

ESTABILIDADE EXTRAORDINÁRIA DE SERVIDORES PÚBLICOS E A BUSCA PELA JUSTIÇA (UMA ANÁLISE DO ART. 19 DO ADCT/CF88 COM BASE NA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS)

*Clovis Renato Costa Farias**

1 A Situação Excepcional dos Trabalhadores Abrangidos Pelo Art. 19 do ADCT/CF88. 2 Breve Escorço Histórico Sobre a Estabilidade e a Efetividade no Constitucionalismo Brasileiro. 3 Ponderações Sobre a Diferenciação Entre Estabilidade e Efetividade. Regra e Excepcionalidade do Art. 19 do ADCT. 4 O Posicionamento Restritivo e em Descompasso do STF e do STJ com Relação ao Art. 19 do ADCT. 5 Sintonia Social Emergente na Jurisprudência e na Legislação Dinâmica das Relações de Trabalho. Referências.

RESUMO

A estabilidade extraordinária positivada no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988, que concedeu direitos aos servidores que laboravam em condições equiparadas aos que prestaram concurso público, ante a existência da duplicidade de regimes na administração pública brasileira, atende aos valores postados na Constituição de 1988, bem como ao Estado Democrático de Direito, devendo no caso ser vista de forma ampliativa e valorada nos aspectos sociais intrincados em seu contexto fático-jurídico. O que, de plano parece cristalino, mas, que aos olhos da doutrina majoritária brasileira e da jurisprudência dos Tribunais Superiores, tem sido visto restritivamente, reconhecendo-se apenas a estabilidade sem efetividade, prejudicando os trabalhadores especialmente se tratando de discriminações sofridas nos próprios locais de trabalho, quanto na aquisição de direitos decorrentes da relação mantida com a administração pública. Clama-se pelo reconhecimento do período ou da condição de efetivo, que deve ser entendida no caso excepcional criado pelo art. 19 do ADCT intrincando os institutos da estabilidade e da efetividade no serviço público. Situação que justifica o manejo da teoria dos direitos fundamentais, por tratar-se de direito fundamental de segunda dimensão,

* Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará – UFC, Especialista em Direito e Processo do Trabalho, Membro do GRUPE (Grupo de Estudos e Defesa do Direito do Trabalho e do Processo Trabalhista) e do Grupo de Estudos Boaventura no Ceará. Professor de Sociologia Jurídica, Constitucional e Direito do Trabalho e Processo Trabalhista da Faculdade Christus e da Unifor. E-mail: clovisrenatof@yahoo.com.br

o direito ao trabalho, a ser prestado de forma digna, para que se possa aproximar paulatinamente do ideal de justiça social.

PALAVRAS-CHAVE: Art. 19 do ADCT/CF88. Estabilidade e efetividade no serviço público. Situação excepcional. Teoria dos direitos fundamentais. Justiça.

1 A SITUAÇÃO EXCEPCIONAL DOS TRABALHADORES ABRANGIDOS PELO ART. 19 DO ADCT/CF88

Alvo de inúmeras discussões, robustamente fundamentadas, a questão da situação excepcional dos trabalhadores criada pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias¹ continua a gerar interpretações divergentes e desconfortos sociais, especialmente por parte dos obreiros que conquistaram o direito à estabilidade extraordinária no serviço público, por terem atendido aos requisitos impostos pelo referido artigo.

A norma em tela, criada para equilibrar possíveis conflitos decorrentes de questões eminentemente sociais ligadas ao trabalho, dispõe que os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição de 1988 (por concurso público), são considerados estáveis no serviço público. Em continuidade, delimita que o tempo de serviço dos servidores detentores de tal estabilidade será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação (art. 19, § 1º, ADCT), o que não foi estendido aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins deste artigo, exceto se tratar-se de servidor, nem aos professores de nível superior, nos termos da lei.

Observe-se, contudo, que a literalidade do artigo em tela incorre em uma incoerência lógica entre os fatos sociais e a mens normativa, uma vez que veio com efeitos ampliativos que visam proteger os trabalhadores e respeitar os serviços por eles desenvolvidos até a ocasião. Algo constatado pelo fato de que a CF/67 já previa o concurso público para a efetividade e estabilidade dos servidores públicos, mas faticamente houve a contratação, em todos os entes e poderes da Federação por décadas, de um grande número de servidores pelo regime celetista, convivendo nas mesmas condições e prestando serviços equiparados aos estatutários. Comprova-se assim o caráter fático-jurídico de que o art. 19 do ADCT veio para criar uma situação excepcional para os obreiros por ele abarcados e pensar de forma contrária significa até mesmo mitigar a cidadania dos obreiros que trabalharam para a administração pública, outro dos fundamentos da República brasileira, como assevera Torres², uma constelação de direitos e deveres do homem em comunidade.

O trabalho digno é um direito fundamental, oponível ao Estado e aos particulares, de segunda dimensão (art. 6º, CF/88) que não pode ser esquecido na análise de casos que envolvem o labor. Na esteira de Faria³, os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento formalmente uniforme; são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios; um direito descontínuo, pragmático e por vezes até mesmo contraditório, quase sempre dependente da sorte de determinados casos concretos.

No caso dos servidores abrangidos pelos efeitos do art. 19 do ADCT/CF88, é óbvio que não pode basear-se em regras de julgamento que implicam um tratamento formalmente uniforme, ou seja, não se dirige a todos os cidadãos brasileiros. A norma foi dirigida a uma parcela específica da sociedade (os que preenchiam os requisitos do referido artigo), para a qual foram estendidos os benefícios da estabilidade e da efetividade, decorrentes de uma interpretação teleológica visando aos fins intentados pelo artigo e superando suas eventuais atecnias literais. Efetivou-se com o art. 19 do ADCT, como asseverou Faria acima e perfeitamente aplicável ao caso em questão, um direito discriminatório (com foco em determinados sujeitos) com propósitos compensatórios (como uma forma contraprestativa do Estado reconhecer sua falha em ter permitido a existência da duplicidade de regimes jurídicos de trabalho a obreiros nas mesmas condições).

O Estado deve buscar a inclusão dos trabalhadores englobados pelo art. 19 do ADCT, evitando-se até definições preconceituosas como cargos isolados, em extinção, entre outros, como foi feito pelo art. 243 da Lei 8.112/90 (§ 1º - os empregos ocupados pelos servidores incluídos no regime instituído por esta Lei ficam transformados em cargos, na data de sua publicação). Como assevera Bercovici⁴, já a necessidade de pensar a possibilidade de um Estado promotor do desenvolvimento e da inclusão social.

De maneira que o caput trata de fato da estabilidade e começa a restringir seu comando quanto à contagem de tempo de serviço, submetida a concurso público, o que, de plano, vergasta toda a noção de tempo de serviço, considerado o efetivamente prestado, registrado e contribuído, situação já contornada pelo legislador ordinário. Assim, os art. 100 e 101 da Lei 8.112/90 (utilizada, em geral, de forma simétrica pelos demais poderes e entes da federação) dispõem que é contado para todos os efeitos o tempo de serviço público federal, inclusive o prestado às Forças Armadas, bem como que a apuração do tempo de serviço deve ser feita em dias, que serão convertidos em anos, considerado o ano como de trezentos e sessenta e cinco dias. Previsões aplicáveis ao caso sui generis criado pelo art. 19 do ADCT, uma vez que os obreiros contratados sem concurso público, em regra, foram estabilizados nos respectivos poderes em que laboravam. Em outras palavras, não é razoável que os servidores abrangidos pelo art. 19 do ADCT prestem concurso público para que tenham computado o seu tempo de serviço, nem foi essa a vontade do legislador, bem como acabaria por

gerar inúmeras controvérsias quanto à legitimidade dos obreiros em seus postos de trabalho, impondo-lhes condições diferentes das pactuadas na contratação.

Esclarece-se que é princípio básico nas relações de trabalho (públicas ou privadas) a intenção de manter-se trabalhando, uma vez que o direito ao trabalho é um direito fundamental oponível a todos no Estado Democrático de Direito. O que não foge à realidade vivenciada no período em que havia duplicidade de regimes jurídicos na administração pública, materializada pela natureza dos contratos de trabalho, presumidos por tempo indeterminado, dada a necessidade que têm os obreiros de venderem sua força de trabalho para que possam ter como contraprestação seus vencimentos que viabilizam a administração de sua vida de forma digna. Permanência reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro pela extinção da duplicidade de regimes jurídicos na administração pública e pela criação da estabilidade extraordinária (art. 19, ADCT).

O reconhecimento da igualdade plena entre os servidores públicos concursados e os abrangidos pela estabilidade extraordinária atende também aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º da CF/88), por pacificarem a questão quanto à qualidade do trabalhador e do trabalho prestado pelos detentores de estabilidade extraordinária, de forma que, se entendida de forma restritiva acaba por gerar interpretações equivocadas na sociedade e entre os servidores que são trabalhadores nessas condições, são inferiores ou prestam trabalho de menor qualidade do que os detentores da estabilidade ordinária, malferindo o princípio irradiante da CF/88, a dignidade da pessoa humana.

Constrói-se, com esses pequenos ajustes hermenêuticos, uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF/88) e se promove o bem de todos, sem preconceitos ou quaisquer formas de discriminação (art. 3º, IV, CF/88). Efetiva-se direito social, atende-se aos ditames valorativos da Constituição. Como declara Sarmiento⁵, o Estado não mais se contenta com a proclamação retórica da igualdade de todos perante a lei, assumindo como tarefa impostergável a promoção efetiva dessa igualdade no plano dos fatos.

Desse modo, reafirma-se a posição quanto à paridade plena entre os servidores públicos ocupantes de cargo efetivo com estabilidade ordinária e os detentores da estabilidade extraordinária, a qual não deve ser tecnicamente afastada desconsiderando os valores inerentes à dignidade dos trabalhadores.

A igualdade plena de condições ficou marcada na vontade do constituinte originário com as condições criadas com a positivação do art. 19 do ADCT, garantindo um direito fundamental social que, como delimita Silva⁶, exige uma prestação estatal exclusiva que só é aproveitada na sua realização, mas não na realização de outros, a qual foi efetivada na norma transitória em questão.

Ademais, corrente que tem sido atualmente minoritária junto à doutrina e aos Tribunais Superiores, não raro destoantes da realidade social (mas que tem crescido na realidade nacional, podendo ser em breve, reavaliada pelos próprios Tribunais Superiores), repisando-se que os princípios que norteiam a

CF/88, tais como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), os valores sociais do trabalho (art. 1º, IV) e a justiça social (que tem como base o primado do trabalho, e, como objetivo, o bem-estar e a justiça sociais) devem regar quaisquer interpretações sobre a matéria.

Esclarecendo-se, nesse ponto, que a questão de ser uma tese minoritária não conduz à ideia de ser o referido posicionamento verdadeiro ou o único possível, assim como não é motivo justo para que os juristas ou a sociedade se caleem frente ao que crêem ou se sintam desfalecidos quanto à luta que são capazes de enfrentar. Principalmente de tais embates ideológicos em busca da Justiça é que vide a ciência do direito, caso contrário todos estaríamos desamparados, o Direito morto como ciência e a emancipação individual e social jazeria em berço esplêndido, enfim, estaríamos a viver a tirania da maioria, como alertou Tocqueville⁷.

2 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO SOBRE A ESTABILIDADE E A EFETIVIDADE NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

Para demonstrar a intencionalidade progressiva do constituinte originário, em benefício dos trabalhadores, será feito um breve esboço histórico no constitucionalismo nacional para demonstrar quando surgiram os institutos da efetividade e da estabilidade nas cartas políticas.

As constituições de 25 de março de 1824⁸ (primeira da independência) e a de 24 de fevereiro de 1891⁹ (primeira da República) não tratavam sobre estabilidade ou efetividade, nem sobre concurso público.

O Título VII (Dos Funcionários Públicos), art. 168 a 173, da Constituição de 16 de julho de 1934¹⁰, tratava sobre o acesso aos cargos públicos pelos trabalhadores. Na época, os cargos públicos eram acessíveis a todos os brasileiros, sem distinção de sexo ou estado civil, observadas as condições a serem estatuídas pela lei específica (art. 168). Tratava de efetivo exercício, não de efetividade do cargo, como se pode destacar:

Art 169 - Os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em geral, depois de dez anos de efetivo exercício, só poderão ser destituídos em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, regulado por lei, e, no qual lhes será assegurada plena defesa.

Parágrafo único - Os funcionários que contarem menos de dez anos de serviço efetivo não poderão ser destituídos dos seus cargos, senão por justa causa ou motivo de interesse público.

Conforme a CF/34, o Poder Legislativo votaria o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo às normas dispostas no texto constitucional, de modo que o quadro dos funcionários públicos compreendia todos os que exercessem cargos públicos, seja qual fosse a forma do pagamento; e que a primeira investi-

dura nos postos de carreira das repartições administrativas e, nos demais que a lei determinar, efetuar-se-á depois de exame de sanidade e concurso de provas ou títulos (art. 170, 1º e 2º, CF/34).

No período abrangido pela CF/34, somente foi utilizado o termo estabilidade nos arts. 131 (É vedada a propriedade de empresas jornalísticas, políticas ou noticiosas a sociedades anônimas por ações ao portador e a estrangeiros. Estes e as pessoas jurídicas não podem ser acionistas das sociedades anônimas proprietárias de tais empresas. A responsabilidade principal e de orientação intelectual ou administrativa da imprensa política ou noticiosa só por brasileiros natos pode ser exercida. A lei orgânica de imprensa estabelecerá regras relativas ao trabalho dos redatores, dos operários e dos demais empregados, assegurando-lhes estabilidade, férias e aposentadoria) e 150, 'f' (reconhecimento dos estabelecimentos particulares de ensino somente quando assegurarem a seus professores a estabilidade, enquanto bem servirem, e uma remuneração condigna), não utilizada especificamente para servidores públicos. E, quanto à efetividade, não há menção específica, apenas refere-se ao efetivo exercício (art. 169).

A Constituição de 10 de novembro de 1937¹¹, no art. 156, dispunha que o Poder Legislativo organizaria o Estatuto dos Funcionários Públicos, que deveria obedecer a preceitos vigorados pela Constituição, tais como o de que o quadro dos funcionários públicos compreenderia todos os que exercessem cargos públicos criados em lei, seja qual for a forma de pagamento; bem como que a primeira investidura nos cargos de carreira se faria mediante concurso de provas ou de títulos.

A CF/37, identicamente, não trazia o termo efetividade, mas apenas efetivo serviço (art. 156, 'e', CF/37). Discriminava apenas que os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas e, em todos os casos, depois de dez anos de exercício, só poderiam ser exonerados em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, em que fossem ouvidos e pudessem se defender (art. 156, alínea 'c', CF/37). E falava sobre estabilidade no art. 137, 'f' (nas empresas de trabalho contínuo, a cessação das relações de trabalho, a que o trabalhador não haja dado motivo, e quando a lei não lhe garanta, a estabilidade no emprego, cria-se o direito a uma indenização proporcional aos anos de serviço) e, para os funcionários públicos, no art. 157, verbis:

Art 157. Poderá ser posto em disponibilidade, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, desde que não caiba no caso a pena de exoneração, o funcionário civil que estiver no gozo das garantias de estabilidade, se, a juízo de uma comissão disciplinar nomeada pelo Ministro ou chefe de serviço, o seu afastamento do exercício for considerado de conveniência ou de interesse público.

A Constituição de 1946¹² dispunha, no art. 186, q

ue a primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinasse seria efetuada mediante concurso, precedendo inspeção de saúde,

bem como no art. 187, que seriam vitalícios somente os magistrados, os Ministros do Tribunal de Contas, os titulares de Ofício de Justiça e os professores catedráticos. E declarava, no art. 188, como se dava a estabilidade, benesse aos que, depois de dois anos de exercício, sendo funcionários efetivos nomeados por concurso e, depois de cinco anos de exercício, os funcionários efetivos nomeados sem concurso, algo que não se aplicava aos cargos de confiança nem aos que a lei declare de livre nomeação e demissão.

Torna-se óbvio que existiam funcionários públicos efetivos sem concurso público e que podiam conquistar a estabilidade, situação que impõe questionamentos à doutrina restritivista que somente relaciona a efetividade, para todos os casos (ordinários e excepcionais), à existência de concurso público, de modo que a norma foi apenas copiada na história do constitucionalismo brasileiro com breves modificações. Definição com diferenciação restritiva entre estabilidade e efetividade que, por óbvio, pode ser aplicada nos casos posteriores à promulgação da Constituição de 1988 como regra, mas obrigando-se a considerar a salutar vontade do constituinte na positivação do art. 19 do ADCT para beneficiar os trabalhadores.

A estabilidade, em 1946 (CF, 18.09.1946), já delimitava que os funcionários públicos perderiam o cargo, quando vitalícios, somente em virtude de sentença judiciária; e, quando estáveis, no caso do número anterior, no de se extinguir o cargo ou no de serem demitidos mediante processo administrativo em que se tenha-lhes assegurado ampla defesa (art. 189, CF/46). Em casos de extinção do cargo, o funcionário estável ficava em disponibilidade remunerada até o seu obrigatório aproveitamento em outro cargo de natureza e vencimentos compatíveis com o que ocupava (art. 189, parágrafo único, CF/46).

Antecedendo a CF/88, a Constituição de 20 de outubro de 1967¹³ (Emendada pela EC nº 01/69) dispunha que eram estáveis, após dois anos, os funcionários, quando nomeados por concurso, e que ninguém poderia ser efetivado ou adquirir estabilidade, como funcionário, se não prestasse concurso público (art. 99, § 1º, CF/67). Declarando ainda que, extinto o cargo ou declarada pelo Poder Executivo a sua desnecessidade, o funcionário estável ficará em disponibilidade remunerada, com proventos proporcionais ao tempo de serviço. (art. 99, § 2º, como redação dada pelo Ato Complementar nº 40, de 1968).

Constata-se que, em análise histórica e fático-jurídica, o termo estabilidade englobava o atual conceito de efetividade, sendo que, atualmente, a efetividade é condição sem a qual a estabilidade não pode ocorrer, uma vez que somente se pode ser estabilizado em cargo de natureza efetiva, permeado pela necessidade, permanência e continuidade da prestação.

3 PONDERAÇÕES SOBRE A DIFERENCIAÇÃO ENTRE ESTABILIDADE E EFETIVIDADE. REGRA E EXCEPCIONALIDADE DO ART. 19 DO ADCT

A utilização da razoabilidade (bom senso – critério transversal) deve ser utilizada pelo hermeneuta para afinar a norma à justiça efetiva no caso

de trabalhadores que desempenham as mesmas funções, ora beneficiados por norma progressiva emanada pelo normatizador constitucional originário (art. 19 ADCT), no sentido de manter as condições asseguradas aos demais servidores, uma vez que o Poder Constituinte Originário reconheceu a prestação, o seu valor e resolveu efetivar os que preenchessem as condições impostas pelo art. 19, do ADCT, de modo que se deve atender a igualdade e equipar todos os trabalhadores no serviço público. Asseverando-se que, agir contrariamente, estabelece clara diferenciação entre servidores que prestavam e, atualmente, prestam seus serviços nas mesmas condições, criando problemas ao invés de manter a justiça social, função maior do direito, com fim de obter-se a tão perseguida Justiça.

Atualmente reconhece-se que há diferenças entre estabilidade e efetividade, as quais devem ser ponderadas de forma razoável no caso do art. 19 do ADCT, seguindo-se pela jurisdição de equidade, assim como considerando o contexto social em que foi criada a estabilidade extraordinária e a atual situação após a promulgação da CF/88. Assim, com a positivação do referido artigo, foi criada nova condição, pautada no valor social do trabalho, na dignidade da pessoa humana e na justiça social, uma vez que se criou fato completamente novo para garantir trabalhadores que almejavam e necessitavam trabalhar e permanecer laborando. Como destacado por Bonavides, ao analisar os arts. 39 a 41 da Constituição de 1988:

Estabilidade é o direito subjetivo de lastro constitucional que assegura a permanência do servidor no serviço público. O efeito da aquisição do direito reside na impossibilidade de o servidor ser excluído do quadro funcional (demissão) sem que tenha cometido falta grave.

O pressuposto para a aquisição do direito consiste no efetivo exercício das funções do cargo pelo período de três anos.¹⁴

Da doutrina de Meirelles¹⁵, destaca-se que a investidura administrativa é toda aquela que vincula o agente ao cargo, à função ou ao mandato administrativo, atendidos os requisitos de capacidade e idoneidade que a lei estabelecer, destinando-se, em geral, à composição dos quadros do serviço público. Sua forma usual é a nomeação, por decreto ou portaria, mas admite, também, a admissão, a designação, a contratação e a eleição administrativa, nos termos regulamentares, regimentais ou estatutários.

Conforme Mello¹⁶, identicamente em análise à regra postada nas Constituições de 1967 e 1988, os cargos públicos, quanto a sua posição no quadro, classificam-se em de carreira e isolados. São de carreira quando encartados em uma série de classes escalonadas em função do grau de responsabilidade e do nível de complexidade das atribuições; já os isolados são os previstos sem inserção na carreira. Delimita ainda o autor que, quanto à sua vocação para retenção dos ocupantes, os cargos dividem-se em comissão, de provimentos efetivo e de provimento vitalício, conforme predispostos, respectivamente, a receber ocupantes transitórios, permanentes ou com uma garantia ainda mais acentuada de permanência.

Com relação à definição de servidor público, conclui Mello¹⁷ que são os que entretêm com o Estado e com as pessoas de Direito Público da Administração indireta relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo de dependência. Compreende, entre suas espécies, os remanescentes do regime anterior, no qual se admitia amplamente o regime de emprego. Ademais, sopesando a realidade normativa e fática, assume o autor, em nota de rodapé, o que se segue:

Ditos servidores, ainda que estabilizados pelo art. 19 das Disposições Constitucionais Transitórias, [...]. Na órbita federal, entretanto, por força do art. 243 e § 1º da Lei nº 8.112/90, todos os empregados da administração direta, das autarquias e fundações de Direito Público que estavam sob regime de emprego foram inconstitucional e escandalosamente incluídos em cargos públicos sem concurso algum e, até mesmo, sem que se fizesse aceção entre estabilizados e não-estabilizados, pelo art. 19 das aludidas Disposições Transitórias.¹⁸

Em outras palavras, nos termos registrados pelo autor aludido, houve, no contexto social e fático-jurídico, uma situação excepcional que, inquestionavelmente, beneficiou os obreiros, valorizando socialmente seu trabalho, com reconhecimento legislativo inclusive, a qual não pode ser valorada para prejudicar os que obtiveram o reconhecimento de tais direitos. Assim, a realidade dos trabalhadores permaneceu e permanece, sem retoques, como servidores públicos efetivos e estáveis.

A postura retrógrada não se restringe ao Poder Judiciário, mas a outros órgãos como a Procuradoria Geral da República, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2968-1, tramitando ainda sem qualquer decisão no STF¹⁹, protocolada em 13.08.2003, distribuída ao Ministro Cesar Peluso em 19.08.2003, que trata sobre a constitucionalidade do art. 243, da Lei nº 8.112/90, como se pode destacar:

ADI PROCURADOR-GERAL ENVIA PARECER AO STF SOBRE REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS O procurador-geral da República, Claudio Fonteles, enviou parecer ao Supremo Tribunal Federal sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2968, ajuizada em agosto do ano passado no STF. Na ADI 2968, Fonteles questionou o artigo 243 da Lei nº 8.112/90, que permitiu a investidura de servidores em cargo ou emprego público sem a prévia aprovação em concurso público, violando o artigo 37, inciso II, da Constituição Federal. A ADI foi ajuizada por Claudio Fonteles. Em setembro, o relator, ministro do STF Cesar Peluso, enviou a ADI para manifestação à Presidência da República, à Advocacia-Geral da União e ao Senado Federal. Em resposta, essas instituições informaram que a elaboração do artigo 243 da Lei 8.112/90 foi a maneira de se unificar os regimes jurídicos dos servidores públicos em obediência ao artigo 39 da Constituição Federal, em redação anterior à Emenda Constitucional 19/98 (Reforma Administrativa).

Depois dessas manifestações, a Ação retornou à PGR para parecer. No documento, Claudio Fonteles afirma, porém, que não está sendo questionada a mudança de regime jurídico dos servidores públicos, mas o fato de o artigo 243 da Lei 8.112/90 ter afrontado o inciso II, do artigo 37, da Constituição Federal, que determina a obrigatoriedade de aprovação em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público “e não por mero ato de unificação de regime”. O procurador-geral afirma que o artigo da Lei 8.112/90 não fez distinção entre servidores concursados ou não, “permitindo que fossem investidos em cargos ou empregos públicos pessoas que não se submeteram ao prévio concurso público”. Fonteles esclarece que não serão atingidos pela declaração de inconstitucionalidade do artigo 243 da Lei 8.112/90 os servidores que, na época da adoção do regime único, haviam sido aprovados em concurso público e os servidores considerados estáveis pelo artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição Federal, ou seja, aqueles que tinham pelo menos cinco anos de exercício contínuos na data da promulgação da CF/88, mesmo não tendo sido aprovados em concurso público. Não serão atingidos, também, “para resguardar a situação jurídica”, os servidores aposentados que, apesar de não terem se submetidos a prévio concurso público foram qualificados como servidores públicos. O procurador-geral conclui que “os princípios da impessoalidade, da moralidade e da eficiência administrativa (artigo 37, caput) têm no disposto no inciso II, do artigo 37, da Constituição Federal a garantia da sua observância”²⁰

Ainda diante de todo o exposto, que se assoberba na atualidade enfrentando nossa proposta ligada aos valores da Constituição, conscientes da luta pela Justiça e crenças na permanente mudança na dinâmica social, ousamos dizer com Dworkin: “As velhas idéias são agora abandonadas aqui.”²¹ Assim, conclui o autor, com relação à imprescindibilidade da relevância política que deve ser considerada nas decisões dos juristas, os quais devem fugir à mera exegese:

Os juízes não podem decidir qual foi a intenção pertinente dos constituintes, ou qual processo político é realmente justo ou democrático, a menos que tomem decisões políticas substantivas iguais àquelas que os proponentes da intenção ou do processo consideram que os juízes não podem tomar.²²

Nesse passo, conforme as definições citadas, a vocação para retenção dos ocupantes de cargos públicos abrangidos pelo art. 19 do ADCT da Constituição de 1988, somente pode ser enquadrada como de provimento efetivo, uma vez que não são de livre nomeação e exoneração (comissionados – vocacionados para serem ocupados em caráter transitório), nem há vocação de retenção maior como os vitalícios (somente desligados mediante processo judicial, como os magistrados, os membros do ministério público, os conselheiros de contas, entre outros legalmente discriminados).

Outrossim, conforme Süssekind²³, o princípio da proteção do trabalhador resulta das normas imperativas que caracterizam a intervenção básica do Estado nas relações de trabalho, visando opor obstáculos à autonomia da vontade, sendo regras que formam a base do contrato de trabalho e representam um mínimo de proteção legal. E, conclui o autor:

Os instrumentos normativos alusivos às relações de trabalho devem objetivar a prevalência dos valores sociais do trabalho. E o respeito à dignidade do trabalhador constitui um dos direitos supraestatais inerentes ao ser humano, cuja observância independe da vigência de leis nacionais ou tratados internacionais.²⁴

As normas que envolvem os trabalhadores em todos os âmbitos laborais devem ser observadas sopesando aspectos sociais decorrentes da prestação dos serviços, o que não pode ser excluído mesmo quando se trata da administração pública, que, seguindo a legalidade estrita, optou, no ordenamento, pátrio a positivar conquistas de trabalhadores no mundo, como se pode observar na Lei 8.112/90. Respeita-se assim todos principais fundamentos da República Federativa do Brasil, como destaca Pinero:

[...] a dignidade, a liberdade, a privacidade, o livre desenvolvimento da personalidade devem ser tutelados não apenas em face do Estado e dos poderes públicos, mas também em face dos particulares. Daí a interrupção da Constituição nas relações entre particulares, pois doravante ninguém escapa da sua longa manu”.²⁵

Para os casos criados pela norma de transição analisada, deve-se partir do conceito de efetividade e dos valores atrelados ao trabalho, entendendo, assim, efetividade como uma característica do provimento de certos cargos (criados por lei específica, com natureza de continuidade e permanência do seu ocupante, gerando determinados direitos dele decorrentes - cargo com rubrica orçamentária de custeio própria e finalidade específica com ânimo de continuidade e permanência), o que seria o ponto irradiante para a análise dos casos transitórios em tela. E, quanto à estabilidade, impõe-se que seja seguida a literalidade das normas que a delineiam, nos termos delimitados pela CF (em seus artigos base e nos ADCTs).

Para Meirelles, a nomeação em caráter efetivo é a condição primeira para a aquisição da estabilidade. A efetividade, embora refira-se ao servidor, é apenas um atributo do cargo, concernente à sua forma de provimento e, como tal, deve ser declarada no decreto de nomeação e no título respectivo, porque um servidor pode ocupar transitoriamente um cargo de provimento efetivo (casos de substituição, por exemplo), sem que essa qualidade se transmita ao seu ocupante eventual. Não há de se confundir efetividade com estabilidade, porque aquela é uma característica da nomeação, e esta é um atributo pessoal do ocupante do cargo, adquirido após satisfação de certas condições de seu exercício. A efetividade é um pressuposto necessário da estabilidade.²⁶

Como destaca Santos²⁷, a Justiça Federal há alguns anos vem modificando o posicionamento acerca da efetividade pleiteada para o servidor que adquiriu

a estabilidade no cargo público da administração direta, suas fundações e autarquias, por força do Artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). O entendimento que prevalecia, inclusive em vários julgados, diga-se de passagem, por inspiração dos julgados anteriores à Constituição Federal de 1988, de que a estabilidade concedida pela Constituição Federal ao servidor que contava cinco (05) anos até a data de sua promulgação, não lhe assegurava a “efetividade” e esta somente seria adquirida após aquele ser submetido ao concurso público. Felizmente, esse entendimento está evoluindo seguindo a lógica na qual o princípio é de que a “efetividade” sempre foi pressuposto para a aquisição da “estabilidade” no cargo público, e não o inverso, ou seja: “a estabilidade como pressuposto da efetividade”.

O art. 99, § 1º da CF/67 (anterior à de 1988)²⁸, como apresentado acima, previa o requisito do concurso público para a efetivação de servidores, vigente à época da contratação dos servidores que conquistaram os direitos positivados no art. 19 do ADCT da CF/88. Algo que torna cristalina a mens do normatizador originário de respeitar e tornar iguais os que estavam em condições semelhantes pela positivação do art. 19, ADCT.

4 O POSICIONAMENTO RESTRITIVO E EM DESCOMPASSO DO STF E DO STJ COM RELAÇÃO AO ART. 19 DO ADCT

Em sentido contrário ao valor social do trabalho e à dignidade dos trabalhadores abrangidos pelo art. 19 do ADCT, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), no RE 400343 AgR/CE, que teve como relator o Ministro Eros Grau (ora aposentado), julgado em 17/06/2008, publicado no DJe em 01.08.2008, assim manifestou-se sobre a matéria:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADCT, ARTIGO 19. INCORPORAÇÃO. GRATIFICAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO. LEI N. 11.171/86 DO ESTADO DO CEARÁ. 1. É necessário que o servidor público possua --- além da estabilidade --- efetividade no cargo para ter direito às vantagens a ele inerentes. 2. O Supremo fixou o entendimento de que o servidor estável, mas não efetivo, possui somente o direito de permanência no serviço público no cargo em que fora admitido. Não faz jus aos direitos inerentes ao cargo ou aos benefícios que sejam privativos de seus integrantes. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.

Contrariando, também, a corrente da igualdade plena entre os detentores da estabilidade ordinária e extraordinária, está o Superior Tribunal de Justiça (STJ), como se pode notar no Acórdão da Quinta Turma, no EDcl no RMS 14806 / RO, que teve como relator o Ministro Gilson Dipp, julgado em 24/08/2004, publicado no DJ em 27/09/2004, verbis:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DOS

PRESSUPOSTOS - SERVIDOR ESTADUAL - MAIS DE CINCO ANOS CONTÍNUOS DE SERVIÇO À ÉPOCA DA EDIÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 - ESTABILIZADO PELO ART. 19 DO ADCT - NÃO EFETIVADO POR CONCURSO PÚBLICO - NÃO SUBMISSÃO À LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 68/92, O ESTATUTO DOS SERVIDORES DO ESTADO DE RONDÔNIA - APOSENTADORIA COM PROVENTOS INTEGRAIS - IMPOSSIBILIDADE - PRECEDENTES - EMBARGOS REJEITADOS.

I - Os embargos de declaração devem atender aos seus requisitos, quais sejam, suprir omissão, contradição ou obscuridade, não havendo qualquer um desses pressupostos, rejeitam-se os mesmos, mormente quando o ponto fulcral da controvérsia reside na insatisfação do ora embargante com o deslinde da controvérsia.

II - Foram considerados estáveis no serviço público todos os servidores civis que já estavam em exercício há pelo menos cinco anos continuados, em 5 de outubro de 1988, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, inciso II da Magna Carta.

III - Sem a efetividade no cargo público, que só pode ser imprimida ao servidor pela aprovação em concurso público, não se pode submeter o empregado público contratado pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho ao Estatuto dos Servidores do Estado para fins de aposentadoria. Os efeitos da estabilidade adquirida pelo art. 19 do ADCT limitam-se à impossibilidade de ser afastado do cargo, senão em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou de resultado do processo administrativo disciplinar, no qual lhe tenha sido assegurada ampla defesa, não transformando em estatutário aquele que entrou no serviço público sem o devido certame. Precedentes.

IV - A estabilidade conferida pelo art. 19 do ADCT não permitiu o alcance, também, da efetividade, que se dá única e exclusivamente através da aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, conforme exigido pelo art. 37, inciso II da Constituição Federal de 1988.²⁹

Comentando a postura do STF, destaca-se do voto do relator, Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, na Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em apelação cível no Processo nº 0003262-75.2004.4.05.8201, julgado em 04/06/2009, publicado no DJ em 14/08/2009, que é cristalino ao abordar a matéria, verbis:

A postura do Supremo Tribunal Federal na defesa da exigência do concurso público para provimento de cargos em empregos nas Administrações Públicas dos três entes políticos, dos três Poderes, é, sob todos os aspectos, digna de aplausos.

De outra face, a jurisprudência desenvolvida pela Corte Suprema pertinente à estabilidade excepcional instituída pelo art.

19 do ADCT/88, e sua relação com o instituto da efetividade, merece ser objeto de algumas considerações.

Neste tocante, é certo que o Supremo vem entendendo que a estabilidade em cargo público não se confunde com a efetividade que somente é adquirida com a nomeação após aprovação em concurso público (CF, arts. 37, II e 41).

Não obstante, veja-se que, em relação aos servidores celetistas, contratados há cinco anos antes da promulgação da Constituição Federal, o art. 19, caput, do ADCT/88 determinou, com eficácia e aplicabilidade plenas, que os servidores originariamente contratados para empregos públicos na Administração Federal direta e autárquica, ou fundacional seriam considerados “estáveis”.

Até aí, poder-se-ia admitir a continuidade do vínculo celetista, já que o instituto da estabilidade não é exclusivo, ou, pelo menos, não era exclusivo, considerando-se as modificações introduzidas pela Emenda nº 19/98, da natureza estatutária do vínculo.

Entretanto, a estabilidade, prevista no caput do art. 19 do ADCT/88, deve ser conjurada com o instituto da efetividade, prevista no § 1º deste mesmo artigo, principalmente porque o tempo de serviço do servidor aprovado no “concurso para fins de efetivação” seria “contado como título”.

Segundo o § 1º do art. 19 do ADCT/88, só poderia ser contado como título, como critério para classificação no concurso, caso haja a aprovação, na hipótese do servidor que já havia sido estabilizado pelo referido art. 19, caput do ADCT/88, cujo resultado seria atribuição da qualidade de “efetivo”.

Infere-se, pois, que o legislador constitucional incidiu em flagrante contradição quando da formulação do § 1º mencionado.

É que, por definição e princípio, a efetividade sempre foi pressuposto para aquisição da estabilidade no cargo público, e não o inverso.

Destaca-se que o comportamento das cortes tem sido bastante restritiva, por considerar apenas a estabilidade, que tem sido assumida pelos Colendos Tribunais Superiores, não se afina sequer com a realidade trabalhista mundial para a iniciativa privada (distante ainda da qualidade de trabalho conquistada pelos trabalhadores no serviço público), submissa aos reveses do mercado, de maneira que um dos assuntos mais falados na contemporaneidade é a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que trata sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador vedando a dispensa arbitrária pelo empregador (denunciada pelo Brasil - Decreto nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996 – Presidente Fernando Henrique Cardoso), já concedendo o instituto da estabilidade por impor a motivação da despedida, que logicamente deve ser apurada por processo administrativo específico, o qual pode ser repetido frente ao Poder Judiciário.

A Convenção 158 da OIT proíbe a demissão de um trabalhador, “a menos que exista para isso uma causa justificada, relacionada com sua capacidade ou seu comportamento, ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço” (Art. 4º).³⁰ Esclarecendo-se que no dia 14 de fevereiro de 2008, o Presidente Lula encaminhou, para apreciação do Congresso Nacional, as convenções 151 e 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), com intuito de torná-las novamente vigente no Brasil.³¹

Seguem-se os moldes de estabilidade repetidos pelo art. 41 da CF/88, que reconhece a estabilidade, e no § 1º, dispõe que o servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado; mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; ou mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

Ademais, os servidores detentores da estabilidade extraordinária são servidores públicos investidos de todos os poderes inerentes a seu cargo, assumem funções de confiança e cargos comissionados dentro do percentual mínimo de 50% reservado a servidores do quadro de carreira da instituição em que trabalha.

Entretantes, a evolução jurisprudencial com revisão de posicionamentos é sempre possível e comum, especialmente no Supremo Tribunal Federal (STF), dada a constante busca pelo ideal de justiça, a inegotabilidade do saber e a dinâmica própria das relações sociais, como destacado pelo Ministro Celso de Melo, quando relator do MS 26603/DF, julgado em 04/10/2007, publicado no DJe em 19/12/2008. Em seu voto³², o Ministro destacou, com relação à revisão jurisprudencial pelo STF, que os precedentes firmados pela Corte desempenham múltiplas e relevantes funções no sistema jurídico, pois lhes cabe conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas, atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide e em decorrência deles, gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e preservar, assim, em respeito à ética do Direito, a confiança dos cidadãos nas ações do Estado.

Continua o Ministro Celso de Melo delimitando que os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, inclusive as de direito público, sempre que se registre alteração substancial de diretrizes hermenêuticas, impondo-se à observância de qualquer dos Poderes do Estado e, desse modo, permitindo preservar situações já consolidadas no passado e anteriores aos marcos temporais definidos pelo próprio Tribunal.

E, conclui o Ministro, a ruptura de paradigma resultante de substancial revisão de padrões jurisprudenciais, o exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do

Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assentasse a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que “A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la”. A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, a quem se atribuiu a função eminente de guarda da Constituição (CF, art. 102, caput), assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental.

Contexto que justifica a viabilidade da revisão de posicionamentos por parte do colegiado que compõe o STF, viabilizando a defesa de pontos analíticos divergentes dos acompanhados pela doutrina majoritária, mesmo no Supremo Tribunal Federal.

5 SINTONIA SOCIAL EMERGENTE NA JURISPRUDÊNCIA E NA LEGISLAÇÃO. DINÂMICA DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Em face de tão acalorado debate, cumpre destacar a existência de posicionamentos jurisprudenciais recentes, eminentemente mais sintonizados com a dinâmica das relações de trabalho, a realidade dada na prestação laboral, a dignidade da pessoa humana e no valor social do trabalho, o que se fará a seguir.

Na Ação Ordinária nº 0023727-35.1995.4.05.8100 (nº antigo 95.23727-0), na Justiça Federal no Ceará, confirmada pelo TRF/5ª Região, pedia-se que fosse ordenado à União Federal que transformasse o emprego celetista de Assessor Jurídico do TRT-7ª Região, isolado, em cargo de provimento efetivo, a partir da vigência da Lei 8.112/90, sem prejuízo da remuneração, com consequente perda dos efeitos da decisão do TRT-7ª Região que o converteu em cargo de provimento em comissão. Nestes termos, a decisão do Juiz Federal declarou o seguinte:

Em face dos fundamentos expendidos, julgo PROCEDENTE o pedido do autor XXX, porque ocupante de emprego público, no TRT da 7a. Região, na data da edição da Lei 8112/90, estando amparado, portanto, pelo disposto no seu art. 243.³³

O art. 243 da Lei nº 8.112/90, inserido nas disposições transitórias da norma, dispõe sobre os servidores que passaram a pertencer ao Regime Jurídico único dos servidores públicos civis da União disciplinados pela referida Lei, verbis:

Art. 243. Ficam submetidos ao regime jurídico instituído por esta

Lei, na qualidade de servidores públicos, os servidores dos Poderes da União, dos ex-Territórios, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas, regidos pela Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 - Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, ou pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, exceto os contratados por prazo determinado, cujos contratos não poderão ser prorrogados após o vencimento do prazo de prorrogação.

§ 1º Os empregos ocupados pelos servidores incluídos no regime instituído por esta Lei ficam transformados em cargos, na data de sua publicação.

§ 2º As funções de confiança exercidas por pessoas não integrantes de tabela permanente do órgão ou entidade onde têm exercício ficam transformadas em cargos em comissão, e mantidas enquanto não for implantado o plano de cargos dos órgãos ou entidades na forma da lei.³⁴ (grifou-se).

Corroborando com o posicionamento defendido no presente trabalho, a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em apelação cível no Processo nº 0003262-75.2004.4.05.8201, que teve como relator o Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, julgado em 04/06/2009, publicado no DJ em 14/08/200, é cristalino ao abordar a matéria, litteris:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESTITUIÇÃO DOS VALORES DESCONTADOS, A TÍTULO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA, INCIDENTE SOBRE A REMUNERAÇÃO DE SERVIDOR ESTÁVEL DO MUNICÍPIO DE CAMPINA GRANDE, REQUISITADO PELA JUSTIÇA FEDERAL. ART. 19 DO ADCT. EFETIVIDADE COMO PRESSUPOSTO DA ESTABILIDADE. INCIDÊNCIA DO ART. 12, PARÁGRAFO 2º DA LEI Nº 8.213/91. POSSIBILIDADE. 1. A TESE DE QUE O ART. 19 DO ADCT SOMENTE DARIA ESTABILIDADE E NÃO EFETIVIDADE AOS SERVIDORES QUE INGRESSARAM NO SERVIÇO PÚBLICO SEM CONCURSO PÚBLICO, ANTERIORMENTE À PROMULGAÇÃO DA CF/88, NÃO DEVE PROSPERAR. 2. A ULTIMA RATIO DA NORMA INSCULPIDA NO ART. 19 DO ADCT É DE PROMOVER A IGUALDADE ENTRE OS SERVIDORES PÚBLICOS E SUA INTEGRAÇÃO, EVITANDO DAR TRATAMENTO DESIGUAL ÀQUELES QUE, APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL, PASSARAM A REUNIR CONDIÇÕES IGUAIS, VALE DIZER, A NORMA EM REFERÊNCIA VISA COLOCAR TODOS OS AGENTES PÚBLICOS EM IGUALDADE DE CONDIÇÕES. DO CONTRÁRIO, ESTAR-SE-IA CRIANDO UMA NOVA ESPÉCIE DE AGENTE PÚBLICO, QUE NÃO É CELETISTA (AUTOMATICAMENTE TRANSFORMADO

EM CARGO PÚBLICO PELA APLICABILIDADE DO ADCT), NEM É ESTATUTÁRIO (PORQUE NÃO TEM A EFETIVIDADE DECORRENTE DO CONCURSO PÚBLICO), NA MEDIDA EM QUE, EMBORA MANTENHAM UM VÍNCULO DE TRABALHO JUNTO À ADMINISTRAÇÃO, CONFORME É O CASO DOS AGENTES ADMINISTRATIVOS, SERIAM REGIDOS POR NORMAS SUI GENERIS, POIS LHES SERIA APLICADO O ESTATUTO DOS SERVIDORES PÚBLICOS EM DETERMINADAS SITUAÇÕES E EM OUTRAS NÃO.

3. ALÉM DISSO, ESTA SOLUÇÃO TAMBÉM NÃO SE MOSTRA JUSTA, NA MEDIDA EM QUE AS ESTAS PESSOAS SOMENTE SERIAM TRANSFERIDOS OS ÔNUS DO SERVIÇO PÚBLICO, MAS NÃO OS BÔNUS INERENTES AO CARGO QUE OCUPAM.

4. É APLICÁVEL, PORTANTO, AO ORA APELADO, A PREVISÃO INSERTA NO ART. 12, PARÁGRAFO 2º DA LEI Nº 8.213/91, COM A NOVA REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI Nº 9.876/99, SENDO-LHE DEVIDA A RESTITUIÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS, REFERENTES AO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE 26 DE NOVEMBRO DE 1991 E MAIO DE 2001.

5. APELAÇÃO IMPROVIDA. (grifou-se).³⁵

Do voto do relator Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, extrai-se o seguinte raciocínio que se torna oportuno transcrever:

Assim, o legislador constituinte brasileiro, enfim, equivocou-se quando da redação do § 1º do art. 19, já que no “caput” deste mesmo artigo concedeu o mais – a estabilidade no serviço público.

Afinal, de que adiantaria fazer depender o menos – a efetividade – de futura participação do servidor em concurso?

Ora, neste sentido, é que cumpre estabelecer que o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, conforme se infere da própria denominação, é norma constitucional transitória, vale dizer, muitos dos seus dispositivos visam a estabelecer normas de transição entre o ordenamento jurídico anterior e aquele trazido à baila pela nova Constituição.

Entretantes, para se alcançar a última ratio da norma constitucional em estudo (art. 19 do ADCT), deve-se ter em mente que a análise das normas constitucionais não se fixa na literalidade, mas parte da realidade social e dos valores subjacentes do texto, buscando sempre o espírito, ou como alguns preferem, a alma da Constituição.

Desta feita, chega-se ao entendimento de que a pretensão da norma inculpada no art. 19 do ADCT, de forma a torná-la coerente com a nova ordem constitucional inaugurada, deve ser interpretada no sentido de que esta visa promover

a igualdade entre os servidores públicos e sua integração, evitando dar tratamento desigual àqueles que, após a entrada em vigor da Constituição/88, passaram a possuir condições iguais, vale dizer, a norma em referência visa a colocar todos os agentes públicos em igualdade de condições.

Neste espeque, não há razão para pretender que os servidores públicos que adquiriram estabilidade nos termos do art. 19 do ADCT não tenham também direito à efetividade e aos consectários a ela inerentes, até mesmo porque, se assim não for, estar-se-ia criando uma nova espécie de agente público (que não é celetista - automaticamente transformado em cargo público pela aplicabilidade do ADCT, nem é estatutário - porque não tem a efetividade decorrente do concurso público), na medida em que, embora mantenham um vínculo de trabalho junto à administração, conforme é o caso dos agentes administrativos, seriam regidos por normas *sui generis*, pois lhes seria aplicado o Estatuto dos Servidores Públicos em determinadas situações e em outras não.

Além disso, esta solução também não se mostra justa, na medida em que a estas pessoas somente seriam transferidos os ônus do serviço público, mas não os bônus inerentes ao cargo que ocupam, o que não me parece nem um pouco razoável.

Por tal motivo, apresenta-se equivocada “data máxima vênia”, assertiva de que a estabilidade excepcional prevista no art. 19 do ADCT/88 não significa efetividade no cargo, para a qual é imprescindível o concurso público.

É aplicável, portanto, ao autor, ora apelado, a previsão inserta no art. 12, § 2º da Lei nº 8.213/91, com a nova redação conferida pela Lei nº 9.876/99, sendo-lhe devida a restituição das contribuições previdenciárias, referentes ao período compreendido entre 26 de novembro de 1991 e maio de 2001, razão porque não merece reforma a sentença apelada.

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO à apelação.³⁶

A problematização do tema decorre da grave crise pela qual passam as instituições brasileiras, como assevera Lima³⁷, imergindo em dificuldades várias e pondo em xeque sua legitimidade, pelo menos tendo por referencial a função social a que estão teoricamente fadadas a desempenhar.

Impõe-se o atendimento à essência da igualdade para o caso dos servidores abrangidos pelo art. 19 do ADCT. O que se pode aclarar com a lição de Miranda³⁸, de modo que a análise do sentido da igualdade tem de assentar em três pontos firmes, quais sejam, que igualdade não é identidade e igualdade jurídica não é igualdade natural ou naturalística; significa intenção de racionalidade, e em último termo, intenção de justiça; e, não é uma ilha, encontra-se conexas com outros princípios, tem de ser entendida – também ela – no plano global dos valores, critérios e opções da Constituição material.

É clara a complexidade da questão analisada, bem como de cunho jurídico-social, como destaca Barcelos³⁹, a complexidade da vida e das construções e relações humanas repercute, como é natural, no direito, que também vai desenvolvendo formas cada vez mais complexas. O que possibilita uma nova valoração da questão por parte da doutrina e da jurisprudência na contemporaneidade, a qual deve pautar-se nos princípios e fundamentos da República Federativa do Brasil.

Meton Marques, em suas considerações sobre Direito e Valor, expõe que o valor é a “principal instância metajurídica de interpretação (re)construtiva do Direito a partir do caso concreto”⁴⁰, considerando que o que existe é o valor de caráter moral juridicamente considerado. Arremata seu raciocínio atestando que Direito e Valor andam juntos, vez que o primeiro municia o segundo, sem perder a identidade própria nem usurpar a do Direito, verbis:

[...] O valor atua como instrumento de orientação de rumos do Direito, de dissipação das contradições, de correção finalística e sistêmica. Nessa condição, o valor mantém-se autônomo, porque a sua fusão com o Direito o enquadraria no sistema, com sujeição às mesmas nuances que lhe caberia dissipar.⁴¹

Segue-se advogando, como postado na oração de Santo Ivo⁴² (patrono dos advogados), enquanto houver homens imperfeitos que se querelem entre si e enquanto houver legislador que produza, como uma terra fértil, uma colheita de leis complexas e contraditórias que ninguém deve ignorar, o que, em verdade, não sucede nunca, em virtude deste célebre adágio que vós conheceis muito bem: *Plurimae leges, pessima res publica...*⁴³ Luta-se por se acreditar, como destaca Tavares⁴⁴, prefaciando a 2ª edição da obra de Dantas, na força de que dispõem os juristas para a construção e preservação da paz.

Desse modo, quaisquer análises não equitativas e que não considerem o sistema normativo como um todo, a teoria dos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana e os demais valores que permeiam a Justiça, são eivadas de vício, podendo ser atacados ostensivamente, passíveis de modificação a qualquer momento, pois no neoconstitucionalismo a forma submete-se ao conteúdo e aos valores, estando, para tanto, em completo descompasso com a realidade social e com o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. Net: <http://www.anasps.org.br>.

BARCELOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008.

BONAVIDES, Paulo; Miranda, Walter de Moura Agra Jorge. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BORGES, Arthur de Castro. **Santo Ivo, patrono dos homens da Justiça**. 3. ed. São Paulo: LTr, 1994.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente**: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS VIGILANTES E PRESTADORES DE SERVIÇOS. **Vigilantecntv**. Disponível em: <<http://www.vigilantecntv.org.br/Dieese/nota%20tecnica%2061%20%20RatificacaoConvencao158rev.pdf>>.

DANTAS, Ivo. **Novo direito constitucional comparado**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

DWORKIN, Ronald. In: BORGES, Luís Carlos (Trad.) **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da Justiça brasileira. In: **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005, p. 94-112.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O STF na crise institucional brasileira**: estudos de casos: abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. **O resgate dos valores na interpretação constitucional**: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como “ser-moralmente-melhor”. Fortaleza: ABC/Livraria FortLivros, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: Direitos Fundamentais. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, T. IV.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Ilo**. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/portugue/region/ampro/brasil/rules/organiza.htm>>.

PINERO, Miguel Rodríguez. Constituição, direitos fundamentais e contratos de trabalho. **Revista Trabalho e Doutrina**, n. 15. São Paulo: Saraiva, 1997.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Constituição de 1934. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>.

_____. Constituição de 1937. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>.

_____. Constituição de 1946. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>.

_____. Constituição de 1967 **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>.

_____. Constituição de 1988. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm#adct>.

_____. Lei 8.112/90. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm>.

SANTOS, Nildo Lima. A efetividade como consequência do direito à estabilidade excepcional de servidor alcançado pelo art. 19 do ADCT – entendimento em evolução. A efetividade como consequência do direito à estabilidade excepcional de servidor alcançado pelo art. 19 do ADCT – entendimento em evolução. O caso dos servidores de juazeiro e o direito a integrarem plano de carreira e vencimentos e aos benefícios pecuniários estabelecidos em estatuto. **Nildo Estado Livre**. Disponível em: <<http://www.nildoestadolive.blogspot.com/2009/08/efetividade-como-consequencia-do.html>>.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009.

SÜSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições do Direito do Trabalho**. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005, v. 1.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. 3. ed. São Paulo: Itália, 1987.

TORRES, Ricardo Lobo. Cidadania multidimensional na era dos direitos. In: **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

1 PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Constituição de 1988. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm#adct>. Acesso em: 25.12.2010.

2 TORRES, Ricardo Lobo. Cidadania multidimensional na era dos direitos. In: **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 251.

3 FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da Justiça brasileira. In: **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005, p. 105.

4 BERCOVICI, Gilberto. Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004, p. 180.

5 SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 19.

6 SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009, p. 241.

7 TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. 3. ed. São Paulo: Itália, 1987.

8 PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, op. cit.

9 Ibid.

10 PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Constituição de 1934. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 27 dez.2010.

11 PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Constituição de 1937. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em 27 dez.2010.

12 PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Constituição de 1946. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>.

- gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em 28 dez.2010.
- 13 PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Constituição de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 27 dez.2010.
 - 14 BONAVIDES, Paulo; Miranda, Walter de Moura Agra Jorge. Comentários à Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 833.
 - 15 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008, p. 83.
 - 16 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009, p. 300-302.
 - 17 Ibid., p. 248-249.
 - 18 Ibid., p. 249.
 - 19 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2968&processo=2968>>. Acesso em: 28 dez. 2010.
 - 20 ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. ANASPS. Disponível em: <<http://www.anasps.org.br/index.asp?id=875&categoria=29&subcategoria=89>>. Acesso em: 28 dez. 2010.
 - 21 DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Tradução: Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 43.
 - 22 Ibid.
 - 23 SÜSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. Instituições do Direito do Trabalho. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 144, v. 1.
 - 24 Ibid., p. 143.
 - 25 PINERO, Miguel Rodríguez. Constituição, direitos fundamentais e contratos de trabalho. In: Revista Trabalho e Doutrina, n. 15. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 25.
 - 26 MEIRELLES, op. cit., p. 377.
 - 27 SANTOS, Nildo Lima. A efetividade como consequência do direito à estabilidade excepcional de servidor alcançado pelo art. 19 do ADCT – entendimento em evolução. A efetividade como consequência do direito à estabilidade excepcional de servidor alcançado pelo art. 19 do ADCT – entendimento em evolução. O caso dos servidores de juazeiro e o direito a integrarem plano de carreira e vencimentos e aos benefícios pecuniários estabelecidos em estatuto. Nildo Estado Livre. Disponível em: <<http://www.nildoestadolive.blogspot.com/2009/08/efetividade-como-consequencia-do.html>>. Acesso em: 24 dez. 2010.
 - 28 CF/67: Art 99 - São estáveis, após dois anos, os funcionários, quando nomeados por concurso. § 1º - Ninguém pode ser efetivado ou adquirir estabilidade, como funcionário, se não prestar concurso público.
 - 29 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200200584190&dt_publicacao=27/09/2004>. Acesso em: 28 dez. 2010.
 - 30 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Ilo. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/portugue/region/ampro/brasil/rules/organiza.htm>>. Acesso em 24 dez. 2010.
 - 31 CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS VIGILANTES E PRESTADORES DE SERVIÇOS. Vigilantecntv. Disponível em: <<http://www.vigilantecntv.org.br/Dieese/nota%20tecnica%2061%20-%20RatificacaoConvencao158rev.pdf>>. Acesso em: 26 dez. 2010.
 - 32 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, op cit.
 - 33 Nome propositalmente recortado para preservar os direitos relativos à personalidade do autor da referida ação, mas que pode ser visualizado no acompanhamento processual via internet na página do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.
 - 34 PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei 8.112/90. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 27 dez.2010.
 - 35 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. TRF5. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br/Jurisprudencia/resultados.html>>. Acesso em 24 dez.2010.
 - 36 Idem. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/archive/2009/08/200482010032621_20090814.pdf>. Acesso em: 23.12.2010.
 - 37 LIMA, Francisco Gérson Marques de. O STF na crise institucional brasileira: estudos de casos: abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
 - 38 MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, t. 4, p. 213.
 - 39 BARCELOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed.São Paulo: Renovar, 2008, p. 74.

40 LIMA, Francisco Meton Marques de. O resgate dos valores na interpretação constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como “ser-moralmente-melhor”. Fortaleza: ABC/Livraria FortLivros, 2001, p. 48.

41 LIMA, Francisco Meton, *Ibid*, p. 50.

42 BORGES, Arthur de Castro. Santo Ivo, patrono dos homens da Justiça. 3. ed. São Paulo: LTr, 1994, p. 233.

43 *Plurimae leges, pessima res publica: o pior governo é aquele que tem muitas leis.*

44 DANTAS, Ivo. Novo direito constitucional comparado. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 13.

EXTRAORDINARY STABILITY OF PUBLIC SERVANTS AND THE SEARCH FOR JUSTICE (AN ANALYSIS OF ART. 19 OF ADCT/CF88 BASED ON THE THEORY OF FUNDAMENTAL RIGHTS)

ABSTRACT

The extraordinary stability established in art. 19 of the Temporary Constitutional Provisions Act of the 1988 Constitution (ADCT/CF88), which granted rights to government servants that worked in equivalent conditions to those hired through public service admission examinations, due to the existence of a duplicity of regimes in Brazilian public administration, adheres to the values posted in the 1988 Constitution, as well as the Democratic State, thus it should be seen as amplifying and rooted in social aspects of its intricate factual and legal context. What at first sight seems crystal clear, in the eyes of the majority of Brazilian doctrine and jurisprudence of the Superior Courts has been seen narrowly, recognizing only stability, not permanency, harming workers especially with discrimination suffered in their workplace and regarding the acquisition of rights in their relationship with the public administration. We claim for the recognition of the previous period of work or actual condition, which must be understood in the exceptional circumstances established by art. 19 ADCT that details the institution of stability and permanency in public service. This situation justifies using the theory of fundamental rights, because it refers to a fundamental right of the second dimension, the right to work, to be provided in a dignified manner, so that Brazil can be gradually closer to the ideal of social justice.

KEY WORDS: Article 19 of the ADCT/CF88. Stability and permanency in public service. Exceptional situation. Theory of fundamental rights. Justice.