

## 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<sup>a</sup>. 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<sup>a</sup>. 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