

PARECER

ART. 22 DO ADCT FEDERAL: OPÇÃO PELA CARREIRA

SÍLVIO BRAZ

Advogado; Professor de Direito; Ex-Presidente da OAB-CE; Ex-Procurador Geral do Estado

EMENTA: Art. 22 do ADCT federal: opção pela carreira de Defensor Público, excepcionalmente a independêr de concurso; mediante transformação do cargo, se inexistente vaga no quadro próprio; e por via de transferência do servidor, se vaga houver.

Informa-nos o Consulente, Dr. C. J. S., Assessor Jurídico da Superintendência do Desenvolvimento do Estado do Ceará - SUDEC, que, com a extinção desta, passou a ter exercício na Secretaria de Estado da Justiça, ocorrendo que, ao ser instalada a Assembléia Nacional Constituinte, encontrava-se no exercício das funções de Defensor Público na Comarca de Aurora, neste Estado, por requisição, prestigiada, do Juiz respectivo.

Ininterruptamente, desde então, e até esta data, conforme é comprovado, exerceu o Consulente tal **munus** na Comarca aludida, e na de Barro, sob o comando da COORDENADORIA DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA DO ESTADO - CAJE, que precedeu, neste Estado, a DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO, parecendo relevante para caracterizar suas funções e sua situação funcional a Certidão de 16.04.97 expedida pela Diretora da Secretaria da Vara Única daquela última Comarca:

“Certifico, a requerimento verbal da parte interessada, que nesta data tomou posse por força da Portaria nº154/97, datada de 23 de março do corrente ano, assumindo as

funções de Defensor Público desta Comarca, o Dr. C.J.S., Advogado da Secretaria da Justiça, lotado na Coordenadoria de Assistência Judiciária do Estado, tudo conforme Termo de Posse lavrado no Livro nº01, às fls. 5v./6, desta Secretaria de Vara Única. O referido é verdade e dou fé.” (o nome está por inteiro no original).

2. Ocorreu que, no texto do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, foi inserido o dispositivo seguinte:

“É assegurado aos defensores públicos investidos na função até a data de instalação da Assembléia Nacional Constituinte o direito de opção pela carreira, com a observância das garantias e vedações previstas no art. 134, parágrafo único, da Constituição”

A Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que “Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para a sua organização nos Estados e dá outras providências, secundou essa disposição, averbando:

“Art. 137. Aos Defensores Públicos investidos na função até a data da instalação da Assembléia Nacional Constituinte é assegurado o direito de opção pela carreira, garantida a inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições constitucionais”

Essa “regra geral” foi devidamente acolhida no art. 175 da Lei Complementar nº 06/97, do Ceará, que fixou em 90 (noventa) dias, após a sua vigência, o prazo para formalizar o interessado a sua opção. O que foi devidamente cumprido pelo Consulente.

Ante tais prescrições constitucional e legais, e dada a situação funcional descrita, indaga o interessado: a) se lhe aproveita a faculdade de opção excepcionalmente admitida pelo constituinte; b) como deverá operar-se, por força da opção, a vinculação ou o ingresso do optante na carreira.

3. Quanto à primeira indagação, pode responder-se:

Como se denota da precedente transcrição da norma, refere-se ela a “defensores públicos investidos **na função...**” Necessário atentar-se nisso, na referência a “defensores públicos” investidos **na função**, visto como, “da mesma forma como a linguagem natural constitui nosso mundo circundante, a que chamamos de realidade, a linguagem do direito estabelece o domínio

do jurídico, isto é, o campo material das condutas intersubjetivas, dentro do qual nascem, vivem e morrem as relações disciplinadas pelo direito”. Em tal caso, o conceito chave de que vai depender a conduta das partes envolvidas pela linguagem **prescritiva** (não só **descritiva, que é a linguagem** da Ciência) da regra constitucional em tela é o de **função** na epistemologia do Direito Administrativo (abstráida a do Direito Constitucional, por mútua de maior interesse na espécie). Para não ir longe na busca de tal significação, basta ver-se a colação que de Marcelo Caetano faz Diogo de Figueiredo Moreira Neto, no sentido de que “todo e qualquer grupo social organizado tem uma estrutura ordenada em atenção a certos fins cuja realização carece de desenvolver atividade”. Na idéia de “estrutura” está a de *órgão*; na idéia de “atividade” está a de *função*”, acrescentando aquele publicista: “Para Carré de Malberg, por funções estatais, em direito público, devem ser entendidas as diversas *atividades* do Estado, enquanto constituam manifestações ou diversos modos de exercício do Poder Público”(a . cit., “Curso de Direito Administrativo”, Forense, 11^a. ed., 1996, pág. 16).

Daí se conclui, linearmente, que, em Direito Administrativo, *função* é a atividade de um órgão estatal. Compreendendo atividade como *atribuição*, ensinou Hely Lopes Meirelles:

“Todo cargo tem função, mas pode haver função sem cargo. As funções do cargo são definitivas; as funções autônomas são, por índole, provisórias, dada a transitoriedade do serviço que visam a atender. Daí porque as funções permanentes da Administração devem ser desempenhadas pelos titulares de cargos, e, as transitórias, por servidores designados, admitidos ou contratados precariamente.”(a . cit., “Dir. Administrativo Brasileiro”, TR , 1979, 7^a. ed., pág. 389).

Harmonizam-se esses dois autores nacionais em autêntica complementaridade: para o primeiro, edificado em Marcelo Caetano, *função* é *atividade estatal*; para o segundo, é *atribuição* também estatal, nucleada em um cargo, se permanente, mas confiada a servidores designados ou admitidos em caráter precário se transitória, sendo certo que deixa de ser transitória ou precária a atribuição para cujo exercício foram criados cargos.

Isto posto, pode rematar-se referir-se o art. 22, do ADCT federal, a servidores que, até a data da instalação da Assembléia Nacional Constituinte, estavam investidos na *função, isto é, na atividade* de **defensores públicos** em caráter precário, como *designados* ou a outro qualquer título; menos como titulares de **cargo** de defensor público. Pois, se cargo já titulassem, não teria sentido a outorga excepcional da opção pela carreira.

Em resposta, pois, à primeira indagação, responde-se aproveitar a concessão do art. 22 do ADCT federal ao Consulente que, até a data ali assinada, exercia, como servidor *designado* por seus superiores hierárquicos, a **função** de defensor público.

4. Quanto à segunda indagação, a de letra b), supra, constata-se da norma examinada ter sido assegurada, aos servidores na mesma implicados, **opção pela carreira**. Vale dizer, manifestação da vontade de permanecer no exercício da **função** de defensor público, mas agora **integrados na carreira**. E isto só pode ocorrer mediante a ocupação, a titulação de um **cargo**. Esse, precisamente, o conteúdo da promessa constituinte: transformar uma situação de **fato** em situação de **direito**.

É claro que, se aos servidores naquelas condições foi assegurado o **cargo** de defensores públicos, a primeira conclusão a reter é a de que não deve tal cargo ser disputado com terceiros, não destinatários da norma, em concurso público. Fora assim, igualmente, não faria sentido a prescrição. Qual a via de ingresso na carreira, então?

Exibe o Consulente Acórdão emanado do e. Tribunal de Justiça do Ceará, segundo o qual foi, à impetrante, concedida ordem para a **transformação** do seu cargo de Assessor Jurídico em cargo de Defensor Público. Seria essa, admitimos, a solução para esta idêntica espécie, malgrado estejam proscritas hoje, com o advento da Constituição Nacional vigente, tanto a transformação de cargo, como outras formas de provimento em desprestígio do concurso público (STF, RE nº157.538-RJ, RDA 197/97). Todavia, no caso concreto, em que a própria Constituição, em disposição transitória, afastou a exigibilidade do concurso público, possibilitando a ocupação de cargo mediante mera **opção**, poder-se-ia cogitar do mesmo remate: transformar por ato administrativo, em cargo de defensor público, o cargo de Assessor Jurídico do Consulente. Mas, segundo nos informa este, existem na carreira, em função da reorganização legislativa do setor, 197 (cento e noventa e sete) cargos **vagos** de defensor, nas diversas entrâncias do Sistema Judiciário do Estado (foi exibida certidão comprobatória desse fato emitida pela Dra. Defensora Pública Geral). Nessa circunstância, extravagante seria transformar-se mais um cargo diverso em cargo de defensor público...

Parece-nos que o correto e mais racional solver do caso seria, como pode ser, a *transferência* do servidor (Consulente) diretamente do seu cargo de Assessor Jurídico para o de Defensor Público correspondente à entrância em que vinha prestando os seus serviços. A *transferência*, como instituto da prática administrativa, também está banida pela exigência do concurso pú-

blico, mas, conforme já ressaltado, a de que se cogita será a passagem de uma situação funcional precária para outra, definitiva, nos quadros de uma carreira, *excepcionalmente admitida pelo constituinte*. Cujas determinações deverão ser cumpridas... E é exatamente a transferência que, como movimentação **pessoal** do servidor, melhor responde ao desate da pendência, embora, diga-se ainda, não se trate de movimentação *horizontal*. O fim constitucionalmente assegurado - o ingresso na carreira mediante opção - estará, com absoluta adequação formal, atendido.

Creemos também satisfeita, com tal conclusão, a segunda indagação acima assinalada.

É o nosso parecer, s.m.j.

Fortaleza, 16 de abril de 1998