

Os efeitos da vacância por posse em cargo inacumulável e a (in)existência de direito adquirido: reflexões sobre as mudanças de investidura dentro das universidades federais sob o advento da Lei n.º 12.772/2012

The effects of vacancy for taking office into a non-accumulated job position and the (in)existence of vested right: reflections about changes of investiture inside federal universities under the Federal Law n.º 12.772/2012

Cynara Monteiro Mariano¹

RESUMO

O presente artigo aborda a temática acerca dos efeitos da vacância por posse em cargo inacumulável, prevista na Lei n.º 8.112/90 (Estatuto do Servidor Público Civil Federal), no art. 33, inciso VIII, e a polêmica existente em torno da (in)existência de direito adquirido à preservação dos direitos personalíssimos já incorporados ao patrimônio jurídico do servidor público durante a investidura anterior. O estudo tem por finalidade investigar se o entendimento que vem sendo conferido pelos órgãos e entidades da Administração Pública federal ao referido instituto, restringindo sua eficácia à continuidade de apenas algumas vantagens funcionais (por exemplo, férias e regime previdenciário), é harmônico com a garantia do direito adquirido e com os princípios constitucionais pertinentes ao assunto, especialmente o princípio da razoabilidade. Isso porque, diferentemente das demais hipóteses de vacância que resultam na interrupção do vínculo com a Administração Pública, a vacância por posse em cargo inacumulável não provoca a solução de continuidade, autorizando o raciocínio de que, nesse caso, os benefícios e vantagens sujeitos ao respectivo implemento dos requisitos fático-legais, uma vez já consumados, devem ser preservados. Ainda mais em se tratando de situações que vêm se tornando frequentes na carreira do Magistério Superior Federal, em que a mudança de vínculo ocorre muitas vezes entre cargos idênticos, dentro da mesma pes-

1 Pós-doutora em Direito Econômico pela Universidade de Coimbra/Portugal, Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará (UFC), Advogada e Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. E-mail: cynaramariano@gmail.com.

soa jurídica de direito público, entre unidades acadêmicas ou departamentais distintas. O artigo visa, então, estabelecer uma exegese jurídica diferencial para uma situação que reclama, ao nosso sentir, um tratamento igualmente singular, afastando a tese geral de inexistência de direito adquirido a regime jurídico, já pacificado na jurisprudência dos tribunais brasileiros.

Palavras-Chave: Cargo público. Vacância. Direito adquirido.

ABSTRACT

The present paper addresses the issue of the vacancy effects for taking office into a non-accumulated job position, provided in the Law No. 8.112/90 (Statute of the Federal Civil Public Servant), in Art. 33, clause VIII, and the existing controversy around the (in)existence of vested right to the preservation of very personal rights already incorporated into the legal patrimony of the public servant during the previous job investiture. The study aims to investigate whether the understanding that has been conferred by the organs and entities of the Federal Public Administration to the referred institute, restricting its effectiveness to the continuity of only some functional benefits (e.g., vacation and pension scheme), is harmonic with the assurance of the vested right and the constitutional principles pertinent to the subject, especially the principle of reasonableness. That is because, unlike other hypotheses of vacancy that result in the interruption of the employment bond with the Public Administration, the vacancy for taking office into a non-accumulated job position does not cause interruption, allowing the reasoning that, in such case, the benefits and advantages subject to the respective implement of the factual and legal requirements, as already accomplished, must be preserved. Even more when it comes to situations that have become common in the career of Federal Higher Education, in which the change of bonding often occurs between identical positions within the same legal entity under public law between different academic or departmental units. The article seeks, then, to establish a differential legal exegesis for a situation that claims, to our feeling, an equally natural treatment, ruling out the general thesis of lack of entitlement to statutory scheme, already pacified in the jurisprudence of Brazilian courts.

Keywords: Public job position. Vacancy. Vested Right.

1 INTRODUÇÃO

Os efeitos da vacância de cargo público constituem temática que ainda apresenta entendimentos dissonantes na doutrina e jurisprudência brasileiras, possivelmente pelo fato de as leis estatutárias regedoras dos respectivos regimes jurídicos do servidor público no País não estabelecerem os seus efeitos jurídicos de forma expressa. Isso resulta em decisões administrativas díspares entre os vários órgãos e entidades da Administração Pública, que geralmente conferem interpretação bastante restrita a tais efeitos, ancoradas em manuais internos, notas técnicas, pareceres normativos etc., ou seja, em atos normativos de natureza infra-legal, que muitas vezes atentam contra garantias e princípios constitucionais.

O assunto merece uma análise mais acurada porque envolve situações comuns no serviço público, em que, imbuídos pelo espírito desafiador ou com vistas a melhores condições remuneratórias e de trabalho, servidores públicos, muitas vezes já estáveis, logram êxito em outros concursos públicos, passando a ser investidos em novos cargos nas mesmas ou diferentes esferas da Administração Pública.

Há, inclusive, situação peculiar que vem se tornando frequente no âmbito da carreira do Magistério Superior Federal, em especial após o Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais (REUNI), instituído pelo Decreto nº 6.096, de 24 de abril de 2007. Com o REUNI, o Governo federal pretendeu retomar o crescimento do ensino superior público, criando condições para que as universidades federais do País promovessem a sua expansão física, acadêmica e pedagógica.

Como o Programa possibilitou a destinação de recursos financeiros para pagamento de despesas de custeio e de pessoal associadas à expansão das atividades decorrentes dos planos de reestruturação apresentados pelas universidades federais, houve a criação de um número expressivo de vagas no corpo técnico das instituições, o que impulsionou a contratação de muitos docentes e servidores administrativos, sendo aqueles, em sua grande maioria, submetidos ao regime de 40 horas com dedicação exclusiva. O Programa impulsionou também a migração de docentes e demais servidores entre as universidades federais e dentro das próprias universidades.

Nem mesmo essa situação peculiar, de mudança de vínculo na mesma esfera federal e dentro da mesma pessoa jurídica de direito público, foi capaz de

produzir um entendimento diferente da exegese restritiva que os órgãos e entidades da Administração Pública federal costumam empregar à vacância dos cargos anteriores, certamente obrigando os interessados a recorrer às vias judiciais para assegurar a manutenção de suas vantagens e direitos personalíssimos.

Mais especificamente, é usual ser negado, administrativamente, o aproveitamento do tempo de exercício anterior para fins de estágio probatório e as progressões e promoções já obtidas, mesmo quando os cargos são idênticos (mas ambos inacumuláveis) e exercidos dentro da mesma pessoa jurídica de direito público. Já para efeitos previdenciários e férias, é comumente assegurado o cômputo do tempo de exercício.

Verifica-se, portanto, que a Administração Pública costuma aplicar entendimentos equivocados e contraditórios quanto aos efeitos da vacância, considerando que não houve solução de continuidade para certos fins e que houve para outros fins. Mais precisamente, que não houve interrupção do vínculo funcional para efeitos previdenciários e para fins de cálculo das férias, mas que houve para efeito de estágio probatório e progressão/promoção na carreira, ainda que a nova investidura ocorra no mesmo cargo, mas pertencente a unidade administrativa diversa, como é o caso das unidades departamentais das universidades federais.

Isso sem qualquer amparo legal mais subsistente, pois a Lei n.º 8.112/90 não prevê expressamente os efeitos da vacância. Então nem mesmo o princípio da legalidade está sendo cumprido.

Assim, uma nova exegese, mais harmônica com o texto constitucional, e até mesmo com o próprio princípio da legalidade, deve ser estabelecida. Afinal, é raciocínio basilar no direito, extraído dos princípios da isonomia e da razoabilidade, que situações peculiares merecem tratamento diferenciado, não podendo mais subsistir esse entendimento da Administração Pública que emprega à vacância efeitos controversos, particularmente diante de situações que envolvam provimentos em cargos públicos indênticos e dentro da mesma pessoa jurídica de direito público.

2 DOS EFEITOS DA VACÂNCIA POR POSSE EM CARGO INACUMULÁVEL, DO DIREITO ADQUIRIDO E DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

Há diferença, em termos de efeitos jurídicos, entre a vacância motivada pela posse em cargo inacumulável, descrita no inciso VIII do art. 33 da Lei n.º 8.112/90, e a vacância derivada das demais hipóteses legais, previstas nos outros incisos desse mesmo artigo:

Art. 33. A vacância do cargo público decorrerá de:

- I - exoneração;
- II - demissão;
- III - promoção;
- IV - ~~ascensão~~; (Revogado pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)
- V - ~~transferência~~; (Revogado pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)
- VI - readaptação;
- VII - aposentadoria;
- VIII - posse em outro cargo inacumulável;
- IX - falecimento.

O efeito é justamente esse: a vacância por posse em cargo inacumulável, assim como a decorrente de promoção e readaptação, não resulta em solução de continuidade do vínculo mantido com a Administração Pública, enquanto a vacância resultante de exoneração e de demissão acarreta a interrupção do vínculo.

A vacância é o desligamento de cargo público efetivo, com a geração de vaga, que possibilita o servidor aprovado em concurso público ser nomeado para outro cargo inacumulável, independentemente da esfera de poder, e sem que haja o rompimento da relação jurídica com o ente onde o servidor se encontra inicialmente lotado. Obviamente, se não se verifica o rompimento da relação jurídica, devem ser preservados todos os direitos personalíssimos já incorporados ao patrimônio jurídico do servidor, como as férias já adquiridas, o tempo de contribuição, o regime previdenciário, o tempo de estágio probatório etc.

É nesse sentido que se expressa o entendimento exarado em alguns pareceres normativos da própria Administração Pública Federal:

Na hipótese de tratar-se de posse e conseqüente vacância de cargo pertencente à União, são preservados os direitos personalís-

simos incorporados ao patrimônio jurídico do servidor, mesmo se, na data em que este for empossado, os preceptivos de que advieram os direitos não mais integrarem a ordem estatutária, pois subsistirá a relação jurídica e nenhuma interrupção ocorrerá na condição de servidor da entidade empregadora. (Parecer N -AGU/WM-1/2000 – Anexo ao Parecer nº GM 013/2000).

Entende-se por direitos personalíssimos do servidor, todos aqueles que passaram a compor o seu patrimônio jurídico em decorrência de um vínculo com a Administração Pública, tais como as vantagens pessoais e as incorporações de décimos, bem como a contagem do período aquisitivo para novas férias. (Parecer PJ/SLP n.º 275/02)

Nos casos de provimento e vacância envoltentes de pessoas político-federativas distintas, aproveita-se o tempo de serviço ou de contribuição, conforme o caso, para efeito de aposentadoria. (Parecer N-AGU/WM-1/2000 – Anexo ao Parecer nº GM 013/2000). O servidor estável ou não estável, regido pela Lei nº 8.112, de 1990, que tomar posse em outro cargo público federal, que já tenha cumprido o interstício de 12 (doze) meses de efetivo exercício no cargo anteriormente ocupado, fará jus às férias e gratificação natalina correspondente àquele ano civil no novo cargo efetivo, caso não tenha usufruído, e desde que não haja quebra de interstício. (Nota Informativa COGES/DENOP/SRH/MP nº 305/2010 e art. 11 da ON SRH/MP nº 2/2011).

Deverá haver o acerto financeiro com relação à gratificação natalina, bem como em relação às férias por ocasião de vacância motivada por posse em outro cargo público inacumulável. (Parecer PJ n.º 275/02).

Não será exigido período aquisitivo de 12 (doze) meses de efetivo exercício para efeito de concessão de férias no novo cargo, desde que o servidor tenha cumprido essa exigência no cargo anterior (Art. 7.º, “d”, Portaria Normativa n.º 02/98).

Inclusive, mais especificamente, entendendo que a vacância por posse em cargo inacumulável, diferentemente da exoneração, mantém o vínculo anterior, preservando os direitos personalíssimos já adquiridos pelo servidor público, cite-se trecho do Parecer N -AGU/WM-1/2000 – Anexo ao Parecer nº GM 013/2000, da lavra de Gilmar Mendes, à época Advogado-Geral da União:

PARECER N. AGU/WM-1/2000 (Anexo ao Parecer nº GM-013)
PROCESSOS NS. 00400.001788/99-63 E 00416.011419/99-91
ASSUNTO: Posse em cargo público federal e conse-

qüente vacância de outro cargo, ambos inacumuláveis. Direitos que são adquiridos, preservados e extintos. EMENTA: A nomeação e a posse constituem relação jurídica entre o servidor e o Estado, gerando direitos e deveres. A exoneração os extingue.

(...) Na hipótese de tratar-se de posse e consequente vacância de cargo pertencente à União, são preservados os direitos personalíssimos incorporados ao patrimônio jurídico do servidor, mesmo se, na data em que este for empossado, os preceptivos de que advieram os direitos não mais integrarem a ordem estatutária, pois subsistirá a relação jurídica e nenhuma interrupção ocorrerá na condição de servidor da entidade empregadora.

(...) PARECER (...) 17. Essa noção de manutenção de vinculação funcional deflui ainda do regramento, que se cita à guisa de exemplo:

a) da estabilidade, dado que adquirida no serviço público (v. o art. 21 da Lei n. 8.112). Não se caracteriza como atributo do cargo, pois o servidor a mantém quando é investido noutro cargo de quadro de pessoal de uma mesma pessoa jurídica;

b) da recondução de pessoal estável, ao cargo de que é exonerado, decorrente da inabilitação em estágio probatório ou da reintegração do anterior ocupante do cargo ocupado pelo servidor a ser reconduzido (arts. 20 e 29 da Lei n. 8.112 e 41, § 2º, da C.F.);

c) da reclassificação de cargos e de servidores, mediante transformação dos primeiros, como determinada, exemplificativamente, pelo art. 4º da Lei n. 9.421, de 1996 (criou as carreiras dos servidores do Poder Judiciário).

18. Ora, se persistem: a) a condição de servidor quando este é exonerado de um cargo porque empossado em outro inacumulável, ambos de uma mesma pessoa jurídica; b) suas responsabilidades; c) a relação jurídica; e d) o amparo do tempo de serviço prestado, *ex vi legis*, não se reputaria coerente com o senso da razoabilidade o Estado entender suprimidos, interpretativamente, os direitos personalíssimos incorporados ao patrimônio jurídico do servidor (décimos, anuênios, etc.). Note-se que eles seriam tidos como eliminados não obstante a Administração haver inscrito o servidor no concurso público, aferido seus conhecimentos e condições de saúde, físicas e mentais, e efetuado a nova investidura, provocando prejuízos a quem submeteu-se aos desgastes próprios de qualquer processo seletivo público e galgou novo cargo, continuando a prestar serviços ao Estado, em regra, mais complexos e de maior responsabilidade.

19. Esses fundamentos jurídicos conduzem à certeza de que a

Nota Técnica CAJ/DGA-AGU/Nº 507/99, da Diretoria-Geral de Administração desta Advocacia-Geral (fls. 46/50), encerra o melhor resultado exegético, pois dirime que - o servidor exercente de cargo no Poder Judiciário Federal que, por ter sido aprovado em concurso público no âmbito do Poder Executivo Federal, pleiteia a incorporação das vantagens pessoais por ele já incorporadas quando do exercício do cargo no outro Poder da União. Mas frise-se, no caso sob exame, necessariamente não houve quebra do vínculo jurídico com o ente estatal União, até mesmo porque ambos os poderes, tanto o Executivo como o Judiciário, integram a Pessoa Jurídica de Direito Público Interno -União -, bem assim são regidos pelo mesmo regime jurídico único dos servidores civis da União, Autarquias e Fundações Públicas Federais, ou seja, a Lei nº 8.112/90. Desse modo, não resta dúvida de que o servidor que migra do Poder Judiciário Federal para exercício de outro cargo inacumulável no Poder Executivo, que também é Federal, poderá trazer consigo as vantagens pessoais já incorporadas no outro Poder da União, desde que não tenha havido quebra dessa relação jurídica ... -. Impende observar que o Parecer GQ - 208, de 16 de dezembro de 1999, adotou a Nota n. AGU/WM-46/99, de 1º/12/99, ambos publicados no D.O. de 21/12/99, a qual dilucida que o art. 15 da Lei n. 9.624, de 1998, restabeleceu a denominação das parcelas incorporadas aos vencimentos a título de décimos, inexistindo, portanto, as aludidas vantagens pessoais, nominalmente identificadas.

(...) 25. Em suma, a investidura de titular de cargo de Estadomembro, do Distrito Federal ou de Município em cargo federal inacumulável não restabelece direitos que tenham sido adquiridos em decorrência de cargo anteriormente exercido na União e extintos com a desvinculação. O tempo de contribuição ou de serviço prestado às primeiras unidades federativas é considerado para efeito de aposentadoria.

26. Os direitos personalíssimos incorporados ao patrimônio jurídico do servidor público federal subsistem quando este é empossado em cargo não passível de acumulação com o ocupado na data da nova investidura, pertencendo os dois à mesma pessoa jurídica.

27. A posse e a exoneração, cujos efeitos vigem a partir de uma mesma data, mesmo que envolvendo diferentes segmentos federativos, não proporcionam descontinuidade na qualidade de servidor público, de modo a elidir o amparo do art. 3º da Emenda Constitucional n. 20, de 1998. (grifos nossos).

Vê-se, portanto, que há entendimentos internos, consubstanciados

em pareceres normativos da própria Administração Pública federal, no sentido de que o servidor público que migra para outro cargo inacumulável, sendo regido pelo mesmo regime jurídico, poderá trazer consigo as vantagens pessoais já incorporadas na investidura anterior, desde que não tenha havido quebra dessa relação jurídica, o que ocorre justamente na hipótese de vacância por posse em cargo inacumulável.

Essa é também a orientação dominante no âmbito do Poder Judiciário:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. VACÂNCIA POR POSSE EM OUTRO CARGO INACUMULÁVEL. MESMO REGIME JURÍDICO ÚNICO. DIREITO À CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO. DIREITO ÀS FÉRIAS. INDENIZAÇÃO. ART. 77 DA LEI 8.112/90. VIOLAÇÃO NÃO CARACTERIZADA.

Cuidando-se de vacância por posse em outro cargo público inacumulável com o anterior, remanesce ao servidor o direito à contagem de tempo de serviço, bem como suas férias continuam a ser regidas pelo art. 77 da Lei 8.112/90, não havendo falar em enriquecimento ilícito, tendo as mesmas sido pagas com base no novo cargo ocupado à época de seu gozo. Violação não caracterizada. Recurso desprovido. (STJ, 5.^a turma, REsp 154219 / PB, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ 07/06/1999 p. 114).

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. NOMEAÇÃO, POSSE E EXERCÍCIO EM CARGO PÚBLICO INACUMULÁVEL. VACÂNCIA DO CARGO PÚBLICO ANTERIOR. FÉRIAS. CÔMPUTO DO TEMPO DE EXERCÍCIO NESTE. Decorrendo a vacância de posse e exercício em cargo público inacumulável, tem o funcionário público, nele investido, direito, para fins de férias, ao cômputo do tempo de exercício no cargo público anterior, porquanto, ao contrário do que sucede na hipótese de exoneração, incorre solução de continuidade no vínculo funcional com a administração pública federal. 2. Precedentes do TRF - 1.^a Região. 3. Recurso de apelação e remessa oficial a que se nega provimento. (TRF 1.^a Região, Segunda turma, AMS 62146 MG 1999.01.00.062146-1, Rel. Des. JUIZ CARLOS MOREIRA ALVES, DJU 09.04.2001, p. 81).

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO NÃO ESTÁVEL. DIREITO A FÉRIAS. VACÂNCIA POR POSSE EM CARGO INACUMULÁVEL. SOLUÇÃO DE CONTINUIDADE DO TEMPO DE SERVIÇO. INEXISTÊNCIA. INDENIZAÇÃO PROPORCIONAL DAS FÉRIAS NÃO GOZADAS NO CARGO ANTERIOR. HO-

NORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO EQUITATIVA. PROIBIÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS.

1. O que diferencia a vacância por exoneração da vacância por posse em cargo inacumulável é a solução de continuidade do tempo de serviço público, existente somente naquela primeira hipótese. Somente em relação à vacância por posse em cargo inacumulável, pois, aplica-se o art. 100 da Lei n.º 8.112/90, contando-se para todos os efeitos legais (inclusive para fins de férias) o tempo de serviço público pertinente ao exercício do cargo anterior.

2. Importa distinguir o servidor estável do não estável quando ele toma posse em outro cargo público inacumulável apenas para se aferir se terá ele direito a eventual recondução, prevista no art. 29 da lei n.º 8.112 /90; por conseguinte, não é acertada a interpretação de que, não sendo o servidor público estável, terá de pedir exoneração do cargo que exerce para poder tomar posse em outro inacumulável, somente se reservando a vacância prevista no inciso VIII do art. 33 da Lei n.º 8.112/90 àquele servidor que vai assumir novo cargo público quando já é estável no anterior.

3. Tomando o servidor posse no cargo de Procurador do Banco Central em 30/03/1994, sem qualquer solução de continuidade de seu tempo de serviço, passou a ter direito a férias de sessenta dias (direito antes assegurado ao Procurador Autárquico) e não mais precisava reiniciar novo interstício de doze meses para usufruí-la, tendo esse interstício termo inicial na data em que entrara em exercício como Oficial de Justiça Avaliador do TRT-6ª Região, ou seja, 16/02/1993. Como as férias pertinentes ao período de nove meses de exercício do cargo de Oficial de Justiça Avaliador do TRT-6ª Região no ano de 1993 (a partir de 16/02/1993) não foram gozadas em 1994, era direito do servidor que ao menos fossem indenizadas proporcionalmente, já que se transfere para o novo cargo todo aquele tempo de serviço anteriormente prestado. Precedentes do STJ e deste Tribunal.

4. As férias pertinentes ao segundo período aquisitivo em diante já podem ser usufruídas no mesmo período, somente se exigindo doze meses de exercício do cargo para o primeiro período aquisitivo, consoante art. 77, parágrafo 1º, da Lei n.º 8.112/90.

5. Consoante art. 20, parágrafo 4º, do CPC, nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários devem ser fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo 3º do mesmo dispositivo legal, cabendo, pois, ao magistrado, sem se ater àqueles limites

mínimo de 10% e máximo de 20% previstos no caput do citado art. 20, definir o valor da condenação em honorários. No caso, é razoável a fixação desse valor em R\$1.500,00 (um mil e quinhentos reais), salvo se essa fixação resultar em quantum superior àquele já fixado na sentença, caso em que a sua alteração acarretaria reformatio in pejus sem que exista apelo do particular para esse fim. 6. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, a que se dão parciais provimentos. (TRF 5.^a Região, 3.^a turma, AC 329886 PE 0030347-35.2003.4.05.0000, Rel. Des. Amanda Lucena, Diário da Justiça - Data: 21/08/2009 - Página: 352 - Nº: 160 - Ano: 2009). Grifamos.

Como se pode observar pelas ementas dos acórdãos acima citados e, em especial, pelo entendimento sintetizado no Parecer Normativo da Advocacia Geral da União de nº GM 013/2000, é razoável concluir que, na hipótese de vacância por posse em cargo inacumulável, o servidor público faz jus à preservação de todos os direitos personalíssimos já incorporados ao seu patrimônio jurídico, ou seja, tem direito à manutenção de todas as vantagens e benefícios funcionais que foram conquistados com o atendimento do respectivo suporte fático-legal.

Por conseguinte, os efeitos da vacância por posse em cargo inacumulável não remontam à tese de inexistência de direito adquirido à imutabilidade de regime jurídico, matéria que já é de entendimento pacífico nos pretórios brasileiros. Trata-se, por sua vez, de direito adquirido aos benefícios e vantagens funcionais já consumados em virtude do atendimento do respectivo suporte fático-legal (CF/88, art. 5.º, XXXVI).

Investigar genericamente se o servidor público possui ou não direito adquirido em face do regime jurídico demanda análise sob dois aspectos. O primeiro diz respeito ao estatuto funcional em si, e o segundo refere-se à aquisição de direitos pela realização do respectivo suporte fático previsto na lei estatutária anterior (CARVALHO FILHO, 2010, p. 677).

No primeiro caso, ou seja, quanto ao direito adquirido à imutabilidade de determinado estatuto funcional, obviamente a resposta é negativa, pois admitir a imutabilidade da lei significa impor obstáculo à soberania do Parlamento e promover um engessamento injustificável da estrutura administrativa dos Poderes, que sofre alterações em virtude de questões orçamentárias, como também em função da busca pela eficiência, melhoria dos serviços, melhor organização dos quadros funcionais etc. Dessa forma, se um esta-

tuto funcional contempla determinada vantagem ou benefício, sem exigir o implemento de requisitos fáticos, como a licença para trato de assuntos de interesse particular ou a licença para estudar no exterior, nada impede que tais licenças sejam extintas posteriormente, com a alteração legal.

Situação diversa ocorre quanto aos direitos individuais previstos na lei estatutária, cujo gozo é condicionado ao implemento de requisitos fáticos ou subordinado a um determinado fato gerador que a lei expressamente estabeleça. Aqui, se o referido suporte fático é consumado, o servidor passa a ter direito adquirido ao benefício ou vantagem, pois, nessa hipótese, não se trata do problema da imutabilidade das leis, mas sim da imutabilidade do direito em virtude da ocorrência do fato que o gerou, o que atrai necessariamente a proteção das garantias insculpidas no art. 5.º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988 (CARVALHO FILHO, 2010, p. 677).

Logo, dentro da tese geral de inexistência de direito adquirido à imutabilidade de regime jurídico, há nuances que devem ser estabelecidas. Se se tratar de preservação de instituto, vantagem ou benefício previstos na lei estatutária anterior que foram revogados pelo estatuto posterior, não há direito adquirido. Se for o caso de direitos individuais, cujo gozo foi condicionado pela lei anterior ao implemento de determinado suporte fático, tendo este se realizado, haverá direito adquirido em face do novo estatuto.

Esse mesmo raciocínio deve ser aplicado quanto aos efeitos da vacância por posse em cargo inacumulável. Se é verdade que na esfera federal a Lei n.º 8.112/90 não estabelece os efeitos dessa vacância, é razoável entender que qualquer entendimento interno dos órgãos e entidades da Administração Pública que venha a conferir interpretação restritiva de modo a vulnerar as garantias do art. 5.º, XXXVI, da CF/88, será inconstitucional.

Idêntica exegese deverá ser aplicada no âmbito das vacâncias e alterações de investidura dentro das universidades federais quando as mudanças ocorrerem entre cargos idênticos, inacumuláveis, perante unidades administrativas diversas. Ora, se a alteração se deu apenas quanto à lotação do servidor, que passou a exercer o mesmo cargo, mas junto a outra unidade administrativa, por força de novo concurso, a hipótese é de nova lotação e não de um novo provimento, inaugural, que desconsidera os direitos e vantagens já incorporados na investidura anterior. Se entre unidades federativas diversas isso ocorre, com muito mais razão deve ocorrer em se tratando da mesma pessoa jurídica de direito público interno.

A título de exemplo, imagine-se a hipótese de um professor adjunto, do Departamento de Cirurgia da Faculdade de Medicina, já estável, com regime de trabalho de 40 horas com dedicação exclusiva, pedir vacância para tomar posse no mesmo cargo de professor adjunto, 40horas/DE, da mesma universidade federal, após ter logrado êxito em outro concurso público, para o Departamento de Medicina Clínica. Se o cargo e as atribuições são as mesmas e o regime jurídico é o mesmo, não há qualquer razoabilidade, nem mesmo fundamento na legalidade, que possa autorizar o entendimento da Administração Pública no sentido de desprezar as promoções e progressões já obtidas ou obrigar esse servidor-docente a cumprir novo período de estágio probatório em virtude da segunda investidura junto ao Departamento de Medicina Clínica. O servidor, no caso, tem direito adquirido a todas as vantagens e benefícios já consumados na investidura anterior, portanto, ao período aquisitivo das férias, gratificação natalina, regime jurídico previdenciário, contagem do tempo de contribuição e, obviamente, a preservação da estabilidade e das promoções e progressões já obtidas.

A vacância por posse em cargo inacumulável, que não interrompe o vínculo com a Administração Pública, deve resultar na preservação de todos os direitos personalíssimos já incorporados no patrimônio jurídico do servidor, não havendo qualquer fundamento jurídico capaz de afastar o reconhecimento da estabilidade ou das promoções e progressões já obtidas. Além de inobservar o disposto no art. 5.º, XXXVI, da CF/88, a eventual decisão da universidade em obrigar o servidor a cumprir novo estágio probatório e/ou novos interstícios de promoção e progressão atenta contra o próprio interesse público.

Nesse contexto, também é útil lembrar que a estabilidade é adquirida no serviço público (art. 21 da Lei 8.112/90) e não no cargo.

Essa situação ostenta, portanto, uma particularidade importante. São cargos idênticos (Professor Adjunto, com regime de trabalho 40horas/DE), dentro da mesma pessoa jurídica de direito público. A única diferença entre os provimentos, quanto à sua eficácia, é a nova lotação do servidor, que deixou de ser no Departamento de Cirurgia para passar a ser no Departamento de Medicina Clínica. Mas lá ele era Professor Adjunto, e aqui, assim continua.

Essa particularidade não desaparece nem mesmo diante do advento da Lei federal n.º 12.772, de 20 de dezembro de 2012, que, dentre outros temas, tratou da estruturação do novo Plano de Carreiras e Cargos do Magistério Superior Federal. É que, atendendo uma parcela dos reclamos da

última greve dos docentes das universidades federais, o artigo 8.º desse novo diploma legal, com a alteração posterior da Lei n.º 12.863/2013, passou a dispor que “o ingresso na Carreira de Magistério Superior ocorrerá sempre no primeiro nível de vencimento da Classe A, mediante aprovação em concurso público de provas e títulos.”

Essa nova Classe “A”, criada como classe inicial da carreira, agora contempla os cargos de Professor Auxiliar-A, Professor Assistente-A e Professor Adjunto-A, dependendo o enquadramento da titulação do docente, se Especialista, Mestre ou Doutor, respectivamente (§ 2.º, inciso I).

Dessa forma, o ingresso dos docentes nas universidades federais, após a Lei n.º 12.772/2012, ocorrerá necessariamente na classe inicial da carreira, sendo o enquadramento no cargo condicionado à titulação. Sob a vigência da legislação anterior, o docente possuidor do título de Doutor, por exemplo, ingressava diretamente na classe C, a única prevista para o cargo de Professor Adjunto, que exigia e continua exigindo a referida titulação.

Levando em consideração essa nova realidade, e voltando à situação hipotética exemplificada, mesmo se a segunda investidura ocorresse após o advento da Lei n.º 12.772/2012, ainda assim o enquadramento do servidor-docente na classe inicial de Professor Adjunto-A, no Departamento de Medicina Clínica, seria equivocado, se o mesmo já estivesse enquadrado em outra classe superior, como a classe C, no Departamento de Cirurgia, como também se já tivesse obtido alguma progressão de nível, dentro dessa mesma classe (de Adjunto I para Adjunto II, III ou IV, por exemplo). Afinal, qual a finalidade perseguida pela Administração Pública em submeter o servidor a um novo enquadramento, a um novo estágio probatório e a novos interstícios de progressão se os cargos e atribuições são os mesmos, com idêntico regime de trabalho? E exercidos na mesma entidade empregadora? Ainda resultando em prejuízo remuneratório e funcional?

A eventual decisão da Universidade nesse caminho, desconsiderando as peculiaridades de se tratar do mesmo cargo exercido na mesma pessoa jurídica de direito público, além de afrontar a garantia do direito adquirido, ofende também os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Embora não sejam princípios expressamente previstos no texto constitucional, tais princípios, por serem considerados implícitos, dada a abertura do § 2.º do art. 5.º da Constituição Federal de 1988, vinculam igualmente a Administração Pública. No plano do direito infraconstitucional, é oportuno lembrar que a razoabilidade

de e a proporcionalidade são princípios expressos (art. 2.º da Lei n.º 9.784/99).

O certo é que, como bem salienta Lucia Valle Figueiredo, o princípio da legalidade não deve ser visto como condicionante de qualquer ato do administrador, que deve encontrar norma expressa que se enquadre exatamente ao caso concreto. O princípio da legalidade é bem mais amplo do que a ideia de mera sujeição do administrador à lei, pois este também deve necessariamente se submeter ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais. Portanto, a atuação da Administração Pública deve seguir os parâmetros da razoabilidade, legalidade e da proporcionalidade, que censuram o ato administrativo que não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei almeja alcançar (FIGUEIREDO, 2008, p. 42).

Dessa forma, a decisão da universidade em submeter o servidor a um novo enquadramento, a um novo estágio probatório e/ou a novos interstícios de promoção e progressão, pode até ser considerada formalmente legal, uma vez que aparentemente encontra lastro no art. 8.º da Lei n.º 12.772/2012. Materialmente, contudo, não o é, uma vez que, dada a garantia do direito adquirido (CF/88, art. 5.º, XXXVI), o referido dispositivo legal não pode ser aplicado à situação do servidor.

Ainda materialmente, a decisão também não pode subsistir porque não é razoável nem é proporcional, o que lhe retira toda a legitimidade e autoriza a sua invalidação judicial, como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 109):

É óbvio que uma providência administrativa desarrazoada, incapaz de passar pelo crivo da razoabilidade, não pode estar conforme à finalidade da lei. Donde, se padecer deste defeito, será, necessariamente, violadora do princípio da finalidade. Isto equivale a dizer que será ilegítima, como visto, pois a finalidade integra a própria lei. Em consequência, será anulável pelo Poder Judiciário, a instâncias do interessado.

Portanto, à míngua de razoabilidade e de proporcionalidade e por ofender o art. 5.º, inciso XXXVI da CF/88, a eventual decisão da universidade em submeter o servidor-docente a um novo enquadramento, a um novo estágio probatório e/ou a novos interstícios de progressão, impondo-lhe prejuízo de natureza remuneratória e funcional, mesmo que sob o amparo do

art. 8.º da Lei n.º 12.772/2012, não representa a melhor exegese do direito a ser aplicada, tendo em vista que a mudança de investidura entre cargos idênticos, dentro da mesma pessoa jurídica de direito público, deve ter como consequência, nesse caso, apenas a nova lotação do servidor.

3 CONCLUSÃO

Inserindo a problemática tratada neste artigo no bojo da Teoria da Constituição e da Hermenêutica Constitucional, é importante destacar que o princípio da legalidade não representa mais a única fonte do direito no âmbito da Administração Pública. Com a evolução da normatividade dos princípios constitucionais, estabelecida pelo giro hermenêutico pós-88, que substituiu a noção de legitimidade do direito com fundamento legal/racional/positivista, pela noção de uma legitimidade valorativa ou pós-positivista, o âmbito da interpretação jurídica no Brasil se expandiu para além da legalidade/positividade, acompanhando essa mesma evolução operada nos demais sistemas jurídicos com o pós-guerra e a derrocada dos regimes nazista e fascista. Após o terrível legado de tais regimes autoritários, cuja autoridade se impôs pela legalidade e pela força, a ideia de legitimidade da ordem jurídica floresceu, sendo estabelecida sua distinção com a legalidade.

Por aqui, em terras brasileiras, o dogma da estrita legalidade na Administração Pública necessita de abrandamentos há muito tempo (desde 1988, ao menos) para se compatibilizar com a Teoria da Constituição e a sua força normativa, onde, aliás, a ação administrativa encontra hoje a sua fonte de validade e de legitimidade. A densidade normativa que atualmente é reconhecida aos princípios constitucionais (dentre eles, o da razoabilidade e o da proporcionalidade), ao lado da ideia de Constituição dirigente (CANOTILHO, 1994) obriga a Administração Pública e o Poder Executivo a envidar todos os esforços necessários à plena efetivação dos direitos e garantias fundamentais, especialmente os sociais e econômicos.

Logo, segundo os atuais parâmetros democráticos e dirigentes, a fonte da autoridade não encontra mais lugar na racionalidade da lei. Assim, a ação administrativa não mais se legitima no seu enclausuramento na burocracia. É preciso, portanto, compatibilizar, dentro da Administração Pública, a con-

quista iluminista do Estado de Direito e do império da lei com a força normativa da Constituição e dos seus princípios. É preciso também, nessa compatibilização, estabelecer onde e quando ainda deve prevalecer a legalidade, e quando e onde a legalidade deve dar lugar à Constituição.

Na situação retratada no bojo do presente estudo, portanto, a estrita legalidade (no caso a Lei n.º 12.772/2012) não deve se sobrepor à Constituição.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2.^a edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CANOTILHO, J. J Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MARIANO, Cynara Monteiro. **Legitimidade do direito e do poder judiciário: neoconstitucionalismo ou poder constituinte permanente?**

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 28.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011.