo*, 85: 344-71; Cretella Jr., José. In: *Revista de Direito Administrativo*, 90:459-69; Cotrim Neto, A. B. In: *Revista de Direito Público*, 74:79-90.

[26] Redação da Emenda nº 1/69.

[27] Item 4, *b*.

[28] STF. Plenário, RE nº 89.034-3-SP, acórdão unânime de 7.6.78, *Diário da Justiça*, p. 6.791, 11.9.78.

[29] Constituição Federal, art. 99, § 4º

[30] STF. Plenário, RE nº 88.740-7-MG, acórdão unânime de 25.10.78, *Diário da Justiça*, p. 9.734, 1.12.78.