

Parecer nº 03/2000 – Renata Guimarães Soares Bechara

Ementa: Empregado de empresa pública. Reenquadramento. Direito adquirido.

Senhor Procurador-Chefe,

Submete-se a exame desta Procuradoria-Geral do Estado o requerimento feito, em 27.10.98, por MARILANE BARBOSA GONÇALVES, que atualmente ocupa o cargo de Auxiliar Administrativo na Companhia de Turismo do Estado do Rio de Janeiro ("TURISRIO"), solicitando o seu reenquadramento para o cargo de Técnico de Nível Superior I, tendo em vista parecer elaborado pela Comissão de Desvio de Função, instalada pela referida empresa, em 1988, e designada especialmente para analisar a sua situação funcional (fls. 02), parecer esse conclusivo no sentido de que a servidora deveria ser reenquadrada.

Cumpra observar que, em 01.01.90, a Requerente foi reenquadrada para o cargo almejado (Técnico de Nível Superior I), nos termos da Portaria nº 1.562/89, expedida pela Diretoria da TurisRio, em 14.12.89, passando, desde então, a ocupar o cargo em questão, conforme se verifica dos documentos anexados ao Processo Administrativo nº E-11/20.206/97, em apenso (fls. 27). Posteriormente, a Requerente recebeu várias promoções no novo cargo (atos constantes de fls. 27, 43, 85, 96, 108, do processo em apenso).

Entretanto, em 07.01.98, a Portaria nº 2.151/98, da Diretoria da TurisRio, declarou nulos todos os reenquadramentos e as promoções verticais realizados na empresa após 05 de outubro de 1988 (fls. 259/260 do processo em apenso), declarando, inclusive, nulo o ato de reenquadramento da Requerente para ocupar o cargo de Técnico de Nível Superior I, tendo em vista a orientação emanada desta Procuradoria-Geral do Estado, manifestada nos pareceres nºs 05/92 – TLRS (fls. 125/127), 04/94 – LCVM (fls. 128/213), 03/92 – CGGT (214/221), 16/94 – JMA (fls. 222/232), 01/93 – TLRS (fls. 233/249).

Por conseguinte, a Requerente foi reconduzida, em 1998, ao cargo no qual estava enquadrada na data da promulgação da Constituição Federal de 1998, em 05.10.88, qual seja, o de Auxiliar Administrativo. Alegando haver, em 05.10.88, direito adquirido à ocupação do cargo de nível superior, a Requerente pretende retornar ao cargo de Técnico de Nível Superior.

Note-se que o Parecer nº 16/94 – JRWA (fls. 222/232, do processo em apenso) tratou, especificamente, de examinar a situação de empregados

da TurisRio promovidos em razão de desvio de função, devidamente comprovado, anteriormente à Constituição Federal de 1988, parecer esse que se refere à situação semelhante à da Requerente no pleito que ora se examina. Ou seja, servidores que sustentavam que, na data da promulgação da Constituição Federal de 1988, em 05.10.88, já reuniam todos os elementos necessários para ocupar cargos diversos daqueles para os quais tinham sido investidos originariamente na empresa.

Conclui o ilustre Procurador, no parecer em comento, que após a Constituição Federal de 1988 não mais seria possível qualquer forma de investidura derivada, diante do que dispõe a norma do seu artigo 37, inciso II, o que afastaria a pretensão dos empregados da TurisRio.

Contudo, ressaltou o aludido Procurador do Estado, o direito adquirido de determinado empregado de obter investidura derivada mesmo após a Carta de 88, tendo em vista que, em 05.10.88, tal servidor já reunia todos os requisitos legais exigidos para a ocupação do cargo pretendido, ainda que o ato de investidura se desse posteriormente à data da promulgação da Constituição de 1988. Desse modo, de acordo com o Parecer em questão, este empregado, em 05.10.88, já havia adquirido o direito de ocupar o novo cargo, não importando que o ato de seu reenquadramento tenha ocorrido sob a égide da Constituição Federal.

No entanto, ao examinar o referido Parecer, o Sr. Subprocurador-Geral do Estado aprovou-o em parte, afastando o entendimento segundo o qual seria possível se proceder, após 05.10.88, ao reenquadramento do servidor que reunia, naquela data, os requisitos necessários para ocupar cargo diverso daquele para o qual fora investido originariamente.

Sustentou o Sr. Subprocurador-Geral que, embora estivessem presentes os elementos necessários ao reenquadramento, não haveria direito adquirido em face da nova ordem constitucional, que se instalou a partir de 05.10.88, razão pela qual, a partir de então, não poderia a autoridade administrativa praticar o ato de reenquadramento do servidor, salvo se a própria Carta dispusesse expressamente a respeito de qualquer exceção, o que não ocorreu.

Para fundamentar a sua tese, referendada integralmente pelo Sr. Procurador-Geral do Estado, o Subprocurador-Geral cita o acórdão proferido pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 157.538-1-RJ, cuja ementa se encontra transcrita a fls. 230/231 do processo em apenso (1).

Assim, a questão objeto deste Parecer refere-se ao exame do alegado direito adquirido da Requerente, na data da promulgação da Constituição Federal de 1988, de ocupar o cargo de Técnico Nível Superior I.

Como se verifica do documento anexado a fls. 09 deste administrativo, o Sr. Presidente da TurisRio, em 25.07.88, havia determinado à Diretoria de Administração e Finanças da empresa que providenciasse a elaboração dos atos referentes aos pedidos, já deferidos, de reenquadramento de função, encontrando-se, dentre estes, a solicitação da Requerente.

Vale dizer que o pedido da Requerente, apresentado anteriormente a 05.10.88, teve por fundamento o parecer elaborado pela Comissão de Desvio de Função, que havia confirmado o exercício, pela Requerente, de outra função diversa daquela para a qual foi investida originariamente.

Verifica-se, portanto, que a Requerente, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, já havia preenchido todas as condições para a ocupar o cargo de nível superior, o que se constata do ato do Sr. Presidente da TurisRio que, em 25.07.88, determinou à Diretoria de Administração e Finanças daquela empresa fossem providenciados os atos de reenquadramento da servidora, que já estava exercendo as atribuições inerentes ao cargo pretendido.

Entretanto, por razões alheias a estes autos, o ato formal de sua investidura no referido cargo só veio a ocorrer após 05.10.88, motivo pelo qual o seu reenquadramento no cargo de nível superior, em 01.01.90, foi considerado nulo (fls. 27 do processo em apenso).

Portanto, o objeto deste parecer se resume em saber se um empregado, que, antes de 05.10.88, já tivesse reunido todas as condições objetivas para ocupar cargo diverso daquele para o qual havia sido investido originariamente, teria ou não direito adquirido a ocupar tal cargo, tendo em vista a promulgação da Constituição Federal de 1988, que condicionou qualquer forma de provimento, seja originário, seja derivado, à aprovação em concurso público.

Como já referido, no Parecer 16/94-JRWA, o visto do Sr. Procurador-Geral do Estado acolheu a tese da inexistência de direito adquirido em face da nova ordem constitucional, fundamentando-se no entendimento da 1ª Turma do E. Supremo Tribunal Federal no RE 157.538-7-RJ.

O voto proferido pelo Ministro MOREIRA ALVES, Relator do RE nº 157.538-7-RJ, acima referido, explicita os motivos pelos quais não foi atendido o pedido feito pelo autor da ação, o que resultou no entendimento segundo o qual não há direito adquirido em face da Constituição Federal:

“Com efeito, é firme a orientação desta Corte no sentido de que não há direito adquirido contra a Constituição Federal. Portanto, ainda que só faltasse a homologação acima referida

para que o pedido administrativo do ora recorrido fosse atendido, ela encontraria óbice na proibição constitucional cuja eficácia é imediata, alcançando efeitos futuros de fatos passados, sem óbice de alegação de direito adquirido.”

Esclareça-se que, na hipótese do RE 157.538-7, o ato de reenquadramento do servidor – decorrente de desvio de função – dependia, em 05.10.88, da homologação do provimento de recurso pelo mesmo interposto contra o ato administrativo que indeferira o seu pedido de ocupação de cargo distinto daquele para o qual fora investido anteriormente. Por conseguinte, na data da promulgação da Constituição de 1988 a situação do servidor não estava, ainda, definida ou consolidada.

Diversa é, contudo, a hipótese deste administrativo, na qual a servidora já preenchia todos os requisitos para ocupar o cargo de nível superior, dependendo, a regularização de sua situação, tão-somente do ato de reenquadramento, que só veio a ocorrer posteriormente a 05.10.88.

Cumpra, pois, perquirir se, diante da consolidada situação de fato da Requerente, em 05.10.88, a nova ordem constitucional constituiria óbice ao ato da formalização dessa situação pretérita, qual seja, o ato de reenquadramento da empregada.

Parece-nos que não. E neste sentido, já se pronunciou esta PG-10, conforme anota o d. Procurador Dante Bras Limongi no Parecer nº 02/99 – DBL, citando a opinião do i. Procurador Waldir Zagaglia, *verbis*:

“A fls. 50, o requerente traz cópia de parecer (processo E-07/200141/96) do Dr. Waldir Zagaglia analisando a situação de funcionários da FEEMA que antes de 05 de outubro de 1988, comprovadamente, exerciam a função de analista ambiental de fato e que naquela data reuniam as condições objetivas para terem naquela data suas situações funcionais regularizadas.

No referido parecer o então titular da PG-10 afirmava, tendo merecido a aprovação do Procurador-Geral do Estado, que as situações jurídicas já constituídas antes da nova ordem jurídica constitucional não foram por ela afetadas. Adiante reiterava o d. Procurador: os atos administrativos de enquadramento, depois considerados nulos, apenas reconheceram e formalizaram situações jurídicas preexistentes e até então, isto sim, irregulares, por conta do empregador, ao permitir o

exercício de função mais qualificada e melhor remunerada por servidores que reuniam condições legais para exercê-la. Assim, os atos de enquadramento, não obstante suas diversas implicações, têm ou tinham para o Direito do Trabalho cunho meramente declaratório, eis que constituída já estava a situação jurídica declarada.”

Outro não é o entendimento da 1ª Turma do STF, como se verifica do recente julgamento do RE nº 211.819-RJ, cuja ementa diz:

“EMENTA: Ascensão funcional de servidor público municipal – Implemento das condições necessárias à aquisição do direito, sob a égide de lei anterior à Constituição de 1988 – Reconhecimento e formalização posteriores – Circunstância despcienda – Existência de direito adquirido.

Recurso extraordinário não conhecido.”

(Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, DJ 24.09.99, p. 00043, j. 08.06.1999, Recte.: Município do Rio de Janeiro; Recdo.: Arleny da Costa Antunes).

Aparentemente, poder-se-ia dizer que os acórdãos proferidos no RE 157.538-7-RJ e no RE 211.819-RJ, embora tenham sido julgados pela mesma Turma, apresentam orientações divergentes. Mas não, eis que analisam situações diversas. Como visto, no caso do primeiro Recurso Extraordinário, a situação do servidor ainda não estava definida na época da promulgação da Constituição Federal de 1988, ao contrário da hipótese examinada no segundo Recurso Extraordinário.

O Relator do RE 211.819-RJ, Ministro OCTAVIO GALLOTTI, demonstra, em seu voto, a diferença existente entre o caso que analisou e o daquele do RE 157.538-7, *verbis*:

“Relevante seria a assertiva contrária à prevalência do direito adquirido em face da Constituição se, da norma aplicável se pudesse deduzir a finalidade de sua retroativa incidência.

Não é essa, porém, a hipótese dos autos, onde o teor do art. 37, II, da Carta de 1988, se revela naturalmente destinado aos provimentos subseqüentes à sua promulgação, sem denunciar a finalidade de voltar-se ao passado.

No caso, havendo sido reunidas, sob a égide da lei anterior de eficácia automática, as condições necessárias à aquisição do direito, incorporou-se ele, desde então, ao patrimônio da recorrida, despcienda a circunstância de seu reconhecimento e formalização posteriores.”

Considerando as características particulares da situação da Requerente, conclui-se que a mesma, antes de 05.10.88, já obtivera o reconhecimento do direito de ocupar o cargo de nível superior, diferente daquele que ocupou originariamente na empresa (veja-se, a respeito, o ato da Diretoria anexado a fls. 9), já tendo reunido naquela data todos os requisitos necessários para tanto.

Desse modo, o ato posterior à Constituição Federal de 1988, que formalizou o reenquadramento da Requerente não é nulo, eis que produziu efeitos meramente declaratórios com relação a uma situação de fato previamente constituída, efeitos esses que a nova ordem constitucional não impediu fossem produzidos.

Por conseguinte, e tendo em vista a orientação desta PGE e do STF no RE nº 211.819/RJ, entendemos que, smj, a Requerente tem direito adquirido a ocupar o cargo de nível superior para o qual foi, formalmente, reenquadrada em 01.01.90, e no qual permaneceu até 07.01.98.

À superior consideração.

Rio de Janeiro, 07 de abril de 2000

Renata Guimarães Soares Bechara
Procuradora do Estado