

Parecer N.º 17/86, de Pedro Augusto Guimarães

Gestante: estágio experimental. Conceito de estágio experimental. Considerações sobre suas características e aquelas do funcionário a ele submetido. O art. 109 do Dec. n.º 2.479/79 Solução proposta.

O Exmo. Sr. Juiz Vice-Presidente, no exercício da Presidência do E. Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, consulta a esta Procuradoria Geral do Estado sobre a existência de algum pronunciamento deste órgão, relativo aos servidores do Poder Executivo, quanto ao estágio experimental previsto no Dec.-Lei n.º 220, de 18-07-1975, relativamente à norma contida no art. 109 do seu regulamento, editado pelo Dec. n.º 2.479, de 08-03-1979, em caso de licença à gestante, encarecendo urgência na resposta.

Em todo o sistema jurídico brasileiro nos deparamos com normas básicas dirigidas ao amparo à gestante, tendo como objeto primordial a proteção à maternidade.

Assim é o princípio inspirador expresso no inciso XI do art. 165 da Constituição Federal, colocado dentro do Título III — "Da Ordem Social e Econômica" garantindo à gestante o repouso remunerado antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário.

Também a Constituição Estadual de 1975 compromete a proteção do Estado à maternidade.

Por sua vez a Consolidação das Leis do Trabalho estabelece a proibição do trabalho à mulher grávida nas situações ali previstas, assegurando-lhe, no art. 393, durante todo o período do afastamento, a integralidade do seu salário, *bem como de todos os direitos e vantagens adquiridos, sendo-lhe ainda facultado reverter à função que anteriormente ocupava.*

Há, portanto, em toda a legislação uma preocupação de dedicar especial proteção à maternidade, com a marca nítida de *interesse público e social* a merecer preservação, respeito e acatamento e a repelir qualquer restrição que se pretenda impor ao princípio estabelecido.

O escopo de tal proteção consiste em garantir à gestante a certeza da mais completa tutela de seus direitos antes, durante e após a maternidade, pelo espaço de tempo considerado necessário pelo legislador.

Também na área de atuação estadual a legislação, como não podia deixar de ser, igualmente reflete tal preocupação. Além do conteúdo amplo do dispositivo da Carta Estadual apontado linhas acima, encontramos dispositivos enunciando tal proteção, no antigo

Estatuto do Estado da Guanabara, no art. 124 do Dec.-Lei n.º 100/69, quando trata de licença à gestante, sem qualquer restrição. O mesmo ocorrendo no art. 19, inciso III (com a redação que lhe deu a Lei n.º 200, de 20-11-84), do Dec.-Lei n.º 200, de 18-07-75 (Estatuto dos Funcionários Civis do Estado do Rio de Janeiro).

Por outro lado, há considerar a própria característica do chamado estágio experimental ou probatório.

Desde o Dec.-Lei n.º 100/69 (art. 31) o estágio probatório é conceituado como de efetivo exercício durante o qual são apurados os requisitos necessários à confirmação do funcionário no cargo efetivo para o qual foi nomeado.

Não é outra a disposição expressa no art. 11, inciso IV, do Dec.-Lei n.º 220/75, em que é considerado como de efetivo exercício o período de estágio experimental. Assim quando ultrapassado o estágio e nomeado para o cargo para o qual se habilitou, contar-se-á como de serviço público o tempo prestado como estagiário.

Além do mais, tanto no Dec.-Lei n.º 100/69 (art. 31, § 1.º), quanto no atual e vigente Dec. n.º 2.479/79, art. 12, as únicas condições exigidas como requisitos para a efetivação são a idoneidade moral, a assiduidade, a disciplina e a eficiência. Desse modo, ultrapassados pelo concurso os objetivos visados e como tal previstos no art. 7.º do citado decreto-lei, não há, além daquelas acima enumeradas, outras exigências positivas nem excludentes como por exemplo, contração de doença ou surgimento de gravidez.

De resto, o art. 11, inciso V, do Dec.-Lei n.º 220/75, considera como de efetivo exercício a licença à gestante, como de resto também assim o conceitua o inciso VII do art. 79 do Decreto n.º 2.479/79 sem estabelecer, no capítulo próprio em que se situa, qualquer exceção ao benefício que concede, ligado e derivado, tanto quanto o tratamento de saúde, a um fato biológico, consumado, ao qual se dedica atenção e tratamento especial, derivado de sua própria natureza.

Do que ficou dito decorrem constatações a merecer as devidas considerações.

O princípio assente é de que, ainda e durante o estágio experimental ou probatório, o estagiário embora ainda não seja funcionário tem todos os deveres e obrigações como se o fosse. O período de tempo em que é colocado em tal situação visa apurar suas aptidões para o exercício do cargo público ao qual se habilitou.

Outrossim, se o período de estágio é considerado como de efetivo exercício, assim como a licença a gestante, não vemos como possa essa ser afastada do cargo público e venha a perdê-lo, como equivocadamente pretende o pouco feliz art. 109 do Dec. 2.479/79, que reflete uma enorme contradição com os demais princípios básicos por ele mesmo consagrados em dispositivos antecedentes e aqui citados neste trabalho.

Mas não é só; em parecer que contempla situação semelhante àquela objeto desta manifestação, qual seja, nosso Parecer n.º 19/84-PAG, exarado no Processo n.º E-09/3324/400-83, tivemos ocasião de salientar a diferença entre estágio de aprendizado (que é outra coisa) com estágio experimental ou probatório, cujo trecho nos permitimos transcrever:

"Já a situação do funcionário em período experimental ou probatório é profundamente diversa. Está ele submetido tão só a uma condição resolutive. Isto é, desde o momento em que passou a exercer as funções do cargo público, ao qual se habilitou, ainda que submetido a observação no prazo fixado pela autoridade competente, ele passa a ter os deveres e obrigações do cargo, a par das vantagens e benefícios a ele inerentes, sobretudo o recebimento de 80% do vencimento do cargo (art. 10 do Dec. 2.479/79). Terminado o prazo de probação e apresentado, pelo seu chefe imediato, relatório favorável ao seu desempenho naquele período, atendidas, ainda, as determinações dos §§ 3.º, 4.º e 5.º do art. 12 do Estatuto, o concursado será nomeado definitivamente. E mais, na forma do disposto no artigo 13, o simples ato de nomeação produz efeitos retroativos determinando o pagamento da diferença de 20% da remuneração, desde o momento em que passou a exercer as funções do cargo, bem como será computado, para efeitos de estabilidade, todo o período do estágio experimental.

A diversidade de tratamento dado pela lei para as duas situações, bem demonstram a diferença das duas figuras em face da Administração. No estágio de aprendizado, ou aperfeiçoamento, o indivíduo não tem nenhum vínculo empregatício ou estatutário com o órgão onde exerce sua atividade, o mais das vezes sem qualquer remuneração. Já o concursado em fase experimental fica vinculado ao órgão no qual esteja subordinado o cargo para o qual se habilitou e, desde logo, submetido à disciplina e império das normas regentes da situação funcional em que tenha sido colocado.

Essa dissemelhança de tratamentos conferida a um e outro nos leva, por um exercício de interpretação, a concluir não ser possível o entendimento de que o artigo 109 alcança o concursado em período experimental em todas as circunstâncias até mesmo no que respeita a convocação para o serviço militar.

Gozando ele de uma situação peculiar é, podemos dizer em linguagem leiga, um quase-funcionário, ou um funcionário a meio caminho da efetivação, ao qual não pode ser dispensado o mesmo tratamento dado a um estranho ao serviço público (visto sob o aspecto funcional) do estagiário aprendiz, ou em aperfeiçoamento profissional".

Para completar, não hesitamos em afirmar que o art. 109 foi além da competência outorgada ao Executivo, regulamentando o dispositivo em tela de forma diversa daquela expressa na lei regulada, infringindo-a e violando o princípio ali estabelecido, falha bastante para eivá-lo de inconstitucionalidade.

Ainda no nosso citado Parecer n.º 19/84-PAG consideramos:

"Em assim sendo, e partindo desse pressuposto, convém lembrar que mesmo sem retirar do mundo jurídico uma lei através de arguição direta de inconstitucionalidade, a Administração pode, na prática, pura e simplesmente, deixar de aplicar dispositivo inconstitucional em certas circunstâncias e, em outras, agir de forma exatamente diversa, deixando válidos os atos praticados sob a égide do dispositivo inconstitucional, atenta aos prejuízos maiores que disso decorreriam se anulados fossem.

A propósito desse assunto nos valem de recente visto do Exmo. Sr. Procurador-Geral, aposto ao Parecer n.º 5/PAG/84, no Processo número 0610.11.172/82 (oriundo da Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro) em que com perfeita colocação S. Exa. considerou:

"Ainda com a mesma orientação o Consultor-Geral da República, o Dr. ADROALDO MESQUITA DA COSTA, proferiu o parecer 184 (D.O. de 22-06-65, pp. 5815/18) no qual sustenta que "cabe ao Poder Executivo o Direito de não executar lei que julgar inconstitucional e, aos particulares prejudicados com a não execução, o de pleitearem ao Judiciário a proteção que lhes adviria da lei não executada".

Não se suponha que esse entendimento tenha ficado superado ante a admissão no direito constitucional brasileiro da declaração de inconstitucionalidade em tese (EC 15/65; EC 7/77). Posteriormente

a isso o E. Supremo Tribunal Federal, reiteradas vezes, reconheceu a prevalência do entendimento mencionado, do que é exemplo o acórdão de 21-11-79, na Repr. 980-SP, rel. Min. MOREIRA ALVES, cuja ementa consigna:

“É constitucional decreto de Chefe do Poder Executivo Estadual que determina aos órgãos a ele subordinados que se abstenham da prática de atos que impliquem a execução de dispositivos legais vetados por falta de iniciativa exclusiva do Poder Executivo”.

Segundo o magistério de MIGUEL REALE, transcrito no acórdão citado “... não somente pode o Executivo recusar cumprimento a disposições emanadas do Legislativo, mas evidentemente inconstitucionais, como é de seu dever velar para que não tenham eficácia na órbita administrativa”.

Com efeito, segundo observa ORLANDO MIRANDA DE ARAGÃO (RDP, 26/68).

“Sendo lícito ao Executivo a anulação de atos inconstitucionais, mais lícita será a recusa de praticá-los quando previamente constatada a Inconstitucionalidade”.

Por fim restaria examinar o problema relativo ao fato de que o afastamento do serviço, durante o período probatório, implicaria o não-cumprimento integral do prazo fixado para tanto. Não devendo nem podendo a lei ser casuística ou exaustiva, não havendo possibilidade do legislador esgotar todas as hipóteses possíveis, cabe justamente ao intérprete, procurando colocar e adequar a situação surgida em harmonia com o sistema legal em foco, encontrar a solução mais consentânea e justa. Partindo dessa premissa, sugerimos que o restante do tempo que falta para completar o período experimental, interrompido pela convocação militar, seja contado até seu final, tão logo o concursado retorne as suas funções no cargo”.

Os conceitos e conclusões a que chegamos no parecer, cujos trechos fizemos reproduzir, se nos parecem perfeitamente válidos e adequados à hipótese em análise neste processo, razão porque opinamos por sua aplicação ao caso em exame, sugerindo, ainda, que se interceda junto ao Poder Executivo para que revogue, ou modi-

fique, os termos do artigo 109 do Dec. n.º 2.479/79, de modo a livrá-los da inconstitucionalidade de que padece, bem como de maneira a harmonizá-lo com os demais artigos do conjunto legal de que faz parte.

É o nosso parecer,

s.m.j.

Rio de Janeiro, 30 de julho de 1986

PEDRO AUGUSTO GUIMARÃES
Procurador do Estado

Sr. Procurador-Geral:

De acordo com o parecer, cabendo ser aduzido o seguinte:

O § 3.º do art. 87 da Constituição do Estado, na redação dada pela Emenda Constitucional n.º 29, de 01-12-84, ASSEGURA aos aprovados nas provas e no exame de sanidade em concurso público, observada a ordem de classificação, a DESIGNAÇÃO PARA ESTAGIO EXPERIMENTAL. E o § 4.º GARANTE a nomeação dos aprovados no estágio em prazo certo.

O constituinte valeu-se de uma metonímia ao usar a palavra “DESIGNAÇÃO” com o sentido de expressar a garantia do exercício do aprovado como estagiário, pois este é o bem jurídico protegido como pressuposto à nomeação.

No que ora importa, a Constituição Estadual conferiu à mulher aprovada, um direito que a legislação ordinária subsequente não frustra, não podendo fazê-lo mero decreto regulamentar.

É verdadeiro princípio de ordem pública a assistência à maternidade, (CF, art. 175, § 4.º) e não a punição à mulher grávida.

Por derradeiro, cumpre seja feito reparo quanto à transcrição que se inicia a fls. 4 do parecer: O estagiário previsto na LC n.º 15/80 está sujeito a condição resolutive, mas o estagiário regido pelo DL n.º 220/75 e Dec. 2.479/79, pende de condição suspensiva.

Rio de Janeiro, 13 de agosto de 1986.

ROBERTO RICHELETTE FREIRE DE CARVALHO
Procurador-Assessor