

BREVES ESTUDOS SOBRE A POSSE E MOVIMENTAÇÃO DA CARREIRA NA MAGISTRATURA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

O objetivo desse breve estudo sobre a posse e movimentação da carreira dos magistrados do Estado de Mato Grosso do Sul é esclarecer situações que geram dúvida e preocupação entre os magistrados e a própria Administração, especialmente nos casos em que a promoção ou remoção se dá no período de férias.

Então, vejamos inicialmente alguns institutos ligados aos cargos públicos para, ao depois, enfrentarmos as dúvidas que possam surgir.

Cumprе ressaltar que os cargos públicos são ocupados em decorrência do instituto **provimento do cargo (gênero)**.

As modalidades (espécies) de **provimento do cargo** são: **nomeação, promoção, readaptação, reversão, aproveitamento, reintegração e recondução** (os nomes podem variar de uma legislação para outra, mas sem mudar a natureza jurídica desses institutos).

A **remoção** não é forma de provimento do cargo, pois com ela não se tem o ingresso do agente público (servidor, magistrado etc.) num novo cargo derivado. É mero deslocamento do agente público, a pedido ou de ofício, no âmbito interno dos quadros administrativos, com ou sem mudança de sede (nesse sentido: Regis Fernandes de Oliveira, na obra “Servidores Públicos”. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 97).

Dentre as formas já vistas de provimento do cargo, deve-se distribuí-las em dois grupos: **provimento originário e provimento derivado**.

O **provimento originário** é aquele que não guarda qualquer relação com a anterior situação do agente público provido no cargo público. **A única forma de provimento originário é a nomeação** (com prévio concurso público ou sem ele nos cargos em comissão), a qual se define, pois, como o provimento autônomo de um

agente em cargo público (nesse sentido: Celso Antônio Bandeira de Melo, na obra “Curso de Direito Administrativo”. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 272/273). Esse mesmo doutrinador esclarece que para a **nomeação** se aperfeiçoar deve haver a **posse e o exercício**, ficando claro que a **posse (forma de investidura no cargo)** só é exigida para o **provimento originário (nomeação)**, já que a posse é a aceitação do cargo com o compromisso de bem servir pelo agente público que não tinha qualquer vínculo anterior com a Administração, cabendo a ele aceitar ou não a nomeação (ato unilateral da Administração), e a aceitação se dá com a posse, aperfeiçoando-se com o exercício da função.

Nesse mesmo sentido também leciona a doutrinadora Odete Medauar, em sua obra “Direito Administrativo Moderno” – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 318, onde deixa claro que a posse é tomada apenas pelo servidor que é **nomeado**, pois, como visto, como ele não participou da nomeação, ato unilateral da Administração, deve aceitar o cargo, com seus direitos e deveres, com a posse, completando com o exercício.

Não é por outro motivo que a Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que disciplina o regime jurídico dos servidores civis da União, dispõe expressamente em seu artigo 13, § 4º, que **“só haverá posse nos casos de provimento de cargo por nomeação”**, conforme redação dada pela Lei 9.527, de 10 de dezembro de 1997.

E essa legislação permite uma aplicação analógica para os outros setores públicos ou, pelo menos, serve de norte interpretativo.

Já os **provimentos derivados**, nas linhas do já citado doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello, *“como o nome indica, são aqueles que derivam, ou seja, que se relacionam com o fato de o servidor ter ou haver tido algum vínculo anterior com cargo público. Nele se radica a causa do ulterior provimento”* (obra citada, p. 274). Consequentemente, todas as outras modalidades de provimento acima mencionadas, **que não a nomeação**, são formas de provimento derivado (**promoção, readaptação, reversão, aproveitamento, reintegração e recondução**), já que todas pressupõem um vínculo anterior com a Administração, onde já houve a posse anteriormente e, por isso, é dispensada nova posse, pois o servidor já foi antes investido no cargo e assumiu o compromisso legal. Daí a razão de ser de o artigo 13, § 4º, da Lei 8.112/1990 expressamente dizer que posse só existe no caso de provimento por nomeação. Ou seja, na nomeação (provimento originário), a investidura no cargo se dá com a posse e se completa com o início do exercício. Já na promoção (ou outras formas de provimentos derivados) não se cogita desse ato formal para se falar em investidura, mas de alteração da posição funcional (ou na lotação), com a continuidade do exercício funcional, agora nessa nova situação (seja, na promoção, em cargo de nível mais elevado, mas com a mesma natureza; seja, na readaptação, em cargo compatível com a limitação da capacidade física etc.) que implica numa investidura automática, independente do ato formal de posse, que não é exigido.

Essa questão é bem esclarecida pelo doutrinador Marçal Justen Filho que, com pena de ouro, leciona:

“Investidura é o ato formal de assunção da posição jurídica correspondente ao cargo. Segundo o art.7º da Lei 8.112/90, a investidura se faz

mediante a posse. Mas o art. 13, § 4º, estabelece que a posse ocorrerá apenas nos casos de provimento do cargo por nomeação.

*Existe uma aparente contradição, que pode ser superada tomando em vista a lição de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, no sentido de que o provimento por nomeação é **originário**, enquanto os demais provimentos (promoção, readaptação, reversão, aproveitamento, reintegração, recondução) são **derivados**. Isso significa que o provimento originário impõe um ato de natureza formal, destinado a produzir a investidura. Nos demais casos, a investidura independe desse ato formal, produzindo-se de modo automático” (in “Curso de Direito Administrativo” – São Paulo: Saraiva, 2005, p. 606).*

Essa diferença de provimento originário fica bem evidenciada na situação dos cargos de Juizes Auxiliares do Tribunal. São cargos em comissão e, por isso, o provimento deles se dá com nomeação, sendo exigida a posse e o início do exercício para se completar a nomeação. São, portanto, cargos de provimento originário, cujos ocupantes são juizes de direito que foram sendo promovidos (caso de provimento derivado do cargo) ao longo dos anos até chegarem na capital – entrância especial.

Pois bem! Feitos esses esclarecimentos doutrinários, passamos a analisar a **posse** e a **movimentação na carreira** dos magistrados do Estado de Mato Grosso do Sul, que estão prioritariamente disciplinadas no Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado – CODJ (Lei Estadual 1.511, de 5 de julho de 1994).

No Livro II (Do Estatuto da Magistratura), Título II (Dos Fatos Funcionais), Capítulo I (**Das Nomeações**), Seção II (**Do Ingresso na Carreira**), dispõe o artigo 195 do CODJ:

*“Art. 195. O ingresso na carreira, cujo cargo inicial é o de juiz substituto, dá-se mediante **NOMEAÇÃO**, após concurso público de provas e títulos, organizado e realizado pelo Tribunal de Justiça, com a participação do Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases”.*

Na seqüência, relembre-se, na Seção que trata do ingresso na carreira, dispõe o artigo 196 do CODJ:

*“Art. 196. A **NOMEAÇÃO** será feita pelo Presidente do Tribunal de Justiça, observada a ordem de classificação, ficando, todavia, sem efeito, se o magistrado não entrar no exercício no prazo de trinta dias, prorrogável por mais trinta, a contar da **POSSE**”.*

No mesmo Livro, Título e Capítulo, mas na Seção III (**Da Posse e da Movimentação na Carreira**), Subseção I (**Da Posse**), dispõe o artigo 199 e seguintes do citado Código:

*“Art. 199. O Presidente do Tribunal de Justiça dará **POSSE** aos desembargadores e aos juizes substitutos, cumprindo o disposto no parágrafo único do art. 196.*

*Parágrafo único. Ao ser **EMPOSSADO**, o magistrado prestará compromisso de desempenhar com retidão as funções do cargo, cumprindo a Constituição e as leis, lavrando-se o respectivo termo em livro próprio.*

*Art. 200. A posse verificar-se-á dentro de dez dias, a contar da data da publicação do ato de **NOMEAÇÃO** no órgão oficial, podendo ser prorrogado o prazo, por igual tempo, a requerimento do interessado e por motivo justificado.*

*Parágrafo único. Se a **posse** não se der dentro do prazo legal, a **NOMEAÇÃO** será tornada sem efeito.*

Art. 201. O compromisso pode ser prestado por procurador, com poderes especiais, mas a posse, em qualquer caso, só se completa pela entrada em exercício.

Art. 202. O exercício será precedido de termo lavrado em livro próprio da direção do foro, assinado pelos presentes, com a devida comunicação ao Presidente do Tribunal de Justiça, ao Corregedor-Geral de Justiça e ao Tribunal Regional Eleitoral, no prazo de 48 horas”.

Veja-se que todos esses dispositivos estão dentro da Subseção do Código que trata exclusivamente do provimento originário no cargo de juiz e de desembargador (até porque o cargo de desembargador é um cargo com natureza diversa do juiz de primeiro grau).

Por seu turno, no mesmo Livro II, Título II, Capítulo I e Seção III, mas na Subseção II (**Da Movimentação na Carreira**), dispõe o artigo 202-A do CODJ:

“Art. 202-A. A movimentação na carreira dar-se-á na linha vertical, por promoção de entrância em entrância, pelo critério de antiguidade e de merecimento, alternadamente, e na linha horizontal, por reclassificação, classificação ou remoção, obedecida a ordem de antiguidade”.

Com isso, fica claro que a **posse (ato dependente de nomeação, como visto)** e a **movimentação na carreira** são situações bem distintas. A primeira se dá quando do ingresso na carreira e, a segunda, no curso dela. Esta, a movimentação na carreira, não necessita de posse pelo fato de que, com ela, não ocorre mudança dos deveres e direitos funcionais do magistrado, até porque o cargo continua com a mesma natureza, apenas se altera a lotação do magistrado ou o nível do cargo (no caso exclusivo de promoção), ou seja, passa-se para um cargo de nível mais elevado, alterando-se a posição funcional na carreira. E se não há mudança dos direitos e deveres, é desnecessária nova posse, já que esta representa exatamente a aceitação deles, aceitação essa que já foi levada a efeito quando da nomeação, posse e início do exercício da função de juiz substituto. Essa questão fica bem definida se for ponderar que a posse no cargo jamais poderá se confundir com a **lotação** do magistrado (nessa ou naquela Comarca ou vara), que pode ser alterada por remoção, permuta, reclassificação ou até mesmo pela promoção para outra Comarca ou vara.

Como analisado, na **movimentação na carreira** poderá ter-se o **provimento derivado do cargo**, com a **promoção** de juiz substituto para juiz de direito de primeira entrância, ou promoção desta posição funcional para juiz de direito de

segunda entrância ou, ainda, promoção desta nova posição funcional para juiz de direito de entrância especial.

Também poderá se ter a reclassificação, classificação ou a remoção (inclui-se aqui também a hipótese de permuta, espécie de remoção). Porém, estas modalidades de movimentação na carreira sequer são formas de provimento derivado de cargo. Ora, conforme já mencionado no início, a remoção (sendo que a reclassificação, classificação e permuta seguem o mesmo norte) é mero deslocamento do agente público, a pedido ou de ofício, no âmbito interno dos quadros administrativos, sem alterar o posicionamento funcional desse agente público (nesse sentido: Regis Fernandes de Oliveira, na obra “Servidores Públicos”. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 97). Logo, com mais razão ainda, não há falar em posse nessas hipóteses, mas sim em mera mudança de lotação.

Não é por outro motivo que no mesmo Livro II, Título II, Capítulo I, mas na Seção IV (que trata “**Do Provimento e da Promoção**”, uma das hipóteses de movimentação na carreira - situação diversa da posse), os artigos 203 e 204 do CODJ expressamente dispõem que o **provimento** do cargo de juiz de direito da primeira entrância faz-se por **promoção** de juiz substituto e a **promoção** de juiz de direito faz-se de entrância a entrância.

Por sua vez, o artigo 206 e seus §§ 1º e 2º do Código em comento, que se aplicam tanto para o caso de remoção ou promoção do magistrado, dispõem:

*“Art. 206. O juiz tem dez dias de trânsito, **contados a partir da publicação da portaria de remoção ou promoção**, prorrogáveis, excepcionalmente, por mais dez dias, **para assumir a nova comarca**, sob pena de ficar sem efeito o ato.*

*§ 1º **O período de trânsito é considerado como de efetivo exercício** e será prorrogado somente quando o juiz requerer ao Presidente do Tribunal de Justiça e houver motivo justo, a critério deste.*

§ 2º Publicado o ato de promoção ou remoção do magistrado, considera-se vaga a respectiva comarca ou vara respectiva”.

Vale dizer, nos termos da lei, tão logo seja publicada a portaria de remoção ou promoção (independentemente da posição funcional do magistrado: juiz substituto ou juiz de direito), automaticamente começa a fluir o período de trânsito de dez dias, e esse período é considerado como de **efetivo exercício** na nova Comarca (ou vara) ou na nova posição funcional, tanto que a Comarca ou vara até então ocupada pelo juiz é considerada imediatamente vaga, o que deixa bem evidente que ele já é juiz da Comarca ou vara para o qual foi promovido ou removido (ou permutou), até para evitar um vácuo sem definição jurídica. Só não terá efeito o ato de promoção ou remoção se, vencido o período de trânsito, o magistrado não assumir a nova Comarca, ou seja, se não for exercer suas funções, mas isso é independentemente de posse, pois não se trata aqui de **provimento originário** de cargo, único a exigir posse.

Isso se dá, também, em decorrência do disposto nos artigos 237, *caput*, e 238 do CODJ, dispositivos que estão dentro do mesmo Livro II (Do Estatuto da Magistratura) e Título II (Dos Fatos Funcionais) até aqui analisados, mas no Capítulo II, que trata “**Do Exercício**” e dispõem:

“Art. 237. A apuração do tempo de serviço na entrância, como na carreira, é feita em dias.

*Art. 238. São considerados como de **efetivo exercício os dias** em que o juiz estiver afastado de suas funções em virtude de:*

I - férias;

II - licença para tratamento de saúde ou de repouso à gestante;

III - licença por motivo de doença em pessoa da família;

IV - casamento (oito dias);

V - luto por falecimento de cônjuge, companheira (o), ascendente, descendente, sogros, irmão ou dependentes (oito dias);

VI - paternidade (cinco dias);

VII - frequência a cursos ou seminários de aperfeiçoamento e estudos, pelo prazo máximo de dois anos; (regulamentado pela Resolução n. 463, de 9-2-2005 — DJ-MS, de 14-2-2005.)

VIII - prestação de serviços à Justiça Eleitoral;

IX - realização de missão ou serviços relevantes para a administração da justiça;

X - exercício de mandato de presidente de associação de classe dos magistrados;

XI - trânsito;

XII - convocação para serviço militar, ou para qualquer outros serviços por lei obrigatórios;

XIII - disponibilidade remunerada, exceto para fins de promoção, não contando como tempo de serviço, para qualquer fim, o afastamento de caráter punitivo”.

Como visto, todas as situações descritas no artigo 238 do CODJ são consideradas como **efetivo exercício** na Comarca ou vara, na nova Comarca ou vara ou na nova posição funcional do magistrado.

Ressalte-se que o disposto no artigo 238 em comento trata de situação diversa da prevista no artigo 265 do CODJ, que trata dos direitos do magistrado no período das férias **como se estivesse em exercício**. No artigo 238 está expresso que é considerado como de **efetivo exercício os dias** em que o juiz estiver afastado em decorrência de férias ou qualquer situação nele descrita.

Anotamos essa peculiaridade especialmente pelo fato de que o gozo de férias é a situação que comumente pode ocorrer. Ou seja, se o magistrado estiver de férias e for promovido ou removido, da mesma forma que ocorre com o trânsito (e poderá ocorrer nas demais situações previstas no artigo 238), com a publicação da portaria de promoção ou remoção automaticamente já se conta o **início do efetivo exercício na nova Comarca (ou vara) ou na nova posição funcional**, pois as férias, como visto, são consideradas como efetivo exercício da função.

Isso fica bem claro quando se analisa o disposto no artigo 262, e seu parágrafo único, do CODJ, que trata das férias e dispõe:

“Art. 262. A promoção, remoção ou permuta não interrompem o gozo de férias.

Parágrafo único. O período de trânsito será contado a partir do término das férias”.

Ou seja, se o magistrado for promovido, removido ou permutar no curso das férias, publicado no DJ esses atos, isso não interromperá o período das férias e ao mesmo tempo, como o período das férias, nos termos do artigo 238 do CODJ, é considerado como de efetivo exercício, automaticamente já será contado o novo tempo de exercício na nova Comarca ou vara (dando continuidade à posição funcional anterior na hipótese de remoção ou permuta) ou na nova posição funcional (iniciando, na hipótese de promoção, o período de exercício na nova posição funcional para se contar a antiguidade para, no futuro, dar continuidade ao ciclo de movimentação na carreira).

Ainda, como visto, se a remoção ou promoção se der no curso das férias, além da publicação desses atos não interromper as férias e automaticamente já iniciar o exercício funcional na nova Comarca (ou vara) ou na nova posição funcional, isso faz com que o período de trânsito de dez dias só se inicie após o término das férias, sendo que todo período (férias remanescentes e trânsito), nos termos do já citado artigo 238, será contado como de efetivo exercício.

Esse mesmo raciocínio quanto às férias, apesar de o artigo 262 do CODJ tratar apenas delas, também se deve aplicar às outras hipóteses do artigo 238, pois analogicamente a situação de quem for promovido, removido ou fizer permuta no curso de uma licença para tratamento de saúde ou de afastamento por casamento, por exemplo, é a mesma de quem está de férias, devendo ser respeitado o princípio da igualdade.

Note-se que se está tratando aqui, repita-se, de movimentação na carreira e não de posse (própria e exclusiva do provimento originário do cargo que se dá com a primeira nomeação), situações bem diversas, tanto à luz do Direito Administrativo, quanto à luz do próprio CODJ, sendo que a movimentação na carreira (promoção, remoção, classificação e reclassificação) não exige posse, conforme, inclusive, prevê expressamente o disposto no § 4º do artigo 13 da Lei 8.112/1990, que se aplica analogicamente, assunto repetidamente já tratado.

Não se quer aqui desprestigiar a solenidade de “recepção” do magistrado na nova Comarca (ou vara) ou na nova posição funcional, onde ele assume fisicamente suas funções nessa nova realidade. Essa “recepção” comumente também chamada de “posse” não se confunde com o verdadeiro instituto da **posse** inicialmente analisado, até porque não implica na aceitação dos deveres e direitos de cargo, o que foi feito no início da carreira e o cargo, com a promoção, não alterou sua natureza, apenas sua posição funcional, passando-se para um nível mais elevado. Na remoção, sequer é alterado o nível do cargo. Essa “recepção”, se for aplicar analogicamente o disposto no artigo 202 do CODJ, apenas serve para marcar a data do início **físico** da assunção da nova Comarca, vara ou posição funcional em respeito ao período de trânsito, sem alterar o tempo de **efetivo exercício** a partir da publicação.

Em outras palavras, essa “recepção” não tem efeito algum em relação ao início do **efetivo exercício** na nova Comarca (ou vara) ou na nova posição funcional. Ora, não querendo ser repetitivo, mas elucidativo, conforme dispõem os artigos 206 e 238 do CODJ, o início do **efetivo exercício** se dá com a publicação do ato, passando a

fluir imediata e automaticamente o período de trânsito (que é efetivo exercício) se o magistrado não estiver licenciado ou de férias e, se o estiver, o início do exercício também se dará com a publicação do ato (nos exatos termos do artigo 238 do CODJ), mas com a ressalva que o período de trânsito se iniciará a partir do término das férias ou licença (enfim, com o término das situações previstas no mencionado artigo), conforme o parágrafo único do artigo 262 já citado.

Com esses esclarecimentos, verifica-se que é desnecessário perquirir sobre a suspensão ou interrupção das férias, licença, trânsito ou qualquer situação prevista no artigo 238 do CODJ para assumir a nova Comarca ou posição funcional, pois o tempo de exercício conta do ato da publicação da remoção, permuta ou promoção, independentemente de quando o magistrado fisicamente assumir a nova realidade, só com a ressalva de que deverá respeitar o período de trânsito para não tornar sem efeito a promoção ou remoção (incluindo-se na remoção a permuta).

Caso assuma a nova Comarca ou vara no curso das férias, por exemplo, apenas não se cogitará mais do período de trânsito após o término delas, mas isso em nada alterará o tempo de **efetivo exercício** na nova realidade.

Ou seja, não se pode cogitar da impossibilidade de o magistrado que permutou, foi removido ou promovido de ter contado o início de seu exercício na sua nova realidade funcional a partir da publicação desse ato no período que estiver de férias, de trânsito ou nas demais situações do artigo 238 do CODJ, considerado a expressa redação do *caput* desse dispositivo.

Consequentemente, também é de todo irrelevante magistrados cujas promoções foram publicadas na mesma data combinarem data idêntica para iniciarem suas funções nas Comarcas ou varas para as quais foram promovidos, pois o início do **efetivo exercício** na nova posição funcional se dá com a publicação da promoção no DJ, como visto. Vale dizer, o tempo de antiguidade será o mesmo independentemente da data em que assumirem a nova posição funcional, salvo se desrespeitarem o período de trânsito.

Tudo decorre do esclarecimento e conclusão de que o instituto da posse só se dá no provimento originário do cargo e não nas hipóteses de provimento derivado ou de remoção, classificação ou reclassificação, quando não se cogita de posse, mas de alteração no nível funcional e/ou da lotação do agente público.