



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

PROCESSO: PGE n.º 18487-391310/2012 (Ofício APEOESP n.º 16/2012)

PARECER: PA n.º 44/2012

INTERESSADO: Sindicato dos Professores do Ensino Oficial do Estado de São Paulo

EMENTA: **SERVIDOR PÚBLICO. PROFESSOR. Aposentadoria Especial.** Funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio. Inteligência do parágrafo 5º do artigo 40 da Constituição da República. Efetivo Exercício. Expressão que, no contexto do dispositivo, está a afastar apenas o cômputo de tempo de exercício de funções não compreendidas entre aquelas a que se refere a norma constitucional. Princípio da valorização dos profissionais da educação escolar. Competência de cada ente político para estabelecer o regime jurídico de seus servidores. Possibilidade de que, sem frustrar a finalidade evidente da norma que garante a aposentadoria especial, o legislador ordinário preveja situações de afastamento que possam ser consideradas de efetivo exercício para todos ou alguns efeitos. Licença para tratamento de saúde que, nos termos do artigo 81, II, do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo (Lei Estadual n.º 10.261, de 28 de outubro de 1968), conta-se como tempo de efetivo exercício para efeito de aposentadoria e disponibilidade. Faltas médicas que, consoante o artigo 1º da Lei Complementar Estadual n.º 1.041, de 14 de abril de 2008, conta-se como tempo de efetivo exercício para idêntico efeito.

Consideram-se de efetivo exercício, para efeito da aposentadoria especial prevista no parágrafo 5º do artigo 40 da Constituição da República, os dias em que o professor esteve afastado do serviço em virtude de licença para tratamento de saúde e falta médica, desde que, ao tempo do afastamento, o profissional do ensino estivesse exercendo as funções a que alude a norma constitucional.

1. Em ofício dirigido ao Procurador Geral do Estado, o Sindicato dos Professores do Ensino Oficial do Estado de São Paulo APEOESP expôs que, à conta de “equivocada interpretação” da lei, a Coordenadoria



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

de Gestão de Recursos Humanos da Secretaria de Estado da Educação não tem considerado como efetivo exercício, para fins de aposentadoria especial dos professores, os “períodos de licenças médicas e faltas médicas”. Solicitou, assim, audiência para tratar do assunto (fls. 2).

2. Instado a informar pela Chefia de Gabinete do Procurador Geral (fls. 3), o Centro de Vida Funcional do Departamento de Administração de Pessoal da Secretaria da Educação explicou que, de fato, a partir de meados de março de 2012, a São Paulo Previdência - SPPREV passou a devolver os processos únicos de contagem de tempo em que as faltas médicas e as licenças-saúde eram tidas como efetivo exercício. Segundo o órgão de pessoal, a autarquia de previdência agiu bem, porque só podem ser considerados como de efetivo exercício os afastamentos previstos no artigo 78 do Estatuto dos Funcionários Públicos (Lei Estadual n.º 10.261, de 28 de outubro de 1968), ao passo que o artigo 81, II, da mesma lei garante apenas que se contem os dias de falta médica e de licença-saúde como tempo de contribuição. Por fim, o órgão asseverou que os afastamentos previstos nos artigos 64 e 65 do Estatuto do Magistério Paulista (Lei Complementar n.º 444, de 27 de dezembro de 1985) também não podem ser reputados como efetivo exercício (fls. 4/8).

3. O Coordenador de Gestão de Recursos Humanos da Pasta informou, em acréscimo, que as discussões sobre os requisitos da aposentadoria especial de professor sempre se concentraram no local do serviço e no tipo de função desempenhada pelo agente, e que, por isso, não tem “clareza de que a administração, sempre, (...) tenha se preocupado em excluir da contagem de tempo de serviço e/ou contribuição, todos os períodos da carreira em que esse profissional, que inclusive conta com atuação diferenciada constitucionalmente reconhecida, tenha necessitado se afastar em razão de problemas com a sua saúde, seja por meio de faltas médicas abonadas ou de licença para tratamento de saúde legalmente concedida” (fls. 13/14).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

4. Assim instruídos, os autos seguiram à Subprocuradoria Geral da Área da Consultoria Geral (fls. 16), que, de seu turno, determinou a oitiva desta Especializada (fls. 17).

Opinamos.

5. Há quase vinte anos, esta Procuradoria Administrativa produziu o Parecer PA-3 n.º 70/1993¹, em que, ao móvel de interpretar o *caput* do artigo 41 da Carta de 1988 -- que, em sua redação primitiva, já tratava de requisito temporal para a aquisição de estabilidade pelos servidores nomeados por concurso público² --, tomou a expressão *efetivo exercício* ali empregada como sinônimo de *exercício real* das funções assumidas com a investidura.

6. A partir dessa premissa, o parecer construiu a tese de que os afastamentos do servidor durante o período estágio probatório, como regra geral, não poderiam ser contados para efeito do perfazimento dos dois anos (hoje, três) que a Constituição exigia como condição para a estabilidade. À regra escapariam as ausências reputadas "normais", como dias de descanso, feriado e de férias, eventos comuns a todos os servidores; não, contudo, os eventos "específicos a certos servidores ou derivados de situações eventuais", como licenças ou afastamentos em virtude de casamento, falecimento de parentes, acidente ou doença, maternidade, paternidade, serviço militar, atividade política, prêmio por assiduidade, trato de interesses particulares, desempenho de mandato classista, afastamento de cônjuge, afastamento para servir a outro órgão ou atividade, exercício de mandato eletivo etc.

¹ De autoria do Procurador do Estado CARLOS ARI SUNDFELD e aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 30 de junho de 1993.

² Texto original do *caput* do artigo 41 da Constituição: 1988: "**Art. 41.** São estáveis, após dois anos de *efetivo exercício*, os servidores nomeados em virtude de concurso público".



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

7. O ponto de distinção colocou-se, pois, entre afastamentos que poderiam, pela presumida vontade do legislador constituinte, ser vistos como *real, efetivo* exercício do cargo e aqueles que, contingentes ou excepcionais, não se incluíam no domínio da norma. O recurso à literalidade do texto, em que se confiou a mais não poder como método seguro de interpretação, estaria a apontar para a eloquência do adjetivo *efetivo* e, com isso, a desautorizar equiparações legais entre exercício e afastamento que procurassem sofismar a exigência constitucional, em si clara e suficiente.

8. De tais equiparações, tolerou-se, entretanto, a do artigo 78 do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado, porque, segundo se disse textualmente no parecer, “a Constituição não exigia fosse de efetivo exercício o tempo computado para aposentadoria, adicional por tempo de serviço e outros direitos que motivaram a definição legal”. No que tocava à aquisição de estabilidade, todavia, a expressão *efetivo exercício* estava lá, às escâncaras, na cabeça do artigo 41 da Lei Fundamental, a interditar ao legislador ordinário toda incursão no terreno da ficção, ou, enfim, a impedir que “contrariasse a realidade” (*verbis*), chamando de exercício o que exercício não era.

9. O parecerista não atinou com o fato de que, para uma modalidade especial de aposentadoria, a Constituição já, àquela época, exigia tempo de *efetivo exercício*. Professores aposentavam-se, então, “*aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais*”, como previa a alínea “b” do inciso III do artigo 40. Nada, entretanto, que compromettesse a qualidade da peça opinativa, que, é de convir, propusera-se a resolver problema diverso, o do estágio probatório, em relação ao qual as conclusões extraídas faziam todo o sentido. No final das contas, estava-se a reagir – e com raro engenho de raciocínio – a uma só questão: como poderia ser avaliado pela Administração o servidor que passasse boa parte do curto



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

período inicial do vínculo com o cargo afastado de suas funções, em exercício apenas fictício?

10. O remédio funcionou bem, até demais; o tempo passou, a Constituição foi-se alterando, o emprego da expressão *efetivo exercício* viu-se multiplicar no texto constitucional e, ainda hoje, não importa em que contexto ocorram, leem-se aquelas duas palavras com o mesmo sentido que lhes deu o Parecer PA n.º 70/1993. Numa das últimas vezes em que a Procuradoria Administrativa foi chamada a falar sobre o assunto, deduziu-se com perfeita coerência a ilação de que o tempo de licença para tratamento de saúde, que já não se computa no período de estágio probatório, igualmente não pode ser considerado para efeito da aposentadoria voluntária do servidor que também dependa, na letra da Carta, de requisito temporal de *efetivo exercício*. Referimo-nos ao Parecer PA n.º 274/2006³, que confirmou a tradição desta Especializada em interpretar, invariavelmente, a expressão constitucional em questão como sinônimo de exercício *real*, seja quais forem os fins a que ela esteja apensada.

11. Agora, nesse previsível crescendo de derivações práticas de uma interpretação gramatical fixada há duas décadas, vem à balha o problema específico da aposentadoria especial dos professores, que têm de comprovar, como se sabe, “*exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio*” (artigo 40, parágrafo 5º, da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 20/1998) se quiserem passar à inatividade com idade e tempo de contribuição reduzidos em cinco anos em relação à regra geral da aposentadoria voluntária com proventos integrais.

12. A levarmos adiante, como até aqui se fez, a postura filológica que tem orientado as manifestações desta Especializada a respeito

³ De autoria da Procuradora do Estado PATRÍCIA ESTER FRYSZMAN e aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 8 de março de 2007.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

do tema, teríamos de concluir que não apenas a licença para tratamento de saúde ficaria de fora da contagem do tempo para que os mestres se aposentassem pela regra especial; de fora, também, estariam os afastamentos em razão de licença-prêmio, licença-gestante, licença-paternidade, nojo, gala, faltas abonadas e outros que, de igual modo, não se amoldassem àquela visão severa de *efetivo exercício*. Não nos poderia socorrer nem mesmo o Estatuto dos Funcionários Públicos, que, pela ótica do Parecer PA n.º 70/1993, estaria a conspirar acintosamente, pelo caminho do artifício ou do jogo de palavras, contra a letra cristalina da Constituição.

13. Apesar da força dos argumentos que nos precederam, não é assim que enxergamos. Nada nos remove a impressão de que a finalidade do estágio probatório foi o que determinou o entendimento sobre *efetivo exercício* fixado no Parecer PA n.º 70/1993. A noção de que se trata de um período de teste do servidor, que a Emenda Constitucional n.º 19/1998 mais tarde viria a cancelar⁴, deve ter sido cardeal para a afirmação que *efetivo* significa *real*, muito embora o parecer a tenha habilmente sonogado como premissa e revelado apenas como conclusão⁵.

14. *Efetivo* não significa apenas real. Aliás, este nem é seu significado mais conspícuo. *Efetivo* é o que, *real ou não*, produz ou exprime efeitos. Também pode significar o que, *real ou não*, atinge objetivos, funciona normalmente, é satisfatório ou aceitável ou bem-sucedido. Todas essas acepções registram-nas o Dicionário Houaiss da língua portuguesa e, com isso, queremos dizer que o parecer, conquanto afirmasse atender precipuamente à

⁴ Referida emenda constitucional alterou a redação do artigo 41 da Carta, que passou a exigir em parágrafo 4º, como condição para a aquisição de estabilidade, “a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade”. Além disso, o artigo 28 da mesma emenda, regra transitória, referiu-se expressamente ao “estágio probatório” dos servidores que então atravessavam o período descrito no *caput* do artigo 41.

⁵ Assim se afirmou no parecer: “Nessas condições, a literalidade do dispositivo parece conduzir à ideia de que a finalidade do prazo de dois anos anteriores à aquisição da estabilidade previsto no artigo 41, *caput* é de permitir a avaliação concreta do desempenho funcional do servidor (...)” (item 6, trecho final).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

P.A.	24
Fls.	
	JG

“literalidade” da norma constitucional, baseou-se numa *escolha* – ainda que informada – do intérprete.

15. Alteram-se as condições, é natural que mude a escolha. Não estamos mais diante estágio probatório, de seu exíguo prazo, da necessidade de que o servidor seja avaliado no dia a dia de trabalho até que possa, finalmente, adquirir estabilidade em seu cargo. O olhar tem de ser novo; a solução, diversa. Não há interpretação da Constituição que independa do problema concreto, já ensinava o jurista alemão KONRAD HESSE.

16. Que exige a Constituição para que o professor possa aposentar-se com requisitos temporais reduzidos? Que tenha efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio. **Com isso a Carta repele o exercício de qualquer outra função, e só.** O adjunto adnominal “*das funções de magistério (...)*”, de nítido papel especificativo, é chave para a compreensão do parágrafo 5º do artigo 40 da Constituição, e, deveras, é fundamentalmente sobre essa expressão que a doutrina e a jurisprudência têm-se debruçado em todos esses anos, ainda quando afirmam, vez por outra, que *efetivo* tem o sentido de *real*: **a contraposição faz-se entre o exercício da docência e o de outras funções, e não entre o exercício da docência e afastamentos que, em sua ampla maioria, constituem direitos de qualquer professor de acordo com o respectivo estatuto**⁶.

⁶ O Supremo Tribunal Federal tem deixado patente essa contraposição, ao decidir, por exemplo, que “A expressão ‘efetivo exercício em funções de magistério’ (CF, art. 40, III, ‘b’) contém a exigência de que o direito a aposentadoria especial dos professores só se aperfeiçoa quando cumprido totalmente este especial requisito temporal no exercício das específicas funções de magistério, **excluída qualquer outra**” (Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 178, Relator Ministro MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgada em 22 de fevereiro de 1996, g.n. No mesmo sentido: Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 528.443, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 16 de novembro de 2010). A Súmula 726 daquela Corte, a propósito, prescreve que para efeito de aposentadoria especial de professores não se computa o “tempo de serviço prestado fora da sala de aula” (g.n.), e não, absolutamente, qualquer tempo que o servidor passe fora da sala de aula, como o tempo de afastamento em virtude de licença-prêmio ou de licença para tratamento de saúde.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

17. Na verdade, se conseguirmos esquivar-nos daquela concepção peculiar que serviu, ainda que muito bem, à exegese do artigo 41 da Carta Magna, veremos de olhos bem abertos que, em nossa tradição jurídica, a regra tem sido a do emprego da expressão *efetivo exercício* para designar, além do exercício *real* ou *de fato*, quaisquer situações funcionais hábeis a produzir todos ou alguns dos efeitos jurídicos que o exercício de uma função pública comumente acarreta, tais como o direito à remuneração e à contagem de tempo de serviço para fins os mais variados⁷. É corriqueira nos estatutos a substituição da noção de simples exercício pela de *efetivo exercício*, com a óbvia finalidade de evitar que certos direitos conquistados pelo servidor público que importem o afastamento do serviço (v.g. o direito à licença-prêmio) não comprometam a aquisição de outros direitos decorrentes da relação profissional (v.g. o direito à aposentadoria).

18. Se é assim, nossa conjectura aponta na direção de que também o legislador constitucional, à parte a situação peculiar do estágio probatório, valeu-se deliberadamente de um conceito elástico, apto a açambarcar outras situações além do mero exercício *real* das atribuições do cargo, conforme as viesse prever a lei. No mais das disposições da seção da Constituição que trata dos servidores públicos, o emprego do adjetivo *efetivo* à frente do substantivo *exercício* parece-nos ter tido justamente a finalidade contrária daquela objetivada no *caput* do artigo 41: repelir, com o socorro de uma expressão já consagrada pelo uso na

⁷ Na época em que a Constituição foi promulgada, estava em vigor há mais de trinta e cinco anos o antigo Estatuto dos Funcionários Públicos da União, instituído pela Lei Federal n.º 1.711, de 28 de outubro de 1952, que, à semelhança do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo, empregava aquela expressão sempre que tivesse de abranger, além do exercício de fato, outros a que a lei atribuísse consequências como se de fato fossem. De acordo com a lei federal, por exemplo, vencimento era “a retribuição pelo *efetivo exercício* do cargo correspondente ao padrão definido em lei” (artigo 119, g.n.) e não apenas a retribuição pelo exercício de fato. A nova lei definidora do regime jurídico dos servidores públicos da União – Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990 – repetiu esse emprego em regras como as que concedem ao servidor exonerado o direito à indenização de férias não usufruídas “na proporção de um doze avos por mês de *efetivo exercício*, ou fração superior a quatorze dias” (artigo 78, parágrafo 3º, incluído pela Lei Federal n.º 8.216, de 13 de agosto de 1991, g.n.).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

legislação, interpretações pretensamente literais do texto constitucional que apoucassem os direitos ali previstos.

19. Validam essa tese duas observações, uma de ordem particular e outra de caráter geral. No que concerne especificamente aos professores, a Constituição enunciou no artigo 206 o **princípio da valorização dos profissionais da educação escolar**⁸, que, embora preordenado pelo texto normativo à ministração do ensino, termina por orientar a compreensão de todas as normas jurídicas relativas a esses trabalhadores, como “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas”⁹. Dessarte, entre conceder à expressão *efetivo exercício* o sentido de *exercício real*, de molde a limitar o direito à aposentadoria especial dos professores, e tomar aquela locução com sentido mais amplo, que, **igualmente compatível com o texto**, confira maior efetividade ao direito previsto na norma¹⁰, parece-nos preferível – e com larga vantagem – a segunda opção.

20. Apropriamo-nos, nesse ponto, da lúcida censura feita por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO a outras interpretações estritas do mesmo enunciado constitucional:

“Parece extremamente contraditório que, quando a Constituição, pela primeira vez, resolve inserir, como princípio constitucional a ser obrigatoriamente

⁸ “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (...) V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;”

⁹ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 53.

¹⁰ O princípio da máxima efetividade, como descrito por Gomes Canotilho, significa que “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê” (*Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2000, p. 1224).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

observado no ensino público, o da valorização dos profissionais do ensino, o alcance do dispositivo fique sensivelmente reduzido por uma interpretação restritiva do artigo 40, § 5º.”¹¹

21. E rejeitamos, por inconciliáveis com a amplitude do princípio constitucional, exegeses do parágrafo 5º do artigo 40 da Carta que se suportem apenas numa imaginada intenção do constituinte de compensar os professores pelo desgaste causado pelo exercício *real* das funções do magistério¹². Conforme observou o Ministro CEZAR PELUSO no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, de ação direta de inconstitucionalidade em que se interpretava o mesmo dispositivo constitucional,

“O problema é de valorização da atividade. Nós estamos partindo do pressuposto – e parece que isso fica subjacente, inconscientemente subjacente – de que a Constituição atribui aos professores um benefício particular quanto à aposentadoria, porque – e talvez seja essa a explicação de usarem guarda-pó – trabalham de sol a sol, com a enxada na mão!... Os trabalhadores rurais, do ponto de vista do desgaste físico, sofrem muito mais do que qualquer professor. E porque esses profissionais não recebem da

¹¹ *Aposentadoria especial. Aplicação aos integrantes do quadro do magistério*. Fórum Administrativo - Direito Público - FA, Belo Horizonte, ano 2, n. 22, dez. 2002. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=2855>>. Acesso em 25 de julho 2012.

¹² Interpretações desse jaez parecem puramente arbitrárias. Como sustentava FRIEDRICH MÜLLER ao negar a autonomia da interpretação teleológica, “a suposição de uma ‘ratio’ que não pode ser comprovada sob nenhum outro aspecto da concretização, desqualifica-se enquanto ‘valoração’ ou ‘ponderação’ subjetiva descolada da norma” (*Métodos de trabalho do direito constitucional*, 3ª ed., apud ELIVAL DA SILVA RAMOS, *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 172).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Constituição o mesmo tipo de benefício? Porque não se trata de valorizar o desgaste físico e psicológico, mas de valorizar uma função importante, como diz o art. 205, de uma atividade que faz parte da dignidade humana, porque é condição necessária para o desenvolvimento das virtualidades da pessoa. Isto é, uma pessoa que não receba educação não se desenvolve como pessoa e, portanto, não adquire toda a dignidade a que tem direito, e a educação, portanto, é, nesse nível, tão importante, que quem se dedique a ela como professor recebe do ordenamento jurídico um benefício correspondente.”¹³

22. Já no que toca aos servidores públicos em geral – esta é a segunda observação a que aludimos –, não nos escapa a ideia de que, com atribuir à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a competência para instituir o regime jurídico de seus servidores (artigo 39 da Constituição, redação original) por lei de iniciativa do Chefe do Executivo (artigo 61, parágrafo 1º, II, “c”), o constituinte relegou a cada ente político a tarefa de disciplinar a vida funcional desses agentes e, conseqüentemente, de dar os contornos de uma faceta essencial dessa vida, que é o *exercício*. Dispõe o legislador ordinário, pois, de um **espaço razoável** para fixar em que consiste o exercício e o que pode ser a ele equiparado, porque também apto a produzir efeitos, isto é, *efetivo*.

23. Não é a mesma situação de outros termos do texto constitucional que há muito vinham expressando um sentido unívoco, vulgar ou cientificamente assentido; ou de conceitos sobre os quais a Constituição peremptoriamente vedou qualquer interferência legislativa, como, em matéria de

¹³ Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.772, Relator Ministro CARLOS BRITTO, Relator para o Acórdão Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgada em 29 de outubro de 2008.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

aposentadoria de servidores, o de *tempo de contribuição*. Repare-se: não se acha na Carta, a respeito do tempo de *efetivo exercício*, disposição semelhante à do parágrafo 10 do artigo 40, que proíbe à lei “estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício”.

24. Dirão que o legislador constitucional não poderia ter exprimido – nas disposições concernentes ao estágio probatório e à aposentadoria especial dos professores, ou mesmo à aposentadoria voluntária dos servidores em geral – ideias diferentes pelo uso de uma mesma palavra ou expressão. A objeção, contudo, não se sustenta. Primeiro, porque, conforme certa vez observou o Ministro SYDNEY SANCHES, “muito embora a teoria do Direito Constitucional aponte para a correção dos termos pousados nas constituições, ante o alto grau de elaboração e análise a que foi submetido o texto, não se haverá olvidar que o nosso processo constituinte foi feito de maneira bastante insatisfatória e atravancada, apesar do longo período elaborativo, legando à Norma Suprema o infeliz apelido de ‘colcha de retalhos’. Deve ser visto com devida cautela o critério interpretativo de conceder muita importância ao uso dos termos, haja vista a frequência com que usou-se um termo por outro na Constituição Federal”¹⁴.

25. Depois, quando o assunto é interpretação da Constituição, é preciso colocar em perspectiva os métodos tradicionais de hermenêutica jurídica de origem civilista. De certa forma, já antecipava esse movimento, ainda no século XIX, o constitucionalista norte-americano JOSEPH STORY, que, como nos ensina PAULO BONAVIDES, rechaçava interpretações que, até de modo pedante, enxergassem o texto constitucional como palco de “exercícios ou torneios de acuidade filosófica ou perquirição judicial”¹⁵. Na visão de STORY, o que se deveria alcançar era uma *interpretação razoável*, pela qual as palavras fossem

¹⁴ Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 378, RTJ 143:27, *apud* LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 131.

¹⁵ PAULO BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 470.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

tomadas nas acepções que melhor se coadunassem com os objetivos evidentes da Constituição, sem rigorismos que desprezassem as motivações do povo e se contrariassem os princípios e valores que este elegeu. Cumpriria, pois, “recusar ou invalidar por molesta toda interpretação literal tendente a apoucar ou frustrar a importância atribuída àqueles fundamentos espirituais da realidade constitucional”¹⁶. Nenhuma regra uniforme de hermenêutica poderia ser aplicada ao texto constitucional sem que comportasse, bem por isso, modificações em sua aplicação a determinadas cláusulas.

26. Um dos dogmas clássicos de interpretação que STORY criticou foi precisamente aquele segundo o qual as mesmas palavras do texto têm de exprimir idêntica ideia. Na lição do jurista, que encontrou apoio na doutrina do Juiz MARSHALL - pedimos licença para traduzir o excerto -

“(...) não é de maneira alguma uma regra correta de interpretação compreender a mesma palavra com o mesmo significado, em qualquer lugar que ocorra no mesmo instrumento. Não segue, nem lógica nem gramaticalmente, que porque uma palavra é achada em determinada contextura na constituição, com um sentido definido, o mesmo sentido deve ser consequentemente adotado em qualquer outra contextura em que a palavra ocorra. Isso seria supor que os constituintes sopesaram apenas a força de palavras soltas, como filólogos ou críticos, e não de orações e objetos inteiros, como estadistas e pensadores práticos. E ainda assim nada tem sido mais comum que submeter a constituição a essa análise estreita e perniciosa. Homens de mentes engenhosas e

¹⁶ PAULO BONAVIDES, *op. cit.*, pp. 470-1.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

sutis, que buscam simetria e harmonia na linguagem, ao encontrarem na constituição uma palavra usada em certo sentido, o qual se encaixa em sua teoria favorita para interpretá-la, fizeram desse um padrão pelo qual medir seu uso em qualquer outra parte do instrumento. Estenderam-no assim, por assim dizer, sobre a cama de Procusto, aparando seu significado, quando parecia amplo demais a seus propósitos, e esticando-o, quando parecia muito curto. Portanto o distorceram até as formas mais antinaturais, e aleijaram-no, onde haviam procurado apenas lhe ajustar as proporções de acordo com as próprias opiniões. Foi muito bem observado pelo Sr. Juiz Marshall, no caso *Nação Cherokee vs. o Estado da Geórgia*, que ‘como foi dito, as mesmas palavras não têm necessariamente o mesmo significado ligado a elas quando encontradas em partes diferentes do mesmo instrumento. Seu significado é controlado pelo contexto. Isto é indubitavelmente verdadeiro. Na linguagem comum, a mesma palavra tem vários sentidos; e o sentido específico, com que é empregada em qualquer sentença, deve ser determinado pelo contexto’ (...)¹⁷

27. Logo, no contexto em que a expressão *efetivo exercício* é achada no parágrafo 5º do artigo 40 da Constituição da República, cujo núcleo de sentido está na natureza das funções desempenhadas pelo professor (“*funções de magistério*”) e não na forma desse desempenho (que importa ao estágio

¹⁷ *Commentaries on the Constitution of the United States; with a preliminary review of the constitutional history of the colonies and states, before the adoption of the constitution*, volume I, book III. Boston: Hilliard, Gray and Company; Cambridge: Brown, Shattuck and Co, 1833, § 454. Texto integral em inglês disponível em <http://www.constitution.org/js/js_000.htm>, acesso em 23 de julho de 2012.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

probatório do artigo 41), é-nos permitida interpretação que a identifique com o efetivo exercício de que tratam leis definidoras do regime jurídico desses servidores e a desidentifique, apenas, com o efetivo exercício de funções diferentes das enunciadas no dispositivo¹⁸. De acordo com essa hipótese, coube ao legislador de cada ente da federação integrar a norma fundamental pelo adensamento de seu conteúdo normativo até o limite permitido pelo texto, pois “É possível conceber que, ensejando a referida norma mais de uma leitura possível, o legislador opte por uma delas, exercitando o papel que lhe é próprio, de realizar escolhas políticas”¹⁹.

28. Voltemos nossa atenção, por isso, à legislação do Estado de São Paulo, cujo Estatuto dos Funcionários Públicos (Lei Estadual n.º 10.261, de 28 de outubro de 1968), aplicável subsidiariamente aos integrantes do Quadro de Magistério por força do artigo 96 do Estatuto do Magistério Paulista (Lei Complementar n.º 444, de 27 de dezembro de 1985), estabelece serem de *efetivo exercício* afastamentos em virtude de férias, casamento, falecimento de parentes, serviços obrigatórios por lei, licença à funcionária gestante, licença-paternidade, licença-prêmio, além de outros motivos arrolados no artigo 78.

29. Percebamos ainda mais: segundo o artigo 81, II, do mesmo diploma, constitui *efetivo exercício* para efeito de aposentadoria e disponibilidade o tempo de licença para tratamento de saúde²⁰. Aqui, a lei não diz expressamente *efetivo exercício*, mas, no rastro do artigo 78, é exatamente disso que trata, até porque apenas os dias de efetivo exercício podem ser computados na

¹⁸ Sobre o que se compreende nas “funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio”, confira-se o Parecer PA n.º 61/2010, de nossa autoria, aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 1º de junho de 2010; e o Parecer PA n.º 150/2011, da lavra da Procuradora do Estado PATRÍCIA ESTER FRYSZMAN, aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 25 de junho de 2012.

¹⁹ LUIS ROBERTO BARROSO, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 133.

²⁰ “Artigo 81 - Os tempos adiante enunciados serão contados: (...) II - para efeito de disponibilidade e aposentadoria, o de licença para tratamento de saúde.”



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

apuração do tempo de serviço (artigo 77, parágrafo 1º). A distinção é apenas aquela percebida por RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA:

“A lei específica o que se deve entender por efetivo exercício, contando-se o tempo de afastamento, para todos os efeitos legais (art. 78), em virtude dos motivos constantes dos incisos que serão analisados.

.....

Vimos os casos em que o tempo de serviço, apesar do afastamento, é computado para todos os efeitos de lei, com a restrição mencionada no art. 79 e seu parágrafo único. **Agora, alguns artigos determinam a contagem do tempo de serviço, limitando, porém, seus efeitos.**

.....

Contar-se-á o tempo de serviço **para efeito de disponibilidade e aposentadoria** quando do afastamento para a prestação de serviços junto a entidades paraestatais e serviços públicos de natureza industrial (art. 81, inciso I), bem como a licença para tratamento de saúde (inciso II).”²¹

30. Satisfaz-se por intermédio da lei, concluímos, o pressuposto temporal da aposentadoria especial do professor que queira ver

²¹ *O funcionário estadual e seu estatuto: comentários sobre a Lei n.º 10.261, de 28 de outubro de 1968, Estado de São Paulo.* São Paulo: Editora Max Limonad, 1975, pp. 97 e 100, g.n..



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

computado o tempo de licença para tratamento de saúde. Não se trata, como erroneamente se tem dito, de simples tempo de contribuição, requisito constitucional desconhecido pelo legislador do estatuto e insuscetível de equiparação legal por força da proibição contida no parágrafo 10 do artigo 40 da Constituição, mas, sim, de tempo de *efetivo exercício*, que vive e revive na Constituição da República em disposições como a do parágrafo 5º do citado artigo.

31. O mesmo raciocínio pode ser desenvolvido em relação à falta médica. A lei que atualmente disciplina a matéria – Lei Complementar Estadual n.º 1.041, de 14 de abril de 2008 – dispõe que as ausências do servidor em virtude de consulta, exame ou sessão de tratamento de saúde, comprovadas na forma e até os limites ali previstos, “*serão computadas (...) para fins de aposentadoria e disponibilidade*” (artigo 4º). Novamente, embora a lei não diga, está a cuidar de tempo de *efetivo exercício*, segundo o conceito do Estatuto, apenas com efeitos limitados à aposentadoria e à disponibilidade. É, aliás, o que prescrevia de modo mais enfático o diploma que antes tratava do assunto: “*Serão considerados de efetivo exercício (...) para fins de aposentadoria e disponibilidade*” (artigo 4º da Lei Complementar n.º 883, de 17 de outubro de 2000, revogada).

32. Evidentemente, a contagem como efetivo exercício dos dias de afastamento em virtude de licença para tratamento de saúde e de falta médica pressupõe que o professor se haja afastado de funções **que possam ser enquadradas, de acordo com a norma constitucional garantidora da aposentadoria especial, entre as funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio**. Essas funções, não é demais lembrar, compreendem aquelas de direção, coordenação e assessoramento pedagógico exercidas em estabelecimento de educação básica em seus diversos níveis e modalidades por professores anteriormente investidos em cargos e funções-atividades docentes, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal ao julgar a Ação Direta de



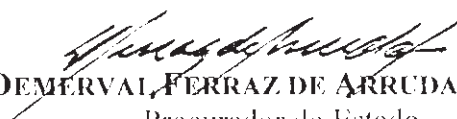
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Inconstitucionalidade n.º 3.772²². Em sendo outras as funções de que se deu o afastamento, não existirá o direito ao cômputo.

33. Por todo o exposto, nossa proposta vai no sentido de recomendar aos órgãos estaduais competentes, nomeadamente a Coordenadoria de Gestão de Recursos Humanos da Secretaria de Estado da Educação, a Diretoria de Benefícios de Servidores Públicos da São Paulo Previdência e a Unidade Central de Recursos Humanos da Secretaria de Gestão Pública, que considerem de efetivo exercício e, portanto, contem para efeito da aposentadoria prevista no parágrafo 5º do artigo 40 da Constituição da República os dias em que o professor esteve afastado em virtude de licença para tratamento de saúde e falta médica, desde que, ao tempo do afastamento, o profissional do ensino estivesse exercendo as funções a que alude a norma constitucional.

É o parecer, *sub censura*.

São Paulo, 31 de julho de 2012.


DEMÉRVAL FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR
Procurador do Estado
OAB/SP n.º 245.540

²² V. nota 18. *supra*.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

RUA: JOSÉ BONIFÁCIO -278- 9º ANDAR

PROCESSO: DGP no. 13.189/92

INTERESSADO: AURIMAR MANSANO

ASSUNTO: ESTÁGIO PROBATÓRIO.
ESTABILIDADE. MODO DE CÔMPUTO DO PRAZO DE DOIS ANOS.

Exigindo o art. 41, caput, da Constituição Nacional, o efetivo exercício do cargo por dois anos para aquisição da estabilidade, não podem ser contados, para integralização do estágio probatório, períodos de exercício ficto, como os de licença, afastamentos e ausências em geral. O afastamento para exercício de mandato eletivo (CF, art. 38) ou para concorrer às eleições não são exceções a essa regra. O estágio probatório é período de avaliação concreta do desempenho do servidor no específico cargo para o qual foi nomeado por concurso.

PARECER PA-3 No. 70/93

1. Estuda-se, neste processo, a possibilidade de considerar cumprido o estágio probatório do Dr. Aurimar

Cesf



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

2

Mansano, delegado de polícia de 5a. classe, nomeado por decreto publicado no Diário Oficial do Estado de 12 de setembro de 1990 e classificado junto à Academia de Polícia a partir de 26 de setembro do mesmo ano.

O interessado afastou-se de suas funções, para fins de campanha eleitoral, a partir de 2 de julho de 1992, donde a dúvida sobre a possibilidade de computar ou não, como de efetivo exercício, o período relativo a esse afastamento.

2. Sobre o tema manifestou-se a douta Consultoria Jurídica da Secretaria da Segurança Pública, invocando o parecer PA-3 no. 143/92 e concluindo que o período de estágio probatório não prescinde do efetivo exercício e não pode ocorrer durante o afastamento para fins eleitorais (fls. 23/45).

Em sua longa manifestação de fls. 47/54, o Delegado Geral de Polícia sustentou ponto de vista contrário, no que foi acompanhado por outros pareceres elaborados pelos órgãos competentes da Polícia Civil (fls. 55/59 e 61).

O Secretário da Segurança Pública solicitou manifestação da Procuradoria Geral do Estado a respeito do

CSB/f



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

3

assunto (fls. 63), razão pela qual os autos vieram a esta Procuradoria Administrativa.

É o relatório.

3. Não há, nos autos, notícia a respeito do retorno ou não do interessado ao efetivo exercício de seu cargo após o afastamento eleitoral. Portanto, não há como saber se ele já cumpriu ou não o estágio probatório, mesmo se excluído o período do afastamento.

Ao que se infere das manifestações dos órgãos envolvidos, cuida-se aqui, agora, menos do exame da situação concreta do servidor e mais do estudo a respeito do modo como deve ser contado o prazo de estágio probatório.

O problema se põe a partir da situação de um servidor delegado de polícia. Daí as manifestações contidas nos autos haverem buscado base, em boa medida, nas normas legais referentes a essa carreira.

Porém, o assunto há de ser encaminhado com visão mais ampla. Não se trata propriamente de saber se um delegado de polícia tem ou não o direito de contar o

CC 8 f.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

período de afastamento eleitoral como tempo de efetivo exercício, para fins de integralização de estágio probatório. Cuida-se, isto sim, de averiguar se tal direito assiste aos servidores em geral. Com efeito, toda a dúvida está ligada à correta compreensão de preceitos constitucionais (não de regras legais) que se referem aos servidores em geral (não apenas aos membros da Polícia Civil).

Ademais, talvez não seja o caso de circunscrever nossa meditação à hipótese do chamado afastamento eleitoral. Como adequadamente lembrou o Sr. Delegado Geral de Polícia, a questão é mais complexa, já que envolve os afastamentos, licenças e ausências em geral.

4. Toda polêmica instaurada nos autos está ligada ao artigo 41, *caput*, da Constituição Federal. Diz ele, literalmente, que "são estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público". A questão é saber, concretamente, como contar esse prazo de dois anos. A partir de quando se inicia? Pode ser computado, para esse efeito, tempo de serviço anterior à posse no cargo? Os dias não trabalhados são considerados de efetivo exercício?

Handwritten signature



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

5

Convém esclarecer que nem o Texto Constitucional, nem a lei do regime jurídico único federal (lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990), nem o vigente estatuto dos funcionários públicos civis do Estado (lei 10.261, de 28 de outubro de 1968) contêm regras específicas a respeito. O que existe, nos três conjuntos normativos, são regras relativas à contagem de tempo de serviço em geral, para fins de aposentadoria e disponibilidade, adicionais por tempo de serviço, etc., sem que haja expressa referência ao problema do estágio probatório.

Explica-se essa relativa despreocupação com o assunto, por parte dos legisladores. De um lado, com a circunstância de que a exigência de concurso público, conquanto antiga em nosso Direito, até há pouco tempo ainda era fortemente prejudicada pelo uso de alternativas, algumas lícitas a seu tempo, outras abertamente irregulares, que conduziam, na prática das coisas, à admissão livre. É o caso dos servidores celetistas, que se tornaram quase a regra nos diversos Municípios brasileiros e que, como se sabe, não adquiriam estabilidade. De outra parte, é recente a generalização, dentro do serviço público, da organização das carreiras. Por isso, o chamado estágio probatório não merecia, no mais das vezes, grande atenção, transcorrendo sem que o Poder Público cuidasse de avaliar os servidores.

Carap



P.A.	41
Fis.	
	43

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

6

Agora que o concurso público se impôs, não só como exigência formal, mas como experiência concreta, e tendo sido estruturadas múltiplas carreiras, levando a que seus órgãos dirigentes se preocupassem com o acompanhamento do trabalho do servidor recém ingressado, cresce o interesse pelo estágio probatório e seus problemas jurídicos. Neste instante, sofre o aplicador com a escassez de doutrina e de jurisprudência e com a ausência de regras legais pensadas para solucionar as diversas questões envolvidas com o tema.

Diante disso, tem-se um único ponto de partida viável: esgotar todas as possibilidades de interpretação das normas constitucionais diretamente envolvidas. Isso não só porque a legislação é silente a respeito, mas sobretudo porque a imposição de dois anos de exercício para aquisição da estabilidade é constitucional, donde a inidoneidade de qualquer esforço exegético que tomasse em consideração apenas as eventuais regras legais.

5. Como disse, foi o artigo 41, **caput**, da Constituição a negar estabilidade ao servidor antes do segundo aniversário do exercício. Como todas as normas jurídicas, esta também há de ter alguma finalidade. O problema é que ela não está expressa no texto (como

(G. S. F.)



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

P.A.
FIS. 421
13

7

normalmente ocorre com as normas), donde as possíveis divergências em sua compreensão.

Ocorre imaginar que o condicionamento da estabilidade à passagem do biênio ___ e a consequente negativa do direito à estabilização imediata ___ tenha objetivado apenas conceder à Administração uma ampla liberdade de, no período, dispensar os servidores. Essa seria a finalidade da regra. Segundo essa visão, o biênio inicial teria sido definido como um momento de exceção à regra geral da estabilidade, que seria conatural à condição mesma de servidor. Nessa linha, seria correto dizer que a estabilidade não é algo adquirido como resultado de algum esforço, mas mera decorrência da passagem do tempo no calendário. Em outros termos: a estabilidade surgiria como a situação funcional padrão e desejável para todo servidor, pelo mero fato de sê-lo, tendo sido excepcionada, por certo período, em nome de algum interesse público justificador de um amplo poder de dispensa dos recém admitidos.

Percebe-se intuitivamente que, se for essa realmente a finalidade da norma, o biênio deverá ser contado mais em função do calendário do que da vida funcional do servidor, resolvendo-se sempre em prol da estabilidade ___ isto é, da regra geral ___ as dúvidas eventualmente surgidas quanto ao modo de contagem.

W. J. P.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

8

Mas também é viável supor que a finalidade da norma seja outra. O Constituinte pode ter querido permitir ao Estado a avaliação, durante certo tempo, do desempenho do servidor no concreto exercício do cargo, para confirmar as qualidades demonstradas no concurso público de que participou. Nessa visão, a estabilidade seria adquirida pelo servidor como resultado de sua adequada atuação no período, não como simples decorrência da passagem do tempo. O biênio inicial não seria um interregno de exceção à regra geral da estabilidade, e sim a época em que se poria à prova o servidor. Aprovado na avaliação, o interessado se habilitaria a permanecer nos quadros administrativos e, para esse efeito, adquiriria estabilidade. Vai implícita nessa construção a idéia de que, no curso dos dois anos, o Poder Público não é livre para dispensar o servidor; pode fazê-lo sim, mas apenas se o servidor não logra aprovação no verdadeiro exame prático a que se submete.

Caso seja correta essa trilha interpretativa, o cômputo do prazo de dois anos há de considerar mais a vida funcional do servidor do que a mera passagem do tempo e as dúvidas quanto ao modo de contagem hão de privilegiar as soluções que conduzam à mais ampla avaliação do servidor, mesmo às custas do adiamento da aquisição da estabilidade.

Estamos diante de dois caminhos distintos e contrapostos para a compreensão do artigo 41, *caput*, da

Costa



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

9

Constituição. Toda a polêmica se resume, em essência, no fato de que os diferentes intérpretes, quando miram o preceito, visualizam nele finalidades diferentes. Assim, tomar partido no debate é escolher entre elas. Como fazê-lo?

6. Admito que opções da espécie frequentemente derivam da mera vontade do exegeta. Se há dois caminhos de compreensão e o conjunto normativo não contém uma clara e inequívoca indicação em favor de um deles, não há, de fato, como evitá-lo. Talvez seja esse o caso, no tema objeto deste estudo. Se for, terei de, manejando os recursos sugeridos por meus padrões lógicos ___ e que certamente serão distintos dos conceitos de outros intérpretes ___ dar a minha opinião. Mas, antes de fazê-lo, devo perguntar se o texto da norma não me fornece algum indicativo.

Observo que o artigo 41 concede estabilidade após dois anos de **exercício**. Poderia ter dito: dois anos **após a nomeação**, ou **após a posse**. Se o tivesse feito, teria claramente tendido para o primeiro dos caminhos interpretativos que indiquei. Mas falou em exercício, a sugerir a exigência de concreto desempenho da função por dois anos como condição da estabilidade. Alguém poderá, contudo, objetar que a opção linguística do Constituinte

W. S. P.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

10

não teve esse objetivo, mas apenas o de definir, como termo inicial do prazo de dois anos, a data em que o servidor entrar em exercício (e que, como se sabe, não coincide necessariamente com a data da nomeação ou da posse), sem que haja nisso qualquer referência à necessidade de que, para tornar-se estável, o servidor permaneça realmente em exercício. Por isso, seria admissível que o legislador instituísse hipóteses de exercício ficto, isto é, situações em que, embora o servidor não trabalhe efetivamente, será considerado como se em atividade estivesse.

Vejo, porém, que o preceito não se contentou em mencionar o simples exercício, mas considerou importante adjetivá-lo. De fato, falou em **efetivo** exercício. Noto que, em outras passagens, o Constituinte omitiu essa referência. Quanto trata da aposentadoria (artigo 40), fala em **tempo de serviço** (não em tempo de serviço efetivo). Quando contrapõe o servidor aposentado ao que não o seja, define este último como servidor **em atividade** (artigo 40, 4o.), não como servidor em efetiva atividade. Ao permitir o cômputo, para aposentadoria, do tempo de mandato eletivo de vereador não remunerado, contempla os que tenham **exercido** o mandato (ADCT, artigo 8o., 4o.). Ao permitir a acumulação de postos de médico militar e de profissionais de saúde, fala dos cargos ou empregos que estivessem sendo **exercidos** (ADCT, artigo 18, 1o. e 2o.). Ao conceder estabilidade

Cesif



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

11

excepcional mencionou os servidores em exercício (ADCT, artigo 19) e os juizes togados também em exercício (ADCT, artigo 21).

Ao que me foi dado verificar, há, em todo o Texto Constitucional, somente mais uma referência ao desempenho efetivo da função: é a que se contém no artigo 53, V, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, exigindo 25 anos de serviço efetivo para o ex-combatente aposentar-se, com proventos integrais, aos vinte e cinco anos de trabalho. A menção ao efetivo serviço parece ter sido claramente colocada para, em relação a essa aposentadoria excepcional, afastar a regra geral autorizadora da contagem de tempo de serviço prestado a outros entes públicos e privados (CF, artigo 40, 3o., e artigo 202, 2o.)

Constata-se, destarte, que a Constituição não usa injustificadamente a expressão **efetivo** para qualificar o exercício de função pública. Não se trata daqueles termos banalizados pela repetição constante e aleatória. Ao contrário, encontramos-lo por duas únicas vezes. Numa ___ a do artigo 53, V, do ADCT ___ é patente haver sido usada para dizer algo juridicamente relevante. Será que, na outra ___ a do artigo 41, **caput**, ___ a expressão terá sido empregada para nada significar?

Coaxup



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

12

Convenha-se que isso não é provável. Como o emprego da palavra pelo Constituinte foi muito seletivo, é idôneo partir do pressuposto de que, com sua inserção no preceito em causa, quis dizer que, para a aquisição da estabilidade, não bastaria estar o interessado há dois anos em exercício, tomado este último termo no sentido que normalmente lhe é atribuído. Seria preciso algo mais.

Que algo mais será esse? Bem, a palavra **efetivo** tem o sentido vernacular de **real**. Assim, efetivo exercício parece significar **exercício real**, contrapondo-se a exercício não real, fictício. Se isso for certo, teremos de concluir que a adjetivação contida na norma foi ali posta justamente para impedir o cômputo de tempo de exercício ficto, que se admite para outros fins (como para a aposentadoria, por exemplo).

Nessas condições, a literalidade do dispositivo parece conduzir à idéia de que a finalidade do prazo de dois anos anteriores à aquisição da estabilidade previsto no artigo 41, **caput** é de permitir a avaliação concreta do desempenho funcional do servidor, como figurado na primeira hipótese interpretativa que expus ainda há pouco.

7. Alguém impugnará essa conclusão lembrando que as leis relativas ao funcionalismo tradicionalmente

Assuf



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

13

definem, como de efetivo exercício ___ portanto: usando a mesma expressão da Carta Nacional ___ períodos não trabalhados das mais diversas espécies. É o caso do estatuto estadual paulista, em seu artigo 78, segundo o qual "serão considerados como de efetivo exercício, para todos os efeitos legais, os dias em que o funcionário estiver afastado" em virtude de férias, licença gestante, licença prêmio, acidente em serviço, etc. Dir-se-á, então, que o Constituinte, ao falar em efetivo exercício, já levou em consideração a circunstância de que, em nossa tradição legislativa, efetivo exercício não se contrapõe a exercício ficto, ao contrário do que ocorre na linguagem comum. Daí a conclusão de que não seria contrário ao espírito do artigo 41, *caput*, considerar como de efetivo exercício, para fins de integralização do prazo de dois anos, aquilo que o legislador definisse como tal.

Não me seduz essa idéia, e isso por duas razões. De um lado, porque, como apontei anteriormente, o uso, pelo Constituinte, da expressão **efetivo** para adjetivar o exercício, foi eloquente, destinando-se a diferenciá-lo do mero exercício. Não posso, por isso, ser aliciado por uma interpretação que conduza à assimilação dos conceitos de **exercício** e de **efetivo exercício**. De outra parte, há de se atentar que o estatuto dos funcionários diz serem **considerados** (a expressão não é minha, é da lei) como de

Cláudio



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

14

efetivo exercício certos afastamentos, justamente porque, em verdade, de efetivo exercício não se trata. Em outras palavras: a lei criou uma ficção, alterando o sentido comum da linguagem. Pôde fazê-lo ___ e aqui está um ponto decisivo ___ porque a Constituição não exigia que fosse de efetivo exercício o tempo computado para aposentadoria, adicional por tempo de serviço e outros direitos que motivaram a definição legal. Daí nada impedir que a lei contrariasse a realidade. Mas, no que tange ao tempo para aquisição da estabilidade, a Carta exige o efetivo exercício e, sem violá-la, não se pode aceitar que o legislador, através de ficções arbitrariamente construídas, costee a exigência constitucional. Em outros termos: se a Constituição usou de palavra com um sentido comum e se não deferiu expressamente à lei o poder de redefini-la ___ e mais: se o fez de modo eloquente ___ deve-se entender que a interpretação do preceito em que inserida há de considerar o sentido comum.

8. Assim sendo, sou forçado a admitir que a literalidade da norma constitucional é, de fato, um indicativo muito sério de que o Constituinte quis fazer do biênio posterior ao ingresso um período de prova do servidor, como supus na primeira alternativa de interpretação formulada ao início. Por isso, estaria

CSF



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

15

eliminada, aqui, a possibilidade de o intérprete, defrontando-se com as duas alternativas, escolher entre elas através de um ato quase volitivo.

Perceba-se que, nesta longa reflexão, após haver colocado ___ penso que de modo isento ___ as duas alternativas, encontrei na literalidade da norma um forte argumento em prol da primeira. Note-se que isso é novidade da Constituição de 1988. De fato, nem a Constituição de 1946 (artigo 188), nem a de 1969 (artigo 100), falavam em **efetivo exercício**, ao delimitarem o tempo de trabalho exigido para aquisição da estabilidade; mencionavam apenas o **exercício**. Não obstante, a doutrina e a jurisprudência construídas antes da vigente Constituição, também se inclinavam, com toda tranquilidade, pela primeira alternativa.

A Súmula no. 21, do Supremo Tribunal Federal, editada ao tempo da Carta de 1946, dispôs que "funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade". Portanto, para nossa Suprema Corte, o biênio inicial é um período de estágio probatório, um período de apuração da capacidade do servidor.

O mesmo Tribunal, chamado a decidir sobre a possibilidade de a lei permitir, para fins de

CSF



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

16

integralização do estágio probatório, a contagem de tempo anterior à nomeação, respondeu negativamente, porque isto importaria em atentar contra a natureza e os objetivos do estágio (RDP 8/233 e RTJ 106/1.021). Disse o Ministro relator Moreira Alves, em seu voto vencedor no Recurso Extraordinário 90.181-SC: "o estágio probatório é um **testing program**, servindo para verificar-se se o servidor ratifica, na prática, o requisito da aptidão para o exercício do cargo para o qual, mediante a aprovação no concurso, deu provas de capacidade intelectual" (RTJ 106/1.025). No mesmo sentido, Pontes de Miranda (Comentários à Constituição de 1946, tomo VI, Borsoi, 3a. ed., 1960, p. 341).

Na doutrina, é também pacífico esse modo de ver as coisas. Consultar, a respeito, Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 17a. ed., 1992, p. 382), Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Curso de Direito Administrativo, Forense, 10a. ed., 1992, p. 204), Celso Antônio Bandeira de Mello (Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta, Revista dos Tribunais, 2a. ed., 1991, p. 122) e Adilson Abreu Dallari (Regime Constitucional dos Servidores Públicos, Revista dos Tribunais, 2a. ed., 1990, p. 81). Todos esses autores, colhidos ao acaso dentre tantos outros, vêm no período

224



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

17

inicial de dois anos um tempo de estágio, de avaliação prática dos serviços do interessado.

9. Tais elementos de convicção me levam a afirmar que, no artigo 41, *caput*, a Constituição impôs à Administração os deveres de: a) avaliar concretamente os trabalhos do servidor; e b) fazê-lo por dois anos.

Se isso é verdade, há de seguir-se a constatação de que nem o legislador nem o administrador podem renunciar aos poderes conferidos para o cumprimento desse dever de avaliação. Destarte, seria afrontoso à Constituição: a) deixar de fazer a avaliação, concedendo a estabilidade imediata (o que ocorreria, em muitos casos, se admitida a contagem, como se prestado no estágio probatório, de tempo anterior de serviço, público ou privado); e b) diminuir o prazo de avaliação (o que ocorreria, tanto se permitido o cômputo de tempo anterior, como se tolerada a integralização do estágio com períodos de afastamentos ocorridos após o ingresso). Em ambas as hipóteses, o interesse público, constitucionalmente qualificado, de que os servidores sejam avaliados de modo real por dois anos, como condição da aquisição de estabilidade, estaria sendo preterido em nome do interesse dos servidores beneficiados.

C. S. P.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

18

Daí a conclusão de que só podem ser computados, para fins de integralização do estágio probatório, os períodos de exercício real, efetivo, concreto, no específico cargo em que o servidor tenha sido admitido. Daí, também, a impossibilidade de cômputo de tempo de exercício ficto, mesmo que, para outros fins (como aposentadoria, adicional por tempo de serviço, férias, etc.), o legislador o considere como de efetivo exercício.

Assim, não podem ser contados:

- a) Tempo de serviço prestado a outras entidades, públicas ou particulares - pois, não correspondendo a exercício ocorrido na entidade que deve avaliar o interessado, sua consideração equivaleria a suprimir toda e qualquer avaliação;
- b) Tempo de serviço prestado à mesma entidade, em cargo diverso daquele a que se refere o estágio probatório - pois, na avaliação, deve ser confrontada a qualificação do servidor para o exercício de cargo certo, ao qual concorreu, não para qualquer cargo (seria intolerável, realmente, confirmar alguém no cargo de Procurador do Estado apenas porque, anteriormente, provou bem na função de escriturário);
- c) Tempo de serviço prestado à mesma entidade, em função semelhante à do cargo objeto do estágio probatório, mas em

Coop



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

19

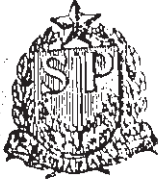
condição jurídica distinta (isto é, como temporário, prestador de serviço, celetista, etc.) - pois a permanência durante esse lapso de tempo jamais pode ser considerada como reconhecimento da aptidão para aquisição de estabilidade, eis que esse efeito não derivava do exercício;

d) Tempo de afastamento, licença ou ausência do cargo - pois, nesse período, o servidor não está no efetivo exercício do cargo no qual deve ser avaliado.

10. A impossibilidade de cômputo dos períodos de afastamento, licença ou ausência, coloca em jogo questão extremamente delicada: o que, para fins constitucionais, há de ser considerado como tempo de não exercício do cargo? Considerarei o problema logo a seguir. Antes, porém, devo examinar se os afastamentos determinados pela própria Constituição gozam de um regime jurídico distinto.

Diz o artigo 38 de nossa Carta que serão afastados de seus postos os servidores eleitos para mandatos federais, estaduais e distritais (inciso I), para o cargo de Prefeito (inciso II) e para mandato de Vereador cujo exercício seja, por questão de horários, incompatível com a função pública (inciso III). Nesses casos, dispõe o inciso IV, o tempo de mandato "será contado para todos os

WSP



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

20

efeitos legais, exceto para promoção por merecimento". Resultará disso que esse tempo é computável para fins de estágio probatório?

Em prol da resposta afirmativa, podem ser elencados os seguintes argumentos (que foram, implícita ou explicitamente, levantados nestes autos):

- a) A norma só exclui expressamente a promoção por merecimento, sendo inidôneo construir outras exceções por via interpretativa, eis que isso importaria em usar a interpretação extensiva contra um direito constitucionalmente assegurado, quando se sabe que as restrições a direito se interpretam restritivamente;
- b) O prejuízo decorrente da impossibilidade de cômputo do tempo de mandato, como se de estágio probatório fosse, corresponderia a uma pressão contra as candidaturas dos servidores públicos, atingindo um direito político fundamental;
- c) Ficando suspenso o estágio probatório durante o mandato, o servidor sofreria prejuízos pecuniários (ex.: se a lei prevê a promoção automática quando do término do estágio, a não promoção significa a perda da remuneração correspondente ao cargo a que se ascenderia) quando o artigo 38 teve o visível propósito de evitar prejuízos dessa ordem;

(assin)



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

21

d) É frágil o argumento de que o tempo de afastamento não pode ser contado para o estágio probatório porque, nele, o servidor deve ser avaliado em exercício, já que, para outras vantagens também dependentes de alguma avaliação (como a licença assiduidade, condicionada ao efetivo comparecimento ao serviço), a Constituição admite essa contagem.

A tais argumentos, pode-se responder como segue:

a) A impossibilidade de contar, para o estágio probatório, o tempo de afastamento para exercício de mandato, não decorre de interpretação extensiva da exceção prevista no artigo 38, mas sim da aplicação do artigo 41, *caput*, que exige o efetivo exercício para aquisição da estabilidade. Como o artigo 38 não excepcionou expressamente a regra deste último dispositivo, segue-se que ele deve ser aplicado mesmo para o afastamento destinado ao exercício de mandato político.

b) É exagerado afirmar que o servidor em estágio probatório vê ferido seu direito político apenas porque não será confirmado em seu cargo enquanto durar o afastamento. Há, decerto, algum prejuízo, mas este não é de monta suficiente a constranger a candidatura. A opção por uma carreira política, como todas as opções na vida, tem seus efeitos negativos sobre a situação pessoal anterior do

Castro



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

22

interessado e o Constituinte não pôde (nem quis) eliminá-los todos, tanto que negou a promoção por merecimento.

c) É certo que a impossibilidade de contar o tempo de afastamento político pode causar perdas pecuniárias, sobretudo indiretas. Mas é, também aqui, exagerado dizer que a Constituição quis impedir toda e qualquer perda. Tanto não o quis, que expressamente negou a promoção por merecimento, o que obviamente gera perda pecuniária.

d) Não é frágil o argumento de que o servidor deve ser avaliado no efetivo exercício do cargo, para nele ser confirmado. Essa exigência está expressa em norma constitucional e tem uma óbvia ligação com o interesse público de não estabilizar servidores cuja aptidão não tenha sido testada. Dispensar o efetivo exercício, para a hipótese, não é o mesmo que dispensá-lo para fins de concessão de licença assiduidade. Esta última premia o mero exercício, que a presença comprova, sendo portanto indiferente que este se dê no cargo ou no Parlamento. Mas a estabilidade beneficia o servidor que demonstre qualificação para o cargo e esta, por óbvio, não pode ser aquilatada fora dele.

Além desses argumentos-resposta, mais quatro podem ser utilizados para a negativa, a saber:

Assf



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

23

- a) O primeiro é de ordem literal, e, por isso mesmo, mais frágil. O artigo 38, inciso IV, diz que o tempo de mandato será contado para "todos os efeitos legais". Não se fala em "efeitos constitucionais", donde não se poder vislumbrar aqui a intenção de referir o efetivo exercício exigido por outra norma constitucional (artigo 41, caput).
- b) A norma ressalvou a promoção por merecimento justamente porque esta demanda a avaliação da qualidade dos serviços e é inviável avaliar serviços não prestados. É, portanto, razoável entender que, no artigo 38, não se contém a intenção de presumir a qualificação do servidor pelo mero fato de exercer mandato eletivo.
- c) O objetivo do dispositivo foi evitar, tanto quanto possível e compatível com outros valores constitucionais, que o servidor eleito tivesse prejuízos. Não há, nele, nem explícita nem implicitamente, a intenção de premiá-lo, estabelecendo situação de desigualdade entre ele e seus colegas. É razoável considerar o tempo de mandato como trabalhado, para fins de aposentadoria, por exemplo, porque o parlamentar também trabalha (tanto que a inassiduidade é punida - CF, artigo 55, III) e a aposentadoria é benefício decorrente do tempo de trabalho, não de sua qualidade. Mas considerar como qualificado um servidor que não exerça o cargo, mas função parlamentar (para a qual não se exige

Q. Q. Q.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

24

qualquer qualificação técnica ou profissional), é dispensá-lo do requisito de bem servir, premiando-o.

d) Se o servidor, assumindo mandato eletivo, fica afastado, deve-se entender impossível sua exoneração a partir de então (o que, para tais afastamentos, serve inclusive para evitar pressões indevidas sobre o eleito). Isso significaria, se o estágio não se suspendesse, uma indevida vantagem, totalmente contrária ao interesse público, impedindo até a dispensa em virtude de procedimento já realizado.

Diante disso tudo, concluo que o afastamento para exercício de mandato eletivo não pode ser tratado diferentemente dos outros demais, no que se refere à integralização do estágio probatório. Ressalto que, embora examinando o assunto de modo breve, o parecer PA-3 no. 143/92, de autoria da ilustre Procuradora do Estado Dra. Maria Aurora Cardoso da Silva, concluiu no mesmo sentido, com a concordância de toda a escala hierárquica (cópia anexa).

11. Caimos, agora, no tormentoso problema de saber o que se deve entender como período em que não ocorre o efetivo exercício, para fins de aplicação do artigo 41, caput.

Carap



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

25

Alguém mais afoito diria que, se a estabilização depende de dois anos de efetivo exercício, o direito só seria conquistado após 730 dias de trabalho (cada ano, com exceção dos bisextos, tem 365 dias), contados um a um. Portanto, não seriam computáveis os fins-de-semana, os feriados, as férias, etc. Penso que esse raciocínio seria impróprio. Veja-se que a Constituição demarcou o prazo em anos, não em meses ou em dias. Portanto, certamente considerou como suficiente para a avaliação o período de duas vezes um ano normal de trabalho. Ora, em um ano de trabalho normal, não se trabalha nos dias de repouso semanal remunerado (CF, artigo 7o., XV) e nos dias feriados, bem como no período de férias (CF, artigo 7o., XVII). Perceba-se que esses eventos são comuns a todos os servidores e se verificam em condições de normalidade.

Porém, o Constituinte evidentemente não pode ter computado, para demarcar o prazo, eventos específicos a certos servidores ou derivados de situações eventuais. É o caso das licenças ou afastamentos em virtude de casamento, falecimento de parentes, acidente ou doença, maternidade, paternidade, serviço militar, atividade política, prêmio por assiduidade, trato de interesses particulares, desempenho de mandato classista, afastamento de cônjuge, afastamento para servir a outro órgão ou entidade, exercício de mandato eletivo, e assim por diante.

(Assinatura)



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

26

Por certo, não seria afrontosa à Constituição uma lei permitindo o cômputo, para fins de estágio probatório, de períodos de ausência ao serviço, licença ou afastamentos em geral, desde que não superiores a um limite razoável, compatível com o prazo total do estágio. Pessoalmente, não consideraria desarrazoado um limite de um mês, por exemplo. Não se estaria, na hipótese, reduzindo indiretamente o prazo constitucional do estágio probatório; estar-se-ia, apenas, reconhecendo que, em dois anos, é normal que, por fatores eventuais diversos, venha a ocorrer de um servidor não trabalhar por até um mês.

Mas não entendo possível considerar como de efetivo exercício as longas ausências, cujo importe acabe por suprimir significativa parcela do prazo constitucionalmente previsto para o estágio probatório. Assim, um afastamento de quatro meses, por mais relevante que seja seu fato gerador ___ a licença gestante, por exemplo ___ não poderia ser relevado.

O grande problema, para a continuidade de nossas meditações, é que o vigente estatuto dos funcionários públicos estaduais não trata do assunto, impedindo o emprego daquele critério de razoabilidade que referi. Não há como, à míngua de previsão legislativa, construir genericamente, por via de interpretação, um limite

Assesf



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

27

quantitativo de ausências eventuais que se pudesse tomar como normal.

Por isso, tendo a afirmar que, afora as ausências que, desde logo, se pode tomar como normais (nos dias de descanso e feriado e nas férias regulamentares do respectivo exercício), todas as demais devem ser consideradas como períodos em que o servidor não está, para fins de estágio probatório, no efetivo exercício.

12. Algumas hipóteses demandam esclarecimentos.

O período de afastamento do cargo para exercício de outro, em comissão, em princípio não pode ser computado como de efetivo exercício, eis que a confirmação há de ocorrer no cargo primitivo e a avaliação, portanto, deve se referir a ele. Mas se o servidor é nomeado para cargo em comissão cuja investidura seja reservada aos titulares do cargo efetivo em que deve ser confirmado, a situação é totalmente distinta. No caso, a avaliação do desempenho do interessado no cargo em comissão estará, por óbvio, considerando sua qualificação para o cargo efetivo.

O afastamento para missão ou estudo de interesse do serviço público, ou para participar de congressos e outros certames culturais, técnicos ou científicos (artigos

Josef



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

28

68 e 69 do vigente estatuto estadual) também não há de ser tomado como ausência de exercício, desde que a missão, o estudo ou o certame tenham ligação com as atribuições do cargo. Realmente, o servidor não exerce o cargo apenas cumprindo sua rotina de trabalho entre as paredes de sua repartição, mas também quando participa de atividades externas vinculadas às suas atribuições. Trata-se de um exercício, se se quiser, atípico, mas inegavelmente um efetivo exercício.

Entendo, também, que os dias de afastamento em virtude de trânsito (estatuto, artigo 78, inciso XIV), também podem ser considerados de efetivo exercício, por se tratar de evento ligado ao exercício.

Em suma, não creio que se deva adotar, no conceito de efetivo exercício, um critério de tal modo restritivo que leve a confundi-lo com a mera rotina. Exercer um cargo é também deixar de cumprir atividades corriqueiras para desenvolver outras, desde que logicamente conectadas com o exercício ou as atribuições do cargo.

12. Mas não há como considerar de efetivo exercício os períodos em que o servidor, mesmo se por razões legítimas, deixa o desempenho do cargo para não trabalhar (caso da licença para tratamento de saúde, por

Assf



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

29

exemplo) ou para desenvolver atividade totalmente estranha a ele (caso do afastamento para exercício de mandato parlamentar).

Se admitirmos o cômputo desses períodos como de estágio probatório, estaremos contrariando a exigência constitucional de que os servidores ingressados sejam submetidos, por dois anos, a uma avaliação de seu desempenho no cargo. Pior: se admitirmos o exercício ficto, teremos de aceitar, também, a presunção absoluta de que, no período a ele correspondente, o servidor exerceu adequadamente o seu cargo. Isso importaria, de um lado, na supressão da avaliação efetiva que a Constituição impôs, e, de outro, na instauração de regra de profunda desigualdade: servidores que cumprissem inteiramente seu estágio probatório estariam sujeitos ao risco de ter seu desempenho avaliado negativamente enquanto os afastados ganhariam automaticamente uma avaliação positiva.

Por essas razões, e restringindo-me agora ao tema específico da consulta, não posso deixar de afirmar que o afastamento para permitir ao servidor o desenvolvimento de sua campanha eleitoral ou para evitar sua inelegibilidade, implica em suspensão do estágio probatório. É bem certo que o afastamento decorre de norma federal, editada para dar cumprimento ao dispositivo constitucional do artigo 14, parágrafo 9o., sendo, portanto, em si legítimo. Mas é

Coef



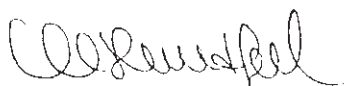
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

30

certo, também, que, mesmo adotado o mais lato dos conceitos de exercício de cargo, o servidor, na hipótese, não fica no exercício real, efetivo, do cargo.

É o meu parecer.

São Paulo, 8 de março de 1993.


CARLOS ARI SUNDFELD

Procurador do Estado Nível IV



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

RUA: JOSÉ BONIFÁCIO -278- 9º ANDAR

PROCESSO: DGP Nº 13.189/92.

INTERESSADO: AURIMAR MANSANO

PARECER: PA-3 nº 70/93.

De acordo com o Parecer PA-3 nº 70/93.

São Paulo, 09 de março de 1993.

A handwritten signature in cursive script, reading 'Fatima Fernandes de Souza Garcia'.

FATIMA FERNANDES DE SOUZA GARCIA

PROCURADORA DO ESTADO - CHEFE SUBSTª

DA 2ª SECCIONAL DA 3ª SUBPROCURADORIA



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

- 32 -

PROCESSO: DGP nº 13.189/92.

INTERESSADO: AURIMAR MANSANO

PARERER: PA-3 nº 70/93.

De acordo com o Parecer PA-3 nº 70/93.

São Paulo, 12 de março de 1993.



CLOVIS BEZDOS

Procurador do Estado - Chefe Substituto
da 3ª Subprocuradoria



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Rua José Bonifácio, 278-9º andar.

PROCESSO: SSP/DGP.nº 13.189/92.

INTERESSADO: AURIMAR MANSANO

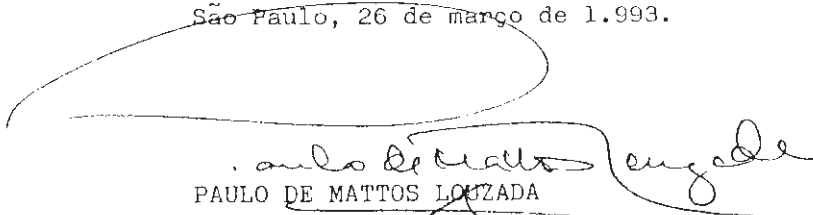
De acordo com o bem lançado parecer PA-3 nº 70/93.

Examinou-se, de modo preciso, a natureza do período de estágio probatório para afirmá-lo como de experiência concreta e por via de consequência período que deve ser considerado como de efetivo exercício.

Logo, o afastamento para permitir ao servidor o desenvolvimento de sua campanha eleitoral ou para evitar sua inelegibilidade implica em suspensão do estágio probatório.

Subam os autos à elevada apreciação do Senhor Procurador Geral.

São Paulo, 26 de março de 1.993.


PAULO DE MATTOS LOUZADA

Procurador do Estado Chefe

LSSR/PML/lam.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA JUSTICA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

GABINETE DO PROCURADOR GERAL

Processo n.º DGP/SSP n.º 13.189/92

Interessado : AURIMAR MANSANO

Assunto : Relatório final e conclusivo de investigação cívica e
ético social de Delegado de Polícia - 5ª classe.

ND/empm.

1. Indaga-se a respeito do cômputo do período necessário ao perfazimento do estágio confirmatório de servidor público.

2. No Parecer PA-3 n.º 70/93 demonstrou, superiormente, a Procuradoria Administrativa que com o estágio se busca a experiência, mediante o efetivo exercício e não apenas o tempo de serviço.

Daí estar correta a interpretação restritiva adotada no aludido parecer em relação aos afastamentos que, ocorridos durante o período probatório, não afetam a aquisição da estabilidade ao cabo do biênio de sua duração.

3. À consideração do Senhor Procurador Geral do Estado.

Subg., aos 16 de junho de 1.993.


FERNANDA DIAS MENEZES DE ALMEIDA

SUBPROCURADORA GERAL DO ESTADO

CONSULTORIA



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

GABINETE DO PROCURADOR GERAL

Processo n.º DGP/SSP n.º 13.189/92

Interessado : AURIMAR MANSANO

Assunto : Relatório final e conclusivo de investigação cívico e ético social de Delegado de polícia - 5ª classe.

ND/empm.

Aprovo o Parecer PA-3 n.º 70/93 e a manifestação da Subprocuradora Geral do Estado - Área da Consultoria. Restitua-se à Secretaria da Segurança Pública, por intermédio da Consultoria Jurídica da Pasta.

G.P.G., aos 30 de junho de 1.993.


DIRCEU JOSÉ VIEIRA CHRYSÓSTOMO
PROCURADOR GERAL DO ESTADO



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

PROCESSO: PGE nº 18487-391310/2012 (Ofício APEOESP nº 16/2012)

INTERESSADO: SINDICATO DOS PROFESSORES DO ENSINO OFICIAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO

PARECER: PA nº 44/2012

De acordo com a conclusão a que chegou o Parecer PA nº 44/2012, no sentido de apontar que o “efetivo exercício” exigido pelo artigo 40, § 5º, da Constituição Federal na aposentadoria especial de professor não se confunde com o “efetivo exercício” previsto no artigo 41, *caput*, do texto constitucional ao se referir à estabilidade do servidor público ocupante de cargo efetivo ao fim do estágio probatório. Assim, a licença-saúde e as faltas médicas não impedem o professor de se aposentar aos 30 (trinta) anos de efetivo exercício **de funções de magistério**, nem a professora de fazê-lo aos 25 (vinte e cinco) anos.

Como explicitado no parecer, o “efetivo exercício” é uma qualificação que se refere à função de magistério. A referência é pertinente porque muito se discutiu o tipo de atividade que caracterizaria função de magistério e ensejaria a redução do tempo de serviço para fins de aposentadoria. A controvérsia culminou com a edição da Adi 3.772 (Rel. Min. Carlos Britto, j. 29.10.2008) que entendeu que os professores exercentes de funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico igualmente fariam jus à aposentadoria especial. Assim, na norma constitucional em foco, “efetivo” está se referindo a funções de magistério e não a “exercício”.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Tanto assim é, que já no Parecer PA nº 5/2006, de autoria de Antônio Joaquim Ferreira Custódio, o autor ressaltava o sentido da expressão “efetivo exercício”, invocando a interpretação estrita que a ela dá o Supremo Tribunal Federal. O exemplo então trazido pelo parecerista era justamente em matéria de aposentadoria especial de professor, na medida em que na AdI 178-7-RS o STF decidira que “a expressão efetivo exercício em funções de magistério (...) contém exigência de que o direito à aposentadoria especial dos professores só se aperfeiçoa quando cumprido totalmente este especial requisito temporal no exercício das específicas funções de magistério, excluída qualquer outra”.

Note-se que o bem elaborado Parecer PA nº 70/93 (Parecerista Carlos Ari Sundfeld) aponta como elemento primordial para fundamentar a interpretação que faz, a razão de ser da norma constitucional então examinada (*caput* do artigo 41 da CF, que já exigia à época, como continua hoje a exigir, determinado tempo de “efetivo exercício” no serviço público para que o servidor adquira estabilidade). Dessa forma, entendeu que o constituinte exigiu tempo de efetivo exercício no serviço público porque considerou necessária a existência de um tempo de real prestação de uma atividade para que se pudesse avaliar a pertinência da concessão da estabilidade ao servidor.

Na aposentadoria especial de professor, no entanto, o que existe na norma constitucional é o intuito de valorizar a atividade docente, como exposto no parecer em exame.

Como se vê, porque as normas constitucionais em foco, art. 40, § 5º, e art. 41, *caput*, têm finalidade diversa, diferente deve ser a interpretação de seus termos.

Esse aspecto da questão, por si só, parece suficiente para afastar a aplicação do conceito de “efetivo exercício” na forma delineada no Parecer PA nº 70/93, às situações de aposentadoria especial de professor.

Ocorre que o parecer em exame vai além, para admitir que o legislador ordinário preveja situações de afastamento que possam ser consideradas de “efetivo exercício” para todos ou alguns efeitos desde que não frustrate a finalidade



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

evidente da norma (itens 22 e 23 da peça opinativa). Afirma também que *“o legislador constitucional, à parte a situação peculiar do estágio probatório, valeu-se deliberadamente de um conceito elástico, apto a açambarcar outras situações além do mero exercício real das atribuições do cargo, conforme as viesse prever a lei. No mais das disposições da seção da Constituição que trata dos servidores públicos, o emprego do adjetivo efetivo à frente do substantivo exercício parece-nos ter tido justamente a finalidade contrária daquela objetivada no caput do artigo 41: repelir, com o socorro de uma expressão já consagrada pelo uso na legislação, interpretações pretensamente literais do texto constitucional que apoucassem os direitos ali previstos”* (item 18 da peça opinativa).

Essas premissas, se admitidas como corretas, tornariam pertinente a aplicação do Parecer PA nº 70/93 unicamente às situações que envolvam o estágio probatório, em contradição com as orientações já fixadas e aprovadas pela Chefia da Instituição nos Pareceres PA nºs 5/2006 (Parecerista Antônio Joaquim Ferreira Custódio) e 274/2006 (Parecerista Patrícia Ester Fryszman). Nestas peças opinativas, considerou-se que as referências contidas nos artigos 40, § 1º, III, da CF, art. 6º, III, da EC 41/2003, e art. 3º, II, da EC 47/2005, que exigem “efetivo exercício” para implemento de determinadas condições para a aposentadoria voluntária do servidor público, deveriam ser consideradas de acordo com a mesma diretriz exegética emanada do Parecer PA nº 70/93.

Os argumentos alinhavados pelo Parecer PA nº 44/2012 em exame não abalam a diretriz já sedimentada na Procuradoria Geral do Estado de que quando a Constituição Federal, ao tratar dos servidores públicos, se utiliza da expressão “efetivo exercício”, ela o faz no sentido de dar uma qualificação especial ao tempo. A tese exposta no Parecer PA nº 44/2012 anula o texto constitucional ao não respeitar a diferenciação entre “exercício” e “efetivo exercício” em todas as situações em que a expressão é utilizada.

Com a devida vênia do ilustre parecerista, não há elementos que autorizem essa ilação.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

O fato de os entes da Federação terem competência para instituir o regime jurídico de seus servidores não significa que possa o legislador estadual, para as situações em que o constituinte exige “efetivo exercício”, afastar essa exigência ao criar situações fictas que a descaracterizem. As regras infraconstitucionais de contagem de tempo são válidas quando não conflitarem com o texto constitucional, como é curial. Assim, não há qualquer óbice a que o legislador ordinário considere como de efetivo exercício situações fictas para finalidades que são indiferentes ao texto constitucional (para concessão de adicionais temporais, por exemplo). Não poderá criar hipóteses fictas, no entanto, para fim de aposentadoria, **nas situações em que o constituinte exigiu comprovação de “efetivo exercício”**.

O sempre lembrado Hely Lopes Meirelles acentua que os Estados-membros da Federação, por força de sua autonomia constitucional, têm competência para organizar e manter seus servidores. No entanto, por óbvio, as “disposições estatutárias ou de outra natureza (...) não podem contrariar o estabelecido na Constituição da República como *normas gerais de observância obrigatória* pela Administração direta e indireta, conforme o caso, na organização do seu pessoal e dos respectivos regimes jurídicos”. Acrescenta o autor que a partir da Constituição de 1967 os dispositivos constitucionais pertinentes ao servidor público passaram a ser “normas de observância obrigatória em todas as esferas administrativas, situação mantida pela atual Constituição da República”¹. Com efeito, o artigo 40 da atual Constituição, ao disciplinar as regras de aposentadoria, vincula a elas União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Desde a época da Constituição anterior o Supremo Tribunal Federal já decidira que o texto constitucional estrutura “um sistema sobre o funcionário público, em geral, estabelecendo direitos e garantias, e condições de sua efetividade” e que por ele, “o Estado e, conseqüentemente, os Municípios, estão adstritos à sua observância, tanto quanto a União, **sendo-lhes defeso, no regime vigente, ampliar ou restringir os institutos, enquanto e no quanto configurados no texto**

¹ *Direito Administrativo Brasileiro*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.455-456.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

constitucional². Nesse mesmo acórdão, deixou o STF assentado que fora “do âmbito dessa imposição das normas constitucionais e da legislação federal explicitante, rege o princípio da autonomia estadual, sob o crivo dos poderes remanescentes, e o Estado poderá conceder vantagens maiores a seus funcionários, desde que em matéria que não seja objeto de delimitação na Lei Maior”. Especificamente, no caso concreto em exame, decidiu o STF que não poderia o legislador local reduzir o tempo de serviço para aposentadoria, o que de fato aconteceria se fosse reconhecida a validade de legislação estadual que admitira a contagem de determinado tempo de serviço privado. Assentou-se no acórdão que “as exceções às regras estabelecidas, quanto ao tempo e natureza de serviço para aposentadoria”, sujeitavam-se a regramento uniforme nacional.

Nos dispositivos constitucionais antes mencionados (art. 40, § 1º, III, da CF, art. 6º, III, da EC 41/2003, e art. 3º, II, da EC 47/2005) subjaz a existência de um motivo determinante para que o legislador constitucional exija tempo de real exercício de serviço público e não de mero transcurso de tempo de contribuição, para que se perfaça o direito à aposentadoria. Nesses casos, soma-se à exigência de tempo de contribuição, o transcurso de um certo interregno temporal em que haja o “efetivo exercício” no serviço público e/ou no cargo. Ou seja, de todo o tempo a ser cumprido para a aposentação, uma parte dele deve ser transcorrido em real contato com a atividade pública. Entender-se que o efetivo exercício nada mais é do que o exercício normal seria esvaziar a norma, reconhecendo que o legislador constitucional utilizou palavras inúteis. Na verdade, o constituinte fez uma distinção entre “tempo de exercício” e “tempo de efetivo exercício”. No primeiro caso, admitiu o mero transcurso de um tempo, pela simples evolução do calendário. No outro, exigiu a comprovação de um exercício real, um tempo que não admite acréscimos fictícios pelo legislador infraconstitucional. Ao contrário do que se argumenta, não precisa o constituinte deixar expressa essa vedação. Basta que ela decorra lógica e transparente do contexto normativo.

Se assim é, se o constituinte fez essa distinção, não pode o legislador ordinário desqualificá-la, considerando de “efetivo exercício” para a

² Pleno, RP 983, Rel. Min. Rafael Mayer, j. 22.8.1979, DJ 21.9.1979.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

finalidade apontada pelo texto constitucional, um tempo que, de fato, não tem essa qualificação. Como apontado com precuciência no Parecer PA nº 70/93, se o legislador infraconstitucional qualificou um tempo como de efetivo exercício é porque, na realidade, o tempo não tem essa característica.

Essa diretriz comporta a exceção tratada no parecer, na medida em que a expressão “efetivo exercício” utilizada no art. 40, § 5º, não tem, necessariamente, a mesma conotação da expressão utilizada em outras normas do texto constitucional. O “efetivo exercício”, aqui, se refere às funções de magistério, de tal forma que exige o constituinte que o professor, para fazer jus à redução de tempo, tenha se dedicado a atividades docentes, ainda que no curso desse interregno temporal venha a se afastar para tratamento de saúde ou em falta médica.

Encaminhe-se o processo à análise da Subprocuradoria Geral do Estado – Consultoria, com proposta de aprovação da conclusão a que chegou o Parecer PA nº 44/2012, nos termos acima limitados, no que se refere à extensão de seus fundamentos.

São Paulo, 15 de agosto de 2012.



DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS

Procuradora do Estado Chefe

Procuradoria Administrativa

OAB/SP 78.260



PROCESSO: GDOC Nº 18487-391310/2012

INTERESSADO: SINDICATO DOS PROFESSORES DO ENSINO OFICIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO - APEOESP

ASSUNTO: MAGISTÉRIO. LICENÇA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE E FALTA MÉDICA. EFETIVO EXERCÍCIO.

Aparto-me das conclusões alcançadas no Parecer PA nº 44/2012 por entender que os períodos de licença para tratamento de saúde e faltas médicas não devem ser considerados como de “efetivo exercício”, para os fins do disposto no artigo 40, § 1º, III, e § 5º, da Constituição Federal.

Em que pese a robustez da argumentação do Parecerista subscritor da peça opinativa em comento, penso que deve remanescer, em relação aos dois dispositivos constitucionais em foco, a orientação jurídica há muito traçada pela Procuradoria Geral do Estado acerca do significado da expressão “efetivo exercício”, que foi destacada



pela Chefia da Procuradoria Administrativa¹, quando de sua parcial concordância com o Parecer PA nº 44/2012 (fls. 71/76).

No que se refere ao termo “efetivo exercício”, constante da redação do artigo 40, § 1º, III, da Constituição Federal, nada tenho a acrescentar à manifestação da Chefia da PA.

Já no que se refere ao “efetivo exercício” das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio (artigo 40, § 5º, da CF/88), penso que a ele deve ser atribuído o mesmo sentido daquele.

Ou seja, tanto numa quanto noutra situação o “efetivo exercício” deve ser entendido como exercício real/de fato², até porque, como bem ensinava Celso Bastos, salvo raríssimas exceções, a termos idênticos deve ser atribuído o mesmo significado:

“b) A termos idênticos, utilizados por diferentes normas, se deve atribuir o mesmo significado, salvo raríssimas exceções, quando se tratem de situações diversas, embora o vocábulo utilizado seja o mesmo.

¹ “Essas premissas, se admitidas como corretas, tornariam pertinente a aplicação do Parecer PA nº 70/93 unicamente às situações que envolvam o estágio probatório, em contradição com as orientações já fixadas e aprovadas pela Chefia da Instituição nos Pareceres PA nºs 5/2006 (Parecerista Antônio Joaquim Ferreira Custódio) e 274/2006 (Parecerista Patricia Ester Fryszman). Nestas peças opinativas, considerou-se que as referências contidas nos artigos 40, § 1º, III, da CF, art. 6º, III, da EC 41/2003, e art. 3º, II, da EC 47/2005, que exigem ‘efetivo exercício’ para implemento de determinadas condições para a aposentadoria voluntária do servidor público, deveriam ser consideradas de acordo com a mesma diretriz exegética emanada do Parecer PA nº 70/93.

Os argumentos alinhavados pelo Parecer PA nº 44/2012 em exame não abalam a diretriz já sedimentada na Procuradoria Geral do Estado de que quando a Constituição Federal, ao tratar dos servidores públicos, se utiliza da expressão ‘efetivo exercício’, ela o faz no sentido de dar uma qualificação especial ao tempo. A tese exposta no Parecer PA nº 44/2012 anula o texto constitucional ao não respeitar a diferenciação entre ‘exercício’ e ‘efetivo exercício’ em todas as situações em que a expressão é utilizada.”

² Ainda que essa não seja a melhor acepção da palavra “efetivo”, como bem anotado no parecer em análise.



Como se pode facilmente deduzir, este enunciado combina critérios de interpretação tradicionais, no caso o gramatical e o sistemático, vislumbrando-se ainda uma preponderância do elemento teleológico na exceção contida ao final do enunciado. É certo ainda que o mesmo ocorrerá com alguns outros enunciados que se seguem, e que o leitor facilmente identificará.

O pressuposto do qual parte este enunciado é o de que não há, na linguagem constitucional, e não deveria haver mesmo, polissemia. Como acentua Usera, no máximo cada termo poderá possuir uma larga variedade de significados, mas nunca alcançará uma polissemia absoluta, porque isto, como parece claro, invalidaria a própria função da linguagem como instrumento de particularização.

Contudo, não se aplicará esta proposição naqueles casos nos quais, evidentemente, haja motivos suficientes para atribuir diversidade de conteúdo a termos idênticos. Isso ocorrerá sempre que o mero contexto lingüístico, de que ora se trata, seja insuficiente para apreender o significado do termo empregado.

As alternâncias de significado da mesma palavra, no mesmo texto, devem ser justificadas, daí a validade da regra.

Eis aqui um caso muito notório, em que a regra não se aplica em todo o rigor: a palavra lei. Na Constituição, ela é empregada em diversos sentidos, só apuráveis no contexto sistêmico das regras, e tendo em vista sua finalidade própria."³.

Na esteira da lição acima transcrita, não me parece razoável considerar que o Constituinte⁴ tenha utilizado em duas

³ Bastos, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3ª. ed., rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 189/190.

⁴ Mesmo considerando que, inicialmente, no artigo 40 da Constituição Federal somente foi utilizada (pelo Constituinte Originário) a expressão "efetivo exercício" em relação aos professores; foi com a Emenda



passagens - **do mesmo artigo** - o termo “efetivo exercício” com diferentes significados, não podendo o intérprete, pois, assim fazê-lo.

Tampouco deve ser interpretado o princípio insculpido no artigo 206, inciso V, da CF/88 com o elastério pretendido no Parecer PA nº 44/2012. Apesar da baixa densidade normativa dos princípios, não me parece que possa aquele há pouco mencionado espalhar-se a ponto de influenciar a interpretação da regra gizada no artigo 40, §5º, da Carta da República.

Dito isso, elevem-se os autos ao Senhor Procurador Geral do Estado, com proposta de não aprovação do Parecer PA nº 44/2012

SubG.Cons., 28 de dezembro de 2012.


ADALBERTO ROBERT ALVES
SUBPROCURADOR GERAL DO ESTADO
ÁREA DA CONSULTORIA GERAL



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
SUBPROCURADORIA - ÁREA DA CONSULTORIA GERAL
Rua Pamplona nº 227 - 5º andar

FLS. _____

PROCESSO: GDOC Nº 18487-391310/2012

INTERESSADO: SINDICATO DOS PROFESSORES DO ENSINO OFICIAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO - APEOESP

ASSUNTO: MAGISTÉRIO. LICENÇA PARA TRATAMENTO DE
SAÚDE E FALTA MÉDICA. EFETIVO EXERCÍCIO.

Nos termos da manifestação do Subprocurador Geral do Estado da Área da Consultoria Geral, deixo de aprovar o Parecer PA nº 44/2012.

Expeça-se ofício ao Sindicato dos Professores do Ensino Oficial do Estado de São Paulo – APEOESP, instruído com cópia da peça opinativa e manifestações subseqüentes.

Dê-se ciência, por intermédio das Consultorias Jurídicas que servem as Pastas, à Unidade Central de Recursos Humanos – UCRH, da Secretaria de Gestão Pública, Secretaria da Educação e São Paulo Previdência – SPPREV.

GPG, 3 de janeiro de 2013.


ELIVAL DA SILVA RAMOS
PROCURADOR GERAL DO ESTADO