

Fátima

**PARECER SOBRE EFETIVIDADE
NO SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL:
CONCEITO, LIMITES, RELAÇÃO COM ESTABILIDADE E
OUTROS APONTAMENTOS**

Fomos questionados pela Diretoria da ASUFRJ sobre qual realmente é o conceito de *efetividade* no serviço público, qual a sua relação com a *estabilidade*, se há servidores sem *efetividade*, se os há sem *estabilidade*, e quais as decorrências práticas disso.

Em resposta, emitimos o presente Parecer.

O Direito Administrativo, talvez até mesmo em escala maior do que muitos outros ramos do Direito, é profícuo em estabelecer diversos conceitos, divergentes entre si, dos mais variados institutos. Como um ramo amplificado do mundo jurídico, provavelmente em virtude do significativo crescimento da máquina estatal nas últimas décadas (crescimento o qual, em muitos sentidos, apresentou-se extremamente positivo; mas em outros, somente expressava a ânsia de controle sobre os cidadãos e a formação de um aparato clientelista e corrompido, em torno de um Estado distante e autoritário), o Direito Administrativo tem a regular inúmeras faces de um mesmo e complexo aparelho estatal: regula as relações, em muitos casos, da Administração com os particulares, da Administração com os seus servidores, dos seus servidores entre si, dos órgãos administrativos com outros órgãos, sejam da mesma Administração, sejam de outras esferas, ou poderes etc.

Em face do corriqueiro laconismo ou ambigüidade dos textos legais (ou das discrepâncias conceituais entre eles), os juristas são, muitas vezes, chamados a elucidar conceitos que a lei, de uma forma ou de outra, não explicita. Neste esforço, movido pelas convicções íntimas destes profissionais, e da necessidade de encontrar respostas objetivas para fatos da vida, os conceitos multiplicam-se e contrapõem-se, em uma escala que seria bastante difícil precisar. Por isso, esta introdução tem a finalidade de esclarecer que este Parecer, a fim de não assumir o massante aspecto de uma comparação acadêmica de conceitos de direito administrativo, será levado a tão-somente, quando for o caso, apresentar algumas polêmicas, sem adentrar-lhes em maior profundidade, e buscar expor, de maneira sucinta, a compreensão dos integrantes deste Departamento sobre a matéria.

O conceito de *efetividade*, assim como muitos outros, também não é pacífico em doutrina e jurisprudência. Em primeiro lugar, cumpriria esclarecer que, tecnicamente, *efetividade* não é qualidade do servidor, mas do cargo que porventura ocupe. Isto é, não seria tecnicamente correto falar-se em *servidor efetivo*, mas sim em *servidor titular de cargo de provimento efetivo*. Isto porque o *provimento* (isto é, o ato de designação de uma pessoa para titularizar um

cargo público), de acordo com a modelística atual, pode ser **efetivo, vitalício ou em comissão**. Será vitalício, o cargo cujo titular só poderá ser dele desligado mediante **processo judicial**, não bastando o simples procedimento administrativo. Na atual Constituição, somente são cargos vitalícios os dos magistrados, os dos membros do Ministério Público e os dos **Ministros do Tribunal de Contas**. Será de provimento em comissão aquele que não se preenche em virtude de concurso público, mas sim de livre nomeação da Administração, respeitados os parâmetros legais e a recomendação constitucional de aproveitamento do pessoal de carreira. Nestes casos, o servidor é demissível *ad nutum*, a qualquer momento e independentemente de qualquer formalidade que não a publicação do afastamento: tal propriedade é da natureza deste cargo.

Os cargos de provimento **efetivo** compõem a imensa maioria dos cargos públicos no Brasil. E sobre eles que pairam as dúvidas que nos foram apresentadas, e é sobre eles, portanto, que centraremos nossas atenções.

Há quem diga que a efetividade é fato do qual decorre, necessariamente, a estabilidade. Há outros, como **CELSON ANTONIO BANDEIRA DE MELLO**, que chegam a identificar efetividade e estabilidade em cargo de provimento efetivo:

"Embora a Constituição, no art. 41, haja mencionado estabilidade, em rigor está a tratar da efetivação, que é a estabilidade em cargo de provimento efetivo, ao qual se acedeu por concurso público." (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta*. 2. ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1991. p. 32)

Outros ainda, com os quais concordamos, não vêem esta relação direta entre efetividade e estabilidade. Antes, preferem diferenciar os institutos, como modo de melhor compreender a dinâmica dos servidores em relação a seus cargos. É o caso, por exemplo, de **ADILSON ABREU DALLARI**, o qual, servindo-se de **TITO COSTA**, assim trata a questão:

"Efetividade: trata-se de uma característica da nomeação, pois pode haver, no serviço público, nomeação em comissão, em caráter vitalício ou em caráter efetivo. Já se vê, desde logo que o funcionário aprovado em concurso e nomeado para cargo de provimento efetivo, passa, em seguida à sua nomeação e posse, a ter efetividade, sem ter estabilidade." (TITO COSTA, apud DALLARI, Adilson Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*. 2. ed. rev. e atual. de acordo com a Constituição Federal de 1988. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990. p. 82)

7 E esta, precisamente, nossa opinião: a efetividade não se identifica, em nenhum momento, com a estabilidade. Apesar da respeitabilidade da opinião de **CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO**, acreditamos que o conceito que ele apresenta, no trecho já transcrito, é absolutamente insuficiente para dar conta da realidade objetiva. Efetividade, para nós, é característica do provimento de uma certa espécie de cargos públicos, que se prende, pois, a estes cargos (e não ao serviço público como um todo), e que se observa, em relação ao servidor, no momento imediatamente subsequente à sua posse neste tipo de cargo. Após ter sido nomeado, o servidor "confirma" sua nomeação mediante o ato formal de posse, que o investe no cargo, para todos os fins legais. A partir deste momento, podem ser exigidos dele seus deveres, bem como pode ele reivindicar seus direitos em face da Administração, vez que já foram legalmente cometidas a ele, com o ato de posse, as funções inerentes ao cargo. A partir deste momento, ele passa a ser titular de um cargo de provimento efetivo, com todas as decorrências legais. Poder-se-ia dizer, portanto, que a posse é o momento no qual se demarca, legal e formalmente, a passagem para uma nova qualidade na vinculação entre cargo e servidor: a efetividade não se identifica com a posse, é de fato iniciada, com ela, passa a existir a partir dela.

Já a *estabilidade* tem natureza, conceito, objetivo e alcance inteiramente diversos: relaciona-se ao **serviço público**, e não ao **cargo público** (nenhum servidor é estável "no cargo", mas sim no **serviço público** como um todo); não necessariamente atinge apenas a servidores que sejam titulares de cargos de provimento efetivo (o art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, p. ex., concedeu-a a todo aquele que, independentemente da forma de ingresso e do regime a que se submetesse, contasse pelo menos cinco anos de efetivo exercício, em 5 de outubro de 1988, data da promulgação da novel Constituição); é adquirida somente após o transcurso de dois anos de efetivo exercício, e em cargo para o qual tenha sido o servidor nomeado em virtude de concurso público.

Como se vê, trata-se de dois institutos em tudo e por tudo diversos, não se justificando, com a devida vênia, a confusão perpetrada pelo eminente **CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO** com conceitos visivelmente tão dispares entre si. De fato, como podemos observar, em regra pode até haver relação entre efetividade e estabilidade, no sentido de que, em absolutizando-se a modelística adotada pela Constituição vigente para o serviço público, dentro de algum tempo só teremos servidores estáveis que sejam igualmente titulares de cargo em provimento efetivo (o que hoje não se dá plenamente pela morosidade com que alguns estados e Municípios encaminham a elaboração de suas leis de regime jurídico único). Entretanto, nem todos os servidores "efetivos" (utilizamos a expressão entre aspas para chamarmos a atenção para o pouco rigor técnico desta expressão, como já apontamos supra) gozarão da estabilidade, seja porque alguns integraram-se, por força de lei, nos regimes jurídicos únicos

sem que tivessem, anteriormente, se submetido a concurso público (e é este o nosso caso, em virtude do art. 243 da Lei 8.112), seja porque, ainda que todos, futuramente, venham a assumir cargos de provimento efetivo em virtude de tais concursos, não prescindirão do transcurso dos dois anos exigidos pela Constituição para a aquisição da estabilidade, motivo pelo qual serão a principio apenas "efetivos" em seus cargos, para somente após dois anos deste efetivo exercício, adquirirem a estabilidade.

Postas na mesa as noções básicas de efetividade e estabilidade, as relações e as discrepâncias entre estes conceitos, podemos nos debruçar, agora, sobre o centro prático do questionamento que nos foi proposto: a) existe servidor sem "efetividade"? b) existe servidor "efetivo" sem estabilidade?

Como já dissemos anteriormente, o sistema administrativo atual no Brasil prevê três "tipos" de cargos públicos, a que correspondem três modalidades de provimento: o de provimento efetivo, o em comissão, e o vitalício. Como os servidores que desempenham suas funções em cargos de provimento vitalício ou em comissão são igualmente servidores públicos, podemos concluir que todos aqueles que se encontram em cargos como estes são servidores públicos civis a quem não se estende o conceito de efetividade que trabalhamos até aqui. Isto simplesmente porque o conceito de efetividade é estranho à natureza destes cargos, somente fazendo sentido em se tratando de cargos de provimento efetivo.

Podemos então reformular a pergunta para "existem servidores titulares de cargo de provimento efetivo que não detenham efetividade?", ou, ainda, "existem servidores que ocupem cargos que não sejam vitalícios ou em comissão que não detenham efetividade?". A resposta, em ambos os casos, será não. O cargo público não é uma abstração deixada aos caprichos das chefias, mediatas ou imediatas: existe concretamente, tendo definição e forma previstas expressamente na Lei 8.112, que assim o conceitua:

"Art. 3o. Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor.

Parágrafo único. Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão."

A Lei em questão não tratou dos cargos vitalícios, apesar de eles existirem por expressa previsão constitucional (arts. 95, I, 73, # 3o., e 128, # 5o., "a", todos da Constituição Federal).

Percebemos, pelo dispositivo transcrito acima, e com base naquilo que já dissemos ao longo deste parecer, que só há três formas de provimento em cargo público -

vitalício, em comissão ou efetivo.

Ora, se há servidor, e se ele, em virtude de expressa determinação legal, a saber, o art. 243 do chamado RJU, teve seu emprego transformado em cargo público, então este cargo não pode ter natureza sobrenatural, ele deve ser parte constitutiva de um sistema determinado, e que a própria lei em questão instituiu. Se não previu qualquer exceção, então é porque ela inexistente, devendo suas determinações serem interpretadas de forma integrada, como dispõe a boa hermenêutica. Logo, se os empregos ocupados pelos servidores são transformados em cargos públicos, a partir da vigência da Lei 8.112, então só podem ser transformados em cargos existentes, posto que conclusão diversa desta extrapola os limites toleráveis da lógica. Portanto, os servidores que, hoje, ocupem cargo público, terão, necessariamente, que ocupar cargo a que corresponda uma daquelas três formas de provimento. Destarte, concluímos que inexistente servidor público, hoje, que, exercendo regularmente seu cargo de caráter permanente e não vitalício, não ocupe cargo de provimento efetivo, e que, por isso mesmo, não goze de efetividade.

Todavia, não sucede o mesmo com a estabilidade. Se todo o servidor, nas condições supra aludidas, é "efetivo", nem todo o servidor "efetivo" (isto é, ocupante de cargo de provimento efetivo) terá direito, necessariamente, à estabilidade. Isto porque o texto constitucional, em seu art. 41, determinou que

"Art. 41. São estáveis após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público." (grifamos)

Ao finalizar fazendo esta alusão cristalina à necessidade de concurso público para a aquisição da estabilidade, a Constituição fechou a possibilidade de que viessem a adquiri-la servidores que não fossem nomeados em virtude deste específico processo de seleção para cargo público. Exceção a este princípio, somente o contido no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a que já fizemos referência anteriormente. Fora este caso, portanto, os servidores, ainda que titulares de cargos de provimento efetivo, não poderão ter acesso à estabilidade, senão após terem cumprido o requisito do concurso público, terem sido nomeados e empossados em virtude do mesmo, e ter-se transcorrido o período mínimo de dois anos de efetivo exercício.

Há quem discorde desta opinião, julgando que a Lei 8.112, ao transformar todos os empregos em cargos, expandiu a hipótese de aquisição da estabilidade constitucional para dois anos de efetivo exercício após o ingresso no RJU. Data venia, não nos parece muito jurídico este raciocínio, a um, porque a Lei não pode estabelecer situação diversa daquela prevista pela Constituição Federal, sem incorrer em vício de inconstitucionalidade, e a dois, porque a própria Lei 8.112 repete o postulado constitucional,

em seu art. 21, fazendo, mais uma vez, expressa alusão à necessidade do concurso, motivo pelo qual tal interpretação sequer encontra respaldo em uma exegese sistemática elementar.

Por este motivo, acreditamos que, por um lado, se há servidores ocupando cargos permanentes diferentes de cargos de provimento vitalício e em comissão, estes cargos são, necessariamente, cargos de provimento efetivo, razão pela qual seus ocupantes são, regularmente, titulares destes cargos, fazendo jus a todos os direitos previstos pela legislação específica dos servidores públicos, tais como ingresso na carreira, amplo direito de defesa, plano de seguridade social, enfim todos aqueles direitos que o Regime Jurídico Único assegura aos servidores públicos. Não farão jus, exclusivamente, e se for o caso, aos direitos cujo pressuposto seja a estabilidade, vez que essa, como já dissemos anteriormente, não se confunde com a efetividade.

Desta forma, um servidor, por exemplo, que tenha ingressado na UFRJ em 1986, mediante simples processo de seleção, que não tenha o **status** de concurso público, ficando submetido ao regime jurídico das leis trabalhistas. Em 5 de outubro de 1988, não contava ainda os cinco anos exigidos pelo art. 19 do ADCT para a concessão da estabilidade especial, prevista naquele dispositivo. Em 12 de dezembro de 1990, com o advento da Lei n. 8.112, e **ex vi** de seu art 243, teve, esse nosso servidor hipotético, seu emprego público convertido em cargo público. Este cargo será de provimento efetivo, o que, exatamente por isso, gera a situação de efetividade na ocupação deste cargo pelo servidor. Não havendo ingressado neste cargo de provimento efetivo via concurso público, mas **ex vi lege** (por força da lei), não alcançará a estabilidade nos dois anos ininterruptos de efetivo exercício, posto que a Constituição e a Lei elegem a nomeação em decorrência de concurso público requisito indispensável, a par do transcurso de dois anos de efetivo exercício, para a aquisição da estabilidade. Terá, entretanto, todos os direitos decorrentes da ocupação de cargo de provimento efetivo, **exceto** aqueles, e somente aqueles, que apresentarem como requisito legal explícito a aquisição de estabilidade (p. ex., a transferência, a reintegração ou a recondução, previstas respectivamente nos arts. 23, 28 e 29 da Lei 8.112, que se referem exclusivamente a servidores estáveis).

Entretanto, assim como os demais servidores, não poderá ser excluído do serviço público por simples ato de vontade da Administração, devendo responder, anteriormente, a regular processo administrativo no qual se lhe assegure amplo direito de defesa, com os meios e recursos a ele inerentes, consoante o disposto no art. 50., LV, da Constituição da República, c/c arts. 143 e 153 da Lei 8.112, bem como o entendimento expresso na Súmula n. 21 do Supremo Tribunal Federal. Neste particular, a única diferença entre o servidor estável e o não estável deflui precisamente do fato de a estabilidade referir-se ao serviço público, e não ao cargo, motivo pelo qual, se o cargo do servidor estável for extinto

em virtude de sua desnecessidade, o servidor estável permanecerá em disponibilidade remunerada, até seu adequado aproveitamento em outro cargo, a teor do art. 41, # 3o., da Constituição. Diferentemente, o servidor não atingido pela estabilidade, como vinculava-se exclusivamente ao cargo que detinha, não tendo qualquer garantia de permanência no serviço público como um todo, poderá ser desligado do serviço, se a Administração assim o entender, e desde que a extinção do cargo não se caracterize em artifício malicioso para contornar o direito do servidor à ampla defesa.

S.m.j., cremos ser o que nos cabia, para o momento.

Sub censura.

Rio de Janeiro, 15 de setembro de 1992.

DEPARTAMENTO JURIDICO DA ASUFRJ