

zação tem de ser a cada passo tentada. Esta sistematização tem até de ser, talvez, um desconto na excessiva racionalização dos dados e dos esquemas vigentes. Não se dispensa a mirada histórica, portanto, nestes tempos de insolentes painéis eletrônicos: ela deve ser constante para o salutar contacto do homem com as realidades humanas.

Diante do envolvente turbilhão de informações e técnicas, a consciência do homem tem hoje de reabrir a cada passo o mapa de exemplos que é o saber histórico, para se orientar e para manter vivo o sentido do humano.

Se consideramos a imagem da história como expressão da consciência humana, a exemplaridade do fato histórico terá maior ou menor significado consoante a paradoxal relação entre a representatividade de cada um dos dados e sua permanência como "atualidade" humana. Como resultado, o fato histórico mais significativo (mais exemplar) exprime seu momento e vai além dele: está ligado a uma conjuntura, que necessariamente passa, e entretanto — como calha à visão da história o termo "entretanto" — está destinado a ficar, a ficar *visto* pela consciência da posteridade militante que é a notícia histórica, feita para alimentar consciência.

(1) A propósito, caberia distinguir entre a exemplaridade, que aqui se atribui ao fato histórico, e a tipicidade, que na sociologia "tipologista" se atribui a determinados conceitos. Os tipos, em sociologia (valha Weber), são como que construções, onde uma generalidade não plena serve de aproximação à análise do real. A exemplaridade do fato histórico decorre do próprio momento em que, flagrado pelo historiador, é posto sobre um fundo e comparado a outros; cresce com a justaposição de referências que sofre.

Outra observação. No caso da teoria jurídica, o conceito de *modelo*, afim ao de exemplo, foi recentemente utilizado pelo professor Miguel Reale (cf. O Direito como Experiência, 1968, ensaios VII e VIII). Para Reale, as estruturas sociais, vistas pelo jurista, são elas mesmas "sistemas de modelos"; e são estruturas normativas na medida em que qualificam tipologicamente comportamentos futuros. Com isso, o brilhante mestre tridimensionalista procura superar a velha teoria das fontes, hoje atravancada de equívocos e anacronismos, substituindo-a por uma visão mais funcional da relação entre a aplicação do direito e a existência de formas previstas para ordenar tal aplicação.

Estabilidade de Professor Titular Conforme o Parágrafo 2.º do Artigo 177 da Constituição Federal

SYLVIO LORETO

1 — O Problema — Para uma análise de alcance e repercussões do art. 177, § 2º da Constituição de 1967, particularmente, aplicado ao atual cargo de Professor Titular em universidade federal, são de todo indispensáveis considerações e estudos com referência a diversos pontos. Na verdade, o assunto tem dado margem a debates e controvérsias. Tem havido, inclusive, citação e invocação de decisões dos Tribunais Superiores, como é o caso do Agravo em Mandado de Segurança nº 60.776 — Pernambuco, no Tribunal Federal de Recursos. Tais citações, "data venia", não correspondem à segurança jurídica que pretendem, ao tentar negar aplicação daquele texto ao cargo de Professor Titular.

É fundamental fugir das generalizações apressadas, para se penetrar em profundidade na matéria. É o que pretendemos realizar de forma concisa, nesta oportunidade, atingindo aqueles pontos que nos pareceram mais controvertidos.

A estabilidade, em seu sentido genérico, pode ser definida nos mesmos termos em que o fez Hirosê Pimpão, em seu "Estabilidade no Direito Positivo Brasileiro": "É o direito que todo indivíduo adquire ao lugar que ocupa e às vantagens, depois de certo lapso de tempo a serviço efetivo de um particular, do Estado ou dos entes autárquicos, durante o qual demonstra capacidade e aptidão para o desempenho do cargo, não podendo ser demitido se não em virtude de falta grave ou de um motivo justo devidamente comprovado em inquérito administrativo" (1).

Esta é uma definição por demais ampla, e que não corresponde exatamente, à usada no serviço público brasileiro, faltando-lhe a precisão e nuances que a mesma possui em direito administrativo.

Contudo, oferece os elementos básicos para a compreensão do instituto dentro da problemática que ora analisamos.

2 — Evolução no Direito Constitucional Brasileiro — O instituto da estabilidade no serviço público brasileiro foi definitivamente consolidado com a Constituição de 1934.

Caio Tácito apresenta-nos, como primeira manifestação de estabilidade em nosso direito público, o art. 9 da Lei nº 191-B, de 30 de setembro de 1893, a qual determinava que os empregados por concurso só poderiam ser demitidos por sentença judicial. Adverte o citado jurista que não deve ser confundido este alvorecer do instituto em apreço com o da vitalidade, já consagrado para certos cargos, à época da independência do Brasil.

A referida lei 191-B era uma lei orçamentária, o que deu margem a extensos debates, quanto à permanência do preceito estabelecido pelo seu art. 9.

Contra sua sobrevivência, levantou-se uma das vozes categorizadas em nosso direito: Epitácio Pessoa, quando na qualidade de Procurador Geral da República, teve oportunidade de opinar pelo caráter transitório do preceito, afirmando textualmente:

“A cláusula não de vitaliciedade, como se diz, mas de indemissibilidade, dos empregados de concurso, que no caso não é a mesma coisa, tendo sido criada, por uma lei ânua, estava naturalmente destinada a não durar senão o tempo de vigência dessa lei. Para que pudesse sobreviver-lhe, para que pudesse constituir embaraço à faculdade constitucional do Poder Executivo de prover os cargos públicos, seria indispensável que as leis posteriores a renovassem ou que a consagrasse uma lei especial. E tanto isso é verdade, e tanto a disposição da lei nº 191-B não era (nem podia ser) uma disposição permanente,

que o legislador, querendo manter aquele privilégio, se viu na necessidade de repetir a disposição na lei orçamentária seguinte, a 266, de 1894.

Ora, não tendo seguido o mesmo alvitre as leis do orçamento subsequente, nem havendo adotado uma lei especial, força é convir que o favor expirou como o último dia da vigência da lei de 1894, readquirindo então o governo toda a sua liberdade de ação” (2).

O instituto em apreço não desapareceu, contudo, do nosso direito público. Com maior ou menor extensão, os textos legais admitiram-no em oportunidades diversas, até ser definitivamente consagrado, como já foi afirmado, com a Constituição de 16 de Julho de 1934, no artigo 169, o qual estabeleceu o prazo de 2 anos para os que fossem nomeados em virtude de concurso de provas, e de 10 anos para os que tivessem em efetivo exercício, após os quais, a destituição só se efetuará em decorrência de Sentença Judiciária ou em virtude do processo administrativo.

Para aqueles que contassem menos de 10 anos, exigiu para destituição do cargo, a justa causa ou motivo de interesse público.

Já a Constituição de 1937 não estabeleceu este limite à possível arbitrariedade da administração, cujo esteio era a justa causa e interesse público, expressamente consignado no § único do art. 169, de Constituição anterior.

A Carta Constitucional de 18 de Setembro de 1946, em seus artigos 187 e 188, manteve as duas categorias funcionais de vitalícios e estáveis.

Esta Constituição representa um marco na história do instituto aqui analisado, que, embora mantendo as linhas essenciais do direito anterior, o amplia aos interinos e extranumerários, bem como aos servidores que participaram da segunda guerra mundial. É o que expressa os arts. 18 e 23 do Ato das Disposições Constitucionais transitórias.

No artigo 189, estabeleceu as formas de sua aquisição:

“I — depois de dois anos de exercício, os funcionários efetivos nomeados por concurso;

II — depois de cinco anos de exercício, os funcionários efetivos nomeados sem concurso”.

O artigo seguinte estabeleceu as condições de demissibilidade.

Quanto à Constituição de 24 de janeiro de 1967, foi mais restritiva. Dispôs o problema da estabilidade em sua órbita exclusiva, e exigiu o concurso, em qualquer hipótese, para aquisição da estabilidade. Exceção a este preceito ela mesmo se impõe, no § 2º do art. 177, de suas Disposições Gerais e Transitórias.

3 — Pressupostos à aplicação do art. 177, § 2º da Constituição Federal de 1967 — O texto Constitucional é imperativo pelo que deve ser respeitado e aplicado. Na data de sua promulgação, o § 2º do art. 177 criou para certos servidores direitos e expectativas que não podem ser desrespeitados. Caso isso aconteça, como veremos adiante, cabe o uso dos remédios processuais para protegê-los.

Como ponto de partida, para uma apreciação mais direta do problema, impõe-se um conhecimento das condições ou pressupostos para sua aplicação. Pontes de Miranda os apresenta magistralmente: “Os funcionários públicos da União, dos Estados-membros, dos Territórios, do Distrito Federal e dos Municípios, que contavam, pelo menos, cinco anos de exercício, foram automaticamente efetivados a 15 de março de 1967. Quer dizer que foram pressupostos do direito subjetivo resultante da incidência do art. 177, § 2º:

a) Haver cargo público, que não fosse de comissão, isto é, que pudesse estar provido definitivamente (não de funcionários vitalícios).

b) Estar em exercício funcionário interino, vale dizer-se pessoa que foi nomeada interinamente para exercê-lo. (Não, se nomeado *ad interim* para cargo de comissão).

c) Ter essa pessoa cinco anos de exercício, pelo menos, o que não é a mesma coisa que estar há cinco anos no exercício do cargo, ininterruptamente. A efetivação foi *ex lege*. A 15 de março de 1967 nasceram para tais pessoas direito subjetivo e pretensões. Se a União, o Estado-membro, o Distrito Federal, o Território, ou o Município se recusa a considerá-lo como tal, ou o dispensa ou exonera, ou o aposenta, ou o põe em disponibilidade, com intuito de fraudar a lei, ou sem ser de acordo com a Constituição, pode o interessado mover-lhe a ação” (3).

Apesar da clareza apresentada por Pontes, os casos concretos apresentam nuances e particularidades muito próprias. E mais variados e contraditórios, são as interpretações e pontos de vista sobre a matéria, como já foi referido.

Uma vez que os pressupostos apresentados por Pontes de Miranda estão meridianamente claros, estudaremos, a seguir alguns pontos controvertidos, “*data venia*”, de quantos os adotam com o que esperamos elucidar equívocos de interpretação.

4 — A estabilidade no Direito Trabalhista e no Serviço Público — Ao estudar a presente matéria, deve-se ter a devida cautela para que não haja confusão de conceitos.

Já foi dada uma visão genérica da estabilidade na legislação brasileira. O instituto não possui o mesmo conceito nos diversos ramos do direito. Assim é que não pode ser aplicado em Direito Administrativo o conceito de estabilidade definido em nosso Direito Trabalhista. Com efeito, a Consolidação das Leis do Trabalho estabelece em seu art. 942:

“O empregado que contar mais de dez anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas”.

O novo *status* que o empregado conquista na empresa, caracterizado pelo direito de não ser demitido, segundo o artigo acima transcrito, é aquele a que se dá o nome de estabilidade. Ou, na expressão precisa de Mozart Victor Russomano: “o instituto de estabilidade, portanto, é a garantia, dada por lei, de que o empregado não mais poderá ser despedido pela livre vontade do empregador, nem mesmo mediante o pagamento de indenizações — porque estes casos são excepcionais e caberão apenas quando a Consolidação o permitir” (4). Resumindo, pode-se afirmar que no Direito Trabalhista a estabilidade é o direito que o empregado tem de não ser demitido da empresa, a não ser nos casos previstos em lei.

Para conceituar estabilidade no Direito Administrativo, busquemos as lições de A. A. Contreiras de Carvalho em seu Estatutos dos Funcionários Públicos Interpretado: “A estabilidade é a garantia assegurada ao servidor público de ser mantido no cargo (ou serviço público), subordinando-se a sua aquisição a certos requisitos legais” (5).

Trata-se de uma garantia menos rígida que a vitaliciedade, a qual significa exercício do cargo por toda a vida, quanto à estabilidade, o funcionário pode ser destituído do cargo, em circunstâncias previstas pela lei.

A natureza do vínculo entre o servidor público e a Administração é bem distinta da que existe entre o empregado e a empresa, quanto mais não bastava ser esta regida pela legislação trabalhista, e aquela pelo Estatuto do Funcionário Público.

Essa diferença ficou clara apenas no cotejo dos conceitos de estabilidade apresentados. Para o regime C.L.T. bastam 10 anos de vínculo empregatício, e o empregado não pode ser demitido. Para o serviço público, a estabilidade adquiria-se através de uma nomeação efetiva, transcurso de um estágio probatório de dois anos, quando a nomeação se realizou com base em concurso (Art. 99 da Constituição de 1967).

Não há, portanto, como confundir estabilidade em serviço público, com estabilidade segundo a Consolidação das Leis Trabalhistas.

Concluindo, a estabilidade a que se refere o § 2º do Art. 177, da Constituição de 1967, é aquela do serviço público, embora se possa admitir, como têm feito alguns juristas, que para os servidores em regime C.L.T., o disposto, no artigo em apreço os beneficie com a estabilidade própria desse regime.

5 — O concurso como pré-requisito para a estabilidade — Aceitando este requisito de estabilidade, alguns debatedores da matéria menos avisados procuraram divisar a inexistência da mesma, na aplicação do artigo em estudo uma vez que não houve a formalização de uma das condições básicas para sua objetivação: a realização de concurso público, como preceitua a (mesma) Constituição.

Na verdade, segundo aquele Diploma Constitucional, o provimento de cargos se efetua através da nomeação, conseqüente à aprovação em concurso.

Esta exigência está expressa muito claramente no § 1º do Art. 95 da aludida Constituição:

“A nomeação para cargo público exige aprovação prévia em concurso de provas ou de provas e títulos”.

Vale ainda destacar, além de insofismável exigência acima constatada, que o texto legal o faz de forma repetida (§ 1º, do art. 99), além de avocar a si a competência para decidir, o que faz, aliás, restritivamente.

A Constituição anterior havia sido mais liberal. Hely Lopes Meireles chegou a afirmar: “O concurso não é requisito essencial à aquisição da estabilidade” (6).

É, portanto, uma exigência de ordem exclusivamente constitucional, repito, o concurso para provimento dos cargos efetivos. Comentando a matéria, diz Pontes de Miranda: “Nos postos, quaisquer, das repartições administrativas, pois que postos há que a lei não considera de carreira, dá-se entrada mediante concurso. O concurso pode ser de provas, ou de provas e títulos. A diferença não tem importância, ainda para a eficácia de

estabilidade. Quais sejam as provas, quais as provas e os títulos, ficou à lei ordinária dizê-lo" (7).

Não padece dúvida quanto à exigência do concurso para a aquisição da estabilidade. Não é fácil ver, contudo, onde colide o preceito acima exposto com o que preceitua o § 2º do artigo ora em estudo.

Em primeiro lugar, o texto das Disposições Gerais e Transitórias contém deliberadamente uma exceção; em segundo lugar, trata-se de um texto restrito, isto é, só se beneficiam dessa exceção, exclusivamente, aqueles servidores que, na data da promulgação da Constituição, contavam com cinco anos de serviço público; em terceiro lugar, é de se perceber a intenção do Legislador Constituinte, a regularização do serviço público, evitando ônus ao erário, uma queda de rendimento no trabalho, a quebra no sistema administrativo, face à realização de tantos concursos; em quarto lugar, proteger o servidor eficiente e cuja dedicação justificou sua permanência no serviço. Merece especial atenção o que pensa o Mestre Pontes sobre o assunto:

"Rigorosamente, regras jurídicas como as da Constituição de 1946, art. 23 (e art. 18), e da Constituição de 1967, art. 177, § 2º (e art. 178), têm *função pública*. Quebram, de certo modo, a uniformidade da ordem jurídica. Mas, juridicamente, as suas consequências são a favor dos que já trabalharam para o Estado e o elemento de tempo atenua a excepcionalidade da atribuição de direitos.

Seja qual for a atitude que a entidade estatal queira tomar, o que importa é saber-se que o art. 23 (e art. 18) das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1966 ou o art. 177, § 2º (e art. 178) da Constituição de 1967 não podem ser violadas. A *Fortiori*, se, pelo tempo de serviço, a infração seria aos dois textos" (8).

No artigo aqui em estudo, a Constituição se autolimitou.

O Legislador Constituinte, intencionalmente, estabeleceu uma excepcionalidade às regras nela fixadas, para aplicação naquele caso por ela previsto.

Quanto à exigência de concurso para antigo professor catedrático, face ao artigo aqui em estudo, diz Pontes de Miranda:

"A propósito dos professores catedráticos há problemas que se têm resolvido com algumas regras jurídicas de direito intertemporal, insertas, ou não, em Constituição.

a) Admitem-se, frequentemente, professores catedráticos sem concurso, porque se criam Faculdades e até Universidades, que depois são incorporadas à entidade estatal mediante leis (oficializadas, diz-se), sem que a entidade estatal exija o concurso.

b) A própria entidade estatal — União, Distrito Federal, Estado-membro, Município — nomeia professores interinos, ou outros funcionários públicos, que teriam de prestar concurso, mas advém Constituição que os protege, levando em consideração o tempo que já serviram (Constituição de 1946, Art. 23 das Disposições Constitucionais Transitórias; Constituição de 1967, art. 177, § 2º (art. 177)).

c) Entidade estatal, que criou algum serviço público, inclusive de professorado, acorda com outra entidade estatal, ou instituição particular, a incorporação de tal serviço, tenha o pessoal prestado ou não, o concurso. Se houve o concurso, a entidade estatal incorporante assimila o que encontrou, tal como se tivesse sido criado por ela, com a satisfação de todas as exigências de investidura. Se não houve, a interinidade ou inserção no quadro, com dispensas, cria os problemas que as constituições de 1946 e 1967 encontraram".

O Consultor Jurídico do D.A.P.C., Clénio da Silva Duarte, em parecer sobre matéria da mesma natureza, se expressou, considerando inviável o enquadramento e a interpretação dada pela Consultoria Jurídica do Ministério da Educação e Cultura, a qual "concluiu pela não incidência ao caso do dispositivo constitucional acima transcrito, desde que a efetivação na cátedra, segundo entende, não poderia ocorrer, em hipótese alguma, sem prévia habilitação em concurso".

Acrescentando a seguir: "O óbice à efetivação de professores catedráticos na aplicação de normas excepcionais, de natureza constitucional ou de índole legislativa ordinária, que concederam estabilidade, em determinadas condições, a funcionários públicos interinos, tem sido o atributo constitucional ligado ao provimento desses cargos, que confere, ao seu titular, não a condição de funcionário estável mas de vitalício. E, para essa vitaliciedade, é "conditio sine qua non" a prévia habilitação em concurso público de provas e títulos.

Com a extinção da vitaliciedade dos professores catedráticos, só asseguradas aos que adquirirem antes da vigência da atual Constituição, como disposição transitória (Art. 177, "caput"), equiparando-se, assim, o professor catedrático aos demais funcionários públicos, cessa o impedimento da efetivação, que, se esta tem eficácia aos demais interinos, por que dela excluir o professor catedrático?

A estabilidade do funcionário público, em face da Constituição vigente, não prescinde de habilitação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, como se verifica nos arts. 95, § 1º, e 99, § 1º, da Carta Política de 1967 in "verbis":

Art. 95 —

§ 1º — A nomeação para cargo público exige aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.

Art. 99 —

§ 1º — Ninguém pode ser efetivado ou adquirir estabilidade como funcionário, se não prestar concurso público.

A situação, pois, de todos os funcionários públicos, inclusive os professores catedráticos, é idêntica quanto a esse aspecto. Não obstante, como disposição excepcional, de natureza transitória, a mesma Constituição permite a estabilidade nas condições que estabelece, de funcionários interinos, como se vê no § 2º de seu art. 177, cuja redação é a seguinte:

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

Ora, estabelecida a identidade jurídica entre todos os funcionários públicos, inclusive os professores catedráticos, quanto ao processo seletivo e aos direitos decorrentes do provimento ao cargo, pois que não são mais vitalícios, não vejo como excluí-los dessa disposição constitucional, sem vulneração de princípio, de tradição jurídica consagrada, segundo o qual:

"ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus".

A Constituição vigente, ao mesmo tempo em que, por preceituação transitória, assegurou estabilidade, nas condições ali expressas, a funcionários interinos, retirou a vitaliciedade como atributo do provimento efetivo na cátedra, de modo que, após sua vigência, o provimento nesta só assegurará estabilidade" (9).

6 — A estabilidade no serviço público — Outra abordagem ao problema em apreço, que tem sido objeto de verdadeira controvérsia, é a aplicação indevida do disposto no § 2º do Art. 82 do Estatuto dos Funcionários Públicos da União, *in verbis*: "A estabilidade diz respeito ao serviço público e não ao cargo". Procura-se explicar a estabilidade do atual titular estabilizado, não neste cargo mas no vago e genérico serviço público.

O *caput* do art. 95 da Carta Magna de 1967 adiante transcrito, não deixa dúvida quanto à matéria: "Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, preenchidos os requisitos que a lei estabelecer". Expressa claramente que o acesso ao serviço público se realiza através de acesso a cargos públicos.

Estudando o presente assunto, Pontes de Miranda se referiu aos direitos públicos subjetivos criados pelo artigo aqui referido.

Em lição lapidar acerca da matéria, ora em apreciação, tanto no que concerne à pretensão do cidadão frente ao serviço

público, mas particularmente *neste a um cargo*, o grande jurista brasileiro se expressou de forma sobejamente clara:

“O direito público subjetivo dos cidadãos aos cargos públicos pode ser gerido por ato que se afaste da lei fixadora dos pressupostos a que se refere o texto, ou por ato apoiado em lei seja contrária à Constituição”.

Nesse caso é indispensável, pois, que haja um ato de poder público, e que o mesmo viole direitos. Nestas circunstâncias então, cabe a propositura dos remédios processuais.

Quanto ao pedido de *mandado de segurança*, vale ressaltar, não é indispensável que já tenha ocorrido a violação, basta que o direito público subjetivo seja *líquido e certo*, e que haja uma ameaça ao mesmo, por ato inconstitucional ou ilegal do poder público. Neste caso, cabe mandado de segurança preventivo” (10).

Adiante, ainda estudando a matéria, Pontes faz uma séria advertência, que merece uma especial atenção por parte dos cultores do direito e aplicadores da lei: “Tanto no que concerne aos remédios jurídicos processuais em geral, como no tocante ao mandato de segurança a Justiça não aprecia *in abstracto* a validade da lei, ou de ato, em face da Constituição ou em face das leis federais, ou em face das Constituições estaduais, ou das leis orgânicas, ou de quaisquer leis locais. Quer a violação tenha ocorrido, quer não haja ainda ocorrido a violação e só se trate de ameaça, a apreciação judiciária é *in concreto*. Infelizmente, por deficiência de conhecimentos de direito público, pois são mais afeitos os juizes ao trato das questões de direito privado, muitas vezes tem a Justiça cometido verdadeiras postergações de direitos, recusando-se a amparar os que lhe batem às portas, para que se restaure a ordem jurídica violada, ou se assegure a ordem jurídica ameaçada.

“Principalmente aí, em matéria de direitos *constitucionais* dos funcionários públicos e de direitos constitucionais ao acesso aos cargos públicos, por se tratar de assunto estranho à Constituição de 1891, os tribunais ainda se ressentem de insuficien-

te meditação da Constituição de 1967, e das Constituições de 1946, de 1937, e de 1934. Por outro lado, alguns julgados denunciam confusão entre apreciação *in abstracto* de leis ou de regulamentos, ou de atos do poder público, e apreciação de ameaça ou efetiva violação por parte da lei, regulamento ou ato do poder público” (11).

Na medida que analisamos o problema, mais fica patente que o acesso ao serviço público se processa através do vínculo com *um certo cargo*.

Essa perspectiva de vinculação é real, efetiva. É o que observa o insigne Pontes quando adverte em sua concisa expressão:

“A técnica legislativa constitucional, no tocante à exigência de pressupostos para a *vitaliciedade*, a *estabilidade* e a *efetivação*, que é a *incrustação definitiva no cargo*, tem soluções assaz diferentes, à escolha dos legisladores constituintes” (12).

Razão tem Matos de Vasconcelos, quando “lembra que o direito ao emprego é condição primeira e fundamental, à sombra do qual deve repousar o titular do cargo público” (13).

Essa é uma visão do problema da perspectiva do servidor, cuja importância é fundamental e que revela bem a *vinculação com o cargo*.

O texto do art. 82, § 2º do Estatuto referido possui um sentido profundo na política administrativa do Estado. Assegura um direito ao funcionário, ao mesmo tempo que faculta ao Governo uma maior flexibilidade quanto à melhor utilização do servidor, visando ao Bem Público, através do maior rendimento do órgão administrativo.

Esta é a sábia lição de Contreiras de Carvalho quando afirma: “O § 2º do artigo 82 encerra um princípio que vem suscitando discussões em torno de sua aplicação. A finalidade do preceito é, porém, advertir que a *estabilidade* não quer significar *inalterabilidade*, direito de permanecer o funcionário *naquele cargo*, para o qual foi nomeado. Ao Estado é lícito

aproveitar o servidor público onde melhor convier aos interesses da administração, respeitados, porém, os direitos subjetivos do titular do cargo. É essa uma consequência da tese estatutária ou legal.

Nos termos da Constituição, estabilidade é a garantia assegurada ao funcionário de só perder o *cargo* nos casos em que ela estabelece" (14).

Invocando mais uma vez o grande mestre do direito brasileiro, assim se expressa Pontes de Miranda com a precisão e segurança que lhe são peculiares sobre este problema: "Percorrendo-se a legislação brasileira de criação de cargos, nota-se que o legislador — em princípio — parte da necessidade de que a pessoa investida conte com os proventos para a organização de sua vida econômica, em que o Estado é tão interessado quanto ela mesma. Tudo ou o melhor de sua atividade é reclamado pelo Estado; sobre a base dos provimentos é que o funcionário público organiza sua vida econômica e de sua família, confiando na *estabilidade*, que o Estado lhe promete e como tal se faz devedor e obrigado a ela. Funcionário público estável é funcionário público a que o Estado deve e é obrigado a não afastar do cargo senão conforme a Constituição, nem a retirar-lhe as vantagens sem as quais teria ele de preferir demitir-se: quem não pode demitir não pode forçar, pelas circunstâncias, à demissão" (15).

Por outro lado, está bem patente o disposto no § 2º do Art. 99, da Constituição de 67 que o funcionário estável no serviço público, o é, *exercendo um certo cargo*, e se assim não fosse, este funcionário estaria em disponibilidade. É claro o texto referido: "Extinto o cargo, o funcionário estável ficará em disponibilidade remunerada, com vencimentos integrais, até seu obrigatório aproveitamento em cargo equivalente (Art. 99, § 2º, Constituição 1967).

A estabilidade se realiza fixando o servidor em um certo cargo, e não "vagando nos espaços" do servidor público.

"A *estabilidade* é um atributo pessoal do funcionário, enquanto que a *efetividade* é uma característica de provimentos

de certos cargos. Daí decorre que a estabilidade *não é no cargo*, mas no *serviço público*, em qualquer cargo equivalente ao da nomeação efetiva. O servidor estável pode ser removido ou transferido pela Administração segundo as conveniências do serviço, sem qualquer ofensa a sua efetividade ou estabilidade. O estável não é inamovível. É conservado no cargo enquanto bem servir e convier à Administração. Nisso se distingue do vitalício, que tem direito ao exercício do cargo, enquanto existir, conservando as vantagens respectivas, *no caso de extinção*" (16).

Ocorrendo extinção do cargo de funcionário estável, ele ficará em disponibilidade remunerada até seu aproveitamento obrigatório em outro, compatível com o anterior, o que não ocorre com o vitalício, que não é obrigado a aceitar outro.

Complementando o assunto e referindo-se às prerrogativas do estável, em seu cargo, ou frente ao serviço público, diz Hely Lopes Meireles: "A alteração da denominação do cargo ou de suas atribuições não afeta o seu ocupante estável, que tem direito à continuação de seu exercício, salvo se a remoção se der por interesse público. O que não se admite é a transferência do servidor estável para cargo inferior ou incompatível com suas aptidões reveladas em concurso ou decorrentes de títulos profissionais, que serviriam de base para o ingresso no funcionalismo" (17).

No que concerne à situação específica, é válido mais uma vez recorrer à atualizada lição do Consultor Jurídico do D. A. P. C., Clinício da Silva Duarte. O preclaro jurista, em seu parecer já mencionado refere-se ao problema da estabilidade no serviço público, após demonstrar a atual identidade jurídica entre o catedrático e demais funcionários públicos, e suas consequências, afirma: "A não prevalecer essa orientação, não há como, "data venia", acolher, também a conclusão da ilustrada Consultoria jurídica do Ministério da Educação e Cultura, no sentido de que o professor catedrático interino adquira estabilidade no serviço público por efeito do citado § 2º do art. 177 da Constituição Federal, para ser provido em outro cargo, em que deveria ser aproveitado.

É evidente o equívoco. O princípio de que a estabilidade é no serviço público tem que ser entendida em termos, pois que apenas significa que o servidor já estável, ao ser promovido noutra cargo, não está sujeito a novo processo de aquisição de estabilidade. Já é estável, mas essa estabilidade tem atenção a um determinado cargo, no qual foi ele inicialmente adquirido. Em outras palavras, a estabilidade, que é no serviço público, é adquirida no exercício de um determinado cargo, embora provimentos posteriores prescindam de nova aquisição" (18).

7 — A estabilidade do servidor — Como já foi visto, o Estado leva sempre em conta tanto o interesse do servidor, como o da própria administração. Por outro lado, a estabilidade não pode ser entendida como simples prêmio ao servidor, e, finalmente, foi sobejamente demonstrado que a estabilidade não se refere ao serviço público em sentido genérico, como foi entendido por alguns.

Desde que o cargo esteja vago, e não seja cargo em comissão, seu ocupante nele estará estabilizado, bastando para isso o cumprimento da exigência Constitucional: "que à data da promulgação da Constituição, contem, pelo menos, cinco anos do serviço público".

À primeira leitura se observa que se trata de texto genérico. Na verdade o é intencionalmente, embora tenha estabelecido os limites claros quanto às circunstâncias de sua aplicação. O texto constitucional considerou estáveis, o período de serviço previsto como forma de provimento efetivo de cargos, para os quais o servidor demonstrou capacitação, prescindindo assim, para o legislador constituinte, do concurso.

Como conclusão a este problema específico, nenhuma lição mais clara, e que não deixa controvérsia, que a jurisprudência referida por A. A. Contreiras de Carvalho em seu já citado Estatuto dos Funcionários Públicos: "A estabilidade é um atributo pessoal que não se transfere de um cargo para outro" (19).

Na verdade, o estável em um cargo não muda a situação de interino, ou de nomeado para responder frente a outro car-

go. Consequentemente, será atingido por aquele dispositivo Constitucional.

É bem verdade que só se podem beneficiar dessa dupla estabilidade, aquelas funções cuja acumulação é prevista no Art. 97, da Constituição de 1967:

- I — a de juiz e de um cargo de professor;
- II — a de dois cargos de professor;
- III — a de um cargo de professor com outro cargo técnico ou científico;
- IV — a de dois cargos privativos de médicos".

8 — Outro ponto controvertido versa sobre a confusão entre efetividade e estabilidade — Dúvida que não poucas vezes vem acompanhando o problema já exposto acima.

Afirma Contreiras de Carvalho que "*efetividade do cargo* é sempre um pressuposto da estabilidade" (20).

No mesmo sentido se pronuncia Hely Lopes Meireles: "A nomeação *em caráter efetivo* é a condição primeira para aquisição da estabilidade. A efetividade, embora se refira ao funcionário, é apenas um atributo do cargo, concernente à sua forma de provimento, e, como tal, deve ser declarada expressamente no decreto de nomeação e no título respectivo, porque pode um servidor interino ou substituto ocupar transitoriamente um cargo de investidura efetiva, sem que essa qualidade se transmita ao seu ocupante eventual" (21).

Não há, pois, como confundir estabilidade com efetividade, porque esta uma característica própria da nomeação, e aquela um atributo pessoal do ocupante do cargo, atributo este adquirido após o cumprimento de certas exigências estabelecidas na lei.

No mesmo sentido é a seguinte a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, citada por Contreiras de Carvalho: "A estabilidade, que pressupõe a efetividade, é requisito indispen-

sável para a obtenção da disponibilidade no caso de extinção de cargo ou função” (22).

9 — Com referência aos cargos ocupados interinamente, assim se expressa o mestre do Direito Brasileiro, Pontes de Miranda, bem como, quanto a seus ocupantes, e daqueles que se achavam afastados do cargo, frente ao texto Constitucional que aqui estudamos: “Pergunta-se: A interinidade, sem que por estar *vago* o cargo, foi beneficiada pelo Art. 177, § 2º, como por exemplo, se for substituição do efetivo? O conceito de *interinidade* contém alusão ao tempo, ao ínterim, em que alguém serve. Só se leva em consideração o lado do que exerce a função. O que está em lugar de outra, ou em lugar vago, desde que não seja definitivamente, é interino, serve em ínterim, apresenta a circunstância de interinidade.

“A situação do que, funcionário público efetivo, se achava fora do exercício, tendo dado ensejo a que alguém satisfizesse os pressupostos referidos, no art. 177, § 2º, resolve-se segundo os princípios da própria Constituição” (23).

Isso se resolve segundo os princípios da própria Constituição, para a qual a disponibilidade é, sempre e somente, *espera de primeira vaga*”.

10 — Pelo que foi visto, é forçoso convir que não restava outra alternativa às autoridades públicas que *ex-officio* cumpriram o dispositivo Constitucional, formalizando os atos em que nomearam como funcionários estáveis aqueles servidores que atendiam aos pressupostos estabelecidos na Constituição de 1967.

Com tal medida reconheceram um direito líquido e certo, e que, dentro em pouco, não mais terão dúvidas quantos foram surpreendidos pelo caráter totalmente inovador do preceito com relação aos cargos dos antigos professores catedráticos, como tão inequivocamente afirmou em inexoráveis pareceres, o Consultor Geral da República, eminente jurista Adroaldo Mesquita, cujo parecer nº 570-H, transcrevemos, face à sua concisão, inequívoca lucidez e indiscutível autoridade:

PR. “410-67 — Nº 570-H de 26 de setembro de 1967. Aprovo. 2. Tomem-se as providências para o atendimento das sugestões contidas no item II, em 4-10-67”. Rest. à C. E. Federal do Estado do Paraná em 4-10-67” Assunto: O benefício do § 2º do art. 177, da Constituição Federal abrange, também, os membros do magistério superior. O permissivo constitucional tem efeito amplo. Interpretação dada pelo Parecer nº 529-H (Diário Oficial de 20-7-67).

PARECER

As Universidades Federais do Ceará e do Rio Grande do Sul consultam, nos anexos processos, sobre a aplicabilidade do § 2º do art. 177, da Constituição Federal de 1967, aos membros do magistério superior.

2. Constam dos autos pareceres dos órgãos jurídicos daquelas entidades favoráveis à aplicação do referido dispositivo aos professores do ensino superior.

3. A Consultoria Jurídica do Ministério da Educação e Cultura, em longo e substancial pronunciamento, manifestou-se contrária à pretensão.

4. O preceito constitucional, em apreço estabelece que:

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

5. O problema já foi amplamente debatido e examinado por esta Consultoria Geral, através do Parecer nº 529-H, publicado no Diário Oficial de 20-7-67, oportunidade em que se asseriu:

“O legislador constituinte de agora foi muito mais liberal que o de 1946, quando este último instituiu semelhante benefício (art. 23 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

Ao inserir a expressão servidores, desejou ampliar o favor, vale dizer, dar-lhe maior extensão de modo a proteger inclusive aqueles que prestam serviços à Administração sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho”.

6. Não encontro razões de natureza jurídica que impeçam a aplicação do permissivo constitucional aos professores do ensino superior.

7. Argumenta-se um abono de tese contrária que este Órgão, por diversas vezes, rechaçou a extensão da vantagem — estabilidade — a essa categoria de servidores concedida ao funcionalismo em geral, através da legislação ordinária.

8. Realmente, a Consultoria Geral sempre opinou no sentido de que não era cabível a esses funcionários o amparo da legislação que tratava da efetivação ou da estabilidade. A Constituição de 1948 tratava da espécie sem outro prisma, não permitindo efetivações para cargos vitalícios. O inciso 1, do art. 28 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, não dá margem a dúvidas.

9. Ocorre, porém, que agora estamos diante de texto da Lei Maior, cuja extensibilidade é indubitosa, face ao emprego de termo generalizador. Seu propósito em atingir a todos aqueles que estejam nas condições ali estabelecidas, é claro e desenganado.

10. Não se há que falar em princípios e normas da legislação ordinária que ditem orientação adversa para a hipótese, por isso que perde valor e consistência perante regra de hierarquia superior.

11. O receio que se poderia ter em relação ao problema, estaria vinculado à questão da vitaliciedade de cátedra, consagrada na Constituição de 1946.

12. Hoje, entretanto, a matéria está superada de vez que a atual Constituição revogou esse instituto assegurando o benefício, tão-somente aos que tenham sido nomeados até a sua vigência, conforme se depreende do art. 177, caput. Isto significa que já não existe a vitaliciedade de cátedra, conforme acentuei em meu Parecer nº 504-H, in Diário Oficial de 16-4-67.

13. Por conseguinte, os membros do magistério superior a partir de 15 de março do corrente ano só poderão adquirir efetivação e estabilidade nos moldes da legislação própria e não mais a vitaliciedade.

14. Desta forma, parece-me não haver empecilho de natureza jurídica, ao que se pleiteia. Entendo que o § 2º do art. 177 da Constituição Federal atinge também os professores do ensino superior.

Sub censura.

Brasília, 25 de setembro de 1967.

Adroaldo Mesquita da Costa, Consultor-Geral da República” (24).

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) Pimpão, Hiresê — Estabilidade no Dtº Positivo Brasileiro pág. 21.
- (2) Pessoa, Epitácio — Obras completas — V. IV — Pareceres e Consultas na Procuradoria Geral da República, pág. 107, Caio Tácito, Estabilidade — Répertório Enciclopédico do Dtº Brasileiro — Carvalho Santos e J. Aguiar Dias — V. XXI — Editor Borba — pág. 9.
- (3) Miranda, Pontes de — Comentários à Constituição de 1967. Tomo VI — Editora Revista dos Tribunais, pág. 447.
- (4) Russomano, Mozart Victor — Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho — V. II — José Rofino — Editor — Rio de Janeiro, 1952, pág. 802.
- (5) Carvalho, A. A. Contreiras de — obra citada, pág. 306.
- (6) Lopes Meireles, Hely — Direito Administrativo Brasileiro 1966, 2ª edição, pág. 372.

- (7) Pontes de Miranda — Obra citada, pág. 453.
 (8) Miranda, Pontes de — Comentários à Constituição de 1967 — Tomo VI — Editora Revista dos Tribunais, pág. 422.
 (9) Silva Duarte, Clénio da — Estabilidade em face do art. 177, § 2º da Constituição de 1967, Revista de Direito Público, nº 3, janeiro a março — 1968, pág. 150.
 (10) Miranda, Pontes de — Comentários à Constituição de 1967, Editora Revista dos Tribunais, pág. 447 — São Paulo.
 (11) Pontes de Miranda — Obra citada, pp. 448, 9.
 (12) Pontes de Miranda — Obra citada, pág. 446.
 (13) Vasconcelos, Matos de — Citado por Contreiras de Carvalho, obra citada, pág. 305.
 (14) Carvalho, A. A. Contreiras de — Estatuto do Funcionário Público Interpretado — V. I. Livraria Freitas Bastos — 3ª Edição — 1964. Rio de Janeiro — pág. 308.
 (15) Carvalho, A. A. Contreiras de — Estatuto do Funcionário Público Interpretado. V. I. — Livraria Freitas Bastos — 3ª edição 1964. Rio de Janeiro, pág. 308.
 (16) Pontes de Miranda — Obra citada — pág. 435.
 (17) Meireles, Hely Lopes — Direito Administrativo, 2ª edição, pp. 272, 3.
 (18) Silva Duarte, Clénio de — Obra citada, pág. 152.
 (19) Carvalho, A. A. Contreiras — Obra citada, pág. 309.
 (20) Carvalho, A. A. Contreiras de — Obra citada, pág. 308.
 (21) Meireles, Hely Lopes — Obra citada, pp. 369-370.
 (22) Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal in A. A. Contreiras de Carvalho, obra citada, pág. 309.
 (23) Pontes, obra citada — pág. 425.
 (24) D. O. 5-10-1967. P. 10.100.

O Prior do Crato e o Brasil

COSTA PÔRTO

Colônia de Portugal, houve uma quadra, entretanto, em que o Brasil quase decidia os destinos políticos da Metrópole: os tempos agitados que se seguiram à morte de D. Henrique, o Cardial-Rei, dando lugar à anexação à Espanha, com o Reinado de Felipe II, o novo “cativeiro de Babilônia”, de 60 anos, de 1580 a 1640, quando ocorreu a restauração, aclamando-se Rei, o Príncipe D. João de Bragança.

Uma espécie de fatalidade abatera-se sobre a dinastia dos Avis. D. João III, filho e sucessor de D. Manuel, O VENTUROSO, vira morrer os nove filhos legítimos, havidos do matrimônio com D. Catarina, — D. Afonso, D. Maria, D. Isabel, D. Beatriz, D. Manuel, D. Felipe, D. Dinis, D. João e D. Antônio — e mais o bastardo, D. Duarte, bem como os irmãos — D. Luis, D. Duarte, D. Fernando e D. Isabel.

Desta sorte, ao falecer, em 11 de junho de 1557, teve como sucessor o neto de três anos, — D. Sebastião — filho de D. João e da princesa espanhola, D. Joana, irmã de Felipe II — assumindo a Regência, durante sua minoridade, a Rainha avó, D. Catarina.

Começando a reinar em 1568, com 14 anos de idade, D. Sebastião, misto de sonhador e de cruzado, alimenta sonhos desvairados, tentando reviver os dias áureos do fastígio da dinastia dos Avis, consolidando e alargando o império, penosa e heroicamente construído “por mares nunca dantes navegados” e, como primeira etapa, esquematiza o plano, entontecido, de “meter lanças em África”, empresa a que pôs ombros, quando, aproveitando as dissensões da mourama, marchou contra Marrocos, a fim de ajudar o Xarife Muley-Hamed, deposto pelo tio, Abd-el-Melek, aliado do Grão Turco.