Número 17 – janeiro/fevereiro/março de 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X -

DIREITO ADQUIRIDO À READMISSÃO, SEM OFENSA AO ARTIGO 37, INCISO II, CF.

Prof. Valmir Pontes Filho
Advogado, sócio do "Siqueira Castro Advogados", em Fortaleza. Professor de Direito Constitucional e de Hermenêutica Jurídica (UFC e UNIFOR). Mestre em Direito Constitucional pela PUC/São Paulo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA e da Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas.

Prof. Carlos André Studart Pereira
Procurador Federal.

Para facilitar a compreensão do tema em epígrafe, imaginemos que determinado servidor público, antes da vigência da Constituição Federal de 1988, formulou seu pedido de exoneração sabedor de que, a qualquer momento, poderia postular o reingresso ao cargo por ele anteriormente ocupado, tendo em vista expressa disposição legal permissiva.

Impende registrar, de logo, que era sobremodo comum, nos estatutos dos servidores civis dos entes federados, a previsão expressa da figura da readmissão ou reingresso.

Empós, já sob a égide da nova ordem constitucional, resolve, finalmente, o servidor retornar ao serviço público, protocolizando, para tanto, seu requerimento junto ao setor competente.

Na hipótese aventada, certamente, a Administração Pública iria indeferir o aludido pleito, com espeque na regra contida no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal.

Pois bem. A redação do dispositivo mencionado trata da forma de provimento de cargos públicos, instituindo que *"a investidura em cargo ou*

emprego público depende de aprovação prévia em concurso público..." (Inciso II com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 04/06/1998).

É certo que o concurso público é forma de acesso aos cargos e empregos da Administração direta, direta descentralizada (composta das autarquias e fundações públicas) e indireta (na qual se inserem as empresas públicas e as sociedades de economia mista). Busca, pois, resguardar a Administração Pública de abusos e atos imorais, por parte dos seus administradores e administrados, quando do recrutamento de sua mão-de-obra. A impossibilidade, como regra, de proverem-se os cargos e empregos por outros meios, senão por meio de certame amplamente divulgado, nada mais é do que uma segurança do Estado democrático fundado no princípio da isonomia. Vislumbramos, portanto, um forte conteúdo moralizador nas relações entre o Estado e o indivíduo.

Quanto a isso, deveras, não há qualquer discordância.

Entrementes, o que buscamos elucidar aqui é a situação daquele que, antes da ordem constitucional de 1988, estava amparado por dispositivo legal que previa a figura da readmissão ou reingresso.

Assim sendo, examinaremos, adiante, tal questão à luz do direito adquirido.

Podemos asseverar que *"é adquirido todo direito que: a) for conseqüência de um fato idôneo para o produzir em face da lei vigente ao tempo no qual esse fato realizou, posto que não se houvesse deparado ensejo de exercê-lo antes da execução de outra lei posterior a ele concernente; e que: b) sob o domínio da lei, durante cujo império ocorreu o fato de que se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu".* (C. F. Gabba, *in Teoria della Retroattività delle Leggi, seconda edizione riveduta e accresciuta dall'autore, Unione Tipográfico Editrice*, Torino, 1884, v. 1º, p. 191).

Em suma, a lei (em sentido amplo) nova opera livremente sobre a situação em curso, com a única condição de respeitar os elementos jurídicos anteriores que tenham um valor próprio em suas condições de validade e nos efeitos que anteriormente produziram, pouco importando que se trate de elementos propriamente constitutivos ou de elementos que criam obstáculos à sua constituição, desde que esteja em curso.

Assim sendo, o servidor, na hipótese em comento, ainda que sob a égide da Constituição pretérita, adquiriu, sim, o direito de retornar ao serviço público, por força de legislação então vigente, direito esse que se protrai no tempo, subsistindo inclusive na nova ordem constitucional de 1988.

Não estamos discutindo, agora, se essa forma de provimento (reingresso ou readmissão) foi ou não recepcionada pela atua Carta Magna. A questão, por ora, é outra.

Com efeito, o Poder Constituinte originário inaugura uma nova ordem jurídica, sendo incondicionado e insuscetível de limitações por qualquer direito anterior a ele, podendo atingir até mesmo a coisa julgada, os direitos adquiridos e atos jurídicos perfeitos. A nova ordem constitucional, portanto, não deve obediência ou respeito à ordem pretérita, não se podendo, *a priori*, invocar direito adquirido contra o texto constitucional originariamente posto. Demais disso, as normas constitucionais aplicam-se imediatamente, podendo inclusive retroagir.

Contudo, obtemperamos que todos esses argumentos, embora estimulantes, podem ser refutados. Não há dúvidas de que as normas constitucionais possam retroagir e alcançar fatos pretéritos. Para tanto, todavia, pensamos ser preciso que haja previsão expressa nesse sentido.

O artigo 37, inciso II, da CF/88 nada consignou a respeito, dispondo tão-somente que *"a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração".* Nada previu, portanto, neste ponto, em relação ao passado.

Quando o fez, aliás, foi para, ainda que de modo indireto, reconhecer válidas as admissões de servidores ocorridas antes de sua entrada em vigor, pela via do concurso público. Com efeito, o artigo 19 do ADCT, ao conferir a chamada "estabilidade provisória" aos servidores não concursados, mas com cinco anos ou mais de exercício funcional, logicamente admitiu, por exclusão, que as anteriores nomeações de servidores concursados foram feitas em caráter efetivo e remanesceram hígidas perante a nova ordem constitucional.

Na hipótese sob exame, de retorno ao serviço público, como já se disse, a Constituição aplica-se imediatamente, mas não pode retroagir no particular, pois o ato já teve o seu termo antes de sobrevir a nova regra constitucional, inexistindo nela qualquer menção à aplicação retroativa.

Constitui regra basilar de hermenêutica que a norma jurídica deve ser interpretada como um todo, adequando-se harmonicamente às respectivas partes integrantes.

Nesse contexto, se é certo que da leitura do artigo 37 da Constituição Federal pode resultar a conclusão de que são vedadas algumas formas de provimento derivado, não é menos certo que o seu artigo 5.º, inciso XXXVI, estabelece que a lei não prejudicará o direito adquirido, e que o parágrafo 2.º daquele mesmo dispositivo dispõe que *"os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".*

Temos, pois, como incontroverso o direito subjetivo do servidor a retornar ao cargo por ele anteriormente ocupado, sem a necessidade de aprovação em novo concurso público.

Não estamos sendo arautos da tese de que existe direito adquirido contra a Constituição originariamente posta, porquanto são coisas distintas os fatos passados, normados e consumados no tempo pretérito, e os fatos passados, mas cujos efeitos são contínuos, persistindo perante a nova lei (em sentido amplo).

Ora, se, por um lado, não se pode esgrimir direito adquirido contra a própria Constituição, por outro, tal regra não é absoluta, quando a própria norma esgrimida pelo julgador não quis ter alcance retroativo. Ação rescisória julgada procedente. (Ac. TST - AR - 664800/2000 - SBDI-2 - Rel. Ministro Ives Gandra Martins Filho)

Para não restar dúvida acerca da efetiva existência do direito adquirido na hipótese em comento, insta fazermos o exame de importantíssimos precedentes jurisprudenciais, oriundos do Supremo Tribunal Federal, órgão responsável pela manutenção da supremacia da nossa Carta Magna.

Pois bem, o Pretório Excelso, conquanto já tenha expressamente reconhecido que a figura da ascensão funcional (forma de provimento derivado) não foi recepcionada pela novel ordem constitucional (cf. ADI 245), ainda assim reconheceu o direito adquirido a um indivíduo de ver a sua ascensão efetivada. Observemos a respectiva 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 despicienda - Existência de direito adquirido. Recurso extraordinário não conhecido. (RE 211819/RJ - RIO DE JANEIRO - Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI Julgamento: 08/06/199)*

A parte contrária (Município do Rio de Janeiro), no julgado acima transcrito, alegou, para afastar a figura da ascensão, argumentos semelhantes àqueles citados alhures, quais sejam: a) ofensa ao artigo 37, inciso II, CF, que trata do “princípio concursivo de provas e títulos”; b) as formas de provimento derivado foram abolidas pela atual Carta Magna; c) não se pode invocar direito adquirido em face da Constituição originariamente posta.

Com a sutileza que lhe é peculiar, o Ministro relator, Octavio Galloti, elidiu todas aquelas alegações feitas pelo recorrente, em seu sucinto voto, corroborando, pois, a linha de pensamento que procuramos assentar:

> *"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, despicienda a circunstância de seu reconhecimento e formalização posteriores."*

Para não dar a aparência de que se trata de precedente isolado, colacionamos, adiante, outra judiciosa decisão do Excelso Pretório, que se revela ainda mais incisiva e semelhante ao caso em análise:

> *Recurso extraordinário. 2. Provimento de cargo público. Ascensão. 3. Direito adquirido antes do advento da Constituição Federal de 1988. 4. Inaplicabilidade do art. 37, II, da Constituição Federal. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE-AgR 222236/MG - Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA Julgamento: 17/10/2000). Destacou-se.*

Percebemos, portanto, que tal decisão cuidou, também, da denominada ascensão funcional, figura esta que não foi recepcionado pela atual Carta da República. Não obstante isso, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito adquirido do servidor, como se percebe da leitura do brilhante voto-condutor, da lavra do Ministro Néri da Silveira:

> *No sistema constitucional anterior, a exigência da prévia aprovação em concurso público dirigia-se, basicamente, à primeira aprovação investidura em cargo público. (...) É certo que a Constituição de 1988 adotou regra mais rigorosa, quanto ao provimento de cargos. No entanto, inaplicável, aqui, o art. 37, II, da Constituição Federal. É de revelar, na hipótese, que a autora adquiriu seu direito à classificação como Professor Nível 3, grau A, na qualidade de regente de ensino, antes do advento da Carta Magna de 1988.*

O mesmo raciocínio se deve aplicar ao caso aqui imaginado! Assim, embora se admita, apenas para argumentar, que o instituto da readmissão ou reingresso não tenha sido recepcionado pela ordem constitucional de 1988, há de se reconhecer, na presente hipótese, o direito adquirido, valendo-se dos mesmos argumentos invocados nos referidos julgados.

Dessarte, *mutatis mutandis*, à luz do direito adquirido se encontra plenamente resolvida a questão da possibilidade do reingresso ou readmissão, sem implicar qualquer ofensa ao artigo 37, inciso II, CF.

Dos ensinamentos hauridos desses imperiosos precedentes, chegamos à conclusão de que os dispositivos constitucionais, quando auto-aplicáveis, possuem, na verdade, o timbre de "doravante", ou seja, só se aplicam para o futuro, salvo, é claro, se determinarem, de forma expressa, que as suas normas alcancem os fatos consumados no passado.

Assim, se direitos foram adquiridos e atos se perfizeram juridicamente à luz da normatização constitucional ou legal anterior, impossível é pretender-se que essas manifestações pontuais do super-princípio da segurança das relações jurídicas sejam ofendidas por regra jurídica subseqüente.

Ora, quando o servidor, no exemplo trazido a lume, decidiu formular o seu pedido de exoneração, tinha ele a segurança de que poderia retornar ao serviço público a qualquer tempo, por conta de expressa previsão legal.

De logo se invoque, porque pertinente e indispensável ao deslinde do tema, o princípio da segurança das relações jurídicas, bem referido por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

> *"... esta segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, consequentemente – e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso – comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas"("Curso de direito administrativo", 12.ª ed., Malheiros, São Paulo, 1999, p.92).*

Pensar de outro modo significa lançar mão de argumento espúrio, contrário à segurança jurídica e arrasador do Estado de Direito.

Conquanto a questão não seja decisiva para o deslinde da questão trazida à balha, para saber se o instituto da readmissão foi ou não recepcionado pela nossa Carta Magna, deve-se investigar a finalidade presente

no seu artigo 37, inciso II: por que e para que o concurso público para provimento para o provimento de lugares funcionais? Primeiro porque a Constituição tem, como um dos suportes da ordem democrática, a igualdade de todos perante a lei, donde o direito a acesso de todos aos lugares funcionais públicos. Segundo, a exigência constitucional implica em restrição ao exercício discricionário do poder de nomear e/ou prover os cargos e empregos públicos, afastando a viabilidade do arbítrio e, conseqüentemente, o exercício abusivo ou com desvio de finalidade do mesmo exercício funcional. A determinação constitucional, portanto, é a pura aplicação do princípio da moralidade.

Pois bem, no que tange às formas de provimento derivado, a Constituição Federal não as descreve, deixando-se, por isso, a matéria para as regras do direito positivo subalterno, ainda que obedecidos, em qualquer hipótese, os mandamentos constitucionais pertinentes.

Com efeito, a nossa Lei Maior não prevê expressamente, como faz em relação à reintegração, à recondução e ao aproveitamento, a hipótese da readmissão. Outrossim, não faz qualquer referência à figura da reversão. Entrementes, jamais alguém chegou a afirmar que a reversão do aposentado, que é forma derivada de provimento, é inconstitucional.

A prevalecer, como se demonstrou acima, a tese desarrazoada da exclusão do instituto da readmissão, como forma regular de provimento derivado, por suposta inconstitucionalidade, qualquer outra forma não escrita na modelação constitucional seria igualmente inviável.

Em arremate, o fato de não mencionar, em seu texto, a expressão “reingresso” ou “readmissão”,como, de resto, não arrolou a Constituição outras formas derivadas de provimento, além das três que descreve expressamente, não significa ter a Lei Maior vedado outras maneiras de prover, derivadamente, os lugares funcionais. Deixou, portanto, a Constituição para o legislador subordinado o disciplinamento de outras formas, que a dinâmica administrativa impõe, de acordo com as regras de política administrativa, que cada círculo interessado estabelece, dentro dos limites da autonomia, que lhes é dada pela Lei Suprema.

Conquanto existam fortes correntes doutrinárias e jurisprudenciais em sentido contrário, não vislumbramos, no particular, qualquer embate entre o instituto da readmissão ou reingresso e a atual Carta da República. Tal entendimento decorre, notadamente, da interpretação teleológica dos preceitos constitucionais aqui ventilados.

CONCLUSÕES:

1. No exemplo apresentado, foi incorporado ao patrimônio jurídico do servidor, na vigência da Constituição pretérita, o direito de reingresso, podendo

este ser exercido a qualquer tempo, inclusive sob a ordem constitucional de 1988.

2. Consoante o entendimento do Supremo Tribunal Federal, "os dispositivos constitucionais têm vigência imediata, alcançando os efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima); salvo disposição expressa em contrário – a Constituição pode fazê-lo - eles não alcançam os fatos consumados no passado, nem as prestações anteriormente vencidas e não pagas (retroatividade máxima e média), não se podendo, pois, alegar qualquer ofensa ao inciso II do artigo 37, Constituição Federal."

3. Numa democracia, dos órgãos governativos o que se espera é uma conduta exemplar, mesurosa à lei, à moralidade, à isonomia e, notadamente, aos interesses da coletividade, estes bem mais valiosos do que os do Erário. Não é demasiado lembrar, além disso, que não pode haver progresso, notadamente social e econômico, sem permanência e estabilidade nas relações jurídicas, é dizer, que nenhum País do mundo avançou, social e tecnologicamente, sem que a liberdade e a democracia estivessem garantidas por uma ordem jurídica estável, infensa aos caprichos dos eventuais detentores do poder (que, na verdade, não passam de meros exercentes de competências juridicamente definidas).

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

FILHO, Valmir Pontes, PEREIRA, Carlos André Studart. DIREITO ADQUIRIDO À READMISSÃO, SEM OFENSA AO ARTIGO 37, INCISO II, CF. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa:

Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Ano 5, n. 16, jan./mar. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007. Trimestral. ISSN: 1678-7072. 1 – Direito Público – I. Fórum. CDD: 342. CDU: 34.